

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

Volume 9

Jul / Set 2016

Qualis B1

Doutrina Nacional / Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho / Joyceane Bezerra de Menezes / Ana Carolina Brochado Teixeira / Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira / Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz / Luiz Augusto Silva

Doutrina Estrangeira / Roberta Silva Melo Fernandes Remédio Marques

Pareceres / Anderson Schreiber

Atualidade / Ana Luiza Maia Nevares

Resenha / Beatriz de Almeida Borges e Silva

Vídeos e Áudios / Julgamento parcial do RE 878694

PARECER

COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS EM CONTRATO DE EMPREITADA E INSTRUMENTOS GENÉRICOS DE QUITAÇÃO

Anderson Schreiber

Professor de Direito Civil da UERJ. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da UERJ. Doutor em Direito Privado Comparado pela Università degli studi del Molise (Itália). Mestre em Direito Civil pela UERJ. Membro Permanente do Fórum de Direito do Consumidor da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

Sumário: 1. Consulta – 2. Compensação. Espécies. Compensação legal e o requisito da liquidez. Compensação convencional e a interpretação do Contrato de Empreitada. Compensação judicial de créditos ilíquidos e seu cabimento por meio de reconvenção. – 3. Mecanismo contratual de apuração, contestação e glosa de gastos. Distinção entre direito potestativo e direito subjetivo. Impossibilidade de redução de prazo para exercício de pretensão decorrente da lesão a direito subjetivo. Incidência do art. 192 do Código Civil. – 4. Quitação: exegese do art. 320 do Código Civil. Termo de quitação genérico. Distinção entre quitação como prova de pagamento e instrumentos de quitação que exercem a função de renúncia. Comportamento do contratante como elemento de interpretação contratual. *Tu quoque* e seus efeitos. – 5. Resposta aos quesitos.

1. Consulta

Em atendimento à consulta apresentada por Alpha S.A.,¹ examinei, à luz do direito brasileiro, a possibilidade de compensação de créditos e a eficácia de determinadas cláusulas constantes do *Contrato de Empreitada* (doravante denominado simplesmente “Contrato”) e de pactos acessórios, celebrados entre Alpha S.A. e Beta S.A.

Os fatos foram assim sintetizados pelo consulente:

“1. Em 2008, Alpha S.A. e Beta S.A. celebraram o Contrato de Empreitada, por meio do qual foram estabelecidas as regras de execução das obras de construção civil de certa usina hidrelétrica.”

¹ Os nomes das partes e dos instrumentos contratuais, bem como outros aspectos do caso concreto foram alterados para preservar a identidade dos envolvidos.

2. Em 2013, as partes celebraram Termo Aditivo ao Contrato de Empreitada, modificando o sistema de pagamento da obra, da modalidade de preço unitário para o método de ressarcimento de gastos a partir de 2013.

3. No referido Termo Aditivo, as partes estabeleceram as regras de remuneração de Beta S.A., com a previsão de quais gastos poderiam ser objeto de cobrança, bem como de um mecanismo de apuração, glosa, faturamento e pagamento destes gastos por parte de Alpha S.A.

4. Em 2014, as partes celebraram Instrumento de Quitação em termos gerais, prevendo a quitação recíproca de quaisquer valores devidos de parte a parte em relação ao Contrato, ainda que os efeitos e consequências somente pudessem ser conhecidos no futuro.

5. Em momento, foram identificadas diversas cobranças de Beta S.A. que, no entendimento de Alpha S.A., não se enquadravam no conceito contratual de gastos passíveis de ressarcimento. Algumas dessas cobranças chegaram a ser impugnadas. Outras cobranças tidas por indevidas somente foram identificadas após o efetivo pagamento. Assim, Alpha S.A., a partir de determinado momento, passou a reter o pagamento referente às novas medições mensais para compensar os créditos decorrentes destas cobranças indevidas.

6. Diante desse cenário, foi instaurado processo judicial por Beta S.A., tendo sido formulados pedidos condenatórios também por Alpha S.A. em sede de reconvenção. Dentre os assuntos discutidos no referido processo, destacam-se (i) a licitude da compensação promovida por Alpha S.A.; (ii) a abrangência do Instrumento de Quitação celebrado entre as partes; (iii) o alcance e os limites do mecanismo de apuração, faturamento e pagamento para o questionamento das verbas pagas indevidamente, previsto no Termo Aditivo ao Contrato de Empreitada.”

Diante de tais fatos, o consulente apresentou os seguintes quesitos:

“1. As compensações efetivadas por Alpha S.A. preenchem os requisitos da compensação legal previstos no artigo 369 do Código Civil?

2. O Contrato de Empreitada autorizava a compensação convencional? A compensação convencional pode abranger créditos ilíquidos?

3. Eventual convenção autorizando a compensação de créditos entre as partes constitui restrição à compensação judicial?

4. O Instrumento de Quitação, celebrado em termos gerais, atende à regra do art. 320 do Código Civil? A celebração do referido Instrumento de Quitação impossibilita toda e qualquer discussão por parte de Alpha S.A. em relação a fatos anteriores à sua celebração?

5. Admitindo-se que a quitação fosse capaz de impossibilitar toda e qualquer discussão por parte de Alpha S.A. relativa a fatos anteriores à sua celebração, tal impossibilidade também não deveria afetar os

alegados créditos de Beta S.A., tendo em vista que as quitações são bilaterais?

6. A inobservância, por parte de Alpha S.A., dos prazos de auditoria previstos no Contrato de Empreitada afeta a pretensão de ressarcimento dos valores cobrados e pagos indevidamente?”

O presente parecer foi dividido em três eixos temáticos, para melhor compreensão das respostas às questões formuladas. No primeiro, examina-se o instituto da compensação, suas espécies e requisitos, bem como sua aplicabilidade ao caso concreto. No segundo eixo, trata-se do sistema de apuração, glosa e pagamento dos gastos elaborado pelas partes e dos seus efeitos sobre pretensões de restituição de indébito e reparação de danos. O último eixo analisa as chamadas quitações gerais outorgadas reciprocamente entre as partes e seus efeitos.

2 – Compensação. Espécies. Compensação legal e o requisito da liquidez. Compensação convencional e a interpretação do Contrato de Empreitada. Compensação judicial de créditos ilíquidos e seu cabimento por meio de reconvenção.

1. A compensação consiste em meio de extinção das obrigações, que se opera quando duas pessoas são, simultaneamente, titulares de créditos e débitos recíprocos.² Já aplicado entre os romanos (*compensatio est debiti et crediti inter se contributio*), o instituto apresenta dupla função: (i) a economia de atos de cobrança, que, sendo recíprocos, acabariam se revelando desnecessários;³ e (ii) a garantia de equidade, uma vez que a compensação evita que o credor que já tenha efetuado o pagamento de sua dívida, deixe de receber o crédito que detém por força de eventual insolvência do seu recíproco devedor.⁴

2. O direito brasileiro reconhece três espécies de compensação: a compensação legal, a compensação convencional e a compensação judicial.⁵ A compensação legal opera-

² Ver, entre outros, Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2011, 24^a ed., p. 244.

³ Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil: Obrigações em Geral*, vol. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, 6^a ed., p. 251.

⁴ Entre outros, ver Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (coords.), *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 2^a ed., p. 674.

