

A COMPENSAÇÃO EM PERSPECTIVA HISTÓRICO-COMPARATIVA

Revista de Direito Privado | vol. 20 | p. 103 | Out / 2004
DTR\2004\619

Flávio Henrique Silva Ferreira

Área do Direito: Civil
Sumário:

- 1.Introdução - 2.A compensação é um instituto de direito processual ou material? - 3.Modelos de compensação presentes no direito moderno - 4.Requisitos (objetivos) para a compensação - 5.O modelo romano - 6.A construção medieval da compensação ipso iure - 7.Implicações para o desenvolvimento histórico do direito moderno - 8.Conclusão - Bibliografia

Resumo: O presente trabalho apresenta um olhar crítico sobre o regime jurídico da compensação. Realizamos uma cuidadosa revisão da literatura pertinente, tanto nacional quanto estrangeira. Os modelos de compensação existentes no direito moderno foram analisados. Esta abordagem apresentou bons resultados. Pudemos identificar tensões nas obras de autores brasileiros, quanto à teoria da compensação, que refletem os diferentes modelos de compensação existentes no direito comparado. Realizamos uma análise das raízes históricas dos modelos de compensação atualmente existentes. Esta abordagem também apresentou excelentes resultados. Ela nos permitiu identificar as situações nas quais o regime jurídico do direito moderno, brasileiro ou estrangeiro, representa uma mera continuação irrefletida da tradição herdada do *ius commune*.

Palavras-chave: Compensação - *Ipsa iure* - Regime jurídico - Direito comparado - História - Crítica.

1. Introdução

O direito da compensação é uma das áreas mais importantes do direito das obrigações. Ele faz parte do núcleo do direito civil dos países de tradição romano-germânica. Ele é também uma das áreas mais antigas do Direito, pois faz parte do legado deixado pelo direito romano para posteriores gerações de juristas.

A compensação exerce um papel fundamental nas relações econômicas. Porém, o seu tratamento acadêmico tem sido negligenciado a favor de temas mais recentes como o comércio eletrônico, o biodireito, entre outros. A compensação também não figurou entre os temas mais discutidos para reforma no recente processo de recodificação do direito civil brasileiro. A impressão é a de que não há necessidade de realizar grandes inovações. O assunto parece estar pacificado e não é capaz de gerar grandes paixões. Entretanto, a realidade é outra. Há muito espaço para uma discussão sobre a fundamentação teórica da compensação. O direito positivo brasileiro tem muito a ganhar através de um processo de racionalização de suas regras.

O presente trabalho adota uma abordagem fresca para um assunto já muito explorado. Realizaremos uma exposição de caráter histórico-comparativo sobre o instituto da compensação. A nossa análise se concentrará nos ordenamentos jurídicos francês, alemão e brasileiro, embora outros países também sejam mencionados. O objetivo desta análise é a busca de uma fundamentação racional para o direito da compensação. A primeira parte deste trabalho mostrará a diversidade de modelos de compensação existentes no direito moderno, bem como dos requisitos substantivos para a sua realização. A segunda parte procurará traçar as origens dos modelos existentes no direito moderno. O direito romano será analisado. Depois, analisaremos como os juristas medievais construíram, com base nos textos do direito romano, o modelo de compensação *ipso iure*. Após termos traçado as raízes do direito moderno, adotaremos um olhar crítico sobre o desenvolvimento histórico do mesmo. Diversos aspectos do regime jurídico da compensação serão analisados e criticados. Sugeriremos qual seria o regime jurídico ideal, para cada uma das questões discutidas, com base no que acreditamos ser o fundamento da compensação.

Finalmente, as citações de obras em língua estrangeira foram vertidas para o português. Eventuais erros de tradução são de nossa inteira responsabilidade.

1.1 Compensação legal, judicial e convencional - Parte A: Modelos do direito moderno

A compensação existe para regular os casos nos quais duas pessoas sejam, ao mesmo tempo, credora e devedora uma da outra. A compensação permite uma simplificação do pagamento. O principal efeito da compensação é a extinção dos créditos recíprocos até o montante do menor dentre eles. Caso não houvesse a compensação, uma das partes teria de pagar o que, logo depois, iria receber. Haveria um gasto inútil de recursos no cumprimento das obrigações. Logo, para proteger o devedor que deseja evitar este procedimento dispendioso, o ordenamento jurídico realiza a compensação dos créditos. Há uma extinção recíproca dos créditos, *como se* houvessem pagamentos cruzados. A compensação nada mais é que uma forma especial de pagamento.¹ Logo, os interesses do credor devem ser protegidos como se ele estivesse recebendo um pagamento real.

A compensação regulada pela maioria das codificações modernas é a denominada compensação *legal*. Esta modalidade de compensação ocorre mesmo na ausência de um acordo entre o devedor e o seu credor quanto à sua ocorrência. O devedor não precisa obter o consentimento de seu credor para a realização da compensação. A técnica utilizada para a obtenção deste resultado não precisa ser a mesma. Alguns ordenamentos, entre os quais o brasileiro, consideram que os créditos recíprocos são extintos no momento em que um confronta o outro. Outros ordenamentos consideram que os créditos são extintos logo que o devedor manifesta, para o seu credor, o desejo de vê-los compensados. Este trabalho tratará desta modalidade de compensação.

A compensação *convencional* é aquela que resulta de um acordo entre as partes. O contrato de compensação tem grande relevância quando as partes queiram modificar o regime jurídico da compensação legal. Os limites do contrato de compensação são os limites gerais reconhecidos à autonomia privada. As regras contratuais gerais se aplicam ao caso. Não trataremos desta modalidade de compensação.

Finalmente, devemos distinguir a compensação (legal) da compensação realizada pelo juiz como resultado de uma demanda reconvenicional ("Widerklage/demande reconventionnelle").² Esta é a denominada compensação *judicial*. Não trataremos desta modalidade de compensação.

Parte A: Modelos do direito moderno

2. A compensação é um instituto de direito processual ou material?

A compensação em Roma tinha um caráter eminentemente processual.³ E, apesar de o Código Civil (LGL\2002\400) francês (art. 1.290)⁴ consagrar um modelo de compensação baseado no direito substantivo ou material, as cortes francesas aplicam um modelo processual. A compensação somente pode ser levada em conta pelo juiz se alegada pela parte em juízo.⁵

A *práxis forense* do direito francês pré-codificado⁶ adotava uma concepção essencialmente processual do instituto da compensação (apesar das exortações em contrário por parte dos juristas acadêmicos).⁷ Na realidade, não havia uma distinção clara entre a compensação (legal) e a compensação realizada por vias indiretas através da demanda reconvenicional.⁸ Na Alemanha do século XIX, quando o processo de recepção do direito romano já havia sido completado, os juristas não mais confundiam a compensação legal com a reconvenção. Entretanto, dentre os modelos de compensação desenvolvidos no direito erudito (*droit savant*) europeu desde o tempo dos glosadores,⁹ os juristas alemães adotaram o modelo que refletia uma concepção processual da compensação legal. Eles sustentavam que o juiz não poderia conhecer da compensação se a *exceptio compensationis* não tivesse sido alegada em juízo.¹⁰

Somente com o advento do Código Civil (LGL\2002\400) alemão (BGB) foi abandonado, na Alemanha, o lado processual do instituto da compensação. A partir de então, o instituto passou a ter um caráter inteiramente material. Basta uma declaração informal extrajudicial da parte que deseja compensar para que a mesma se produza.¹¹

A natureza da compensação no direito brasileiro ainda é incerta. Há autores que sustentam que o juiz pode conhecer da compensação de ofício, a despeito da vontade das partes,¹² enquanto outros sustentam que ela deva ser alegada em juízo para que o juiz possa reconhecê-la.¹³ Portanto, não há um acordo sobre a natureza material ou processual da compensação.

3. Modelos de compensação presentes no direito moderno

É possível identificarmos cinco modelos diferentes de compensação.¹⁴ A classificação apresentada a seguir leva em conta duas dimensões: o *momento* em que a compensação produz os seus efeitos e a necessidade (ou não) de que ela seja alegada (em juízo ou fora dele) para que produza os seus efeitos.

O primeiro modelo é o da compensação *ipso iure* (no sentido moderno do termo).¹⁵ Isto é, a compensação opera pela força da lei, sem necessidade de intervenção humana (*sine facto hominis*), a partir do momento no qual dois créditos, pertencentes a credores recíprocos e suscetíveis de serem compensados, confrontam um ao outro. Este é o modelo que (em teoria) foi adotado pelo Código Civil (LGL\2002\400) francês e pelos códigos que sofreram a sua influência. Há autores que consideram que o Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro¹⁶ adotou este modelo.¹⁷

Entretanto, na realidade, as cortes francesas adotam um segundo modelo. Como já foi mencionado,¹⁸ tais cortes exigem que a compensação seja alegada em juízo para que possa ser reconhecida pelo juiz. Logo, este modelo pode ser classificado como compensação *ipso iure*, mas sujeita à condição de que ela seja alegada no curso do processo que ainda está por vir. Este modelo foi adotado no direito espanhol e, à primeira vista, no direito italiano.¹⁹ Há autores que consideram que o direito brasileiro adotou este modelo.²⁰

O terceiro modelo é similar ao anterior. A compensação deve ser alegada em juízo e reconhecida por uma decisão judicial antes que ela produza efeitos. Caso o juiz reconheça a compensação, os seus efeitos retroagem até a data em que as dívidas (suscetíveis de serem compensadas) confrontaram uma à outra. Este modelo foi adotado na Escócia. Observe-se que este modelo é diferente dos anteriores porque a compensação não opera *ipso iure*. A decisão judicial que reconhece a compensação possui efeito constitutivo e não meramente declaratório. Logo, este modelo nada mais é que um tipo de compensação com efeito retroativo ou *ex tunc*, mas sujeita à condição de que ela seja alegada em juízo. Parece não haver uma diferença prática entre tal modelo e o modelo anterior.²¹

O quarto modelo é aquele que foi adotado, pela primeira vez, no direito alemão. A compensação tem de ser alegada através de uma declaração unilateral, informal e extrajudicial para a outra parte.²² A partir de então, a compensação opera retroativamente. Este modelo foi seguido na Áustria (apesar do fato do Código austríaco adotar o efeito *ipso iure* da compensação), na Grécia e no novo Código Civil (LGL\2002\400) holandês. Ele também goza de amplo apoio no direito italiano.²³ Há autores que consideram que o direito brasileiro adotou este modelo.²⁴ Outros autores o criticaram severamente.²⁵

Finalmente, de acordo com o quinto modelo, a compensação tem de ser alegada em juízo (Inglaterra) ou fora dele (Suécia). Entretanto, ao contrário dos modelos anteriores, a compensação produz efeitos meramente *ex nunc*: a partir da data da decisão judicial (Inglaterra) ou da data da declaração (Suécia).²⁶

4. Requisitos (objetivos) para a compensação

Após havermos delimitado a função da compensação, as formas que ela pode assumir (legal, judicial ou convencional), a sua natureza material ou processual e os modelos de compensação (legal) existentes no direito moderno, temos de tratar de seus requisitos substantivos ou materiais.

Entretanto, não trataremos de um dos requisitos da compensação: o requisito (subjetivo) de que as partes sejam, ao mesmo tempo, credora e devedora uma da outra. Basta dizermos que este requisito sofre sérias limitações para atender as políticas perseguidas por outras normas do ordenamento jurídico: as normas que estabelecem quando há ou não um patrimônio distinto, as normas que

regulam fianças e garantias, as normas que regulam a cessão de crédito, entre outras.

Portanto, a discussão seguinte limitar-se-á aos requisitos objetivos da compensação: fungibilidade, exigibilidade e liquidez.

4.1 Créditos fungíveis

O requisito da fungibilidade é relativamente incontroverso. Todos os ordenamentos jurídicos, em princípio, exigem que os créditos sejam do mesmo tipo.²⁷ As diferenças, quando existem, estão confinadas a pequenos detalhes. Uma obrigação pecuniária somente pode ser compensada com outra obrigação pecuniária, uma obrigação para a entrega de determinado tipo de grão somente pode ser compensada com outra semelhante, e assim por diante. Somente o direito inglês limita a compensação às obrigações pecuniárias (não por princípio, mas por um acidente da história jurídica inglesa). O motivo pelo qual as obrigações devem ser do mesmo tipo, alguns detalhes sobre o desenvolvimento histórico deste requisito, bem como certos pontos controversos em sua interpretação e aplicação serão expostos mais adiante neste trabalho.

4.2 Créditos exigíveis

O requisito da exigibilidade é certamente mais controvertido. Alguns ordenamentos reconhecem uma distinção entre crédito principal e contracrédito, enquanto outros nem mesmo conhecem tal distinção. O motivo é o seguinte: a distinção é útil para aqueles ordenamentos que *não* têm a exigibilidade de ambos os créditos como um dos requisitos para a compensação. Tal distinção é desnecessária para os ordenamentos que operam com a noção de compensação automática ou *ipso iure*, pois, neste caso, ambos os créditos devem ser exigíveis (e, portanto, não faz sentido distingui-los).

O crédito principal é o crédito pertencente à parte contra quem a exceção ou declaração de compensação foi dirigida. O contracrédito é o crédito pertencente à parte que excepciona ou declara a compensação.

Por um lado, encontram-se ordenamentos como o alemão, o holandês e o sueco, que consideram que tão-somente o contracrédito tem de ser necessariamente exigível e, por outro lado, encontram-se os demais ordenamentos que consideram que ambos os créditos devem ser exigíveis. Para os ordenamentos do primeiro grupo, não é necessário que o crédito principal seja exigível, basta que a parte que esteja declarando a compensação possa realizar (antecipadamente) o pagamento do mesmo.²⁸

Exigibilidade significa que o crédito tem de estar vencido, a outra parte não deve poder opor uma defesa contra o mesmo, e o crédito não deve ser uma obrigação natural.

O motivo pelo qual o contracrédito deve ser exigível, mas não necessariamente o crédito principal, será discutido mais adiante neste trabalho.

4.3 Créditos líquidos - Parte B - Críticas ao direito moderno e raízes do mesmo (direito romano e comum)

Liquidez significa que o crédito é certo quanto à sua existência e ou quanto ao seu valor.²⁹

Este requisito, ao contrário dos anteriores, não é inteiramente baseado em razões de direito material. Ele envolve uma combinação peculiar de preocupações típicas de direito material e preocupações típicas de direito processual, mesmo para aqueles ordenamentos jurídicos que não adotam uma concepção processual do instituto da compensação.

