

A DAÇÃO EM PAGAMENTO E O NOVO CÓDIGO CIVIL

Revista de Direito Imobiliário | vol. 64 | p. 47 | Jan / 2008
DTR\2008\70

Francisco José Rezende dos Santos

Registrador Imobiliário e Vice-Presidente do Irib em Minas Gerais. Presidente da Serjus - Associação dos Serventuários da Justiça de Minas Gerais.

Área do Direito: Civil

Resumo: A dação em pagamento é uma forma de cumprimento de uma obrigação anteriormente assumida e ocorre quando é feito um acordo expresso entre credor e devedor, com vistas à substituição da coisa objeto do contrato. A dação em pagamento não é, assim, um contrato autônomo, mas vincula-se a uma outra obrigação anteriormente contratada, e os seus efeitos poderão atingir com violência a obrigação primitiva, especialmente em casos de evicção. O novo Código Civil introduziu duas importantes modificações em confronto com o texto do Código anterior: no texto anterior a substituição não poderia ser feita por dinheiro, já o novo Código não traz tal restrição. Também inseriu o novo texto a ressalva a direitos de terceiros, no caso de evicção da coisa ofertada em pagamento, reproduzindo, neste sentido, moderna tendência do Direito brasileiro.

Palavras-chave: Dação em pagamento - Direito das obrigações - Registro de Imóveis

Abstract: The action of giving in payment is a way of fulfilling of an obligation taken previously and it happens when a formal agreement is made between the creditor and the debtor, in view of the substitution of the thing object of the contract. The action of giving in payment, is not like that, an independent contract, but it is bound to another previously hired obligation and its effects may hit violently the previous obligation, especially in cases of eviction. The new Civil Law introduced two important changes in confrontation with the text of the former Civil Law: in the previous text, the substitution could not be performed by money. Now the new Civil Law does not present any restriction. Also an exception to third part rights was put in the new text, in case of eviction of the thing offered as payment, reproducing, in this sense, modern trend of Brazilian Rights.

Keywords: Giving in payment - Right of obligations - Real Estate Registry

Sumário:

1.Introdução - 2.Definição - 3.O objeto da dação em pagamento - 4.Requisitos da dação em pagamento - 5.Natureza jurídica - 6.A dação em pagamento e a evicção - 7.A dação em pagamento e as obrigações alternativa e facultativa - 8.Diferenças entre a dação em pagamento e a novação, a compensação, a transação, a confusão, o compromisso e a remissão - 9.Algumas peculiaridades jurisprudenciais quando do exame de questões referentes à dação em pagamento - 10.A dação em pagamento e o registro de imóveis - 11.Conclusão - 12.Referências bibliográficas

1. Introdução

A dação em pagamento, chamada *datio in solutum*, tem a sua origem no Direito Romano. A entrega de coisa diferente da contratada para o cumprimento da obrigação, aliud pro alio, é admitida na legislação brasileira, como forma de adimplemento e extinção da obrigação, sendo prevista nos arts. 356 a 359 do CC/2002 (LGL\2002\400).

Segundo César Fiúza:

"Existem efeitos diretos e indiretos em uma obrigação contratada. Os efeitos diretos seriam o adimplemento, o inadimplemento e o atraso no adimplemento da obrigação; e os efeitos indiretos seriam os direitos conferidos pela lei, ao credor, para obter a satisfação da obrigação."¹

O tema do presente estudo, o instituto da dação em pagamento, é certamente considerado como efeito direto da obrigação contratada, pois, por intermédio da mesma, se permite o adimplemento do contrato, feito sob a forma de substituição do seu objeto, com a condição de que exista a concordância expressa do credor, o que tem como consequência final a extinção da obrigação.

A dação em pagamento, ao lado de outras figuras do direito das obrigações, como o pagamento por

consignação, o pagamento com sub-rogação e a imputação do pagamento, é considerada uma forma de cumprimento da obrigação, por isso é tida como efeito direto da obrigação contratada, pois permite o seu cumprimento, feito por meio de uma forma especial de pagamento, diferente da inicialmente contratada, proporcionando a extinção desta (a obrigação contratada).

A vida comercial nos mostra que muitas vezes é mais proveitoso ao credor receber coisa diversa da contratada do que, como acontece em grande número de ocasiões, nada receber. Em outras situações, devido a imprevistos que possam acontecer, como escassez da mercadoria primitivamente contratada, ou a outras circunstâncias que variam de acordo com os próprios interesses dos contratantes, é necessário mudar o objeto da prestação por outro, com a entrega de uma coisa por outra. O instituto da dação em pagamento é o que regula essa substituição. A substituição dá-se do objeto da obrigação, ou da coisa, e não da obrigação contratada.

Regra geral, o devedor de uma obrigação somente se desobriga a ela, oferecendo a coisa devida. Já o credor de uma obrigação não é obrigado a receber outra coisa que não a devida, pois, segundo os ditames do direito, o devedor deve pagar, fazer ou não fazer, aquilo que precisamente contratou. É o *pacta sunt servanda*, locução latina que significa a obrigatoriedade do cumprimento das cláusulas contratuais. Os contratos devem ser cumpridos na forma pactuada. Assim determina o art. 313 do CC/2002 (LGL\2002\400):

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

Também, no mesmo sentido, o Código Civil (LGL\2002\400) francês prescreve, no seu art. 1.243, o seguinte:

"O credor não poderá ser constrangido a receber outra coisa que não seja aquela que lhe era devida, embora o valor da coisa ofertada fora igual ou inclusive superior."

Da mesma forma, a matéria é tratada em diversas legislações, podendo citar o Código Civil (LGL\2002\400) de vários países.

Diz o Código Civil (LGL\2002\400) do México, em seu art. 2.012:

"O credor de coisa certa não pode ser obrigado a receber outra mesmo que seja de maior valor."