⁵ “Três são as espécies de compensação: a) compensação legal; b) compensação convencional ou a que Lacerda de Almeida denomina de facultativa; c) a compensação judiciária. A compensação legal é a que se cogita no Código Civil, cujos efeitos são ipso iure. A compensação convencional é a que decorre de convenção entre as partes, estabelecendo-se entre uma e outra dívida que é líquida mas ainda não exigível, de modo que a compensação só se produz, pelo assentimento dos interessados. Finalmente a compensação judicial diz respeito à reconvenção, quando ela é oposta pelo réu à ação do autor, opondo uma pretensão

se *ipso iure*, independentemente de ato do credor ou devedor. Seus requisitos constam dos arts. 368 a 370 do Código Civil brasileiro: (i) que duas pessoas afigurem-se reciprocamente como credor e devedor; (ii) que ambas as dívidas tenham por objeto coisas fungíveis, do mesmo gênero e qualidade (art. 370); e (iii) que ambas as dívidas sejam líquidas e vencidas (art. 369).

3. No caso concreto, não parece haver dúvida quanto ao preenchimento dos requisitos da identidade de partes e da fungibilidade das dívidas, uma vez que se trata de dívidas pecuniárias recíprocas entre Alpha S.A. (doravante denominada simplesmente Alpha) e Beta S.A. (doravante denominada simplesmente Beta), surgidas em decorrência da execução do Contrato. O objeto da controvérsia cinge-se ao requisito da liquidez.

4. Dívida líquida é “aquela que é certa, quanto à existência, e determinada, quanto ao objeto. Nelas se determinam, de modo claro, a qualidade, a quantidade e a natureza do objeto devido”.⁶ Em outras palavras, é considerada líquida a dívida cuja existência e quantificação independem de fatos posteriores.

5. Isso não significa que a dívida precise ser aceita e reconhecida pelo devedor ao tempo da cobrança.⁷ A mera oposição do devedor ao pagamento não torna ilíquida a dívida. Não fosse assim, bastaria ao devedor contestar, com base em um argumento qualquer, a pretensão de cobrança para evitar a compensação,⁸ ferindo a dupla função do instituto: a economia de atos de cobrança e o respeito à equidade.

“O ser contestada a dívida nunca serviu de obstáculo à compensação, uma vez que tenha valor determinado: reduz-se o caso a uma questão de prova, a resolver-se pelos meios gerais, e vencida esta pela sentença que

própria à do autor, ambas submetidas a um mesmo julgamento.” (Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil: Obrigações em Geral*, vol. II, cit., p. 255).

⁶ Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, vol. IV, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917, p. 166.

⁷ “Não afeta a liquidez do débito o fato de opor-lhe contestação o devedor, fazendo-o litigioso. A certeza é comprometida se o crédito estiver sujeito a alguma eventualidade, como, por exemplo, um acerto de contas, um levantamento pericial, uma verificação etc. Uma indenização por perdas e danos, ainda que indubitável o direito já reconhecido do crédito é obrigação ilíquida, enquanto não apurado o respectivo quantum. Mas uma dívida sujeita ao cômputo de juros é líquida e certa, porque o resultado é atingido por via de operação aritmética elementar.” (Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. II, cit., p. 248).

⁸ “Dívida contestada não é dívida ilíquida; do contrário, poderia o credor sempre, à vontade, evitar a compensação. Líquida é a dívida certa em sua existência e que tem valor determinado pela espécie, quantidade e qualidade. Para que possa ser compensada basta que ela seja líquida em tais termos, pouco importando que seja ou não contestada. Ainda aqui a vontade das partes não muda nem altera os termos da compensação.” (Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações*, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, 4ª ed., p. 621).

*reconhece a dívida, declarada está a compensação, a qual retroage ao tempo do vencimento daquela: dá-se a compensação legal.”*⁹

6. Ainda no campo da compensação legal, cumpre registrar que sua eficácia é automática. Vale dizer: não é o credor que efetua compensação; a compensação ocorre independentemente de qualquer iniciativa de sua parte ou da parte do devedor, e mesmo no seu mais completo desconhecimento:

*“O sistema do nosso direito positivo, através do Código Civil, é o da compensação legal. Abraçamos, assim, o critério do Código Civil francês, mantendo-se uma tradição. Isto resulta do art. 1.009, prescrevendo: se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem. Assim, doutrina Soriano Neto, desde o momento em que as dívidas, dotadas dos requisitos legais, coexistem, a compensação se opera de pleno direito, ainda na ignorância das partes.”*¹⁰

*“A compensação legal é aquela que opera ipso iure, bastando que estejam presentes os requisitos legais necessários à sua efetivação. Desse modo, a extinção de obrigações recíprocas revestidas dos pressupostos acima enumerados independe de manifestação da vontade das partes, ocorrendo automaticamente.”*¹¹

7. Justamente por conta da eficácia automática da compensação legal é que a oposição do devedor não a afeta; tampouco a afeta a inércia do credor. Não depende a compensação legal de iniciativa do credor porque, sendo líquidos os créditos, a compensação legal opera-se prontamente, em virtude do interesse *público* em dispensar atos desnecessários de cobrança – que tumultuam a paz social e, no extremo, deflagram inutilmente o exercício da jurisdição – e, sobretudo, em assegurar a realização da equidade.

8. Diverso é o regime da chamada compensação convencional ou voluntária. Tal espécie de compensação decorre da autonomia das partes, que pactuam livremente pela ocorrência da compensação de créditos recíprocos nos termos e condições que restarem ajustados. Assim, faculta-se às partes que firmem pacto de compensação, inclusive dispensando alguns dos requisitos que a lei estabelece para a compensação legal.

⁹ Lacerda de Almeida, *Obrigações*, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916, p. 322.

¹⁰ Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil: Obrigações em Geral*, vol. II, cit., p. 255.

¹¹ Ana Luiza Maia Nevares, *Extinção das Obrigações sem Pagamento: novação, compensação confusão e remissão*, in Gustavo Tepedino (coord.), *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 442. Também nesse sentido: “Na sua sistemática [o Código Civil brasileiro] filiou-se à escola que se poderia dizer francesa, da compensação legal e ipso iure.” (Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*, vol. II, cit., p. 244).

9. Nesse sentido, destaca Antunes Varela:

“Havendo acordo das partes, a extinção pode operar-se mesmo sem a verificação de alguns dos requisitos exigidos para a compensação legal. Há, nesse caso, a chamada compensação voluntária, contratual ou convencional.”¹²

10. Com efeito, a compensação convencional só apresenta utilidade se a disciplina pactuada divergir em alguma medida do regime legal de compensação. Nesse sentido, afirma Caio Mario da Silva Pereira:

“(…) é lícito aos interessados promoverem-na [compensação] fora dos casos legalmente previstos, como, por exemplo, ajustarem a extinção recíproca de obrigações ilíquidas ou de prestações reciprocamente não fungíveis etc. É a isto que se pode denominar compensação convencional (…)”¹³

11. No caso que se examina, as partes trataram expressamente da compensação na cláusula 19^a do Contrato de Empreitada, em que se lê:

“Cláusula 19^a. Se houver quantias devidas pela Contratada à Contratante de qualquer origem que seja, a Contratante terá o direito de compensar, nos termos do Código Civil Brasileiro, quaisquer quantias pagáveis pela Contratante à Contratada contra quaisquer quantias pagáveis pela Contratada à Contratante, desde que relacionadas ao Contrato.”