Isto é confirmado pelo modo como o direito é aplicado *na prática*, a despeito do que é consagrado em teoria. A maioria dos ordenamentos jurídicos exige que os créditos de ambas as partes sejam líquidos. Entretanto, em caso de litígio, os juízes, quando acham necessário para evitar injustiça no caso concreto, tendem a: i) relaxar o grau de certeza necessário para a determinação da liquidez do

crédito; ii) utilizar o instrumento da compensação judiciária, desde que o réu alegue a compensação através de uma demanda reconvenção.³⁰

Portanto, um certo grau de discricção judicial na determinação da liquidez do contracrédito pode ser aconselhável. O grau de liquidez exigível deveria ser avaliado de acordo com a economia processual e o interesse das partes.³¹

Embora a maioria dos ordenamentos jurídicos exija que *ambos* os créditos sejam líquidos, não há razão porque o crédito principal deva ser líquido.³²

Finalmente, nos casos em que ambos os créditos sejam provenientes de uma mesma relação jurídica, a tendência é a de levá-los em conta para efeitos de compensação, mesmo que um deles não seja líquido.³³

O motivo pelo qual a liquidez de ambos os créditos foi elevada a um dos requisitos da compensação, bem como a interação entre a compensação e o direito processual, serão analisados mais adiante neste trabalho.

Parte B - Críticas ao direito moderno e raízes do mesmo (direito romano e comum)

5. O modelo romano

5.1 Introdução

A compensação no direito romano era um instituto muito diferente do instituto que conhecemos hoje pelo nome de compensação.³⁴ A compensação romana não permaneceu estática, ao contrário, ela sofreu uma grande evolução no curso da história jurídica romana. Ela passou de um instituto fragmentário, com diferentes requisitos e formas de operação, para um instituto uniforme no direito romano pós-clássico. Embora o que seja diretamente relevante para o direito moderno seja a forma que a compensação assumiu nas compilações do imperador Justiniano, porque sobre elas foram construídas na idade média as bases dogmáticas do direito moderno, pensamos que uma exposição sucinta do direito anterior poderá lançar luzes sobre tendências e tensões na teoria da compensação até os dias de hoje. É possível identificarmos quatro regimes diferentes: a) *iudicia bonae fidei*; b) *actiones stricti iuris*; e os regimes especiais c) do *argentarius* e d) *bonorum emptor*.

Uma clarificação terminológica é necessária: ao discutirmos sobre a existência ou não de uma compensação *ipso iure* nas diversas formas de compensação existentes no direito romano, utilizaremos o sentido que esta expressão tinha no direito romano (ver o item 5.3.1 infra), não o sentido que ela passou a adquirir no direito moderno.³⁵ No direito romano, a expressão *ipso iure* significava que o próprio direito já previa, nas fórmulas que regulavam o direito de ação do autor, a possibilidade de haver compensação, sem que fosse necessário que o réu inserisse uma exceção logo no início dos procedimentos. A implicação é a de que o juiz poderia conhecer da compensação, nos casos em que ela operava *ipso iure*, mesmo que o réu não a tivesse alegado formalmente no início do processo. *Ipso iure* não significava que a compensação operasse automaticamente, sem necessidade de alegação das partes e ou intervenção do juiz (*sine facto hominis*).³⁶

Nos juízos *bonae fidei*, a compensação operava *ipso iure*, pois a possibilidade de ser realizada a compensação já estava incluída na fórmula.³⁷ O juiz era instruído a avaliar o que era devido pelo réu ao autor "de acordo com a boa-fé" (*dare facere oportet ex fide bona*). Assim, o juiz poderia deduzir do montante devido pelo réu o valor de um contracrédito que este tivesse contra o autor da ação, desde que o mesmo fosse proveniente da mesma relação jurídica que deu origem ao crédito do autor.³⁸ O requisito de que ambos os créditos tivessem origem na mesma causa jurídica tornava o instituto da compensação *ex bona fide* mais restrito do que a compensação moderna. Entretanto, o abandono ou relaxamento de outros requisitos a tornavam mais ampla. A fungibilidade de ambos os créditos não era um requisito para a compensação.³⁹ O requisito da liquidez do contracrédito era relaxado, a questão estava submetida à discricção do juiz.⁴⁰ Caso o juiz considerasse que a liquidação do contracrédito fosse atrasar demasiadamente o processo, prejudicando indevidamente o autor, ele poderia se recusar a levá-lo em consideração. O réu tinha, então, a possibilidade de instituir uma ação separada.

No caso das *actiones stricti iuris*, a compensação não operava ipso iure, mas sim *ope exceptionis*. Isto ocorria porque a fórmula de tais ações não deixava ao juiz a liberdade de declarar a compensação *ex officio*.⁴¹ Então, o réu que quisesse ver o seu crédito compensado deveria pedir ao pretor, durante a fase *in iure* do processo, que não concedesse uma ação (*denegatio actionis*) ao autor que se recusasse a diminuir o valor da demanda levando-se em consideração o seu crédito. Esta era uma maneira indireta de se proceder à compensação, porque não era operada através de uma declaração judicial, mas sim através do próprio autor da ação. Este, sentindo-se ameaçado de não ter a sua ação concedida, voluntariamente reduziria o valor reclamado. Entretanto, o pretor somente denegaria a ação do autor caso as obrigações fossem fungíveis, o *contracrédito* fosse exigível e líquido (a origem dos créditos na mesma causa não era um requisito).⁴² A liquidez significava que a existência ou a quantia do *contracrédito* do réu não haviam sido disputadas pelo autor, ou que, caso tivessem sido disputadas, o réu tivesse como prová-las imediatamente. Neste caso, o autor que insistisse sobre o valor integral da demanda estaria agindo de má-fé e o pretor poderia, justificadamente, denegar-lhe a ação. Mas o que acontecia no caso de o pretor não ter certeza sobre a substância do *contracrédito* do réu? Poderia ser inserida a *exceptio doli* na fórmula, então a questão seria avaliada pelo juiz na segunda fase do procedimento (*apud iudicem*).⁴³ O autor da ação corria o risco de, caso fosse comprovada a existência de um *contracrédito* capaz de ser compensado, perder o valor integral da sua ação (ao invés de vê-la reduzida pelo valor que poderia ser compensado).

No caso do *argentarius*, a compensação operava ipso iure. O *argentarius* era uma espécie de banqueiro. O banqueiro que acionasse o seu cliente deveria reduzir, ele próprio, o valor do seu crédito em face ao *contracrédito* de seu cliente. Caso ele não o fizesse, ou o fizesse incorretamente, ele corria o risco de perder todo o seu crédito.⁴⁴ A compensação operava ipso iure porque a exigência de que fosse feita a compensação estava contida na fórmula concedida ao banqueiro,⁴⁵ ao contrário do que acontecia nas ações *stricti iuris*. Entretanto, de maneira similar ao que ocorria no regime destas últimas, a compensação não era declarada pelo juiz. Ela ocorria de maneira indireta, através do temor de perder o seu crédito inspirado no autor da ação.⁴⁶ Resta claro que o banqueiro deveria proceder à compensação, mas quais créditos deveriam ser compensados? Não havia o requisito de que os créditos tivessem de ser provenientes da mesma causa,⁴⁷ mas as obrigações deveriam ser fungíveis⁴⁸ e ambos os créditos deveriam ser exigíveis.⁴⁹

No caso do *bonorum emptor*, a compensação operava ipso iure. O *bonorum emptor* era aquele que comprava os bens do patrimônio de uma pessoa insolvente. Quando o *bonorum emptor* instituiu uma ação, ele tinha de fazê-lo "*cum deductione*": ele tinha de deduzir do seu crédito tudo o que ele mesmo devia ao réu em virtude do fato de que ele se tornou o sucessor do insolvente.⁵⁰ Não discutiremos neste trabalho o regime jurídico do *bonorum emptor*, vamos nos ater aos aspectos relevantes para a compensação: a fungibilidade dos créditos não era um requisito para a compensação e, nem mesmo, a exigibilidade (pois poderiam ser objeto de compensação de créditos ainda não vencidos).⁵¹

5.2 Generalização do instituto da compensação

Como podemos observar, a compensação no direito romano clássico era um instituto fragmentário. Portanto, a tarefa de generalização e uniformização deste instituto em época pós-clássica não foi nada fácil:

"Em uma avaliação final, portanto, não se pode dizer que os juristas romanos desenvolveram uma abordagem uniforme, lógica e sistemática para o problema da compensação; o que está diante de nós parece ser - pelo menos de uma perspectiva moderna - um bem confuso emaranhado de diferentes princípios e critérios, ditados por caprichos processuais. Em um caso, a compensação operava *ope exceptionis*, no outro, essencialmente, ipso iure (embora nem tanto). Algumas vezes o crédito e o *contracrédito* tinham de estar relacionados às prestações do mesmo tipo, mas em outras ocasiões isto não era essencial para que um compensasse o outro. Em um caso, o *contracrédito* tinha de estar vencido, no outro, até mesmo os créditos com vencimento no futuro eram levados em consideração. Em uma situação a compensação operava tão-somente quando o crédito e o *contracrédito* tivessem origem *ex eadem causa*; na outra, não importava em qual transação o *contracrédito* havia sido originado. Justiniano, portanto, encontrou uma árdua tarefa quando ele decidiu uniformizar e racionalizar esta área do direito."⁵²

As modificações no procedimento formular forneceram um grande estímulo à generalização e uniformização do instituto da compensação.⁵³ O procedimento pós-clássico não mais se dividia em duas fases (*in iure* e *apud iudicem*).⁵⁴ As demandas excessivas não mais engendravam a perda de todo o crédito. Neste aspecto, o regime das ações de boa-fé prevaleceu. Em outros aspectos, o regime das ações *stricti iuris* saiu-se vitorioso: a compensação era admissível até mesmo nos casos em que os créditos tivessem origem em causas diferentes. A maioria das diferenças entre os juízos *bonae fidei* e *stricti iuris* havia desaparecido ao tempo de Justiniano. A implicação é a de que os requisitos para a realização da compensação tiveram de ser re-trabalhados pelos juristas pós-clássicos.⁵⁵

5.3 Uniformização dos requisitos

5.3.1 O uso da expressão *ipso iure* no direito romano clássico e ao tempo de Justiniano

A expressão *ipso iure*, com relação à compensação, é encontrada em três textos do Digesto (Paul. D.16.2.21; Paul. D.16.2.4; Ulp. D.16.2.10) e em um texto do Codex (Alex. C.1. 4.31.4). Contrariamente à opinião tradicional, a expressão *ipso iure* nos textos da época clássica não foi posteriormente inserida em tais textos por ordem do imperador Justiniano.⁵⁶ Não discutiremos, no âmbito deste trabalho, os argumentos que foram (convincentemente) colocados contra a hipótese de interpolação de tais textos.⁵⁷ Basta dizermos que *ipso iure* nada tem a ver com a idéia de uma compensação automática, que seria produzida sem necessidade de intervenção das partes ou do magistrado (*sine facto hominis*). A expressão *ipso iure*, para Justiniano, significava que a possibilidade de ser realizada a compensação já estava prevista no próprio direito (de ação do autor), sem que fosse necessário que o réu exigisse, no início dos procedimentos, a inclusão de uma exceção.⁵⁸ Logo, quando Justiniano diz que a compensação opera *ipso iure* (literalmente: "de pleno direito" ou "por força do direito"), isto deve ser entendido sob o pano de fundo do processo civil romano. No procedimento formular, como vimos acima, nem todas as modalidades de compensação operavam *ipso iure*. Entretanto, no procedimento menos formalista do direito pós-clássico, seria natural dizer que todo direito de ação já estava submetido à possibilidade de ser realizada a compensação, sem que fosse necessário que o réu opusesse uma exceção (em seu sentido técnico).⁵⁹ A compensação deveria ser alegada pelo réu, mas não mais em forma de exceção. Isto porque a possibilidade de compensar já estava incluída no direito de ação. É exatamente isto que Justiniano quis dizer quando afirmou que "*compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus*" (decidimos que a compensação opera de pleno direito em todas as ações) ou quando afirmou que "*actiones ipso iure minuant*" (as ações sejam reduzidas de pleno direito).⁶⁰ Ou seja, o que ele quis dizer é que o direito do réu de alegar a compensação, sem ter de utilizar uma exceção, havia sido generalizado para todos os tipos de ação. Ele não quis dizer que a compensação operava automaticamente em todos os tipos de ação (como foi entendido por posteriores gerações de juristas).⁶¹

Não obstante, ainda não esclarecemos a questão do *momento* a partir do qual os efeitos da compensação eram produzidos ou no qual os seus requisitos substantivos eram avaliados. Mesmo admitindo-se que a compensação deva ser alegada em juízo, esta alegação é uma mera condição para que o juiz reconheça a compensação já operada? Como acontece no segundo modelo de compensação exposto neste trabalho e que é aplicado pelas cortes francesas. Ou esta alegação é uma condição para que o juiz decrete a compensação, ao reconhecer a validade atual de seus requisitos substantivos, permitindo que ela opere os seus efeitos retroativamente? Como acontece no terceiro modelo de compensação exposto neste trabalho. Ou, ainda, a alegação em juízo é uma condição para que o juiz decrete a compensação, que produz os seus efeitos *ex nunc*? Como acontece no quinto modelo de compensação exposto neste trabalho.

O estado das fontes não permite nenhuma conclusão segura a este respeito. Entretanto, alguns textos do Digesto, à primeira vista, parecem sustentar a noção de uma compensação automática (*ipso iure* no sentido moderno) sujeita à condição de que ela seja alegada em juízo. Analisaremos, mais adiante neste trabalho, o papel exercido por estes textos na construção medieval da teoria da compensação. Por ora, vamos reproduzir as passagens nas quais Justiniano fala de uma compensação *ipso iure*.⁶² Como vimos, ao contrário da opinião tradicional, Justiniano não inovou ao mencionar a expressão *ipso iure*. Especificaremos os pontos nos quais realmente houve modificação

do direito anterior. O primeiro texto é uma constituição de Justiniano do dia 01.11.531:

"Iust. C. 4.31.14, Iohanni, a. 531:

pr. Decidimos que a compensação opera de pleno direito em todas as ações, sem qualquer distinção entre as ações pessoais e as ações reais. 1. No entanto, desejamos que a compensação seja oposta tão-somente se o assunto, que dá origem ao contracrédito utilizado para a compensação, for claro (líquido) e não sujeito a muita confusão; antes, ao contrário, o juiz deve ser capaz de resolvê-lo com facilidade. De fato, é deplorável, após várias e múltiplas lutas, quando finalmente a prova é formada, ver a parte contrária, que já está embaraço, opor a compensação a um débito já certo e indiscutível e, assim, por causa de manobras dilatórias, fazer desaparecer a esperança de uma condenação. Portanto, que os juízes sejam cuidadosos, e que não se mostrem demasiadamente inclinados a admitir a compensação, que não a acolham com muita facilidade, mas que, ao contrário, de maneira rigorosa, caso percebam que o esclarecimento da matéria ligada à compensação exija uma instrução muito longa e muito difícil, que a mesma seja reservada a uma nova instância e que ponham fim ao primeiro processo, que já estava à beira de ser finalizado, com uma sentença definitiva: desta disciplina é excluída a ação de depósito, pois havíamos decidido, por meio de uma nossa constituição (C. 4.34.11 *pr.*), que a compensação não ocorrerá neste caso. 2. Mas aqueles que detêm, sem direito, a coisa possuída por outrem não podem invocar a compensação. " ⁶³

Justiniano menciona a constituição acima reproduzida em suas *Institutiones*:

"Inst. 4.6.30, *in fine*:

((...)) Mas uma nossa constituição introduziu um uso mais amplo das compensações que recaiam sobre um direito evidente, de modo que, com base neste último, as ações sejam reduzidas de pleno direito sejam elas reais, pessoais ou de qualquer outro tipo, com a única exceção da ação de depósito, na qual consideramos extremamente injusto opor, não importa o que for, em compensação, pelo receio de que, sob o pretexto da compensação, viéssemos a ser privados da restituição da coisa depositada." ⁶⁴

Os pontos nos quais Justiniano inovou em relação ao direito anterior foram os seguintes: a exigência do requisito de liquidez para o contracrédito; a introdução da possibilidade de ser realizada a compensação nas ações reais; a exclusão da compensação nas ações de depósito. ⁶⁵

5.3.2 O requisito da fungibilidade

No direito romano clássico, a fungibilidade ou homogeneidade dos créditos a serem compensados não era um requisito exigível para todos os tipos de ações. Entretanto, com a tendência de uniformização do processo civil romano, e por causa da abolição da regra *omnis condemnatio pecuniaria*, segundo a qual toda condenação deveria ser em dinheiro, o requisito da fungibilidade passou a ser necessário.