Já o Código Civil (LGL\2002\400) da Argentina traz, em seu art. 725:

"O pagamento é o cumprimento da prestação que se faz com o objeto da obrigação, tanto se trate de uma obrigação de fazer, quanto de uma obrigação de dar."

E o do Uruguai, em seu art. 1.448, prescreve:

"O pagamento é o cumprimento por parte do devedor, com entrega da coisa ou do fazer que foi objeto da obrigação."

O Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro determina que até mesmo no caso de prestação mais valiosa, mas diversa da que foi contratada, não é o credor obrigado a receber. Comentando o art. 313 do CC/2002 (LGL\2002\400), diz Mário Luiz Delgado Régis:

"O devedor só se desonera da obrigação após entregar ao credor exatamente o objeto que prometeu dar, ou realizar o ato a que se comprometeu, ou se abster da prestação, nas obrigações de não fazer. Do contrário, a obrigação converter-se-á em perdas e danos." ²

2. Definição

Ocorre a *datio in solutum*, ou a dação em pagamento, quando é feito expressamente um acordo liberatório entre credor e devedor para a substituição da coisa objeto do contrato e, conseqüentemente, o credor recebe outra coisa no lugar daquela que lhe era originalmente devida - aliud pro alio; e assim, ao receber esta, ocorre o pagamento e o credor dá a quitação. Como resultado, dá-se a extinção da obrigação.

O ponto inicial do estudo da dação em pagamento passa pelo entendimento de que este instituto do direito civil se consubstancia numa forma de substituição do objeto da obrigação anteriormente

contratada, por outro bem, que pode ser móvel, imóvel, título de crédito ou qualquer outro, com a finalidade de se promover o cumprimento do contrato. A prestação é substituída pela entrega de um objeto, pouco importando o valor deste; o que importa é que o credor o recebe como pagamento pela obrigação contratada, e com este pagamento se extingue a obrigação. O objeto oferecido em substituição pode, às vezes, nem ter valor comercial, como, por exemplo, uma fotografia de família, uma carta de um antepassado, uma pintura feita por uma pessoa sem qualquer expressão no circuito das artes etc. Oferecido o objeto em pagamento e aceito este pelo credor, extingue-se a obrigação pela dação em pagamento.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

"Não é necessário que haja coincidência entre o valor da coisa recebida e o montante da dívida. Pode o credor receber um objeto mais valioso do que esta ou um de menor preço, em substituição da prestação devida, e por um ou outro quitar. O que é da essência da dação *pro solutio* é a entrega de coisa que não seja a res debita, em pagamento da dívida." ³

Sílvio de Salvo Venosa nos ensina que:

"Na dação em pagamento, não há necessidade de equivalência de valor na substituição. Não há nem mesmo necessidade de que as partes expressem um valor. Tão-só que manifestem sua intenção de extinguir a dívida com a entrega." ⁴

Um requisito absolutamente necessário é o consentimento do credor que, no caso, recebe coisa diversa da inicialmente contratada, para a solução da obrigação, como acordo liberatório. Existe, portanto, a substituição da coisa que era objeto de uma obrigação por outra coisa, com o fim de ser adimplido o contrato, extinguindo-se, assim, a obrigação. Na dação, uma coisa é recebida em pagamento da obrigação, substituindo outra, objeto da contratação, pouco importando assim o seu valor ou mesmo se esta nova coisa tem algum valor comercial.

A dação em pagamento é negócio bilateral, comutativo, oneroso e real.

Se a coisa oferecida em pagamento tiver preço determinado pelas partes, as normas que regem esta obrigação serão reguladas pelas normas do contrato de compra e venda, de acordo com o art. 357 do CC/2002 (LGL\2002\400), que diz:

"Determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda."

A nosso ver, neste caso, continua a existir a dação em pagamento como forma de solução da obrigação contratada, pois foi entregue para solver a obrigação objeto diverso daquele objeto inicial do contrato. Apenas as normas que regem esta relação, as da substituição, serão as da compra e venda, com todas as conseqüências aplicáveis ao caso, como se fosse um novo contrato. As conseqüências disso serão relevantes, pois a nova obrigação contratada é considerada contrato ou obrigação autônoma, ou como nos diz Caio Mário da Silva Pereira, "figura jurídica autônoma". ⁵

José Costa Loures e Taís Maria Loures Dolabela Guimarães, comentando o art. 357 do CC/2002 (LGL\2002\400), nos dizem que: "Embora aparente amplitude do texto, é opinião corrente que só se aplicam à dação em pagamento os princípios gerais do contrato de compra e venda." ⁶ Afirmação com a qual não concordamos, pois a efetiva natureza dos diversos institutos do direito é que nos dão a real essência, as características e finalidades destes, e ainda o seu campo de atuação e sua derradeira aplicação, determinando as diferentes conseqüências no mundo dos negócios. Apenas para exemplificar a nossa reação contra a afirmação do Prof. Costa Loures, poderemos citar quando do caso da extinção da fiança, em que o fiador ficará desobrigado da evicção, perante o credor, se este receber, em pagamento da dívida, objeto diverso do que está obrigado a lhe dar (art. 838, III, do CC/2002 (LGL\2002\400)). Se a dação tivesse sempre a natureza de compra e venda, a evicção seria da essência, inclusive, desse tipo de negócio, só excepcionada por expressa manifestação de ambas as partes no contrato. Outro exemplo que poderíamos citar é o próprio art. 358 do CC/2002 (LGL\2002\400) que diz que se a dação for de título de crédito, a transferência importará em cessão de crédito, e às suas normas com certeza se submeterá.