12. Não é simples a exegese da cláusula 19^a do Contrato de Empreitada. Sua linguagem não se afigura tão clara quanto poderia. Da própria existência do dispositivo contratual pode-se extrair que as partes não pretendiam se limitar à compensação legal, atitude que dispensa qualquer previsão no contrato ou que, mesmo ao arrepio da melhor técnica, resulta habitualmente em cláusula contratual que se restringe a reproduzir as previsões legais em sua literalidade.

¹² João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, Coimbra: Almedina, 1997, 7^a ed., p. 198. Em igual direção: “Será convencional quando tiver origem no poder de livre disposição das partes sobre seus créditos. Destaque-se que pode haver compensação convencional mesmo não estando satisfeitos os requisitos legais.” (Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (coords.), *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 675).

¹³ Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*, vol. II, cit., p. 251.

13. A redação da cláusula 19^a do Contrato de Empreitada apresenta, ao contrário, particularidades significativas se comparada à disciplina da compensação legal: (i) menciona quantias “de qualquer origem que seja”, revelando a intenção das partes de que a compensação convencional não fosse afetada em nenhuma hipótese por eventual diferença de causa (o que ocorre, embora em caráter excepcional, na compensação legal estabelecida pelo Código Civil);¹⁴ (ii) alude a “quantias devidas” e “quaisquer quantias pagáveis” sem incluir menção aos requisitos do Código Civil relativos à fungibilidade e à liquidez das dívidas; (iii) refere-se, ainda, a quantias “relacionadas ao Contrato”, o que sugere universo potencialmente mais abrangente que aquele composto pelas dívidas instituídas por meio do Contrato, a abarcar créditos derivados de possíveis pactos acessórios e ajustes coligados.

14. Diante dessas particularidades, conclui-se que a intenção das partes não consistiu em reproduzir simplesmente a possibilidade de compensação legal, mas sim em disciplinar genuína hipótese de compensação convencional, afastando-se dos estritos limites legais.

15. O uso da expressão “nos termos do Código Civil Brasileiro” não altera tal conclusão. Ao se examinar a cláusula 19^a do Contrato de Empreitada, verifica-se que a referida expressão foi introduzida não ao fim da frase (como seria recomendável se a intenção das partes fosse aplicá-la a todos os seus termos),¹⁵ mas logo após o verbo compensar e antes da descrição do objeto da compensação, sendo certo que esta última se faz em termos bastante abrangentes: “quaisquer dívidas pagáveis”. Desse modo, a expressão “nos termos do Código Civil Brasileiro” parece ter tido a finalidade de esclarecer que o termo “compensar” assumia ali sentido técnico (compensar no sentido empregado pelo Código Civil, ou seja, no sentido de extinguir obrigações recíprocas), sem querer significar, ao contrário, que todo o dispositivo contratual se restringia a ratificar a possibilidade de compensação legal, ratificação que seria, de resto, desnecessária.

16. Delineada a compensação convencional, cumpre examinar, ainda, a terceira espécie de compensação admitida pelo direito brasileiro: a compensação judicial. Trata-se

¹⁴ “Art. 373. A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto: I – se provier de esbulho, furto ou roubo; II – se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos; III – se uma for de coisa não suscetível de penhora.”

¹⁵ Ao tratar da interpretação dos contratos, parte da doutrina chega mesmo a vislumbrar aí uma regra de hermenêutica: “O que está no fim da frase se relaciona com toda ela e não apenas com o que imediatamente a precede, uma vez que guarde concordância em gênero e número com a frase inteira.” (Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil: Contratos*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2011, 15^a ed., p. 46).

da chamada compensação forçada, em que uma das partes requer a compensação em juízo estatal ou arbitral. Ao contrário da compensação legal, a compensação judicial tem eficácia *ex nunc* e não consiste em matéria de defesa, consubstanciando pretensão autônoma a ser exercida por meio de demanda própria ou de reconvenção. Pode, por isso mesmo, abranger dívidas ilíquidas, conforme destaca a doutrina:

“A compensação judicial constitui matéria de natureza reconvenional. É pronunciada pelo juiz, quando o devedor, executado por uma dívida, opõe ele próprio um crédito contra o autor, o qual, embora não reunindo as condições integrantes de uma compensação legal, contudo faculta aos tribunais o poder de remediar a ausência da condição falha. Assim, v. g., o locatário contesta ao autor locador, reconvindo para perdas e danos por não ter o segundo providenciado a manutenção do imóvel no estado próprio ao seu destino. Não se trata de crédito ilíquido. O juiz o liquidará, através do processo reconvenional.”¹⁶

17. A jurisprudência brasileira adota idêntico entendimento:

“A autora não se conforma com a espécie de compensação consagrada pelo r. acórdão, ao abater o prejuízo por ela sofrido pelo atraso com os pagamentos feitos a mais. Diz que tais acréscimos decorrem de ‘arredondamentos’ das medições, prática comum em construções dessa envergadura. Porém este fato não ficou reconhecido nas instâncias ordinárias (Súmula 7/STJ). Ademais, é possível ao Juiz considerar os direitos contrapostos, avaliá-los e definir o saldo que toca a cada um deles pagar, efetuando compensação judicial, procedimento que o nosso sistema admite e não exige dos créditos liquidez e certeza (...).”¹⁷

“Não há nem mesmo que se falar em compensação judicial, que se verifica quando uma das dívidas recíprocas não possui liquidez. Essa espécie de compensação, conforme assentado pela jurisprudência, é possível por intermédio de reconvenção ou ação própria, com a devida instrução processual e o conseqüente exercício do contraditório e da ampla defesa pela parte contrária, para eventual apuração de crédito favorável.”¹⁸

18. Registre-se que os contratantes poderiam afastar o cabimento da compensação judicial por mútuo acordo (art. 375).¹⁹ Não é o que se vê no caso concreto, em que os instrumentos apresentados, longe de excluir a possibilidade de compensação,

¹⁶ Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil: Obrigações em Geral*, vol. II, cit., p. 266.

¹⁷ STJ, REsp 191.802/SP, Min. Rel. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 2.2.1999.

¹⁸ TJSP, Agravo de Instrumento n. 990.10.280898-0, Des. Rel. Piva Rodrigues, julgado em 26.10.2010.

¹⁹ “Art. 375. Não haverá compensação quando as partes, por mútuo acordo, a excluírem, ou no caso de renúncia prévia de uma delas.”

autorizam, como já examinado, a compensação convencional em termos mais abrangentes que aqueles previstos para a compensação legal, tudo a revelar que as partes não pretenderam restringir, mas ampliar o direito à compensação que a lei já lhes garantia.

19. Tendo restado demonstrado o cabimento da compensação, cumpre verificar, à luz dos quesitos apresentados, se há algum obstáculo à compensação por conta do mecanismo contratual para apuração de gastos estabelecido no Termo Aditivo ao Contrato de Empreitada, ou, ainda, por conta da chamada “quitação” reciprocamente outorgada pelas partes.

3 – Mecanismo contratual de apuração, contestação e glosa de gastos. Distinção entre direito potestativo e direito subjetivo. Impossibilidade de redução de prazo para exercício de pretensão decorrente da lesão a direito subjetivo. Incidência do art. 192 do Código Civil.