Não obstante, em nenhum local Justiniano diz expressamente que a fungibilidade dos créditos é um requisito para a compensação. Tal requisito está subentendido no *Corpus Iuris Civilis* através dos casos particulares de compensação nele adotados. ⁶⁶

O fundamento deste requisito, bem como alguns detalhes sobre a sua interpretação, serão analisados mais adiante neste trabalho.

5.3.3 O requisito da exigibilidade

Ao tempo de Justiniano, a exigibilidade do contracrédito havia sido elevada a um requisito geral para a compensação. Conforme já dissemos, a exigibilidade significa que o crédito tem de estar vencido, a outra parte não deve poder opor uma defesa contra o mesmo, e o crédito não deve ser uma obrigação natural. Encontramos dois textos do Digesto que fazem referência à impossibilidade de ser realizada a compensação quando o contracrédito, que o réu deseja opor em compensação, ainda não está vencido ou está sujeito a defesas.

"Ulp. D.16.2.7 *pr.*: Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies veniat, quamquam dari

oporteat.

Ulp. D.16.2.7 *pr.*: Quando o que for devido [i.e.: o contracrédito] não for exigível até uma certa data, não poderá ser objeto de compensação antes da mesma, embora ele deva ser pago [após o vencimento].

lav. D.16.2.14: Quaecumque per exceptionem peremi possunt, in compensationem non veniunt.

lav. D.16.2.14: O que quer que possa ser destruído por uma defesa, não está sujeito à compensação."

Estas proposições, em seu contexto originário, eram referentes à compensação do *argentarius* e à deductio do bonorum emptor, mas, no direito romano pós-clássico, elas assumiram o valor de regras gerais.⁶⁷ Portanto, a exigibilidade do contracrédito tornou-se um requisito indispensável para a compensação. Não obstante, encontramos passagens do Digesto que sugerem a existência de algumas exceções a tal requisito.⁶⁸

O que não encontramos em nenhuma passagem do *Corpus Iuris Civilis* é uma afirmação clara, que não deixe margem a ambigüidades, de que o requisito da exigibilidade se refere a ambos os créditos. Tal requisito é necessário em um sistema de compensação automática, pois é preciso determinar com um elevado grau de certeza quais os créditos que deverão ser compensados, mas não é necessário em um sistema em que a compensação deva ser oposta pela parte interessada.

O fundamento do requisito da exigibilidade do contracrédito, bem como o motivo pelo qual algumas codificações adotaram tal requisito em relação a *ambos* os créditos, serão analisados mais adiante neste trabalho.

5.3.4 O requisito da liquidez

O requisito de que o contracrédito fosse líquido foi uma inovação de Justiniano. Entretanto, a introdução de tal requisito não constituiu uma inovação radical em relação ao direito anterior. Nem mesmo a liquidez era encarada de uma maneira rígida. Bastava que o contracrédito fosse de fácil liquidação.⁶⁹

O requisito da liquidez era uma resposta a uma preocupação de caráter eminentemente processual. A exigência de liquidez do contracrédito era uma forma de evitar que a demanda judicial relativa ao crédito principal sofresse manobras dilatórias e fosse atrasada para muito além do que seria razoável. Logo, o grau de liquidez do contracrédito poderia ser avaliado com maior ou menor rigidez, dependendo, respectivamente, do menor ou maior tempo provável de duração da demanda relativa ao crédito principal. Da mesma forma, a liquidez era mais necessária em uma fase mais avançada da demanda, perto do julgamento, do que em uma fase inicial da mesma.⁷⁰

Finalmente, devemos observar que o requisito da liquidez se refere tão-somente ao contracrédito. Portanto, ao contrário de muitas codificações modernas, a liquidez, ao tempo de Justiniano, não era nem um requisito rígido, nem era estendida a *ambos* os créditos.

O motivo pelo qual é desnecessária a liquidez do crédito principal, bem como algumas tendências na aplicação deste requisito, serão objeto de nossa análise mais adiante neste trabalho.

6. A construção medieval da compensação ipso iure

A teoria da compensação tomou novos rumos após a redescoberta do direito romano na Idade Média. A principal tarefa dos comentadores do direito romano era a harmonização dos textos sobre os quais eles trabalhavam. Desta forma, e através do uso da analogia, eles conseguiram criar soluções para um grande número de casos práticos. Entretanto, a técnica por eles utilizada tinha um preço: muitas das construções jurídicas por eles desenvolvidas apresentavam um aspecto que (hoje) nos parece artificial. Esta aparência de artificialidade é devida ao fato de que as contradições entre os textos romanos eram eliminadas através de inúmeras distinções que, por seu aspecto formal, não passariam, nos dias de hoje, no teste da razoabilidade. Os comentadores do direito romano não tinham conhecimento sobre o desenvolvimento histórico do mesmo (ou, se tinham tal conhecimento,

decidiram não utilizá-lo). O direito romano sobre o qual eles trabalhavam era aquele contido no *Corpus Iuris Civilis*. Atualmente, sabemos que o direito contido no *Corpus Iuris* reflete diferentes fases da história jurídica romana. Logo, não é surpreendente encontrarmos contradições entre os textos. Os comentadores do direito romano eliminavam tais contradições através da lógica aristotélica e da técnica da distinção.

Como vimos acima (no item 5.3.1), não temos certeza, com relação ao tempo de Justiniano, sobre o momento no qual a compensação operava os seus efeitos. Há diversas passagens que sugerem que a compensação deveria ser oposta em juízo; mas não sabemos se ela já havia operado os seus efeitos, se os seus efeitos operariam retroativamente ou, ainda, se eles operariam ex nunc. Não obstante, encontramos alguns textos do Digesto que parecem, à primeira vista, adotar a noção de uma compensação automática.⁷¹ Obviamente, a compensação automática pode ser atenuada através da necessidade de sua alegação em juízo, como ocorre no modelo de compensação aplicado pelas cortes francesas.

O primeiro texto confere uma *condictio indebiti* (direito de repetir o que foi pago indevidamente) ao devedor que pagou o crédito principal, quando ele não precisava fazê-lo (pois, presumivelmente, o crédito principal já teria sido extinto em virtude de compensação com o contracrédito do devedor):

"Ulp. D.16.2.10.1: Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebitum soluto.

Ulp. D.16.2.10.1: Se alguém que é capaz de compensar pagar, ele pode obter uma *condictio* como se o que não fosse devido tivesse sido pago."

O segundo texto considera que os juros não correm quando um crédito confronta o outro. O jurista Paulo faz referência a uma decisão do imperador Septimius Severus. Entretanto, o imperador não disse expressamente se o crédito e o contracrédito haviam sido compensados:

"Paul. D.16.2.11: Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a divo Severo concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas.

Paul. D.16.2.11: Quando uma parte deve à outra dinheiro sem juros estipulados, e a outra deve dinheiro com juros, foi decidido em uma *constitutio* pelo divinizado Severus que os juros das respectivas quantias de ambas as partes não deve ser pago."

Durante a idade média, os autores sempre mencionavam este último texto como um fundamento para a teoria, por eles desenvolvida, de uma compensação automática. Entretanto, os dois textos acima mencionados, quando inseridos em seu contexto originário, nada têm a ver com a idéia de uma compensação automática. Não analisaremos, no âmbito deste trabalho, o que os textos *realmente* dizem.⁷² Basta constataremos o fato de que eles serviram de suporte para a construção da teoria da compensação automática.

Entretanto, a construção de uma teoria da compensação automática não era uma tarefa fácil. Em primeiro lugar, a idéia de uma compensação *absolutamente* automática, sem necessidade de intervenção humana sob a forma de alegação em juízo, era implausível. Os comentadores não poderiam ignorar o fato de que o *Corpus Iuris* estava repleto de referências à necessidade de o réu opor a compensação.⁷³ Porém, esta dificuldade poderia ser superada admitindo-se uma compensação automática, sujeita à condição de que ela fosse alegada em juízo. Em segundo lugar, certas passagens do *Corpus Iuris* poderiam, no máximo, apoiar uma teoria da compensação com efeitos retroativos.

Por exemplo, em um contrato de fiança, caso o credor fosse exigir diretamente do fiador a satisfação de seu crédito, o fiador poderia opor em compensação o seu próprio contracrédito ou o contracrédito que o devedor principal (afiançado) tivesse contra o credor. A escolha de qual crédito deveria ser compensado cabia ao fiador:

"Gai. D.16.2.5: Si quid a fideiussore petetur, aequissimum est eligere fideiussorem, quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit: sed et si utrumque velit compensare, audiendus est.

Gai. D.16.2.5: Caso alguma coisa seja demandada do fiador, é justíssimo que o fiador escolha se ele prefere compensar o que lhe é devido ou o que é devido ao devedor; mas, mesmo que ele queira compensar ambos, ele deve ser escutado."

O fato de o fiador poder escolher qual crédito desejava ver compensado significa que a compensação não operava automaticamente.⁷⁴ Podemos concluir que a compensação não operava automaticamente, mas ainda não é imediatamente claro se os seus efeitos operavam retroativamente ou *ex nunc*.

Portanto, considerando-se estas dificuldades, não é surpreendente que os comentadores do direito romano não tenham chegado a um acordo sobre a teoria da compensação. A *Glossa ordinaria*, seguindo a opinião de Johannes Bassianus ou seu pupilo Azão, entre outros, admitiu uma compensação automática, sujeita à condição de que a compensação fosse alegada em juízo. Entretanto, a *Glossa* também admitiu algumas exceções à regra geral. Nos casos de obrigações derivadas de delitos, de juros moratórios, de estipulação de cláusula penal e de penhor, a compensação operava automaticamente, sem que fosse necessário alegá-la em juízo ou sem a necessidade de qualquer intervenção humana (*sine facto hominis*).

Não obstante, a *Glossa* também registra a opinião minoritária, segundo a qual, a compensação, em todos os casos, é absolutamente automática, sem necessidade de qualquer intervenção humana. O texto da *Glossa* é o seguinte:⁷⁵

" *Ipsa iure*. Not. pro M. quod ipso iure fit compensatio, etsi non opponatur ab homine, ut hic, et infra.eo.l.fi. [C. 4.31.14] et instit.de act.§.in bonae fidei [Inst. 4.6.30]. Sed lo. dicit eam fieri tunc demum cum ab homine opposita fuerit, ut ff.e.l.j et ij. [D. 16.2.1-2] et l. quod Labeo [D. 16.2.13]. Nam si ius ipsum compensaret, non esset in hominis potestate cum quo debito compensaretur : quod tamen lex dicit ff.eo.l.si quid [D. 16.2.5] et l. verum [D. 16.2.4] et l. quod Labeo [D. 16.2.13]. Item dicit lex eum male agere, cui obstat compensatio: ut ff.eo.l.verum [D. 16,2,4] unde patet esse actionem: sed elidi exceptione: ut ff. quando dies usufr. leg. ce. l.j.§ fi.[D. 7.3.1.4]. Quod autem dicitur alicubi fieri eam ipso iure: verum est, si ab homine opponatur: hoc tamen fallit in delictis, ubi ipso iure fit: ut ff.eo.l.si ambo § quotiens [D. 16.2.10.2]. Item ad inhibendum cursum usurarum, vel poenam commitendam, vel pignus liberandum: ut hic [C. 4.31.4], et infra.l.prox. [C. 4.31.5] et infra. de solu.l.eius. [C 7.42.7] et ff.e.l.cum alter [D. 16.2.11]. Cum enim debeantur ex mora, et nulla est mora ubi est exceptio: ut ff.si cer.pe.l.lecta.in fin. [D. 16.2.11] ergo non currunt."

" *Ipsa iure*. Observe que para Martinus a compensação ocorre ipso iure, mesmo que não seja oposta pelo homem (...). Mas Iohannes Bassianus diz que ela ocorre tão-somente se tiver sido oposta pelo homem (...). Dado que se o direito compensasse, não estaria no poder do homem de determinar com qual débito seria feita a compensação: o que todavia diz a lei (...). Além disso, a lei diz que age mal, aquele ao qual se opõe a compensação (...) donde é evidente que há uma ação, mas que é repelida por uma exceção (...). Mas aquilo que é dito por alguns autores (que a compensação ocorre ipso iure) é verdadeiro, se ela for oposta pelo homem: de qualquer maneira, isto não é válido para os delitos, onde a compensação ocorre ipso iure (...). Além disso, para fazer cessar o curso dos juros, ou para ajustar a cláusula penal ou para liberar o penhor, como aqui (...). Dado que, de fato, eles são devidos em caso de mora, mas a mora não existe quando há uma exceção, portanto, [os juros] não correm."

Observe-se que a expressão *ipso iure* está sendo utilizada com a conotação que ela adquiriu no direito moderno. Também utilizaremos tal expressão neste sentido.