Como já dissemos, a dação em pagamento é considerada uma forma de cumprimento da obrigação, feita esta por meio de uma forma especial de pagamento, proporcionando a extinção da obrigação

contratada. Mas o pagamento é feito de modo indireto, não pelo objeto da obrigação contratada, mas sim por outro objeto em substituição àquele, com a concordância do credor.

O pagamento é uma forma de extinção da obrigação. O pagamento teria a natureza jurídica, segundo alguns doutrinadores, de contrato acessório; segundo outros, de fato jurídico; ou para alguns, ainda, de ato não livre ou ato derivado. Mas o que importa é que este é a essência da execução da obrigação, portanto, não existe pagamento sem que exista a obrigação principal. O pagamento é decorrência dessa obrigação principal contratada. Se o pagamento é feito por dação em pagamento, e aperfeiçoada esta, por exemplo, com um bem imóvel, aquele contrato de transmissão da propriedade imobiliária, em decorrência da dação em pagamento, é um novo contrato e as suas regras são desvinculadas do contrato anterior, que se extinguiu em virtude da dação. Mas apesar de haver a transmissão da propriedade, em geral contratada por escritura pública e registrada em Cartório de Registro de Imóveis, poderá não se extinguir aquela obrigação, no caso de evicção da coisa ofertada e aceita como pagamento. Numa situação extraordinária e excepcionando a regra de que efetuado o pagamento dá-se por extinta a obrigação, o Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro prevê um efeito ripristinatório da obrigação principal, se houver a evicção do bem oferecido como pagamento (art. 359 do CC/2002 (LGL\2002\400)), caso que analisaremos mais à frente. O entendimento desta questão será de extrema importância quando tratarmos do instituto da evicção na dação em pagamento.

Também ao caso de se determinar preço ou valor da coisa dada em pagamento, se aplicam as condicionantes da compra e venda, como *ius disponendi* do bem, proibição de dação de ascendente a descendente, impossibilidade de transmissão de todos os bens do devedor, como na doação, anulação se realizada em fraude contra credores, necessidade de ampla regularização tributária com os fiscos federal, estadual e municipal etc.

Da mesma forma, se desvinculando das normas que regem a dação em pagamento, há de se entender se a coisa dada em pagamento for título de crédito. Existirá a dação em pagamento, mas as normas que regulam a transferência serão as da cessão de crédito, com todas as suas consequências. Neste caso, o art. 358 do CC/2002 (LGL\2002\400) é expresso:

"Se for título de crédito a coisa dada em pagamento, a transferência importará em cessão."

A cessão de crédito, da mesma forma que a compra e venda, tem suas regras determinadas pela lei civil e compreende uma série de requisitos, restrições e condicionantes. Se esta for o objeto da dação em pagamento, deverão as partes - credor e devedor - registrar a cessão de crédito em Cartório de Títulos e Documentos; notificar o devedor da cessão, sob pena de ineficácia; promover a tradição do título de crédito, se o crédito tiver lastro hipotecário; promover a averbação da sua cessão no Registro Imobiliário e, neste caso, deverá ser feita por escritura pública etc.

Poderá haver cumprimento parcial da obrigação inicialmente contratada por meio do pagamento de parcelas ou prestações previstas no contrato, por intermédio da dação. Aplicam-se ao caso as mesmas regras previstas para a dação em pagamento, e os mesmos requisitos, liquidando-se parcela por parcela ou parte da obrigação.

Teixeira de Freitas, *apud* Washington de Barros Monteiro, denomina a dação em pagamento como "pagamento por entrega de bens, o que corresponde à *datio in solutum* do Direito Romano, e é uma exceção contratual à regra imposta pelo art. 313 do CC/2002 (LGL\2002\400)".⁷

3. O objeto da dação em pagamento

Na dação em pagamento, o credor consente em receber coisa diversa da avençada (*aliud pro alio*). Entrega-se outra coisa para cumprimento da obrigação, que não a coisa originalmente objeto da contratação. Existe a substituição do objeto da prestação, com a expressa concordância do credor, o que torna possível o pagamento e a quitação, por meio da entrega de prestação diferente da originalmente contratada. Muito embora diferente da prestação, não se pode entender que a idéia de equivalência não mais existe no confronto entre a coisa devida e a coisa ofertada. Nem que esta equivalência fique apenas na representação mental do credor, na sua elaboração intelectual, ou mesmo no campo da metafísica, quando se elabora mentalmente uma suposição e se busca o conhecimento do real, tendo esta relação apenas como noção de estimação do valor do bem uma informação não presente no contrato. Mas, de qualquer modo, prevalece a vontade do credor, pois a

dação em pagamento atua no campo dos direitos disponíveis.

O contrato principal pode portar qualquer tipo de prestação, seja positiva, de dar ou de fazer; ou mesmo negativa, de não fazer. A substituição, por meio de dação em pagamento, pode ser feita por bens móveis ou imóveis, direitos reais ou pessoais, cessão de crédito e outros.

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa, quanto ao objeto e à substituição:

"É um acordo liberatório que só pode ocorrer após o nascimento da obrigação. Pode constituir na substituição de dinheiro por coisa (*rem pro pecuni*) como também de coisa por coisa (rem pro re), assim como a substituição da coisa por uma obrigação de fazer." ⁸

Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

"O nosso Direito consagra a *datio pro soluto* com este caráter, admitindo que o credor consinta em receber coisa que não seja dinheiro, em substituição à res debita, o que bem a define como a entrega de uma coisa por outra." ⁹

Já Washington de Barros diz:

"A *datio in solutum* pode ter por objeto prestação de qualquer natureza, desde que não seja dinheiro de contado: coisa móvel ou imóvel, títulos de crédito, fatos e abstenções. Surgem então diversas combinações que a dação pode ensejar: coisa por dinheiro (rem pro pecunia), crédito do devedor pelo seu débito ao credor (nomen juris pro pecunia), coisa por outra (rem pro re), coisa por fato (rem pro facto), fato por coisa (factum pro re), fato por dinheiro (factum pro pecunia)." ¹⁰