20. Como se depreende da documentação apresentada, as partes estabeleceram mecanismo extrajudicial de apuração, contestação e glosa de valores cobrados. É o que se vê, em particular, das cláusulas 2^a e 3^a do Termo Aditivo ao Contrato de Empreitada:

“Cláusula 2^a – Regras e Critérios para Ressarcimento dos Gastos das Obras

(...)

2.2. Haverá uma auditoria que fará a verificação ampla, geral e irrestrita dos Gastos apresentados por Beta S.A., para avaliação sobre a legitimidade, acuidade e pertinência dos mesmos, com irrestrito acesso a toda documentação comprobatória (‘Auditoria’).

2.2.1 Os procedimentos de Auditoria serão realizados por Alpha S.A. ou terceiro pela mesma indicado, no prazo de até 90 (noventa) dias, a contar da data do recebimento do Relatório de Acompanhamento apresentado por Beta S.A. nos termos da Cláusula 3.3 abaixo.

Cláusula 3^a – Pagamento dos Gastos

(...)

3.12. Realizados os procedimentos e decorrido o prazo de 90 (noventa) dias estabelecido na Cláusula 2.2.1 acima, fica ajustado entre as Partes que os pagamentos previstos no presente instrumento serão efetuados de maneira definitiva nas datas e condições previstas neste Acordo.”

21. Tais dispositivos contratuais autorizam Alpha S.A. “ou terceiro pela mesma indicado” a (i) realizar auditoria sobre os valores cobrados por Beta S.A. e (b) glosar, no âmbito deste procedimento, os valores que tenham sido, em seu entendimento, cobrados a maior, de modo, inclusive, a reter pagamentos. Em outras palavras, concede-se a Alpha

S.A. o “poder” (*potestas*) de se imiscuir na esfera jurídica da Beta S.A. para controlar os valores que lhe são cobrados antes do efetivo vencimento, em uma espécie de controle prévio dos montantes exigidos, que se afigura muito comum em contratos de empreitada.

22. Tal controle prévio configura, tecnicamente, um *direito potestativo* atribuído à contratante Alpha S.A.:

“Direito potestativo é o poder que a pessoa tem de influir na esfera jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo que não seja sujeitar-se. Consiste em um poder de produzir efeitos jurídicos mediante declaração unilateral de vontade do titular, ou decisão judicial, constituindo, modificando, ou extinguindo relações jurídicas. Opera na esfera jurídica de outrem, sem que este tenha algum dever de cumprir.”²⁰

23. A natureza potestativa do direito de Alpha S.A. fica ainda mais clara quando se observa a posição que as cláusulas contratuais citadas atribuem à Beta S.A., que fica sujeita à atuação de Alpha. Como é característico dos direitos potestativos, “*não há dever, mas apenas submissão à manifestação unilateral do titular do direito*”,²¹ na medida em que a contratante tem, por força do contratado, o direito de realizar auditoria sobre os valores cobrados, contestar tais valores e, em última análise, reter o pagamento do que considerar indevido.

24. Pela sua unilateralidade e intenso impacto sobre a esfera jurídica alheia, é comum que direitos potestativos de fonte contratual sejam limitados por prazos relativamente curtos. É exatamente o que se vê no caso concreto, em que o direito potestativo de Alpha S.A. restou sujeito a um prazo contratualmente estabelecido de 90 (noventa) dias. Tal prazo é inegavelmente um prazo *decadencial*, pois exprime “*o perecimento do direito potestativo, em razão do seu não exercício em um prazo predeterminado*”.²² Sua fixação em contrato é expressamente autorizada pelo art. 211 do Código Civil:

²⁰ Francisco Amaral, *Direito Civil: Introdução*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 250.

²¹ Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito civil e à teoria geral de Direito Civil*, vol. I, cit., p. 30.

²² Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito civil e à teoria geral de Direito Civil*, vol. I, cit., p. 576.

“Art. 211. Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação.”

25. Uma vez superados tais prazos decadenciais convencionais, Alpha S.A. não poderia mais se valer do seu *direito potestativo* de deflagrar o mecanismo convencional e extrajudicial de controle prévio de valores cobrados. Isso não significa, todavia, que não pudesse, diante de eventual lesão aos seus *direitos subjetivos*, exercer pretensões em face de Beta S.A., seja a título de reparação de danos sofridos, seja a título de repetição de indébito (pagamento indevido), seja, ainda, a qualquer outro título que se exprima por meio de direitos subjetivos, os quais não se sujeitam a prazos decadenciais (legais ou convencionais).

26. Como esclareceu didaticamente o Código Civil de 2002, em seu art. 189, *“violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”*. Está aí a tratar o legislador de direitos subjetivos, direitos que, por estarem contrapostos a um dever alheio, podem ser violados por outrem. Os direitos potestativos, ao contrário, não podem ser violados por ninguém, porque se tratam de direitos cujo exercício se dá por manifestação unilateral do seu titular, representando um “poder” de interferência na esfera jurídica alheia, que dispensa o cumprimento de qualquer dever por quem sofre a interferência. Dito de outro modo: direitos potestativos não são violados; seu titular ou os exerce ou os deixa de exercer, caso em que tais direitos “decaem”.²³

27. O direito de Alpha S.A. de exercer controle prévio sobre os valores cobrados, por meio de auditoria, configura, repita-se, direito potestativo. Ou Alpha exerce esse controle prévio ou deixa de exercê-lo no prazo estipulado, decaindo neste último caso da possibilidade de instaurar a auditoria prévia. Nada disso compromete a possibilidade de exercício dos seus direitos subjetivos, que, se violados, fazem surgir uma pretensão cujo exercício não se subordina a prazos contratuais, mas exclusivamente aos prazos legais de prescrição, os quais, por sua vez, não podem ser modificados pelas partes, como esclarece o art. 192 do Código Civil:

²³ Na célebre lição de Câmara Leal: *“decadência é a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício se tivesse verificado”* (Antônio Luís da Câmara Leal, *Da Prescrição e da Decadência: Teoria Geral do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, 3ª ed., p. 101).

“Art. 192. Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes.”

28. Assim, as cláusulas 2^a e 3^a do Termo Aditivo ao Contrato de Empreitada não representam qualquer obstáculo ao exercício de pretensões de Alpha S.A. quanto à reparação de danos ou quanto à restituição de pagamentos indevidos, sendo certo que ambas essas pretensões se subordinam a prazo prescricional trienal estabelecido pelo Código Civil, em seu art. 206, §3^o, incisos V e IV, respectivamente.

29. Nem poderia ser diferente, uma vez que a pretensão de reparação somente pode surgir após a ocorrência efetiva do dano.²⁴ Do mesmo modo, a pretensão de restituição do indébito, fundada no princípio geral de vedação ao enriquecimento sem causa, somente surge a partir do pagamento indevido, ou seja, a partir da transferência patrimonial desprovida, no todo ou em parte, de título jurídico idôneo a justificá-la.²⁵ As pretensões reparatória e restitutória não poderiam, deste modo, se extinguir antes de seu nascimento.