Uma análise cuidadosa do texto da *Glossa* mostra que ele é ilógico (do ponto de vista moderno) e contém princípios contraditórios. Em primeiro lugar, se o objetivo é demonstrar que a compensação ocorre ipso iure, embora deva ser oposta em juízo, então por quê citar, logo em seguida, um texto (D. 16.2.5) que contradiz a hipótese de compensação ipso iure? Como vimos acima, o fato de o fiador poder escolher qual crédito ele deseja compensar significa que a compensação não ocorre ipso iure. No momento em que o réu opusesse a compensação em juízo, esta já teria produzido os seus efeitos e não restaria ao réu nenhum poder de escolha. Para demonstrar que a compensação deve ser alegada em juízo, embora sem perder o seu efeito ipso iure, a *Glossa* deveria ter citado um texto que mostrasse a necessidade de tal alegação, sem, ao mesmo tempo, comprometer o seu efeito ipso iure. Em segundo lugar, qual a diferença prática entre a regra geral reconhecida pela *Glossa* (compensação ipso iure sujeita à alegação em juízo) e as quatro exceções ali reconhecidas (compensação *sine facto hominis*)? Por exemplo, se alguém pagasse um crédito e os juros moratórios dele decorrentes, ambos previamente extintos por causa da compensação, a *condictio indebiti* não seria igualmente concedida tanto para recuperar o valor do crédito quanto o valor dos juros indevidamente pagos? A única diferença visível entre os dois regimes seria ocasionada pelo

uso de um expediente que foge aos quadros do efeito *ipso iure*: a renúncia tácita à compensação.⁷⁶

Não obstante, as duas correntes de pensamento expressas na *Glossa* exerceram uma enorme influência sobre o direito continental europeu até as codificações modernas. A opinião minoritária de Martinus, segundo o qual a compensação opera de pleno direito em todos os casos, chegou, por vias indiretas, a influenciar o Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro. O modelo de compensação brasileiro é baseado no modelo francês. A posição de Martinus foi seguida pela escola histórica francesa, especialmente, por Cujácio (1520/1522-1590). No século XVI, a posição de Martinus foi retomada por Tyndarus (que escreveu um tratado sobre a compensação). Por sua vez, Tyndarus exerceu uma influência direta sobre Jean Domat (1625-1696) e Robert-Joseph Pothier (1699-1772). Domat e Pothier foram as principais fontes de inspiração para os dispositivos do Código Civil (LGL\2002\400) francês.⁷⁷

A controvérsia, relatada na *Glossa*, entre as duas correntes de pensamento não diminuiu com o passar dos séculos. Por um lado, estavam aqueles que pensavam que a compensação operava automaticamente, sem necessidade de intervenção humana. Por outro lado, estavam aqueles que pensavam que a compensação operava automaticamente, mas sujeita à alegação em juízo. Nem mesmo a presença de uma codificação moderna era capaz de cessar a controvérsia. Assim, o art. 1.286 do Código Civil (LGL\2002\400) italiano de 1865 foi objeto de intermináveis disputas. Somente com o advento do Código de 1942, quando o legislador decidiu pela segunda corrente, a controvérsia foi finalmente resolvida.⁷⁸ O art. 1.242 do atual Código dispõe o seguinte:

"Art. 1.242. La compensazione estingue i due debiti dal giorno della loro coesistenza. Il giudice non può rilevarla d'ufficio.

Art. 1.242. A compensação extingue os débitos a partir do dia da sua coexistência. O juiz não pode declará-la de ofício."

Apesar da letra de tal artigo, há uma expressiva corrente de autores italianos da atualidade que advogam um outro modelo de compensação.⁷⁹ Eles advogam o modelo adotado no direito alemão. Segundo tal modelo, a compensação tem de ser alegada através de uma declaração unilateral, informal e extrajudicial para a outra parte. A partir de então, a compensação opera retroativamente. De acordo com este modelo, somente os efeitos da compensação têm caráter retroativo, os seus requisitos substantivos têm de ser avaliados no momento em que é feita a declaração de compensação.

A herança da compensação *ipso iure*, que nos foi legada pelos comentadores do direito romano, será o objeto de nossa exposição no resto deste trabalho.

7. Implicações para o desenvolvimento histórico do direito moderno

7.1 Declaração extrajudicial ou defesa a ser alegada em juízo?

A exigência de que a compensação, para ser reconhecida, tenha de ser alegada em juízo é uma consequência indireta da teoria da compensação *ipso iure*. Na realidade, tal exigência é uma forma de abrandar os rigores de uma aplicação incondicional da compensação automática. Assim, por exemplo, caso o réu tenha sido negligente e não tenha alegado a compensação, quando cobrado em juízo para cumprir a sua obrigação, então qualquer pagamento que o mesmo tenha feito como resultado desta demanda judicial não será considerado um pagamento indevido. O pagamento de juros moratórios e da pena convencional seriam considerados válidos e não teriam de ser restituídos. Desta forma, o credor do crédito principal recebe uma proteção que não lhe seria conferida sob um regime de compensação estritamente automática. Isto é feito através da imputação de uma renúncia tácita à compensação, caso ela não tenha sido alegada em juízo.⁸⁰ Entretanto, o uso deste expediente é um paliativo que, além de não resolver o problema principal que é a noção de uma compensação automática, cria outros inconvenientes.

Em primeiro lugar, o credor do crédito principal recebe uma proteção tão-somente parcial. Caso ele tenha recebido o pagamento fora de juízo, ele ainda está sujeito a ter de restituir o indevidamente recebido. Em segundo lugar, o devedor que quiser eliminar a incerteza sobre a ocorrência ou inoocorrência da compensação terá de esperar que o credor do crédito principal ajuíze uma ação

(para que ele possa, então, opor a exceção de compensação) ou terá, ele próprio, de ajuizar uma ação declaratória para eliminar tal incerteza.⁸¹ Isto é injusto caso o devedor, que não possa suportar a demora e incerteza quanto à ocorrência da compensação, enfrente elevados custos para o ajuizamento de uma ação que vise eliminar tal incerteza. É claro que um acordo entre as partes poderia eliminar tal incerteza. Entretanto, nem sempre um acordo é possível e a parte mais vulnerável poderia ficar à mercê da outra parte.⁸² Além disto, a idéia de uma compensação com efeitos retroativos não poderá ser abandonada, enquanto a compensação tiver de ser alegada em juízo, apesar da superioridade de uma compensação com efeitos *ex nunc*.⁸³ Em terceiro lugar, o fato de a incerteza sobre a ocorrência da compensação depender da instauração de um processo para ser eliminada encoraja o ajuizamento de demandas judiciais. Este é um resultado contrário aos princípios que justificam a existência da compensação.⁸⁴ A compensação existe porque ela serve para diminuir os custos incorridos pela parte na realização do pagamento e os custos sociais relativos à multiplicação de demandas judiciais.

O regime jurídico ideal é, portanto, aquele no qual basta uma declaração de compensação unilateral, informal e extrajudicial dirigida à outra parte. A necessidade de alegação da compensação em juízo é uma consequência indireta da compensação *ipso iure*. Ela é uma tentativa de mitigar os efeitos da compensação automática, protegendo o credor do crédito principal. Entretanto, o devedor sofre os efeitos colaterais de tal tentativa. A solução é a proteção dos interesses legítimos de ambas as partes. O regime jurídico da declaração extrajudicial alcança este objetivo. Por um lado, o credor do crédito principal é protegido caso a outra parte não alegue a compensação, o pagamento realizado pelo devedor não é considerado indevido; por outro lado, o devedor é protegido contra a incerteza sobre a compensação e os custos de um processo judicial.

7.2 Retroatividade ou efeito ex nunc?

A maioria dos ordenamentos jurídicos considera que a compensação produz os seus efeitos a partir do momento no qual os créditos de dois credores recíprocos, desde que preenchidos os requisitos legais, confrontaram um ao outro. Tais ordenamentos alcançam este resultado porque eles adotam um modelo de compensação *ipso iure* ou um modelo de compensação com efeitos retroativos.⁸⁵ Há diferenças sutis entre os modelos. Não obstante, ambos diferem do modelo de compensação com efeitos *ex nunc*. De acordo com este último, a compensação produz os seus efeitos a partir do momento em que ela é alegada, não a partir do momento em que os créditos se confrontaram.

O modelo de compensação com efeitos retroativos é uma versão mais branda do modelo de compensação *ipso iure*. De acordo com este último modelo, a retroatividade se estende até mesmo aos requisitos substantivos da compensação. A compensação *ipso iure* está sujeita a dificuldades e exceções. É difícil explicar dogmaticamente o poder que o devedor tem de escolher qual crédito ele deseja compensar (confira a remissão feita no art. 379, do CC/2002 (LGL\2002\400)). Como vimos anteriormente,⁸⁶ seria descabido tal poder de escolha, em um regime de compensação automática, pois a compensação já teria produzido os seus efeitos. Além disto, imagine-se uma situação na qual a compensação era possível no passado, mas cujos requisitos substantivos deixaram de existir no presente. Por exemplo, deve ser concedida uma ação de enriquecimento sem causa (*condictio indebiti*) ao devedor que pagou, sem saber, um crédito que já havia sido supostamente extinto pela compensação? De acordo com a teoria da compensação *ipso iure*, a resposta é positiva. Entretanto, de acordo com o Código Civil (LGL\2002\400) francês, este somente será o caso se o devedor tivesse "uma justa causa para ignorar o crédito que deveria compensar a sua dívida".⁸⁷

Há outros dispositivos legais, no direito brasileiro e estrangeiro, que parecem adotar uma concepção de compensação *ipso iure*. Entretanto, a justificativa destes dispositivos é diversa das razões que justificam ou não a compensação. Geralmente, eles estão relacionados à necessidade de proteção do devedor em caso de envolvimento de terceiros.⁸⁸ Como vimos, a compensação *ipso iure* está sujeita a exceções e é de difícil explicação dogmática. Como observado com perspicácia: "estas inconsistências levantam a questão de se é razoável, em princípio, atribuir efeito *ex tunc* à declaração da compensação".⁸⁹

Ainda que a retroatividade seja restringida tão-somente aos efeitos da compensação, sem englobar os seus requisitos substantivos, não há uma justificativa razoável para a mesma. Ela é insatisfatória ainda que restrita aos efeitos da compensação. Os autores não deixam de ressaltar o fato de que a

A COMPENSAÇÃO EM PERSPECTIVA HISTÓRICO-COMPARATIVA

compensação se equipara ao pagamento.⁹⁰ Entretanto, a analogia não é levada às suas últimas conseqüências.⁹¹

O regime jurídico da compensação com efeitos retroativos protege até mesmo o devedor que desconhecia a existência de seu contracrédito.⁹² Em caso de descumprimento de sua obrigação, tal devedor não estaria sujeito aos riscos da *mora debitoris* nem incorreria na pena convencional. Por outro lado, o devedor que nada tivesse para compensar estaria sujeito a tais riscos. Mas por que tal diferença se a compensação é meramente um substituto para o pagamento?⁹³

O resultado é um enfraquecimento das sanções estabelecidas para o não pagamento. Logo, a proteção das partes não é balanceada. O regime da compensação com efeitos retroativos protege muito bem o devedor, sem conferir o mesmo nível de proteção ao credor do crédito principal. É necessário ressaltarmos que a compensação é simplesmente uma forma alternativa de satisfação do crédito principal e não deve enfraquecer os meios de sua tutela. O regime da compensação com efeitos *ex nunc* é mais equilibrado. Por um lado, o devedor é protegido porque pode declarar a compensação assim que tiver ciência de tal possibilidade. Por outro lado, o credor do crédito principal é protegido porque não são diminuídos os incentivos ao adimplemento da obrigação.

Quando os créditos possuem a mesma taxa de juros, não importa o tamanho relativo de um crédito em relação ao outro, nenhuma das partes levará vantagem se os efeitos da compensação forem produzidos retroativamente ou *ex nunc*.

Caso uma das partes possua um crédito de menor valor, porém com maior taxa de juros, será de seu interesse que a compensação não seja automática ou produza efeitos retroativos. Isto porque, com a passagem do tempo, a tendência é a de que o seu saldo devedor diminua até que o seu crédito torne-se maior que o da outra parte e ela, então, passe a ostentar um saldo positivo. Neste momento, caso ela queira cobrar o seu crédito, e não haja outra alternativa senão submeter-se à exceção de compensação, será de seu interesse que a compensação opere *ex nunc*.

A parte cujo crédito seja o de maior valor e, ao mesmo tempo, ostente a maior taxa de juros, também terá interesse em uma compensação com efeitos *ex nunc*. Entretanto, ao contrário da hipótese anterior, os seus incentivos para atrasar a cobrança de seu crédito, para, somente então, submeter-se à exceção de compensação, talvez não sejam muito grandes. Isto ocorre por duas razões. Em primeiro lugar, o credor tem sempre de levar em conta o risco de insolvência de seu devedor. Este risco era praticamente inexistente na hipótese anterior quando, no saldo total, a parte ainda era devedora. Em segundo lugar, o motivo pelo qual o credor estipulou uma maior taxa de juros talvez esteja relacionado ao fato de que ele valoriza sobremaneira o recebimento, no tempo ajustado, da prestação devida. Assim, pode ser de seu interesse, para evitar maiores prejuízos, tomar todas as medidas necessárias para a pronta e rápida satisfação de seu crédito.

Portanto, a compensação com efeitos *ex nunc* parece, à primeira vista, servir aos interesses da parte que possui o crédito protegido pela maior taxa de juros. Desta forma, a questão que devemos responder é a seguinte: há razões objetivas para preferirmos um regime jurídico baseado na compensação com efeitos meramente *ex nunc*?

A resposta é positiva. Em primeiro lugar, a parte cujo crédito possui a menor taxa de juros somente levará desvantagem caso ela não tenha como realizar a compensação através de um procedimento informal e extrajudicial. Caso o procedimento para compensar seja simples e de baixo custo, então a parte poderá se proteger realizando a compensação na primeira oportunidade que tiver.⁹⁴ Em segundo lugar, nos casos em que a parte desconheça a existência de seu próprio crédito, o fato de que ela poderia ter oposto a exceção de compensação contra a outra parte não é uma desculpa válida para o inadimplemento de sua obrigação. Caso o direito conferisse proteção à parte inadimplente, ao considerar como ocorrida a compensação, ele estaria desestimulando o objetivo perseguido pelas normas que sancionam o não pagamento.

Como vimos, deve haver uma aproximação entre as normas que regulam a compensação e as normas que regulam o pagamento.⁹⁵ Isto não é nada surpreendente. A compensação nada mais é que uma forma especial de pagamento. O regime jurídico da compensação com efeitos *ex nunc* é o mais harmônico com as regras que regulam o pagamento. Ele é também o regime que realiza o melhor balanceamento de interesses entre as partes.

Por um lado, a parte cujo crédito possui a menor taxa de juros é protegida porque ela pode compensar assim que tenha a oportunidade; por outro lado, a parte cujo crédito possui a maior taxa de juros (e que, presumivelmente, tenha maior urgência em receber a prestação) é protegida porque não são diminuídos os incentivos ao adimplemento da obrigação.

O regime jurídico da compensação automática (*ipso iure*) ou da compensação com efeitos retroativos seria capaz de proteger tão-somente uma das partes: aquela cujo crédito possui a menor taxa de juros.

Caso os valores dos próprios créditos estejam sujeitos à flutuação, o regime jurídico da compensação com efeitos *ex nunc* ainda é o mais adequado. Além das considerações acima expendidas, devemos acrescentar o fato de que tal regime pode amenizar as dificuldades de prova com relação aos valores de tais créditos no passado.⁹⁶

Por que a retroatividade é mantida no direito moderno? Um dos motivos é a crença de que a retroatividade faz parte da "essência" da compensação. Temos aqui um exemplo de continuação irrefletida dos padrões de pensamento do *ius commune*.⁹⁷ Novamente, podemos identificar a sombra da compensação *ipso iure* por detrás das concepções modernas.