É de se observar que Washington de Barros Monteiro admite a substituição de "coisa por dinheiro" e de "fato por dinheiro", como característica também de dação em pagamento, apesar de no início da definição nos dizer que a dação pode ter por objeto prestação de qualquer natureza, desde que não seja dinheiro de contado (segundo Aurélio Buarque de Holanda, "o que é pago a vista ou por ocasião dos contratos, em moeda corrente"). Pode ser que o autor já busque o entendimento do novo Código Civil (LGL\2002\400), que não traz mais em seu texto a impossibilidade de o credor receber dinheiro em substituição da prestação que lhe era devida, como se via na redação do anterior Código Civil de 1916 (LGL\1916\1).

A dúvida quanto à possibilidade deste tipo de substituição surge, na verdade, ao compararmos a redação dos dois Códigos Civis, de 1916 e 2002.

O art. 356 do CC/2002 (LGL\2002\400) diz:

"O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida."

Código Civil de 1916 (LGL 1916\1)	Código Civil (LGL 2002\400) de 2002
"Art. 995. O credor pode consentir em receber coisa que não seja dinheiro, em substituição da prestação que lhe era devida."	"Art. 356. O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida."

Há de se notar que no Código anterior a redação era expressa no sentido de não se permitir o recebimento de dinheiro para substituir a prestação devida. O Código atual não traz esta restrição.

Essa modificação ainda não tem sido analisada com mais profundidade pelos legisladores, que se encontram arraigados na legislação anterior e não admitem essa forma de substituição, até pelo contrário, entendem que havendo este tipo de substituição, se desconfiguraria a dação em pagamento.

A doutrina, mesmo depois da edição do novo Código Civil (LGL\2002\400), tem sido firme no sentido de não admitir a substituição do objeto do contrato por dinheiro. Essa é a opinião de César Fiuza, ao comentar sobre a impossibilidade de haver a substituição da coisa por dinheiro:

"O que não existe é a *datio pecuniae pro re* (dação de dinheiro por coisa), que não seria dação em pagamento, mas indenização pela perda da coisa devida." ¹¹

Com certeza, novos doutrinadores e a jurisprudência nos indicarão o caminho a ser seguido para a interpretação do novo texto, já que o novo Código Civil (LGL\2002\400) tem esse tipo de construção, ao ditar regras gerais, deixando que a doutrina e a jurisprudência interpretem os seus conceitos de acordo com a conjuntura.

4. Requisitos da dação em pagamento

Existem requisitos indispensáveis para que se tipifique a dação em pagamento:

- 1.º) que exista uma obrigação anteriormente contratada;
- 2.º) que a prestação seja substituível por outra;
- 3.º) que o credor consinta em receber coisa diversa da contratada;
- 4.º) que exista a efetiva entrega da coisa em substituição à obrigação inicialmente contratada, com a finalidade de extinguir a obrigação.

A necessidade da existência de uma obrigação, seja ela de dar, de fazer ou não fazer, é lógica, a fim de que exista a possibilidade de se substituir o objeto desta obrigação. A substituição pode ser da coisa, objeto da obrigação de dar coisa certa, o que abrange também seus acessórios, e do objeto da obrigação de dar coisa incerta, esta indicada pelo menos no gênero e quantidade, conforme dispõe o art. 243 do CC/2002 (LGL\2002\400). Regra geral, estes tipos de obrigação são mais impessoais e, a todo momento, vemos, na prática, serem realizadas substituições sem maiores dificuldades.

Na obrigação de fazer, a substituição poderá ser mais difícil, em virtude da natureza da obrigação contratada. Por exemplo, se for contratada a obrigação, com um pintor famoso, de retratar determinada pessoa ou paisagem, e este pretender a substituição, raramente haverá a concordância do credor e a satisfação do contrato. Neste caso, poderá a situação resolver-se em perdas e danos. Na obrigação de não fazer também poderá haver a substituição. Podemos citar como exemplo a obrigação dos proprietários de não construir muros divisórios em determinado condomínio imobiliário. Poderiam eles, entre si, resolver contratar a substituição dessa obrigação, de não fazer, por outra, como, por exemplo, de plantar entre as propriedades cercas vivas de árvores que deverão ser podadas até determinada altura.

Existe a necessidade de que os objetos sejam substituíveis e, no caso, lícitos, possíveis e determináveis, pois se assim não o forem, a consequência é a invalidade do negócio jurídico. É necessário ainda que o credor consinta em proceder à substituição e que este tenha capacidade jurídica para efetivar tal contrato.

A dação exige plena capacidade das partes, como todo contrato oneroso. O mandatário com poderes gerais não pode contratar dação em pagamento, pois esta representa quitação que não é incluída nos poderes gerais de administração. O art. 661 do CC/2002 (LGL\2002\400) prevê o seguinte:

"Art. 661. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.

§ 1.º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos."

Requisito elementar, ainda, é que exista a efetiva entrega da coisa em substituição à obrigação inicialmente contratada, com a finalidade de extinguir a obrigação, conforme nos ensina Caio Mário da Silva Pereira:

"É preciso, também que a coisa dada em pagamento tenha existência atual. Se versar sobre coisa de existência futura, ou se for um compromisso de entregar coisa no futuro, implicará a criação de uma obrigação, sem caráter de pagamento, e terá como efeito ou a realização de uma novação, se a primitiva *obligatio* for extinta, ou em uma obrigação paralela, se aquela subsistir até a execução da nova."¹²

5. Natureza jurídica

A dação tem a natureza de pagamento. É uma forma de pagamento indireto. O pagamento é a forma de cumprimento da obrigação. Na dação ocorre o cumprimento da obrigação, da mesma natureza que no pagamento direto, mas este é feito pela substituição do objeto da prestação. Portanto, é forma de pagamento, mas indireto, pois feito de outra forma que não a contratada inicialmente. O pagamento é feito por coisa interposta, em substituição à prestação original.