30. Como conclui Agnelo Amorim Filho, em seminal estudo sobre a prescrição:

“A rigor, só quando a pretensão não é satisfeita pelo sujeito passivo, ou seja, só quando a sujeito passivo não atende a exigência do titular do direito, é que surge, como consequência, a ação, isto é, o poder de provocar a atividade jurisdicional do Estado. Em resumo: violado o direito (pessoal ou real), nasce a pretensão (ação material) contra o sujeito passivo; recusando-se o sujeito passivo a atender a pretensão, nasce a ação processual, com a qual se provoca a intervenção do Estado.”²⁶

31. Tem-se, portanto, que o exercício das eventuais pretensões reparatória e restitutória de Alpha S.A. – e a consequente compensação de créditos recíprocos que derivem do exercício dessas pretensões – não são afetados pelo mecanismo contratual de

²⁴ José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 11. ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias, p. 15.

²⁵ “O princípio que domina a matéria do indébito é que todo o enriquecimento desprovido de causa jurídica produz em benefício daquela a cuja custa se operou uma obrigação de restituir. Enriquecimento e ausência de causa – eis os elementos do indébito.” (Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações*, cit., p. 487). Em igual direção: “Para aquele que recebeu o que não lhe era devido nasce uma obrigação: a de restituir o que se recebeu indevidamente” (Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes et al., *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 733).

²⁶ Agnelo Amorim Filho, *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*, documento disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/prescricao-agnelo1.pdf> (acesso em 20.5.2016).

controle prévio de valores cobrados (auditoria), que consubstancia, conforme se extrai do Contrato, direito potestativo de Alpha, representando, por assim dizer, *plus* contratualmente concedido em relação àqueles direitos subjetivos que a legislação já assegura aos contratantes. O exercício ou não daquele direito potestativo pelo seu titular em prazos convencionados não afeta os direitos subjetivos cujo exercício se sujeita a prazos de outra natureza, com termo inicial diverso.

32. Em situação análoga, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso especial. Processo civil e civil. (...) Decadência e prescrição. Fenômenos distintos. (...) O reconhecimento da decadência do direito de anulação das escrituras particulares de compra e venda de imóveis não interfere no direito pessoal de indenização por perdas e danos decorrente da conduta culposa da recorrente, porquanto relações de natureza distintas.”²⁷

33. Outra não poderia ser a conclusão sob pena de violação ao comando explícito do art. 192 do Código Civil e subversão da distinção entre direitos subjetivos e direitos potestativos, distinção que guia a diferenciação entre prescrição e decadência no direito brasileiro, especialmente a partir do Código Civil de 2002, que acolheu de modo explícito a teoria da pretensão de direito material.

4 – Quitação: exegese do art. 320 do Código Civil. Termo de quitação genérico. Distinção entre quitação como prova de pagamento e instrumentos de quitação que exercem a função de renúncia. Comportamento do contratante como elemento de interpretação contratual. *Tu quoque* e seus efeitos.

34. Quitação é, tecnicamente, meio de prova do pagamento, cujo efeito é a liberação do devedor.²⁸ Justamente por sua função probatória, a quitação deve conter, de

²⁷ No voto, ficou destacado: “O Tribunal local reconheceu a decadência relativa à pretensão anulatória do negócio entabulado, de natureza constitutiva, contudo consignou a subsistência do pedido indenizatório autônomo, porquanto hígido o intento condenatório, haja vista a não verificação do lapso prescricional (...). O fato de a autora ter decaído do seu direito de anular as escrituras particulares de compra e venda de imóveis não altera o seu direito de ser indenizada por perdas e danos decorrentes da conduta culposa da embargante (e-STJ fl. 4.207), tornando-se “indeclinável o dever de recomposição patrimonial da autora pelos réus” (e-STJ fl. 4.208), porque os pedidos não guardam conexão entre si.” (STJ, REsp 647.456/SP, Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 16.4.2013).

²⁸ “A quitação ou recibo quitante é o principal meio de prova do adimplemento, não só do pagamento, em sentido estrito. É o reconhecimento, de ordinário escrito, ou não, de se haver recebido aquilo que devia, ou que satisfaz a pretensão do credor.” (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Tomo XXIV, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1959, 2ª ed., p. 129.)

acordo com o direito brasileiro, os elementos necessários à precisa identificação do pagamento efetuado. É o que determina o art. 320 do Código Civil:

“Art. 320. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante. (...)”

35. A validade da quitação conferida sem os elementos indicados nesse dispositivo legal só é admitida quando *“de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida”* (Código Civil, art. 320, parágrafo único). Dito de outro modo: somente serve de prova do pagamento a quitação que identifica a dívida e o seu adimplemento; se a quitação não identifica tais elementos, seu valor probatório como quitação se degrada, compelindo o intérprete a perquirir a prova do pagamento em outras circunstâncias que não o instrumento de quitação em si.

36. A quitação ampla e geral, sem menção a qualquer característica que torne possível precisar a dívida paga, não tem validade. Conforme já registrado em obra acadêmica sobre o tema:

“O que não pode valer é, todavia, quitação sem nenhum grau de identificação da dívida cujo pagamento se destina a provar. A quitação ampla e geral, sem menção a qualquer característica que torne possível precisar a dívida paga. Conforme deixou registrado o Superior Tribunal de Justiça: ‘termo de quitação onde não se especifica a dívida a que ele se refere é tão inútil como um atestado de óbito a que falta o nome do defunto’”²⁹

37. Não era outro o posicionamento de Orlando Gomes:

“Não raro o devedor costuma exigir do credor que o exonere de toda e qualquer obrigação, exigência feita, ordinariamente, quando a extinção da relação jurídica pode deixar sobreviver alguma obrigação ou quando o devedor é contratado para prestar diversos serviços mediante remuneração global. Assim, num contrato de trabalho dissolvido por mútuo acordo, a possibilidade de se exigir posteriormente o pagamento de certas indenizações conduz o empregador a exigir quitação geral, que não prevalece, entretanto, senão quando discriminados os créditos. Procede, igualmente, se o devedor, obrigado a pagar diferentes serviços não especificados para o fim de remuneração, quer se exonerar da

²⁹ Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, *Código Civil Comentado: Direito das Obrigações*, vol. IV, São Paulo: Atlas, 2008, p. 224.

*obrigação mediante o pagamento de retribuição que a todos abranja (...)*³⁰

38. Significa dizer que a quitação em termos gerais, sem especificação da dívida a cujo pagamento se refere, não produz seu efeito probatório do adimplemento e, conseqüentemente, seu efeito liberatório do devedor. A quitação em termos gerais resta desprovida da eficácia própria daquilo que se denomina tecnicamente de quitação: prova do pagamento. Isso não impede que o credor se empenhe por demonstrar o pagamento por outros meios, mas resulta na ineficácia da assim chamada quitação ampla e geral como meio probatório.

39. É o que ocorre com instrumentos de quitação como aquele firmado no caso concreto em que as partes se outorgam reciprocamente uma quitação genérica sobre *“todos e quaisquer valores devidos por uma parte à outra, bem como de qualquer direito, obrigação e/ou responsabilidade exigível ou não”* em virtude do Contrato e de outros instrumentos correlatos, incluindo até mesmo *“os decorrentes de fatos ocorridos cujas conseqüências e/ou impactos somente sejam futuramente constatados, verificados ou quantificados”*.