7.3 Fungibilidade

O requisito de que as obrigações sejam do mesmo tipo é explicado pelo fato de que a compensação nada mais é que uma forma de pagamento.⁹⁸ Assim, o devedor realiza o pagamento ao credor do crédito principal através do contracrédito (mais precisamente: a extinção do contracrédito, provocada pelo ordenamento jurídico, gera a satisfação do crédito principal, e *vice-versa*). O contracrédito deve ser do mesmo tipo e qualidade do crédito principal porque, do contrário, não haveria como garantir que o valor econômico gerado pela sua extinção fosse equivalente ao valor econômico que o credor teria auferido caso tivesse recebido a prestação que lhe era originalmente devida. Ou seja, haveria incerteza quanto à satisfação do crédito principal. O requisito da fungibilidade procura impedir que o credor sofra uma perda com a realização do processo de compensação, o qual ele não pode evitar. O motivo de tal perda deve ser procurado em uma característica peculiar das regras que regulam o pagamento.

O credor do crédito principal tem direito de rejeitar qualquer prestação de qualidade inferior à estabelecida no contrato ou na lei. De fato, o credor do crédito principal tem direito de rejeitar qualquer prestação que seja *diferente* daquela à qual ele tem direito. Nada é capaz de expressar esta idéia de maneira tão enfática quanto o art. 313, do CC/2002 (LGL\2002\400):

"Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa."

A explicação para esta regra encontra-se no fato de que ninguém está em uma posição melhor do que o próprio credor para avaliar o valor *subjetivo* do recebimento da prestação. De fato, a prestação devida ao credor pode ser, na realidade, de grande valor, ainda que, à primeira vista, a prestação oferecida pelo devedor pareça ser mais valiosa. Por exemplo, o credor pode já ter revendido a mercadoria que lhe é devida, com uma grande margem de lucro. Enfim, ninguém está em uma posição melhor do que o credor para decidir sobre o valor da prestação diversa que lhe foi oferecida. Tal prestação pode, na realidade, ser mais valiosa do que a prestação originalmente devida tão-somente na aparência.

Imaginem-se as seguintes situações: i) as partes são credoras e devedoras uma da outra em relação a uma certa quantia de grãos; ii) o credor tem direito de receber uma certa quantia de grãos de seu devedor, ao mesmo tempo, ele deve pagar ao seu devedor uma certa quantia pecuniária. Na primeira situação, o credor provavelmente teria preferido não ter de pagar aquela quantia de grãos, em troca da renúncia ao seu direito de recebê-los, do que passar pelo dispendioso processo de ter de receber para, logo em seguida, pagar. Por outro lado, na segunda situação, o credor pode preferir receber os grãos e pagar a quantia pecuniária, do que simplesmente não ter de pagar a quantia pecuniária, em troca de não receber os grãos. Isto porque, na primeira situação, ele não tinha como fazer uso dos grãos; ao passo que, na segunda situação, os grãos estavam sob a sua livre disposição.

Caso fosse permitida a compensação de créditos não fungíveis, a atividade econômica sofreria graves danos. Um dos incentivos para a realização de contratos comerciais: o gozo e exploração do valor econômico da prestação contratada seriam seriamente prejudicados. Além disso, a igualdade entre as partes seria violada. O valor econômico gerado pela extinção do contracrédito poderia ser, para o credor, muito inferior ao valor econômico que ele teria auferido caso tivesse recebido a prestação que lhe era originalmente devida.

Portanto, o requisito da fungibilidade é uma forma de proteger os interesses do credor no processo de compensação. Há um balanceamento de interesses entre as partes. Por um lado, a compensação ocorre mesmo sem o consentimento do credor; basta a declaração do devedor manifestando o desejo de compensar. Por outro lado, o valor econômico da prestação a que o credor tem direito é protegido pelo ordenamento jurídico. Desta forma, há uma harmonização entre as regras da compensação e as regras que regulam o pagamento. Também nos casos de pagamentos "normais", há mecanismos de proteção do devedor caso o credor se recuse a receber a prestação (no caso da compensação, a prestação é a extinção do contracrédito). Assim como há mecanismos de proteção do credor no que concerne ao valor da prestação que lhe é devida.

Finalmente, após a exposição do fundamento teórico do requisito da fungibilidade, temos de realizar algumas considerações sobre a sua aplicação prática. A avaliação do cumprimento deste requisito deve ser feita no momento em que a declaração de compensação é feita.⁹⁹ Na maioria das vezes, a avaliação do requisito da fungibilidade não será difícil. Isto porque a maioria dos créditos consiste em obrigações pecuniárias. Um ponto controverso é a determinação da fungibilidade de dívidas em moedas estrangeiras. De acordo com a opinião predominante no direito alemão, as obrigações em moedas nacionais e estrangeiras nunca são do mesmo tipo. Os autores franceses tendem a aceitar a compensação nestes casos, desde que as moedas sejam convertíveis. O momento em que as dívidas devem ser convertidas para a moeda nacional não é claro. Uma abordagem simples é a conversão no dia de seu vencimento.¹⁰⁰ O direito brasileiro, neste ponto, parece compartilhar a posição mais conservadora do direito alemão e negar a possibilidade de compensação.¹⁰¹

7.4 Por que ambos os créditos têm de ser exigíveis?

Não há uma justificativa razoável para o requisito de que *ambos* os créditos sejam exigíveis. Tal requisito parece ser uma consequência direta da teoria da compensação ipso iure. Em um regime de compensação automática, os créditos a serem compensados devem ser determinados com absoluta precisão. Entretanto, a partir do momento em que abandonamos as restrições impostas pela compensação ipso iure, não precisamos mais contar com a exigibilidade de ambos os créditos.

O contracrédito deve ser exigível. Isto é, ele tem de estar vencido, a outra parte não deve poder opor uma defesa contra o mesmo, e ele não deve ser uma obrigação natural. O motivo pelo qual o contracrédito deve ser exigível é similar ao motivo pelo qual ele deve ser fungível: para preservar o valor econômico da prestação originalmente devida ao credor. A diferença reside no fato de que, com relação ao requisito da exigibilidade, não se trata apenas do valor *subjetivo* que o recebimento da prestação original teria para o credor (valor este que seria descartado no caso de um contracrédito inexigível, mas fungível), porém do próprio valor objetivo do contracrédito. Independentemente do seu valor nominal, o valor econômico de um contracrédito inexigível é praticamente nulo. O valor econômico do contracrédito seria severamente diminuído caso ele não estivesse vencido, pudesse ser destruído por uma exceção, ou se tratasse de uma obrigação natural. O contracrédito é a moeda de pagamento utilizada pelo devedor do crédito principal para quitar a sua obrigação. Caso o contracrédito não fosse exigível, seria como oferecer pagamento em moeda podre. O valor econômico gerado pela extinção do contracrédito inexigível é, certamente, insuficiente para cobrir o valor econômico que o credor teria auferido caso tivesse recebido a prestação que lhe era devida. O ordenamento jurídico confere proteção ao credor do crédito principal ao tutelar a qualidade do que ele recebe em pagamento.

Por outro lado, não há motivos para requerer a exigibilidade do crédito principal.¹⁰² De fato, é prática corrente o pagamento antecipado de uma obrigação. Desde que o credor não seja prejudicado, parece não haver óbice algum ao devedor que queira pagar antes da data prevista para o cumprimento da obrigação. Caso o devedor acredite que o crédito principal não tenha validade, então ele não irá declarar a compensação. O próprio devedor saberá como se defender, ele não

precisa da tutela do ordenamento jurídico nesta questão. Ao contrário, o requisito da exigibilidade do crédito principal poderia, até mesmo, prejudicar o devedor que quisesse compensar antes do vencimento do crédito principal. Portanto, nestes casos, o ordenamento jurídico deve proteger o devedor que queira compensar. Basta que o contracrédito do devedor seja exigível. Não é necessário que o crédito principal também o seja.

7.5 Restrições ao requisito da liquidez

A maioria das codificações exige a liquidez de ambos os créditos. Este é um reflexo da compensação *ipso iure*. Entretanto, como já foi observado,¹⁰³ o direito aplicado na prática difere em muito dos dispositivos legais.

Como vimos,¹⁰⁴ ao contrário da letra dos códigos modernos, o contracrédito não precisa ser absolutamente líquido. Basta que ele seja de fácil liquidação. A liquidez significa que o crédito é certo quanto à sua existência e ou quanto ao seu valor. O grau de liquidez do contracrédito deve ser determinado tendo-se em vista, principalmente, os interesses do credor do crédito principal. Caso o credor ainda não tenha instaurado uma demanda judicial, ou a demanda ajuizada tenha um tempo provável de duração muito longo, então os interesses do credor (em uma rápida resolução da demanda judicial) não serão indevidamente prejudicados se o requisito da liquidez do contracrédito for relaxado.

Uma aplicação rígida do requisito da liquidez pode tornar a compensação legal irrelevante em muitos casos.¹⁰⁵ Assim, já foi constatado que, com frequência, o requisito da liquidez é "contornado" através da aplicação da compensação judicial.¹⁰⁶ Entretanto, tal procedimento apresenta várias desvantagens.

Em primeiro lugar, o problema não é diretamente enfrentado. O uso de paliativos para corrigir uma legislação defeituosa tende a desencorajar mudanças legislativas mais substanciais que ataquem o problema pela raiz. Em segundo lugar, não faz sentido termos uma legislação que não lide com o tipo de compensação mais utilizado no tráfego jurídico. O direito tem de responder às necessidades sociais. O direito que não o faça tende a se desenvolver de forma oblíqua. Em terceiro lugar, a compensação judicial não confere proteção suficiente ao devedor que deseja compensar. Os custos para realizar a compensação são mais elevados, pois o devedor tem de se submeter às formalidades de uma demanda reconvenção. Qualquer defeito em tal demanda, que a impeça de ser reconhecida, ou a perda do prazo para ajuizá-la são suficientes para impedir que o juiz realize a compensação judicial. O ajuizamento de uma outra demanda autônoma também é insuficiente, além dos custos acima mencionados, há os custos adicionais relativos à satisfação dos requisitos necessários para a conexão de demandas. Em quarto lugar, a compensação somente produz os seus efeitos a partir da data do julgamento. Isto é desnecessariamente rigoroso para com o devedor e permite que o credor especule às suas custas. A compensação deveria produzir os seus efeitos a partir da data em que o devedor a declarasse. Novamente, os custos para o devedor relativos à compensação judicial são muito mais elevados do que os custos com relação à compensação legal. Não há um equilíbrio entre as partes. Em quinto lugar, a compensação judicial somente protege o devedor que esteja litigando na justiça. O devedor cujo contracrédito não seja absolutamente líquido, mas de fácil liquidação, tem de esperar a outra parte instaurar uma demanda judicial antes que ele possa alegar a compensação. É claro que o devedor poderia compensar através de um acordo com o seu credor, mas a regra jurídica que permite o pagamento através da compensação existe justamente para livrar o devedor dos custos de obtenção de tal acordo.

Portanto, a solução mais simples e justa é a atenuação do requisito da liquidez do contracrédito com relação à compensação legal. Como vimos, o contracrédito deve ser relativamente fácil de liquidar. O grau de liquidez exigível dependerá das circunstâncias do caso (e, principalmente, de uma posterior demanda judicial). Entretanto, não há razões objetivas para exigirmos que o crédito principal também seja líquido ou de fácil liquidação.

Caso o devedor acredite que o crédito principal seja existente e válido, ele terá incentivos para realizar o pagamento através da compensação. Caso ele acredite que o crédito principal seja infundado, ele provavelmente não irá pagá-lo. Portanto, não é necessária uma regra jurídica determinando que o crédito principal seja líquido. Tal regra é útil tão-somente em um regime de compensação automática, pois, do contrário, não haveria como saber quais créditos haviam sido

compensados. Além disto, tal regra pode prejudicar o devedor que queira pagar o mais cedo possível para evitar as conseqüências da *mora debitoris*.

Finalmente, nos casos em que ambos os créditos são provenientes de uma mesma relação jurídica, a tendência é a de levá-los em conta para efeitos de compensação, mesmo que o contracrédito não seja líquido ou de fácil liquidação. Isto está em consonância com a preservação da comutatividade nestas relações.

8. Conclusão - Bibliografia

A compensação diminui, para as partes, os custos de cumprimento da prestação, ao mesmo tempo em que a igualdade é preservada. Caso não houvesse uma regra jurídica estatal que a permitisse, as partes teriam de prever e entrar em acordo *ex ante* sobre a possibilidade da sua realização ou, uma vez existentes os créditos recíprocos, as partes teriam de acordar *ex post* sobre a sua realização. Em qualquer das hipóteses, pode não ser possível obter tal acordo. O resultado seria um cumprimento da prestação, por parte do devedor, mais oneroso do que o necessário. É claro que o credor também teria de cumprir a prestação à qual estava obrigado. Portanto, uma certa forma de igualdade seria preservada. Porém, ela seria uma igualdade na qual ambas as partes seriam prejudicadas. Ao permitirmos a compensação, desde que o credor não seja prejudicado, a igualdade continuaria a ser preservada. Porém, desta vez, ambas as partes seriam beneficiadas. A compensação também diminui os custos sociais relacionados à multiplicação de demandas judiciais. O resultado, ao reduzir os custos para as partes e os custos sociais, é um aumento da riqueza social.

É claro que a compensação poderia ser realizada mesmo na ausência de qualquer regra jurídica que a permitisse. Em uma relação duradoura, pode ser do interesse das partes cooperarem entre si. As sanções para a não cooperação, corte da relação e má reputação social, poderiam ser mais custosas do que a preservação da cooperação. Entretanto, a regra jurídica não é feita para regular o que dá certo, mas para dirimir situações de conflito. A regra jurídica deve ser elaborada de modo a preservar o maior grau possível de igualdade entre as partes em conflito, ao mesmo tempo em que se procura reduzir os custos para as mesmas e os custos sociais. Este objetivo deve informar todas as regras jurídicas. Ele representa uma noção de justiça suficientemente palpável para poder ser aplicada em casos concretos. Este trabalho procurou demonstrar como o regime jurídico da compensação pode ser planejado para implementar esta noção de justiça.

Bibliografia

CARVALHO SANTOS, J. M. Código Civil (LGL\2002\400) *brasileiro interpretado. Principalmente do ponto de vista prático*. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. vol. XIII.

DOLT, Jean-Philippe. "La mise en #uvre de l'opération compensatoire: son évolution de l'antiquité jusqu'au XIXe siècle". *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis (TR)*, 71, 1, 2003, p. 155-186.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil (LGL\2002\400)*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. V, t. I.

PICHONNAZ, Pascal. "Da Roma a Bologna: l'evoluzione della nozione di *compensatio ipso iure*" (Texto da conferência ocorrida no dia 26.03.2003 na Università del Piemonte Orientale, documento com 14p.). Disponível em: [www.ledonline.it/rivistadirittoromano]> acesso em: 15.08.2004.