Não é considerada novação objetiva, como no Direito francês. Neste, ocorrida a aceitação da substituição, se houver evicção na coisa recebida, tem o credor somente o direito de reclamar a atuação da garantia, mas a primitiva obrigação não se restabelece. No nosso Direito, a evicção é tratada quanto à dação em pagamento de outra forma. Havendo esta, repristina-se, a obrigação principal.

O pagamento em cheque é entendido como ordem de pagamento a vista e considerado pagamento, o que não se configura uma dação.

César Fiuza entende que existe a dação *pro soluto* e dação *pro solvendo*. A dação *pro soluto* é a substituição do objeto do contrato por outro, com a imediata e simultânea extinção da dívida. Já a dação *pro solvendo* seria a assunção de uma nova obrigação para garantir a obrigação principal. Cita ele o caso de uma pessoa que dá cheque em garantia para pagamento de dívida. O cheque, neste caso, não poderia ser uma ordem de pagamento a vista, mas oferecido como título substitutivo da coisa original contratada, ou seja, o objeto inicial foi substituído pelo cheque. Aqui existiriam duas obrigações: uma seria a original, e outra seria a do cheque. Paga a obrigação original, a do cheque se extingue ou, pago o cheque, a obrigação original se extingue. Caio Mário da Silva Pereira, em sentido contrário, entende que, neste caso, de dação *pro solvendo*, não há dação em pagamento, mas um meio de pagamento ou uma novação.

6. A dação em pagamento e a evicção

Outro artigo do anterior Código Civil (LGL\2002\400) que sofreu modificação comparado com o atual foi o art. 359 do CC/2002 (LGL\2002\400), ao qual, em relação à legislação anterior, foi acrescida ao seu final a expressão "ressalvados os direitos de terceiros", o que representa a aplicação do princípio da boa-fé, um dos fundamentos do nosso Código Civil (LGL\2002\400). O adquirente de boa-fé não pode ser prejudicado por ato do qual não tenha participado e que lhe reduza o patrimônio. Comparemos a redação dos dois Códigos:

Código Civil de 1916 (LGL 1916\1)	Código Civil (LGL 2002\400) de 2002
"Art. 998. Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada."	"Art. 359. Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros."

O artigo trata da hipótese em que o devedor entrega ao credor, como pagamento, coisa que não lhe pertence. Nesse caso, por força da evicção, há de restabelecer-se a obrigação primitiva.

Evicção é a perda do bem, por decisão judicial, em ação reivindicatória proposta pelo legítimo titular da propriedade.

Segundo Maria Helena Diniz:

"Evicção vem a ser a perda da coisa, por força de decisão judicial, fundada em motivo jurídico anterior, que a confere a outrem, seu verdadeiro dono, com o reconhecimento em juízo da existência de ônus sobre a mesma coisa, não denunciado oportunamente no contrato." E continua: "A garantia por evicção constitui uma obrigação de fazer do transmitente:

- a) de não turbar o adquirente, assegurando-lhe a posse pacífica da coisa alienada;
- b) de o assistir e tomar a sua defesa, no curso de uma ação reivindicatória, ao ser denunciado à lide; e
- c) de reparar os danos sofridos pelo comprador, se a evicção se consumar." ¹³

A evicção é, assim, o instituto que determina que o alienante tem a obrigação de entregar o bem alienado, sem ônus ou restrições, ao adquirente, e ainda de garantir que este o use e dele goze. É obrigação do transmitente defender o bem de pretensões de terceiros, quanto ao seu domínio, e ainda de resguardá-lo dos riscos da evicção, pois se o adquirente vier a perder o bem em razão de sentença judicial, baseada em causa preexistente ao contrato, o alienante poderá ser responsabilizado com a restituição integral do valor do negócio, mais indenização por perdas e danos, despesas contratuais, custas judiciais, honorários de advogados etc.

O alienante, nos contratos onerosos, responde pela evicção e esta subsiste mesmo que a aquisição tenha se realizado em hasta pública. Só pode ser afastada se houver cláusula expressa no contrato de alienação do bem. É o que nos diz o Código Civil (LGL\2002\400) nos arts. 447 e 448 do CC/2002 (LGL\2002\400):

"Art. 447. Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública.

Art. 448. Podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção."

Na dação em pagamento, o devedor, que contrata com o credor a substituição do objeto da prestação por outra coisa, tem de garantir ao credor que a coisa dada em pagamento não corre o risco da evicção.

Carvalho de Mendonça, citado por Beviláqua, resume com maestria a situação:

"Se a dação é uma forma de pagamento, não se compreende que este se possa fazer senão de modo a liberar o devedor e satisfazer plenamente os interesses do credor. Ora, se o que ele prestou não era seu, não se pode ver de que modo ele possa ser exonerado. Por outro lado, se o credor pode ainda ser incomodado por terceiro, se aquilo que recebeu como uma prestação, que lhe era devida, deixa de o ser, de fato, a que ficaria reduzido o seu direito creditório?"¹⁴

No caso de perda da coisa pela evicção reipristina-se a obrigação originária. A evicção da coisa torna sem qualquer efeito a quitação e retornam as partes ao estado primitivo. Essa situação é muito parecida com a condição resolutiva. O terceiro não pode ser prejudicado se não for eficaz a dação.

Quanto a vícios redibitórios, vigoram os princípios deste instituto, conforme prescreve o art. 441 do CC/2002 (LGL\2002\400):

"A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor."