40. Uma quitação assim tão aberta, a abarcar inclusive decorrências futuras ainda não constatadas, sem qualquer identificação de pagamento ou débito, não pode produzir, por força do comando expresso do art. 320 do Código Civil, o efeito típico da quitação: prova do pagamento e conseqüente liberação do devedor. É, em resumo, *ineficaz* como quitação.

41. É de se notar que, vez por outra, na prática negocial, são outorgadas quitações em termos gerais com finalidade diversa daquela que o direito brasileiro atribui tecnicamente ao instituto da quitação. Tais “quitações”, que afirmam genérica e amplamente que as partes nada devem entre si, sem quaisquer alusões a pagamentos recebidos ou dívidas específicas que tenham restado extintas, não têm como propósito a prova do pagamento, nem consubstanciam quitações em sentido técnico, mas se qualificam, a rigor, como instrumentos de renúncia.³¹ Sua finalidade não é provar o pagamento, é renunciar ao crédito.

³⁰ Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, 17ª ed., pp. 137-138.

³¹ *“Não basta, para que ocorra quitação, a declaração de que se recebeu tal quantia e que, a propósito dela, passa quitação. É necessário para tanto, que o credor especifique haver recebido determinada quantia, em pagamento de determinada dívida e que, por esta dívida, passa quitação. Documento a que falta a identificação explícita do crédito extinto com o pagamento, não é título de quitação.”* (STJ, REsp 6095/PR, trecho do voto do Rel. Min Humberto Gomes de Barros, 20.8.1992).

42. Ocorre, todavia, que, por ter natureza de renúncia, tal espécie de instrumento de “quitação” deve forçosamente ser interpretada de modo restritivo, como determina o art. 114 do Código Civil:

“Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”³²

43. É nesse sentido que o Superior Tribunal de Justiça tem aludido a uma “interpretação restritiva da quitação”, que não impede a cobrança posterior de valores que não tenham sido expressamente mencionados no referido instrumento:

“Agravo Regimental. Agravo de Instrumento. Civil e Processo Civil. (...) Acordo extrajudicial. Quitação geral e plena. Interpretação restritiva. Dano moral não pactuado. Possibilidade de ajuizamento de ação indenizatória. (...) 3. O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que os documentos nos quais conste quitação geral e plena devem ser interpretados de forma restritiva, tendo repercussão apenas aos danos a que se referem.(...)”³³

“Responsabilidade civil. Recibo. Quitação. Interpretação restritiva. Agravamento do dano. Erro no tratamento. 1. O recibo fornecido pelo lesado deve ser interpretado restritivamente, significando apenas a quitação dos valores que refere, sem obstar a propositura de ação para alcançar a integral reparação dos danos sofridos com o acidente. 2. O erro médico no tratamento das lesões sofridas em acidente de trânsito provocado culposamente pelo preposto da ré, está no desdobramento causal do acidente; pelo resultado mais grave responde o causador do dano, ressalvado à ré o direito de pleitear eventual ressarcimento junto a quem concorreu com a sua imperícia”³⁴

44. Assim, se a intenção das partes, no caso concreto, não foi instituir uma autêntica quitação – que seria ineficaz por sua generalidade (art. 320 do Código Civil) –, mas sim firmar um instrumento de renúncia, sua interpretação há de ser necessariamente restritiva (art. 114 do Código Civil). Vale dizer: o efeito preclusivo-material da renúncia somente pode abarcar aqueles direitos que foram especificamente mencionados no instrumento firmado. Uma renúncia a “todos os direitos” de um contratante corresponde, *mutatis mutandis*, àquelas cláusulas de exclusão de responsabilidade por “todo e qualquer

³² “Art. 843. A transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos.”

³³ STJ, AgRg 637.975/RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina, 3.12.2009.

³⁴ STJ, REsp 326.971/AL, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 11.6.2002.

risco” ou “todo e qualquer fato”, que vêm sendo continuamente rechaçadas pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, por diferentes fundamentos, inclusive em relações paritárias.³⁵

45. Registre-se que, seja qual for a via interpretativa trilhada, o sentido alcançado há de valer, no caso concreto, para ambas as partes. Por se tratar de um instrumento que outorga “quitação” recíproca entre os contratantes (eficácia bilateral), uma das partes não pode, por óbvio, pretender lhe atribuir sentido extintivo apenas no tocante às pretensões alheias. Uma vez que o instrumento aludido não faz qualquer distinção em relação às partes, ou bem seus efeitos não se aplicam a qualquer dos contratantes, ou a ambos se aplicam. *Tertium non datur*.

46. Nesse cenário, procurar restringir as consequências dos chamados instrumentos de quitação a apenas uma das partes representaria autêntico *tu quoque*:

*“Juridicamente, o tu quoque vem referido como o emprego, desleal, de critérios valorativos diversos para situações substancialmente idênticas. Trata-se de fórmula jurídica de repressão ao que, no vernáculo, se resume como dois pesos duas medidas.”*³⁶

47. O *tu quoque*, como modalidade de comportamento contraditório vedado pela boa-fé objetiva (art. 187 do Código Civil), afigura-se inadmissível à luz do direito brasileiro, resultando em impedimento da conduta contraditória ou, na hipótese de impossibilidade do seu impedimento, em direito à indenização por parte de quem sofre danos derivados da conduta incoerente.³⁷ A utilização de critérios valorativos diversos para

³⁵ “O fenômeno moderno do poder normativo da empresa (law making power) tem sido controlado através da lei, nos países mais avançados. A regulação dos fatos futuros, feita em cláusulas genéricas, a desfavor da parte aderente, não pode ser considerada para excluir a possibilidade de inovação da onerosidade excessiva caracterizado o abuso da posição contratual do estipulante.” (Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução)*, Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 157).

³⁶ Anderson Schreiber, *A Proibição do Comportamento Contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium*, Renovar: Rio de Janeiro, 2012, 3. ed., pp. 183. A denominação *tu quoque* tem origem na célebre frase “*tu quoque, Brutus, tu quoque, fili mili?*”, indagação que se atribui a Júlio César, em 44 a.C., ao reconhecer entre aqueles que haviam conspirado para seu assassinato, Marco Júnio Bruto, a quem considerava como filho. *Tu quoque* significa, literalmente, “até tu”, “também tu”, e é expressão universalmente consagrada como forma de designar espanto, surpresa, decepção com a atuação inconsciente de certa pessoa.

³⁷ “Pode-se dizer, portanto, que a sanção primordial à conduta contraditória é a inadmissão ou impedimento do exercício da situação subjetiva em violação à boa-fé e à legítima confiança. A paralisação da conduta contraditória, todavia, nem sempre é possível (...) Quando o impedimento não puder ocorrer ou for ineficiente, a conduta contraditória será praticada e o dano que era, até então, eventualmente potencial converter-se-á em dano efetivo. Passa, então, a vítima da incoerência ter direito à reparação do dano sofrido” (Anderson Schreiber, *A Proibição do Comportamento Contraditório*, cit., pp. 164-165).

situações substancialmente idênticas fere a legítima expectativa de confiança que preside o tráfego negocial.