_____. "La compensation commerciale à l'aune du cas de l'argentarius". *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis (TR)*, 71, 1, 2003, p. 29-39.

_____. "L'interdiction de compenser dans le contrat de dépôt". *Revue Internationale des Droits de l'antiquité (RIDA)*, 3e Série, 1999. t. XLVI, p. 393-425.

_____. "The Retroactive Effect of Set-Off (Compensatio): A journey through Roman Law to the New Dutch Civil Code". *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis (TR)*, 68, 4, 2000. p. 541-564.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi,

1959. t. XXIV.

ROCHA, José de Moura. "Da compensação". *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial (RDC)* 1/37-56, 1977.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol. II.

SOLAZZI, Siro. *La compensazione nel diritto romano*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1950.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Código Civil (LGL\2002\400): *esboço*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores - Serviço de Documentação, 1952 (reimpressão).

_____. *Consolidação das Leis Cíveis*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2003, vol. I (reprodução fac-símile da 3. ed., Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1876).

WATSON, Alan. *Law out of context*. Athens & London: The University of Georgia Press, 2000.

ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

_____. *The law of obligations - Roman foundations of the civilian tradition*. New York: Oxford University Press, 1996.

(1) O ponto, porém, não é pacífico. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil* (LGL\2002\400). Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. V, t. I, p. 565: "A compensação conduz à solução das dívidas, porém não 'é' o pagamento: a liberação é *eficácia* da compensação. Portanto, a compensação leva ao adimplemento. Nem jurídica nem economicamente há apenas dois pagamentos inversos: o que a lei permite é que, por existirem certos pressupostos (...) surja o efeito de liberação e satisfação". Entretanto, como veremos, a analogia com o pagamento vai muito além dos efeitos da compensação. Os seus requisitos substantivos deveriam (em um regime jurídico ideal) representar um balanceamento entre os interesses do credor e os interesses do devedor no que concerne ao cumprimento da obrigação.

(2) Para o reconhecimento desta distinção em um contexto comparativo, cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 20-21. Para o direito brasileiro, cf. CARVALHO SANTOS, J. M. Código Civil (LGL\2002\400) *brasileiro interpretado. Principalmente do ponto de vista prático*. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. vol. XIII, p. 217-218: "Admitem alguns autores ainda a existência da compensação judicial, ou convencional, quando, oposta pelo réu na contestação da lide, é afinal declarada pelo Juiz. Neste caso, a dívida pode não ser líquida, contanto que se liquide em juízo. Estamos com Clóvis Beviláqua; o Código Civil (LGL\2002\400) não conhece esta espécie nem a conhecia o direito anterior, porque não há necessidade de identificar a compensação com a reconvenção, que tem a sua individualidade própria".

(3) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 24.

(4) "Art. 1.290. La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives." (A compensação se opera de pleno direito, apenas pela força da lei, mesmo na ignorância dos devedores quanto à sua ocorrência; as duas dívidas são reciprocamente extintas, no mesmo instante em que elas se tornam existentes, até a concorrência de suas respectivas cotas.)

(5) TERRÉ, SIMLER & LEQUETTE: "en dépit de la lettre de l'article 1290" (a despeito da letra do art. 1.290, *nossa tradução*). Citado, no original, em ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 25 (nota 32). Cf., já no século XIX, os seguintes arestos: Req. 11.05.1880, D.P. 1880.1.470; e Civ. 02.02.1891, D.P. 1891.1.198; citados em PICHONNAZ, Pascal. *Da Roma a Bologna: l'evoluzione della nozione di 'compensatio ipso iure'* (Texto da conferência ocorrida no dia 26.03.2003 na Università del Piemonte

Oriental), p. 10 (nota 50). O meio dogmático através do qual as cortes alcançavam este resultado era a utilização do expediente de uma renúncia tácita. Ou seja, o fato de se deixar condenar sem opor a exceção de compensação correspondia a uma renúncia à mesma. Teixeira de Freitas, provavelmente reagindo a esta construção dogmática, incluiu em seu *Esboço* o seguinte dispositivo: "Art. 1.175. Se o devedor fôr omisso em opor a compensação, não se entenderá que o seu crédito esteja pago, ou que êle o tenha renunciado; e fica-lhe salvo o direito de exigir o pagamento, conservando também quaisquer direitos acessórios de seu crédito". Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Código Civil (LGL\2002\400): *esboço*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores - Serviço de Documentação, 1952 (reimpressão), p. 449. Entretanto, tal dispositivo seria desnecessário pois entende-se que há renúncia à *compensação* e não ao *crédito*. Ademais, as razões que militam a favor da paralisação do crédito (através do instituto da *Verwirkung* ou da prescrição) são diferentes das razões que justificam ou não a compensação. Para uma crítica ao expediente da renúncia tácita à compensação, ver a nota 80 infra e o texto correspondente.

(6) Relativa, principalmente, ao período entre os séculos XVI e XIX.

(7) DOLT, Jean-Philippe. "La mise en #uvre de l'opération compensatoire: son évolution de l'antiquité jusqu'au XIXe siècle". *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis (TR)*, 71, 1, 2003. p. 181-182.

(8) Isto é claramente evidente no período entre os séculos XII e XV, cf. DOLT, op. cit., nota 7, p. 163-170. Como veremos na nota 106 infra e no texto que a segue, apesar de a compensação legal e a judicial serem conceitualmente distintas (ver a nota 2 supra), o fato de as duas realizarem a mesma função (extinção ou redução dos créditos sem necessidade de serem realizados pagamentos recíprocos) e de a compensação judicial ser utilizada para "contornar" os requisitos da compensação legal pode ter implicações sobre a adequação do regime jurídico desta última para atender as necessidades do tráfego jurídico.

(9) Cf. o item 6, infra.

(10) Para as referências, cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 26.

(11) "§ 388. Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. Die Erklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird." (A compensação ocorre por meio de declaração perante a outra parte. A declaração é ineficaz se for feita sob uma condição ou uma estipulação de tempo.)

(12) Ver a nota 17, infra.

(13) Ver a nota 20, infra.

(14) Para o que segue, cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 32-33.

(15) POTHIER, *Traité des obligations*, § 635: "Cette interprétation est conforme à l'explication que tous les lexicographes donnent à ces termes, ipso iure. Ipso iure fieri dicitur, dit Brisson, quod ipsa legis potestate et auctoritate, absque magistratus auxilio et sine exceptionis ope fit (...). Verba ipso iure, dit Spigelius, intellegitur sine facto hominis. Ipso iure consistere dicitur, dit Pratejus, quod ex sola legum potestate et auctoritate, sine magistratus opera consistit". Citado em ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 25 (nota 31).

(16) Em seu art. 368 (que é uma reprodução fiel do art. 1.009, do CC/1916 (LGL\1916\1)): "Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem".

(17) Cf., embora escrevendo ainda sob a vigência do Código de 1916, a opinião de Carvalho Santos. De acordo com este jurista (op. cit., nota 2), a compensação opera de pleno direito ou por força da lei; isto é: as dívidas se extinguem reciprocamente desde o momento preciso em que, dotadas dos requisitos legais, coexistem (p. 218); o juiz pode pronunciar a compensação legal de ofício (p. 219); e constatadas as condições que a lei exige, a compensação se verifica, operando a extinção das dívidas, ou reduzindo algumas delas, sem necessidade de qualquer manifestação de vontade das partes, ou até mesmo contra a sua vontade (p. 220).

(18) Ver a nota 5 supra.

(19) "Art. 1.242. La compensazione estingue i due debiti dal giorno della loro coesistenza. Il giudice non può rilevarla d'ufficio." (A compensação extingue os débitos a partir do dia da sua coexistência. O juiz não pode declará-la de ofício.)

(20) SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol. II, p. 176: "Apesar de efetuar-se automaticamente - *ipso iure* - não cabe ao juiz, de ofício, declará-lo, ao contrário do que admite Soriano Neto, mesmo porque é lícito ao devedor renunciar, até tacitamente, ao benefício. Haverá mister a sua invocação, mediante o que seria uma *exceptio compensationis*". Nota-se aqui uma característica recorrente das obras de Caio Mário: a tendência de transplantar regras e modelos de argumentação do direito francês para o direito brasileiro.

(21) Há diferenças sutis entre os modelos, cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 36-37: "*Ipsa iure compensatur*: isto parece implicar que o exame dos requisitos substantivos da compensação tem de ser feito no momento do passado no qual as obrigações foram extintas. Um sistema jurídico operando com a noção de uma declaração retroativa, por outro lado, normalmente atribuiria a retroatividade tão-somente ao efeito da compensação. Os requisitos substantivos da compensação têm de ser cumpridos no momento em que a compensação é declarada. Esta diferença de abordagem tem consequências nos casos em que a compensação foi possível, em algum ponto do passado, mas que, no meio tempo, perdeu um dos seus requisitos substantivos. Contrariamente ao direito francês, o direito alemão não iria, em princípio, considerar a compensação como possível de ser realizada nesta situação". Os modelos de compensação que operam com a noção de retroatividade são mais propícios à promoção da segurança jurídica do que os modelos que operam com a noção de compensação *ipso iure*. Isto porque tais modelos restringem a noção de retroatividade tão-somente aos efeitos da compensação, não a estendendo para a avaliação de seus requisitos substanciais (reciprocidade, fungibilidade, exigibilidade, liquidez). Entretanto, o melhor modelo, tanto do ponto de vista da segurança jurídica quanto do ponto de vista da justiça social, é aquele que atribui efeitos *ex nunc* para todos os aspectos da compensação: seus efeitos e seus requisitos substantivos (ver o item 7.2 infra). As aparentes exceções à compensação *ex nunc*, que parecem consagrar a noção de retroatividade ou a noção de compensação *ipso iure*, são, na realidade, baseadas em avaliações normativas diferentes daquelas que justificam ou não a compensação (ver o primeiro parágrafo do item 1.1 supra para uma breve exposição dos motivos que justificam a compensação). Desta forma, a retroatividade (inclusive dos requisitos substantivos da compensação) é excepcionalmente admitida para promover objetivos específicos tais como a proteção da distribuição consensual dos riscos entre as partes contratantes, *caso haja envolvimento de terceiros*. Cf. PICHONNAZ, Pascal. "The Retroactive Effect of Set-Off (Compensatio): A journey through Roman Law to the New Dutch Civil Code". *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis (TR)*, 68, 4, 2000, p. 560 (nota 93): "Não lidarei aqui com alguns dispositivos que permitem ao devedor declarar a compensação, até mesmo quando uma das condições para que ela possa ser validamente declarada não mais subsista (no caso de cessão de crédito a um terceiro). Nestes casos, não há um verdadeiro efeito retroativo da compensação. O dispositivo apenas protege a boa-fé do devedor, permitindo a compensação mesmo que ela não fosse mais possível de acordo com os dispositivos ordinários". Cf., também, a redação do art. 377, do CC/2002 (LGL\2002\400) (compensação em caso de cessão de crédito) que mal se adapta a um sistema de compensação *ipso iure*. Caso a compensação fosse automática, seria desnecessário um dispositivo *permitindo* a compensação em caso de ignorância do devedor sobre a cessão de crédito, pois a sua dívida já teria sido extinta ou reduzida (desde que preenchidos os requisitos legais). Portanto, tal artigo é melhor entendido como uma *derrogação* do regime jurídico da compensação com efeitos *ex nunc* (ou, pelo menos, cuja retroatividade seja limitada aos seus efeitos) que, por razões específicas, opera *como se fosse ipso iure*.

(22) Defendendo esta abordagem para o direito brasileiro, cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. XXIV, p. 324: "Em nenhuma hipótese, a compensação opera-se por decisão judicial de ofício. A afirmativa em contrário, de GIORGIO GIORGI (*Teoria delle Obbligazioni*, 7. ed., vol. VIII, p. 73), destoa de toda ciência e revelou completa ignorância da natureza do instituto. Tão-pouco, havemos de admitir que a compensação legal e a facultativa sejam, forçosamente, judiciais (sem qualquer razão, M. I. CARVALHO DE MENDONÇA. *Doutrina e prática das obrigações*, I, 629): tal pensamento levaria a regressão a quem da desprocessualização da compensação. Pode-se compensar alegando-se a

compensação em carta missiva, em telegrama, radiograma, fonograma, ou em notificação judicial, etc. No direito brasileiro, não pode haver qualquer dúvida a respeito"; p. 325: "O que mais surpreende é que juristas que vêm (*sic*) na compensação eficácia automática, independentemente, portanto, de declaração do interessado, repilam a declaração unilateral extrajudicial. A 'pancada', a que se referia K.-S. ZACHARIAE VON LINGENTHAL (*Handbuch des französischen Civilrechts*, 7. ed., vol. II, p. 403), sômente poderia ser dada em juízo".

(23) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 33.

(24) Cf. PONTES DE MIRANDA, op. cit., nota 22, p. 327, 400-401. De acordo com este autor, a compensação produz os seus efeitos de forma retroativa, a partir do momento em que ela é "alegada". Esta "alegação" também pode ser feita extrajudicialmente, como no direito alemão. A consequência é que se um indivíduo pagou, sem saber, uma dívida que poderia ter sido compensada, ele não terá direito à repetição do indébito (*condictio indebiti*). Pois, ao contrário da compensação automática, a sua dívida ainda não havia sido extinta no momento em que ele a pagou. Tão-somente os efeitos da compensação operam de forma retroativa, os seus requisitos substantivos (entre eles a existência dos créditos recíprocos) devem ser avaliados no momento em que é feita a "alegação" da compensação. Entretanto, não é imediatamente claro que o direito brasileiro exija a "alegação" da compensação. O Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro de 1916 (e o de 2002) não diz, expressamente, que a compensação somente produzirá os seus efeitos se o seu "suporte fático" for completado por uma "declaração" ou "alegação" que evidenciem o desejo de compensar por parte do devedor. Nem mesmo diz que tal "declaração" ou "alegação" possa ser feita extrajudicialmente. De fato, a introdução de um requisito de que a compensação deva ser "alegada" tende a restringir o âmbito de aplicação da compensação *ipso iure*. Parece-nos que a exigência de que a compensação seja "alegada" extrajudicialmente foi introduzida por Pontes de Miranda para aproximar o direito brasileiro ao direito alemão. Isto é confirmado pela seguinte passagem, em que Pontes de Miranda diz que a "alegação" era um requisito do direito brasileiro pré-codificado, *mas não do direito moderno*, para, logo em seguida, se contradizer e afirmar que a "alegação" é um requisito do direito moderno, p. 325-326: "O art. 1009 do Código Civil (LGL\2002\400) diz: 'Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem'. Não se falou de *alegação*, como nos textos reinícolas; nem se adotou a compensação de pleno direito, segundo o Código Civil (LGL\2002\400) francês (...); nem se exigiu a declaração de vontade feita à outra parte, conforme o Código Civil (LGL\2002\400) alemão (...). No direito brasileiro, para o seu exercício [isto é, para o exercício do direito à compensação], não se requer negócio jurídico; basta a alegação (ou a relevância prática da diferença) entre a "declaração", exigida pelo direito alemão, e a "alegação", (presumivelmente) exigida pelo direito brasileiro. Entretanto, uma discussão mais detalhada destas questões fugiria aos lindes deste trabalho. Não obstante, podemos dizer que o modelo de compensação baseado em uma alegação extrajudicial é um avanço em relação ao modelo baseado em uma alegação judicial (ver a nota 22 supra e, principalmente, o item 7.1 infra).