7. A dação em pagamento e as obrigações alternativa e facultativa

Na obrigação alternativa, o devedor poderia entregar para cumprimento do contrato uma ou outra coisa e, efetivamente, para cumprimento da obrigação, entrega uma das coisas. A faculdade de entregar uma ou outra coisa é do devedor. É o que diz o art. 252, *caput*, do CC/2002 (LGL\2002\400):

"Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou."

Esta opção já estava prescrita no contrato e não se confunde com a dação em pagamento, pois não existe a substituição de uma por outra coisa. O devedor, ao contratar, poderia cumprir a obrigação de forma opcional. Já na dação, além das diferenças que citamos, para que haja a substituição da coisa objeto do contrato é necessária a concordância do credor, enquanto na obrigação alternativa, a opção pela entrega de um dos bens é do devedor.

A obrigação facultativa, apesar de não estar prevista expressamente no Código Civil (LGL\2002\400), tem sido largamente aceita pela doutrina e se consubstancia na obrigação do devedor de entregar a *res debita* contratada, mas este guarda a faculdade de entregar outra, quitando-se a obrigação como se tivesse entregado a coisa original. O credor se limita a exigir o devido, e não outra coisa. A prestação é simples e determinável. A escolha é definitiva. Uma vez feita, concentra-se a obrigação como se esta tivesse sido pactuada desde o início. Assim, a obrigação alternativa existe no contrato

até o momento da escolha. Feita esta, a obrigação se converte em obrigação simples. Na obrigação facultativa, apesar de esta estar mais perto da dação em pagamento, falta o elemento caracterizador, pois apesar da entrega ter sido de outra coisa que não o objeto do contrato, estava prescrito no mesmo que o pagamento poderia ser desta forma, e mesmo assim estaria cumprida e extinta a obrigação.

8. Diferenças entre a dação em pagamento e a novação, a compensação, a transação, a confusão, o compromisso e a remissão

A principal diferença é que com a dação ocorre o pagamento e a obrigação se extingue. Nos demais modos - a novação, a compensação, a transação, a confusão, o compromisso e a remissão - existe a extinção da obrigação sem que ocorra o pagamento diretamente. Mas existem peculiaridades e passaremos a analisar caso a caso.

8.1 A dação em pagamento e a novação

Novação é a constituição de uma obrigação nova, substituindo a obrigação originária sem que se realize o pagamento. A diferença com a dação em pagamento é exatamente esta, pois na dação em pagamento, o que se substitui não é a obrigação, mas a coisa objeto desta e, com a substituição da coisa, o credor a recebe e dá por extinta a obrigação. A existência dessa nova obrigação é condição para a extinção da anterior. Na novação não existe pagamento e quitação, ou satisfação do crédito, pois este continua a existir pela nova obrigação contratada, totalmente desvinculada da anterior. Neste caso, ou seja, com a novação, se extingue a obrigação anterior, passando a existir uma nova obrigação. É importante esclarecer que a simples modificação de um prazo no contrato, ou de uma condição, não importa em novação. Na dação em pagamento se extingue a obrigação com a entrega da coisa em substituição à contratada.

8.2 A dação em pagamento e a compensação

Compensação é o acerto entre débito e crédito feito entre duas pessoas que têm, ao mesmo tempo, a condição recíproca de credor e devedor. A compensação pode ser convencional, mas o mais usual é a sua oposição em procedimentos judiciais, como meio de defesa. As dívidas devem ser exigíveis e os débitos se extinguem até onde se compensarem. As obrigações extinguem-se por via indireta, com a compensação, não havendo, na verdade, um pagamento. Poderíamos até entendê-la como um acerto de contas. Na dação em pagamento a extinção da obrigação se dá com a substituição do objeto da obrigação; na compensação não existe qualquer substituição de objeto, existe a liquidação da obrigação, de forma indireta, não ocorrendo o efetivo pagamento.

8.3 A dação em pagamento e a transação

Transação é a concessão feita entre credor e devedor, de direitos patrimoniais, com o fim de prevenir ou terminar litígio. A transação importa em renúncia de direito ou parte deste, em face de concessões recíprocas do credor e devedor. A transação é um contrato, podendo nela ser inserida cláusula penal, e por ela apenas se declaram ou reconhecem direitos, não havendo transmissão. Admite as condições resolutive e suspensiva, como contrato que é. Na dação em pagamento existe o cumprimento de toda a obrigação, por intermédio da substituição do seu objeto por outro, promovendo-se a extinção da obrigação, e não como na transação, de renúncia de direito ou parte dele, com o fim de extinguir a obrigação.

8.4 A dação em pagamento e a confusão

Pela confusão extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor (art. 381 do CC/2002 (LGL\2002\400)). Na obrigação, a existência de dois pólos - credor e devedor - é essencial, e quando estes se fundem na mesma obrigação, esta não sobrevive. A obrigação não se extingue pelo pagamento como na dação em pagamento, mas sim pela impossibilidade da sua execução.

8.5 A dação em pagamento e o compromisso

O compromisso é uma forma de solução de litígios de natureza patrimonial entre pessoas que podem contratar, e poderá ser judicial ou extrajudicial. No nosso Direito, é matéria tratada nos arts. 851 a 853 do CC/2002 (LGL\2002\400), e na Lei 9.307, de 23.09.1996. Trata-se da arbitragem.