48. Independentemente da valoração de sua legitimidade concreta à luz da boa-fé objetiva, o comportamento adotado por um contratante assume, adicionalmente, relevância hermenêutica: descortina, por vezes, o sentido que tal contratante atribui ao negócio jurídico celebrado. A doutrina estrangeira realça, há algum tempo, a importância do comportamento do contratante como elemento de interpretação, ora com base na cláusula geral de boa-fé objetiva (art. 113 do Código Civil), ora com amparo em comandos legais específicos:

“Que a procura da ‘comum intenção das partes’ não deva consistir nisso, resulta, de resto, da própria lei, que, claramente, subordina tal indagação ao uso de critérios de juízo objetivos e muito longe dos moldes da introspecção psicológica: em particular, o intérprete deve ‘valorar o seu comportamento global, mesmo posterior à conclusão do contrato’ (art. 1362.º c. 2 cód. civ.), e, conseqüentemente, analisar o desenvolvimento das negociações, o curso das relações análogas havidas anteriormente entre as mesmas partes, a modalidade na qual se procede à execução do contrato, etc.”³⁸

49. A doutrina brasileira vem acolhendo, progressivamente, o mesmo entendimento:

“A conduta posterior e concorde dos estipulantes, que tiver relação com o objeto principal, será ótimo elemento para explicar o intuito dos interessados ao celebrarem o ato jurídico.”³⁹

50. Assim, se uma das partes se comporta de modo a fazer crer que um instrumento de quitação ou renúncia, de caráter recíproco, tem efeito extintivo em relação às pretensões da outra parte, revela necessariamente que este é o sentido que atribui ao referido instrumento também no tocante às suas próprias pretensões de igual natureza, autovinculando-se a tal interpretação objetiva do negócio jurídico celebrado.

5 – Resposta aos quesitos

³⁸ Enzo Roppo, *O Contrato*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 171.

³⁹ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, 19ª ed., p. 285.

51. As conclusões alcançadas neste parecer são sintetizadas abaixo, na forma de resposta aos quesitos apresentados pelo consulente:

1. As compensações efetivadas por Alpha S.A. preenchem os requisitos da compensação legal previstos no artigo 369 do Código Civil?

Resposta: Sim. A compensação legal opera-se *ipso iure*, independentemente de ato do credor ou devedor. Uma vez que existam débitos e créditos recíprocos entre as mesmas partes, fungíveis, líquidos e vencidos, opera-se automaticamente a compensação legal (*compensatio est debiti et crediti inter se contributio*). É líquida a dívida cuja existência e quantificação independa de fatos posteriores. Isso não significa que a dívida precise ser aceita e reconhecida pelo devedor ao tempo da cobrança. A mera oposição do devedor ao pagamento não torna ilíquida a dívida. Não fosse assim, bastaria ao devedor contestar, com base em um argumento qualquer, a pretensão de cobrança para evitar a compensação, ferindo a dupla função do instituto que se ancora no interesse público: a economia de atos de cobrança e o respeito à equidade.

2. O Contrato de Empreitada autorizava a compensação convencional? A compensação convencional pode abranger créditos ilíquidos?

Resposta: Sim. A própria existência da cláusula 19^a do Contrato de Empreitada já sugere que as partes não pretendiam se limitar à compensação legal, atitude que dispensaria qualquer previsão contratual ou que, mesmo quando inserida no instrumento contratual ao arremedo da melhor técnica, resulta habitualmente em cláusula que se restringe a reproduzir as previsões legais em sua literalidade. A cláusula 19^a do Contrato de Empreitada apresenta, ao contrário, particularidades significativas se comparada à disciplina da compensação legal: (i) menciona quantias “de qualquer origem que seja”, revelando a intenção das partes de que a compensação convencional não fosse afetada em nenhuma hipótese por eventual diferença de causa (diversamente do que ocorre, ainda que a título de exceção, no art. 373 do Código Civil); (ii) alude a “quantias devidas” e “quaisquer quantias pagáveis” sem incluir menção aos requisitos do Código Civil relativos à fungibilidade e à liquidez das dívidas; (iii) refere-se, ainda, a quantias “relacionadas ao Contrato”, o que sugere universo potencialmente mais abrangente que aquele composto pelas dívidas instituídas por meio do Contrato, a abarcar créditos derivados de possíveis pactos acessórios e ajustes coligados. Diante disso, conclui-se que a intenção das partes não consistiu em reproduzir simplesmente a possibilidade de compensação legal, mas sim em disciplinar genuína hipótese de compensação convencional, afastando-se dos

estritos limites legais. O uso da expressão “nos termos do Código Civil Brasileiro” não altera tal conclusão. Ao se examinar a cláusula 19^a do Contrato de Empreitada, verifica-se que a referida expressão foi introduzida não ao fim da frase (como seria recomendável se a intenção das partes fosse aplicá-la a todos os seus termos), mas logo após o verbo compensar e antes da descrição do objeto da compensação, sendo certo que esta última se faz em termos bastante abrangentes: “quaisquer dívidas pagáveis”. Desse modo, a expressão “nos termos do Código Civil Brasileiro” parece ter tido a finalidade de esclarecer que o termo “compensar” assumia ali sentido técnico (compensar no sentido empregado pelo Código Civil, ou seja, no sentido de extinguir obrigações recíprocas), sem querer significar, ao contrário, que todo o dispositivo contratual se restringia a ratificar a possibilidade de compensação legal, ratificação que seria, como visto, desnecessária.

3. Eventual convenção autorizando a compensação de créditos entre as partes constitui restrição à compensação judicial?

Resposta: Não. A compensação judicial, também chamada compensação forçada, é aquela em que uma das partes requer a compensação em juízo estatal ou arbitral. Ao contrário da compensação legal, a compensação judicial tem eficácia *ex nunc* e não consiste em matéria de defesa, consubstanciando pretensão autônoma a ser exercida por meio de demanda própria ou de reconvenção. Por isso mesmo, a compensação judicial pode abranger dívidas ilíquidas, conforme enfatizam a doutrina e a jurisprudência brasileiras. No caso concreto, os contratantes poderiam afastar o cabimento da compensação judicial por mútuo acordo, nos termos do art. 375 do Código Civil. Não é o que se vê dos instrumentos contratuais apresentados, os quais, longe de excluir a possibilidade de compensação, autorizam, como já visto, a compensação convencional em termos mais abrangentes que aqueles previstos para a compensação legal, a revelar que as partes não pretenderam restringir, mas ampliar o direito à compensação que a lei já lhes garantia.

4. O Instrumento de Quitação, celebrado em termos gerais, atende à regra do art. 320 do Código Civil? A celebração do referido Instrumento de Quitação impossibilita toda e qualquer discussão por parte de Alpha S.A. em relação a fatos anteriores à sua celebração?