(25) Criticando o terceiro e quarto modelos de compensação, expostos neste trabalho, cf. CARVALHO SANTOS, op. cit., nota 2, p. 220-221: "Essa é a verdade, que dispensa invocar-se a ficção da retroatividade da sentença ao momento da coexistência das dívidas, como ensina o Prof. Soriano de Sousa Neto, ao escrever: 'Essa ficção de retroatividade só se explica na doutrina dos romanistas franceses e alemães partidários da compensação judiciária, porque era preciso recorrer a êsse expediente para explicar, fora da compensação legal, os efeitos jurídicos remontando à contraposição dos créditos. Igualmente, no sistema alemão de declaração unilateral. No regime da compensação legal, não há lugar para essa ficção, que verdadeira excrescência, se apresenta, ainda hoje, nas obras de civilistas nacionais e estrangeiros, não é senão como um resquício da confusão reinante em torno de explicação do sistema romano". Cf., também, ROCHA, José de Moura. "Da compensação". *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial (RDC)* 1/55, 1977. O que não encontramos nestas obras (e em muitas outras obras) é uma defesa do modelo de compensação *ipso iure*, mitigado ou não pela necessidade de alegação em juízo, sob o ponto de vista da *utilidade social*. A crítica ao terceiro e quarto modelos de compensação, expostos neste trabalho, passa ao largo de argumentos baseados na justiça.

(26) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 33.

(27) Para as referências, cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 48.

(28) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 50-51.

(29) A liquidez interpretada de maneira rígida tende a inviabilizar a operação da compensação *ipso iure*. Cf. CARVALHO SANTOS, op. cit., nota 2, p. 245: "A contestação da dívida não lhe tira o caráter de certa, pelo que sustentamos, com a melhor doutrina, ser compensável a dívida contestada", p. 247: "De fato, se a compensação se opera *ipso jure*, na ignorância das partes, como atribuir à vontade de uma delas, manifestada numa simples contestação, o mérito de fulminar a liquidez do crédito, e, pois, a sua compensabilidade? Se assim fôsse, os efeitos da compensação legal ficariam na dependência dos caprichos de um dos devedores, porque, para isto, lhe bastaria levantar qualquer contestação". Portanto, diz-se que os créditos devem ser *objetivamente* líquidos.

(30) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 52-53.

(31) Ver os itens 5.3.4 e 7.5 infra.

(32) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 54.

(33) *Idem*, p. 53, 54, 56.

(34) Para um exemplo proveniente dos *iudicia bonae fidei*, cf. SOLAZZI, Siro. *La compensazione nel diritto romano*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1950. p. 5-6: "[Em Gaio IV.61] aparece em plena luz o requisito da *eadem causa*, por isto se diferencia profundamente esta compensação do instituto moderno que abriga o mesmo nome. Se o autor, por exemplo, ajuíza a *actio venditi* e a fórmula contém a *demonstratio* 'quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem Stichum vendidit, qua de re agitur', o juiz não pode lidar com matéria que extrapole o âmbito deste contrato e das suas conseqüências. E, em vão, o réu oporia em compensação créditos que fossem derivados de outros negócios conclusos com o autor como, por exemplo, um crédito originário de um empréstimo. O juiz é encarregado tão-somente de examinar a *res* da compra e venda, e não pode conhecer dos créditos que não tenham origem na compra e venda. Por outro lado, o juiz podia levar em conta *todos* os créditos que tivessem origem *ex eadem causa*. Podia compensar um crédito de *facere* com um de *dare*. E assim como não era um requisito da compensação a homogeneidade dos créditos, também não o era a liquidez. Desde que tivesse origem *ex eadem causa*, era incumbência do juiz acertar e liquidar o crédito deduzido em compensação. E, dado o sistema da condenação pecuniária, que transforma todos os créditos, independentemente do seu conteúdo, em créditos pecuniários, torna-se claro como seja possível sempre operar a compensação, pronunciando a condenação pela diferença".

(35) Ver supra a nota 15 e infra, item 6.

(36) Cf. PICHONNAZ, op. cit., nota 5, p. 9.

(37) Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations - Roman foundations of the civilian tradition*. New York: Oxford University Press, 1996. p. 762-765.

(38) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 37, p. 762; SOLAZZI (ver o trecho citado na nota 34 supra).

(39) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 37, p. 762; SOLAZZI (ver o trecho citado na nota 34 supra).

(40) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 37, p. 762.

(41) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 37, p. 762-765.

(42) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 37, p. 762.

(43) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 37, p. 763-764.

(44) Cf. PICHONNAZ, Pascal. "La compensation commerciale à l'aune du cas de l'argentarius". *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis (TR)*, 71, 1, 2003, p. 30.

(45) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 37, p. 764; PICHONNAZ, op. cit., nota 44, p. 31, 33.

(46) Cf. PICHONNAZ, op. cit., nota 44, p. 39.

(47) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 37, p. 764.

(48) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 37, p. 764; SOLAZZI, op. cit., nota 34, p. 174.

(49) Cf. SOLAZZI, op. cit., nota 34, p. 174.

(50) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 37, p. 765.

(51) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 37, p. 765; SOLAZZI, op. cit., nota 34, p. 174.

(52) ZIMMERMANN, op. cit., nota 37, p. 765-766.

(53) O uso da demanda reconvenção, permitida no procedimento pós-clássico, forneceu um grande estímulo à generalização da compensação. O que seria difícil de ser alcançado no procedimento formular do direito romano clássico. Cf. SOLAZZI, op. cit., nota 34, p. 110-111: "(...) no sistema do *ordo iudiciorum* um reenvio coativo *apud eundem iudicem* de várias ações, mesmo que conexas, era incompatível com a própria estrutura do processo; e até mesmo no caso em que as partes tivessem livremente e concordemente escolhido o mesmo juiz ou a sorte tivesse designado a mesma pessoa, não havia nenhuma unificação entre as várias fórmulas que se apresentavam ao mesmo juiz, de modo que os juízos eram tantos quantos eram as fórmulas. (...) Dado que as *mutuae petitiones* são estranhas ao *ordo iudiciorum*, não é por esta via que foi possível ser desenvolvido um procedimento de compensação generalizado, com ou sem o subsídio da *exceptio doli*. Não foi possível ser desenvolvido no processo ordinário. Mas temos de procurar saber como aconteceram as coisas no processo *extra ordinem*. Neste processo, não existiam obstáculos à reunião das causas *apud eundem iudicem*. O juiz não é mais um cidadão privado escolhido livremente pelas partes, mas um funcionário estatal, cuja competência é fixada pelo ordenamento jurídico e não pela fórmula. Desaparecida a divisão do processo em duas fases, dado que o magistrado ou um seu comissário já decide sobre toda a controvérsia, a *missio ad eundem iudicem* permite ser realizada a plena unidade do juízo; o que teria sido impossível no sistema do *ordo iudiciorum*, no qual, para conferir unidade processual a várias ações distintas, não bastaria ordenar-lhes o reenvio diante do mesmo juiz, mas também seria necessária uma modificação da competência do magistrado, considerando-se que até mesmo *in iure* as ações eram propostas diante da mesma pessoa"; p. 142: "O fim do processo formular marcou o fim das três formas de compensação expostas por Gaio; a compensação *officio iudicis* nas fórmulas da boa-fé, a *actio cum compensatione* do banqueiro, a *actio cum deductione* do *bonorum emptor* morriam juntas com as fórmulas. Tornado geral o processo extraordinário, se chegou à compensação sem que fosse necessário ocupar-se com a colisão dos dois juízos. O réu opunha a sua demanda reconvenção e as *mutuae petitiones* eram reunidas junto ao mesmo juiz-magistrado, o qual, não estando ligado à fórmula e derivando os seus poderes unicamente do direito substantivo, podia operar e operava a compensação entre as demandas recíprocas com a pronúncia de uma única sentença. É provável que a oposição do contracrédito ocorresse por meio da *exceptio doli* [que, na ausência de uma fórmula na qual pudesse inserir-se, havia perdido o seu caráter clássico], pelo menos, todas as vezes que o crédito do réu, por não ter sido aduzido pelo autor, ainda não estivesse sob a competência do magistrado. (...) É supérfluo acrescentar que, no procedimento extraordinário, a exceção de dolo podia ter efeito de diminuir a pretensão do autor e servia diretamente à compensação, dado que o juiz condenava o réu à diferença entre as recíprocas pretensões".

(54) Para o que se segue cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 37, p. 766-767.

(55) Entretanto, a questão das interpolações deve ser tratada com cautela. O imperador Justiniano, nas suas *Institutiones* (J.1.2.3), enumera as fontes do direito escrito como sendo a lei, *plebiscita*, decretos do senado, pronunciamentos dos imperadores, editos dos magistrados e respostas dos juristas. Porém, ao seu tempo, os pronunciamentos dos imperadores eram a única fonte viva do direito. As demais fontes haviam desaparecido. Quando Justiniano resolveu simplificar o acesso ao direito do presente, ele utilizou documentos do passado. Assim, por exemplo, os pronunciamentos dos imperadores foram reunidos em uma compilação denominada *Codex*. Esta compilação continha

as decisões dos imperadores desde a época clássica até o direito pós-clássico do tempo de Justiniano. Como é da natureza das compilações, grande parte do direito refletido no *Codex* estava já obsoleto. Este problema foi ainda mais acentuado no caso do *Digesto*. O *Digesto* (ano 533) é o resultado da compilação de escritos extraídos das obras de juristas de muitos séculos antes. As alterações que os compiladores realizaram nos textos do direito romano clássico para adaptá-los ao direito do presente não foram tão radicais como imaginava a romanística do início do século XX. A maior parte das alterações, quando elas ocorriam (o que nem sempre era o caso), estavam relacionadas à supressão de determinadas passagens, não à modificação ativa do conteúdo das mesmas. Cf. WATSON, Alan. *Law out of context*. Athens & London: The University of Georgia Press, 2000. p. 13 (quanto ao *Codex*): "O que é realmente importante para a nossa análise no presente contexto é precisamente o poder que não é conferido [aos compiladores], nomeadamente o de inovar e modificar o direito encontrado nos pronunciamentos imperiais. O uso das palavras pode ser modificado, as repetições e contradições devem ser eliminadas, o direito obsoleto deve ser descartado, vários pronunciamentos podem ser reunidos em um único pronunciamento, mas nada permite a introdução de novo direito. Em certos casos em que vários pronunciamentos são transformados em um, algumas partes podem deixar a impressão de estar dizendo algo diferente do que estava no original, mas isto será devido à eliminação de certas passagens e à incorporação de materiais de outros pronunciamentos. A conclusão óbvia é a de que o primeiro *Codex* de Justiniano não foi feito com a intenção de reformar o direito substantivo"; p. 18-19 (quanto ao *Digesto*): "Os juristas romanos pararam de escrever livros em torno do ano 235. A partir de então os seus textos permaneceram fundamentalmente inalterados. [Após o ano 235, não houve um declínio nos padrões jurídicos] Os talentos jurídicos dos juristas romanos permaneceram em alto nível. Não obstante, quando Justiniano quis codificar o direito e fazer uso de escritos jurídicos ele ficou necessariamente confinado a obras que tinham, no mínimo, trezentos anos. E o mundo de Justiniano era muito diferente daquele dos juristas. O *Digesto*, como resultado, apresenta um quadro surreal da então nascente Bizâncio. (...) O direito no *Digesto* não vai além do ano 235. As mudanças, a partir de então, não encontraram lugar no mesmo. Mas e com relação aos textos e direito anteriores? Tudo o que fosse inadequado nas novas circunstâncias seria eliminado. O que restasse poderia permanecer com um tom muito diferente. Os resultados poderiam ser declarações ou não declarações sobre o direito que estivessem remotamente afastadas da realidade social"; p. 16 (quanto às fontes): "(...) o que o *Digesto* e as *Institutas* continham era 'todo o velho direito': nada é dito sobre o fato de eles conterem qualquer novo direito. As fontes do direito, portanto, foram drasticamente reduzidas, no tempo de Justiniano, em comparação com o seu número no início do direito clássico. Permaneceram tão-somente os pronunciamentos imperiais. As leis, editos pretorianos, e escritos jurídicos haviam todos desaparecido. O direito nas leis e editos era encontrado nos textos jurídicos, e poderiam, portanto, ser ignorados como entidades separadas. Os textos jurídicos haviam envelhecido, mas esta obsolescência não foi emocionalmente reconhecida até mesmo na época de Justiniano, um fato que teve importantes conseqüências".

(56) Cf. PICHONNAZ, op. cit., nota 5, p. 3.

(57) Cf. PICHONNAZ, op. cit., nota 5, p. 4-6 e as referências ali indicadas.

(58) Cf. PICHONNAZ, op. cit., nota 5, p. 6.

(59) Cf. PICHONNAZ, op. cit., nota 21, p. 546: " *Justiniano apenas ratificou uma prática anterior*. A partir do tempo de Diocleciano (284 AD), os requisitos processuais tornaram-se cada vez menos formais. Era assim possível, também sob Justiniano, invocar a compensação não apenas no início dos procedimentos (*in limine*), mas até mesmo mais tarde, logo antes do julgamento ou até mesmo na apelação. Era então possível para um réu atrasar um julgamento pela mera invocação da compensação, o juiz sendo obrigado a examinar a exceção e a validade do contracrédito. Assim, não era necessário invocar uma especial *exceptio* (que não mais era entendida em um sentido técnico) no início dos procedimentos. Deste modo, Justiniano considerava que a possibilidade de ser realizada a compensação estava incluída, imanente à qualquer ação (ou pretensão). O direito de solicitar a compensação já estava incluído na pretensão ou na própria ação (*ipso iure*). Este é o motivo pelo qual ele reconheceu que todas as ações poderiam ser reduzidas se o demandado invocasse a existência de um contracrédito. Ao discorrer sobre a *compensatio ipso iure*, ele meramente declarou o que já existia desde o tempo de Diocleciano".

(60) Cf. PICHONNAZ, op. cit., nota 5, p. 7.

(61) Cf., como um exemplo do entendimento incorreto, os comentários de SOLAZZI, op. cit., nota 34, p. 1-2: "A compensação no direito de Justiniano opera o seu efeito não mais mediante o processo, mas *ipso iure*; e não se aplica tão-somente a algumas hipóteses determinadas, mas a todas as obrigações tuteladas pelas ações pessoais, e ocorre também nas ações reais e (o temor em forma de pânico de não serem completos o bastante faz com que o professor Doroteo ou o professor Teófilo utilizem uma linguagem infeliz) em *qualquer outra ação*. A generalização é a mais ampla possível, ainda que (ou talvez porque) não sejam conhecidas ações que não sejam nem *in rem* nem *in personam*".