O compromisso é contratual, sendo matéria muito próxima da transação, mas desta se difere por admitir que as partes, antes mesmo de qualquer potencial litígio, possam contratar o compromisso, para mediação, se necessário, então nomeia-se mediador, que tem a função de árbitro. Este é um juiz de fato e de direito, que tem autonomia e expede a sentença arbitral que, independentemente da homologação pelo Judiciário, deve ser observada pelas partes e, se necessário, poderá ser executada pelo Poder Judiciário. Não se pode dizer que a sentença arbitral venha a ser, em alguns casos, uma dação em pagamento, quando da decisão de algum litígio. A natureza da dação em pagamento é totalmente diferente da natureza do compromisso. A sentença arbitral se destina a dar determinada interpretação a um contrato, podendo concluir pela entrega da coisa contratada, nunca a substituição desta, o que seria matéria para a dação em pagamento. O compromisso é também forma de extinção de obrigação, não diretamente, mas por via oblíqua.

8.6 A dação em pagamento e a remissão

Remissão é perdão. Ocorre quando o credor libera o devedor da obrigação, sem o seu cumprimento. Na remissão ocorre, por parte do credor, a renúncia de receber o que é devido, sempre de um direito disponível, desde que haja a concordância do devedor, considerando-se com isso extinta a obrigação. Pode ser total ou parcial. A remissão não se confunde com a doação, pois apesar de existir na remissão a possibilidade do *aninus donandi*, na doação é intrínseca esta característica, não existindo ainda uma anterior obrigação. Por outro lado, a remissão será sempre por acordo bilateral; já a doação é unilateral. A remissão pode ser total ou parcial e a extinção da dívida principal elimina as acessórias, mas poderá haver somente a remissão com referência às obrigações acessórias, permanecendo a obrigação principal. Não se confunde também com a dação em pagamento, pois nesta existe o pagamento, por intermédio da substituição do objeto da obrigação, com a aquiescência do credor.

9. Algumas peculiaridades jurisprudenciais quando do exame de questões referentes à dação em pagamento

9.1 A promessa de dação em pagamento

Não existe a possibilidade de existir promessa de dação em pagamento. A extinção da obrigação se dá com a dação, o que não ocorrerá com a promessa de dação. Seria a promessa de dação uma figura jurídica próxima à dação *pro solvendo*, defendida por alguns doutrinadores, como César Fiuza, e combatida por outros, como Caio Mário da Silva Pereira, mas sem possibilidade de se ver extinguir a obrigação pelo pagamento, essência da dação.

9.2 A dação para extinção de dívida tributária

A lei tributária determina, e a jurisprudência tem entendido que o débito tributário deve, necessariamente, ser pago em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir. A dação em pagamento, para o fim de quitação de obrigação tributária, só é aceita em hipóteses elencadas legalmente. Isso porque é da essência da dação em pagamento a aceitação do credor. Neste caso, a aceitação da administração teria de ser autorizada por lei, sem o que não se extingue a obrigação. Em se tratando de dívida tributária, indisponível à autoridade fazendária, não há como se admitir a dação em pagamento, nem mesmo por via de título da dívida pública, se este procedimento escapa à estrita legalidade.

9.3 A consignação em pagamento

Também a dação em pagamento não pode ser imposta em ação de consignação em pagamento. Nesta o credor não pode ser compelido a receber coisa diversa do objeto da obrigação. É requisito previsto por lei o consentimento do credor, autorizando a substituição da coisa objeto da obrigação contratada, sem o que não haverá dação.

10. A dação em pagamento e o registro de imóveis

Antes do término do atual estudo podemos, resumindo tudo que até agora foi dito, fazer algumas observações que poderão ser úteis aos registradores imobiliários quando da qualificação de títulos que portem a liquidação da obrigação por intermédio da dação em pagamento.

Como vimos, a dação em pagamento é a entrega de coisa diferente da inicialmente contratada para

o cumprimento de uma obrigação.

A substituição é do objeto da obrigação, ou da coisa, e não da própria obrigação.

A substituição pode ser por bem móvel, imóvel, título de crédito ou qualquer outro, com a finalidade de se promover o cumprimento do contrato.

A prestação é substituída pela entrega de um objeto, pouco importando o valor deste. O que importa é que o credor o receba como pagamento pela obrigação contratada, e com este pagamento seja extinta a obrigação. O objeto oferecido em substituição pode, às vezes, nem ter valor comercial. Oferecido o objeto em pagamento e aceito este pelo credor, extingue-se a obrigação pela dação em pagamento.

A dação em pagamento é negócio bilateral, comutativo, oneroso e real.

Se a coisa oferecida em pagamento tiver preço, a obrigação será regulada pelas normas do contrato de compra e venda.

Se o pagamento é feito por dação em pagamento de um bem imóvel, aquele contrato de transmissão da propriedade imobiliária, em decorrência da dação em pagamento, é um novo contrato e as suas regras são desvinculadas do contrato anterior, que se extinguiu em virtude da dação. A transmissão da propriedade será contratada por escritura pública, ressalvada a exceção do art. 108 do CC/2002 (LGL\2002\400) (valor do imóvel inferior a 30 salários mínimos), que só se aperfeiçoa com o registro em Cartório de Registro de Imóveis, sem o que não se extingue a obrigação, pois a transmissão da propriedade imobiliária se dá pelo registro.

No caso de evicção do imóvel ofertado, o Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro prevê um efeito repristinatório da obrigação principal. O alienante responde pela evicção e esta subsiste mesmo que a aquisição tenha se realizado em hasta pública. Só podendo ser afastada se houver cláusula expressa no contrato de alienação do bem.

Aplicam-se à dação, quando de bem imóvel, as mesmas exigências da compra e venda, como *ius disponendi* do bem, proibição de dação de ascendente a descendente, possibilidade de anulação se realizada em fraude contra credores, necessidade de ampla regularização tributária com os fiscos federal, estadual e municipal etc.

A dação exige plena capacidade das partes, como todo contrato oneroso. O mandatário com poderes gerais não pode contratar dação em pagamento, pois esta representa quitação que não é incluída nos poderes gerais de administração.