Resposta: Não. Quitação é, tecnicamente, meio de prova do pagamento, cujo efeito consiste na liberação do devedor. Justamente por sua função probatória, a quitação deve conter, de acordo com o direito brasileiro, os elementos necessários à precisa identificação do pagamento efetuado. É o que determina o art. 320 do Código Civil, ao exigir que o instrumento designe “o valor e a

espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou por quem este pagou, o tempo e o lugar do pagamento”. A validade da quitação conferida sem os elementos indicados nesse dispositivo legal só é admitida quando “de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida” (Código Civil, art. 320, p.u.). Dito de outro modo: somente serve de prova do pagamento a quitação que permite identificar a dívida e o seu adimplemento; se a quitação não permite tal identificação, seu valor probatório como quitação se degrada, compelindo o intérprete a perquirir a prova do pagamento em outras circunstâncias que não o instrumento de quitação em si. A quitação ampla e geral, sem menção a qualquer característica que torne possível precisar a dívida paga, não tem qualquer efeito. É o que ocorre com instrumentos de quitação como aquele firmado no caso concreto em que as partes se outorgam reciprocamente uma quitação genérica sobre “*todos e quaisquer valores devidos por uma parte à outra, bem como de qualquer direito, obrigação e/ou responsabilidade exigível ou não*” em virtude do Contrato e de outros instrumentos correlatos, incluindo até mesmo “*os decorrentes de fatos ocorridos cujas consequências e/ou impactos somente sejam futuramente constatados, verificados ou quantificados*”. Uma quitação assim tão aberta, a abarcar inclusive decorrências futuras ainda não constatadas, sem qualquer identificação de pagamento ou do débito, não pode produzir, por força do comando expresso do art. 320 do Código Civil, o efeito típico da quitação: prova do pagamento e conseqüente liberação do devedor. É ineficaz como quitação. Cumpre registrar, todavia, que, na prática negocial, vez por outra, são outorgadas quitações em termos gerais com finalidade diversa daquela que o direito brasileiro atribui tecnicamente ao instituto da quitação. Tais “quitações”, que afirmam genérica e amplamente que as partes nada devem entre si, sem quaisquer alusões a pagamentos recebidos ou dívidas específicas que tenham restado extintas, não têm como propósito a prova do pagamento, nem consubstanciam quitações em sentido técnico, mas se qualificam, a rigor, como instrumentos de renúncia. Sua finalidade não é provar o pagamento, é exprimir renúncia ao crédito. Tal espécie de instrumento de “quitação” deve, por sua natureza de renúncia, ser forçosamente interpretado de modo restritivo. É nesse sentido que o Superior Tribunal de Justiça se refere a uma interpretação restritiva da quitação (e.g., STJ, AgRg 637.975/RJ, 3.12.2009; e REsp 326.971/AL, 11.6.2002). Assim, se a intenção das partes, no caso concreto, não foi instituir uma autêntica quitação – que seria ineficaz por sua generalidade (art. 320 do Código Civil) –, mas sim firmar um instrumento de renúncia, sua interpretação há de ser necessariamente restritiva (art. 114 do Código Civil). Vale dizer: o efeito preclusivo-material da renúncia somente pode abarcar aqueles direitos que foram especificamente mencionados no instrumento firmado. Uma renúncia a “*todos os direitos*” de um contratante corresponde, *mutatis mutandis*, àquelas cláusulas de exclusão de responsabilidade por “*todo e qualquer risco*” ou “*todo*

e qualquer fato”, que vêm sendo continuamente rechaçadas pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, por diferentes fundamentos, inclusive em relações paritárias.

5. Admitindo-se que a quitação fosse capaz de impossibilitar toda e qualquer discussão por parte de Alpha S.A. relativa a fatos anteriores à sua celebração, tal impossibilidade também não deveria afetar os alegados créditos de Beta S.A., tendo em vista que as quititações são bilaterais?

Resposta: Sim. Se tais instrumentos de “quitação” forem interpretados como renúncia, o sentido alcançado há de valer para ambas as partes. Por se tratar de instrumentos que outorgam “quitação” recíproca entre os contratantes (eficácia bilateral), uma das partes não pode pretender lhe atribuir sentido extintivo apenas no tocante às pretensões alheias. Uma vez que o instrumento aludido não faz qualquer distinção em relação às partes, *tertium non datur*: ou bem seus efeitos não se aplicam a qualquer dos contratantes, ou a ambos se aplicam. Nesse cenário, procurar restringir as consequências dos chamados instrumentos de quitação a apenas uma das partes representaria autêntico *tu quoque*, modalidade de comportamento contraditório vedado pela cláusula geral de boa-fé objetiva (Código Civil, art. 187).

6. A inobservância, por parte de Alpha S.A., dos prazos de auditoria previstos no Contrato de Empreitada afeta a pretensão de ressarcimento dos valores cobrados e pagos indevidamente?

Resposta: Não. As cláusulas 2^a e 3^a do Termo Aditivo do Contrato de Empreitada concedem à Alpha S.A. o “poder” (*potestas*) de se imiscuir na esfera jurídica de Beta S.A. para controlar os valores que lhes são cobrados antes do efetivo vencimento, em uma espécie de controle prévio de preços a serem pagos. Trata-se, tecnicamente, de *direito potestativo* de Alpha, que, por sua unilateralidade e impacto sobre a esfera jurídica alheia, restou subordinado pelas partes ao prazo contratual de 90 (noventa) dias. Tal prazo é inegavelmente um prazo *decadencial*, cuja fixação pelas partes é expressamente autorizada pelo art. 211 do Código Civil. Uma vez superado tal prazo decadencial convencional, Alpha não poderia mais se valer do seu *direito potestativo* de deflagrar mecanismo extrajudicial de controle prévio de valores cobrados. Isso não significa, todavia, que não possa, diante de eventual lesão aos seus *direitos subjetivos*, exercer pretensões em face de Beta S.A., seja a título de reparação de danos sofridos, seja a título de repetição de indébito (pagamento indevido), seja, ainda, a qualquer outro título que se exprima por meio de direitos subjetivos, os quais não se sujeitam a prazos decadenciais (legais ou convencionais), mas sim aos prazos prescricionais estabelecidos em lei, os quais, por sua vez, não podem ser modificados pelas partes, como determina o art. 192 do Código Civil. Tem-se, portanto, que o exercício das

eventuais pretensões reparatória e restitutória de Alpha – e a consequente compensação de créditos recíprocos que derivem do exercício dessas pretensões – não são afetados pelo mecanismo contratual de controle prévio de valores cobrados (auditoria) previsto nas cláusulas 2^a e 3^a do Termo Aditivo do Contrato de Empreitada, sendo certo que a deflagração de tal mecanismo representa, por assim dizer, *plus* contratualmente concedido em relação àqueles direitos subjetivos que a legislação já assegura aos contratantes. O exercício ou não daquele direito potestativo pelo seu titular em prazos convencionados pode resultar na sua decadência, mas não afeta os direitos subjetivos cujo exercício se sujeita a prazos de outra natureza, com termo inicial diverso (no caso, o prazo prescricional trienal estabelecido pelo Código Civil, em seu art. 206, §3^o, incisos V e IV). Outra não poderia ser a conclusão sob pena de violação ao comando explícito do art. 192 do Código Civil e subversão da distinção entre direitos subjetivos e direitos potestativos, distinção que guia a diferenciação entre prescrição e decadência no direito brasileiro, especialmente a partir do Código Civil de 2002, que acolheu de modo explícito a teoria da pretensão de direito material.

52. Eis as conclusões que exprimem, em minha opinião, o melhor entendimento sobre a matéria à luz do direito brasileiro.

PROFESSOR ANDERSON SCHREIBER

Professor de Direito Civil da UERJ. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) da UERJ. Doutor em Direito Privado Comparado pela Università degli studi del Molise (Itália). Mestre em Direito Civil pela UERJ. Membro Permanente do Fórum de Direito do Consumidor da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.