(62) Os textos abaixo citados foram reproduzidos em PICHONNAZ, op. cit., nota 5, p. 2-3. É impossível não notar as semelhanças entre a linguagem empregada na constituição de Justiniano e as Ordenações do reino de Portugal.

(63) " *pr.* Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. 1. Ita tamen compensationes obici iubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare. Satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam paene convicta, opponi compensationem iam certo et indubitato debito et moratoris ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque iudices observent et non procliviores in admittendis compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam iam paene expeditam sententia terminali componant: excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus. 2. Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur."

(64) "(...) Sed nostra constitutio (C. 4.31.14, a. 531) eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur."

(65) Cf. PICHONNAZ, op. cit., nota 5, p. 3.

(66) Cf. SOLAZZI, op. cit., nota 34, p. 181.

(67) Cf. SOLAZZI, op. cit., nota 34, p. 176.

(68) Para uma análise mais detalhada, cf. SOLAZZI, op. cit., nota 34, p. 177-181.

(69) Cf. a constituição de Justiniano (C. 4.31.14) acima reproduzida. Cf., também, os comentários de SOLAZZI, op. cit., nota 34, p. 175 (nota 4), que ao referir-se à mencionada constituição ("redigida com bizantina imperícia") acrescentou: "Foi corretamente observado (...) que entre o conceito de 'causa liquida' e o atributo 'non multis ambagibus innodata' há uma contradição em termos, pois o que é *líquido* não é que não suporte mais ou menos confusão, mas exclui qualquer confusão; aquilo que é líquido não requer exame ulterior".

(70) Solazzi criticou injustamente a teoria de Donelo (1527-1591). Cf. SOLAZZI, op. cit., nota 34, p. 175 (nota 5): "Recordemos a doutrina de Donelo, o qual sustentava que não seria exigível a liquidez, se o réu opusesse a compensação *in limine litis*. Esta doutrina invocava incorretamente as palavras da C. 14, na qual Justiniano descreve os inconvenientes de uma compensação oposta no último momento". Cf., em sentido contrário, PICHONNAZ, op. cit., nota 5, p. 8: "Para justificar o requisito da liquidez (C.I. 4.31.14,1), Justiniano menciona o fato de que a compensação pode ser invocada até mesmo um pouco antes que a sentença seja pronunciada. Esta exigência de liquidez não é de ordem material, mas exclusivamente processual; ela fixa os limites dentro dos quais um juiz ainda deve levar em conta os contracréditos no momento de condenar. Se a compensação ocorresse automaticamente, Justiniano não teria deixado ao juiz um poder de considerar o reenvio ou não do contracrédito *ad separatim*; ele teria estipulado como o legislador francês ou o italiano, que o crédito tivesse de ser certo na existência e na quantia (liquidez)".

(71) Cf. PICHONNAZ, op. cit., nota 21, p. 554-556.

(72) Para uma análise destes textos, cf. PICHONNAZ, op. cit., nota 21, p. 554-556, 556-559 e as referências ali indicadas.

(73) Cf. SOLAZZI, op. cit., nota 34, p. 166-169.

(74) Cf. SOLAZZI, op. cit., nota 34, p. 167 (nota 49): "No sistema da compensação legal, o débito deveria extinguir-se mediante o crédito mais antigo e, para o réu, não haveria possibilidade de escolha". Em um contexto similar, relativo ao Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro de 1916, Carvalho Santos não deixou de notar a contradição existente entre uma noção de compensação automática e o poder de escolha conferido ao devedor sobre qual crédito compensar. Cf. CARVALHO SANTOS, op. cit., nota 2, p. 344 (comentando o art. 1.023): "A remissão aí feita aos arts. 991 e 994 parece-nos descabida. (...) Isto porque, como é evidente, a compensação operando de pleno direito, não resta ao credor ou ao devedor arbítrio algum para fazer a imputação". O art. 379, do CC/2002 (LGL\2002\400) é uma cópia (quase) fiel do art. 1.023.

(75) Gl. " *ipso iure*" ad C.I. 4.31.4 (ed. Lyon, 1627). A *Glossa* já tinha mais de quatrocentos anos quando ela foi publicada. O texto foi reproduzido em PICHONNAZ, op. cit., nota 5, p. 9.

(76) Sobre o uso deste expediente pelas cortes francesas no século XIX, ver a nota 5 supra; para uma crítica ao mesmo, ver a nota 80 infra.

(77) Para maiores detalhes sobre esta evolução, cf. PICHONNAZ, op. cit., nota 21, p. 548-549.

(78) Cf. PICHONNAZ, op. cit., nota 5, p. 10.

(79) Ver a nota 23 supra.

(80) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 35: "uma construção artificial que tende a distorcer o conceito de uma 'renúncia'".

(81) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 35: "(...) a solução francesa, que era originalmente mais liberal no reconhecimento da compensação, pareceria agora marginalmente mais restritiva como um resultado da exigência de uma alegação em juízo. Do ponto de vista da segurança jurídica, isto é desnecessariamente rigoroso, pois, entre as partes, uma declaração extrajudicial é mais do que suficiente. No que concerne à preservação da segurança jurídica, a política geral do direito deveria ser no sentido de facilitar o exercício do direito de compensação".

(82) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 35-36: "(...) o credor, cujo devedor declarou a compensação, nem sempre concorda com o ato do devedor no sentido de que é possível inferirmos a existência de um contrato relativo à compensação. Com frequência, o credor meramente aquiesce na extinção recíproca das obrigações e qualquer tentativa de construir um acordo seria puramente fictícia".

(83) Cf. PICHONNAZ, op. cit., nota 21, p. 559: "De fato, na ausência do efeito retroativo, o credor da maior quantia poderia ter esperado muito tempo antes de ir a juízo; como resultado, se o efeito da compensação fosse *ex nunc*, o credor teria recebido juros ao atrasar indevidamente a cobrança do seu crédito, pois o réu tinha quase de esperar até a cobrança do crédito principal para poder opor a compensação. O motivo para o efeito retroativo desaparece, entretanto, tão logo a compensação possa ser declarada fora de juízo". O valor relativo de um crédito em relação ao outro não é afetado caso a compensação opere retroativamente ou *ex nunc*. Não obstante, o argumento de Pichonnaz é correto para os casos em que os créditos estejam submetidos a diferentes taxas de juros. Nestas situações, o credor do crédito com maior taxa de juros poderia atrasar indevidamente a cobrança de seu crédito para ganhar às custas do devedor (ver o item 7.2 infra).

(84) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 35: "Ademais, se a compensação tem como objetivo evitar a circularidade de comportamento e multiplicação de demandas judiciais, é preferível uma solução que, pelo menos ocasionalmente, evite completamente uma demanda judicial, ao invés de fazer com que o efeito da compensação dependa da instituição de procedimentos legais".

(85) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 36.

(86) Ver a nota 74 supra.

(87) Art. 1.299 do *Code Civil*.

(88) Ver a nota 21 supra.

(89) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 39.

(90) Cf., e.g., CARVALHO SANTOS, op. cit., nota 2, que diz que os efeitos da compensação são os seguintes: a) extinção recíproca (total ou parcial) dos créditos (p. 234-235); b) os juros deixam de correr, quer só um dos créditos os produza, quer a taxa de um seja superior à do outro (p. 235); c) todos os acessórios desaparecem com os créditos (p. 235); d) a prescrição, que começou a correr antes da coexistência dos créditos compensáveis, não mais pode consumir-se após esta (p. 235); e) a compensação evita que qualquer dos devedores incorra em mora ou na pena convencional (p. 235). Na realidade, as consequências da compensação elencadas por Carvalho Santos, com exceção da primeira, são mais extremas do que, por exemplo, as consequências geradas por um pagamento *parcial*. Parece-nos que tais efeitos constituem uma generalização dos casos excepcionais de compensação *absolutamente* automática admitidos pela *Glossa ordinaria* (ver o item 6 supra). Já ao tempo da *Glossa* algumas destas consequências eram irracionais. Por quê, por exemplo, a *mora debitoris* não existe quando há uma exceção de compensação, independentemente do fato de a compensação extinguir inteiramente o crédito ou não? Por que, em qualquer caso, mesmo naqueles em que o crédito não foi completamente extinto pela compensação, os juros deixam de correr para a parte remanescente do crédito? A parte da *Glossa* que relata estas consequências faz referência à uma passagem do Digesto acima analisada: "Cum enim debeantur ex mora, et nulla est mora ubi est exceptio : ut ff.si cer.pe.l.lecta.in fin. [D. 16.2.11] ergo non currunt". É extraordinário como uma passagem do Digesto, fora do seu contexto originário, possa ter dado origem a uma regra jurídica adotada pelo *ius commune*, apesar da sua aparente irracionalidade, e possa ter sido generalizada, ainda em desarmonia com as consequências geradas por um pagamento *parcial*, e, finalmente, tenha influenciado as obras de juristas do século XX, que não criticaram esta interpretação, apesar de não mais estarem vinculados ao direito romano como direito positivo.

(91) No caso de um pagamento normal, o devedor que não cumpre a sua obrigação no tempo e modo devidos está sujeito aos riscos da *mora debitoris* e ao pagamento da pena convencional. O fato de ele ter podido cumprir a sua obrigação, no tempo e modo devidos, caso quisesse cumpri-la (porque o seu patrimônio era mais do que suficiente para tanto) é inteiramente irrelevante e não constitui uma desculpa válida capaz de justificar o descumprimento. O fato de ele desconhecer que ele tinha bens suficientes em seu patrimônio para cumprir a obrigação também é irrelevante. O que o credor deseja é a satisfação de seu crédito, não a mera possibilidade de vê-lo satisfeito. O mesmo se aplica no caso de um pagamento através da compensação. Assim como em um pagamento normal, o devedor deve ter a liberdade de escolha se irá pagar ou não e, principalmente, qual crédito ele irá pagar. O devedor que não cumpre a sua obrigação no tempo e modo devidos deve estar igualmente sujeito aos riscos da *mora debitoris* e ao pagamento da pena convencional. O fato de ele ter podido cumprir a sua obrigação através da compensação não é uma desculpa capaz de justificar o seu inadimplemento. Não importa o motivo pelo qual o devedor não arguiu a compensação: porque queria especular às custas do credor, porque desconhecia a existência do contracrédito etc. Em todos os casos, o devedor descumpriu uma obrigação que ele sabia que deveria cumprir.

(92) É claro que se o devedor desconhecesse o seu contracrédito por causa de *dolo* do credor, então seria razoável conferir-lhe proteção. Entretanto, tal resultado poderia ser alcançado sem a utilização de um regime jurídico que consagrasse um modelo de compensação com efeitos retroativos. Bastaria generalizar o disposto no art. 129, do CC/2002 (LGL\2002\400) para os requisitos legais, de um modo geral, não apenas para as condições estabelecidas em um negócio jurídico. Cf. a redação do art. 129: "Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento". A segunda parte deste artigo poderia ser aplicada, por analogia, caso o credor, dolosamente, impedisse que o devedor tomasse conhecimento da existência do contracrédito com o

objetivo de obter os benefícios da *mora debitoris*, da pena convencional e da taxa de juros. A mesma abordagem poderia ser aplicada no caso do contrato de depósito. A *ratio legis* do art. 373 é quase impossível de ser destrinchada. Ele constitui uma ilha de irracionalidade que ainda sobrevive no direito brasileiro. Os seus equivalentes no direito estrangeiro, embora igualmente desnecessários, pelo menos, fazem sentido. Sobre a história da proibição da compensação no contrato de depósito, cf. PICHONNAZ, Pascal. "L'interdiction de compenser dans le contrat de dépôt". *Revue Internationale des Droits de l'antiquité (RIDA)*, 3e Série, 1999. t. XLVI.

(93) Esta pergunta foi formulada por PICHONNAZ, op. cit., nota 21, p. 561.

(94) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 40, 41. Cf., também, PICHONNAZ, op. cit., nota 21, p. 561: " O devedor não precisa ser obrigado a esperar que o credor ajuíze uma ação contra o mesmo para que ele possa declarar a compensação. A declaração da compensação é realizada muito facilmente, e não é exigida nenhuma forma. A abordagem que sustenta que o devedor teria de esperar até que ele fosse acionado judicialmente é um mero resquício da velha teoria da compensação automática, e somente pode ser justificada em um sistema onde a declaração tenha de ser feita em juízo".

(95) Cf. o texto entre as notas 90 e 93 supra. Cf., também, ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 41-42 e as referências ali indicadas.

(96) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 43 e as referências ali indicadas.

(97) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 40 e as referências ali indicadas.

(98) O pagamento é realizado de maneira indireta: o devedor paga o crédito principal porque o valor econômico conferido ao credor, resultante da extinção do contracrédito, operada por força do direito, toma o lugar do valor econômico que o credor teria auferido caso o seu crédito fosse satisfeito. Logo, por força do direito, o crédito principal também é extinto, *como se tivesse sido realmente satisfeito*. O processo se assemelha a um pagamento feito pelo devedor (que o credor não tem o poder de recusar) de uma prestação *diferente* daquela à qual estava obrigado, *porém economicamente equivalente*. Logo, o valor econômico da prestação alternativa recebida pelo credor, resultante da extinção do contracrédito, deve ser resguardado pelo ordenamento jurídico, de forma a garantir que ele não seja inferior ao valor econômico da prestação original a que o credor tinha direito. Caso os interesses do credor não fossem protegidos, as partes incorreriam, sempre que pudessem, grandes custos para escapar do regime jurídico da compensação. Quando não pudessem fazê-lo, haveria simplesmente uma transferência injustificada de riqueza entre as partes, ferindo o princípio da igualdade e desencorajando a atividade econômica.

(99) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 48.

(100) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 48-49.

(101) Cf. o art. 318, do CC/2002 (LGL\2002\400): "São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial".

(102) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 50.

(103) Ver o item 4.3 supra.

(104) No item 5.3.4 supra.

(105) Isto era o que acontecia no direito brasileiro pré-codificado. A *práxis forense* ignorava quase completamente a compensação legal. Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2003. vol. I, p. 509 (reprodução fac-simile da 3. ed., Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1876): "Nada mais fiz, do que referir a praxe actual, que tem pôsto em desuso a Ord. L. 4.º T. 78 § 4.º na parte, em que faculta provar e liquidar as dividas na dilação de nove dias. Eis porque a compensação allega-se hoje por embargos nas execuções, e não por excepção nas acções. Esta praxe até suppõe erroneamente, que toda a compensação é ordenada

**A COMPENSAÇÃO EM PERSPECTIVA
HISTÓRICO-COMPARATIVA**

pelos Juízes em suas sentenças. Em verdade assim é no caso do nosso art. 849, em que as dividas são incertas e illíquidas, e o Juiz as-julgar provadas e liquidadas; porém não é assim no caso da *compensação legal*".

(106) Cf. ZIMMERMANN, op. cit., nota 2, p. 55 (nota 174).