Se a dação for por cessão de crédito, e se o crédito tiver lastro hipotecário, deverá ser promovida a averbação da cessão no Registro de Imóveis e, neste caso, deverá o contrato ser feito por escritura pública (art. 108 do CC/2002 (LGL\2002\400)).

No caso de cumprimento parcial da obrigação, através de parcelas ou prestações, aplicam-se as mesmas regras previstas, liquidando-se parcela por parcela ou parte da obrigação.

É admitida a substituição de "coisa por dinheiro" quando, por exemplo, a obrigação principal é a permuta futura de dois imóveis e as partes resolvem substituir um deles ou ambos por dinheiro. O novo Código Civil (LGL\2002\400) não traz mais em seu texto a impossibilidade de o credor receber dinheiro em substituição da prestação que lhe era devida, como se via na redação do Código Civil de 1916 (LGL\1916\1).

Na situação de ser acertada a dação em pagamento representada por bem imóvel, para quitação de mútuo, garantido por hipoteca, será lavrada a escritura de transmissão da propriedade, que deverá ser registrada na matrícula do imóvel objeto da dação. Este registro é pré-requisito para a averbação da quitação da obrigação e assim ser feito o cancelamento da hipoteca.

Não existe a possibilidade de existir promessa de dação em pagamento. A extinção da obrigação se dá com a dação, o que não ocorrerá com a promessa de dação.

A lei tributária determina e a jurisprudência tem entendido que o débito tributário deve, necessariamente, ser pago em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir. A dação em pagamento,

para o fim de quitação de obrigação tributária, só é aceita em hipóteses elencadas legalmente.

A dação em pagamento não pode ser imposta judicialmente, em ação de consignação em pagamento, pois o credor não pode ser compelido a receber coisa diversa do objeto da obrigação. É requisito previsto por lei o consentimento do credor, autorizando a substituição da coisa objeto da obrigação contratada, sem o qual não haverá dação.

11. Conclusão

A *datio in solutum*, instituto nascido no Direito Romano, e que foi recepcionada no nosso Direito com o nome de dação em pagamento, é forma de extinção da obrigação feita através da substituição do objeto da obrigação contratada, desde que haja concordância do credor. No Código Civil de 1916 (LGL\1916\1) era tratada em quatro artigos (arts. 995 a 998 do CC/1916 (LGL\1916\1)); e no novo Código Civil (LGL\2002\400) também continua sendo tratada em quatro artigos (arts. 356 a 359 do CC/2002 (LGL\2002\400)).

Duas modificações foram feitas comparando-se os dois Códigos. O atual art. 356 do CC/2002 (LGL\2002\400), dando amplitude ao instituto, prescreve que o credor pode consentir em receber "prestação diversa da que lhe é devida", ou seja, a substituição pode dar-se por qualquer outra coisa, enquanto o antigo Código Civil (LGL\2002\400) determinava que a substituição da prestação poderia ser por "coisa que não fosse dinheiro". Restringia a substituição. Vimos que, nesse caso, os doutrinadores que tratam da matéria continuam a entender, de forma idêntica ao Código anterior, que a substituição pode ser feita de toda forma, menos por dinheiro, apesar de não haver a restrição no texto legal. Entendem que se a substituição se der por dinheiro, teria esta a natureza de indenização, o que desconfiguraria o instituto. Provavelmente a jurisprudência, com o desenrolar do tempo, altere essa orientação.

A outra modificação se deu no atual art. 359 do CC/2002 (LGL\2002\400), que trata da evicção da coisa dada em pagamento. Determina o novo artigo que, sendo o credor evicto, restabelece-se a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ou seja, repristina-se a obrigação contratada, da mesma forma como está escrito no texto antigo, mas se inclui no novel texto a expressão "ressalvados os direitos de terceiros", tendência manifestamente embasadora do Código Civil (LGL\2002\400) de 2002, que se apóia, de forma principiológica, na doutrina da presunção da boa-fé dos contratantes.

A dação em pagamento, instituto largamente aplicado no nosso Direito, vê-se amoldada às necessidades atuais, com o novo Código Civil (LGL\2002\400), ao não mais restringir a substituição da coisa objeto da obrigação e ainda ao se aplicar a este instituto a proteção firmada, nos dias atuais, ao contratante de boa-fé.

12. Referências bibliográficas

CÓDIGO CIVIL DA ARGENTINA. Disponível em [<http://www.redetel.gov.ar/Normativa/>]. Acesso em: 08.12.2004.

CÓDIGO CIVIL DA FRANÇA. Disponível em [<http://www.legifrance.gouv.fr/ccivillo.rcv>]. Acesso em: 08.12.2004.

CÓDIGO CIVIL DO MÉXICO. Disponível em [<http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/cc-intro.html>]. Acesso em: 08.12.2004.

CÓDIGO CIVIL DO URUGUAI. Disponível em [<http://www.todoelderecho.com/Uruguay/codigos.htm>]. Acesso em: 08.12.2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil (LGL\2002\400) comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. *Novo Código Civil (LGL\2002\400) comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, 1ª parte.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. II.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.

1. FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 316-317.

2. FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil (LGL\2002\400) comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 295.

3. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. II, p. 236.

4. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 2, p. 287.

5. PEREIRA. Op. cit., p. 234.

6. LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. *Novo Código Civil (LGL\2002\400) comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 158.

7. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4, 1ª parte, p. 253.

8. VENOSA. Op. cit., p. 286.

9. PEREIRA. Op. cit., p. 233.

10. MONTEIRO. Op. cit., p. 288.

11. FIUZA, César. Op. cit., p. 336.

12. PEREIRA. Op. cit., p. 236.

13. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 126.

14. FIUZA, Ricardo. Op. cit., p. 328.