

PAGAMENTO COM SUB-ROGAÇÃO

*Benedito Ferreira Marques**

RESUMO

Após a guisa de introdução, discorrer sobre o pagamento, o Professor efetua um estudo da Sub-Rogação em todos os seus aspectos, inclusive em fase do projeto do Novo Código Civil Brasileiro.

1. Introdução. 2. Conceituação. 3. Histórico. 4. Natureza Jurídica. 5. Modalidades. 6. Efeitos. 7. O projeto do novo código civil. 8. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

As obrigações nascem, sobrevivem e morrem.

O cumprimento da prestação é o modo normal de extinção da relação obrigacional, daí porque se diz que as obrigações nascem para ser cumpridas.

Mas há hipóteses em que as obrigações se extinguem sem serem cumpridas. É o que se verifica, por exemplo, com a prescrição da dívida, com a remissão e com a impossibilidade superveniente de caráter fortuito.

Se, todavia, o devedor satisfaz a prestação que assumira, a relação se extingue. É o que se convencionou chamar **adimplemento**.

* Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFG.

O mais comum adimplemento é chamado de **pagamento**, que nada mais é do que a execução da obrigação. Há entretanto, outros modos de adimplemento que não correspondem exatamente ao pagamento, como tal concebido, mas que, por técnica jurídica, produzem o mesmo resultado.

Esses modos se distinguem do pagamento propriamente dito, porque encerram certas peculiaridades. Há situações, por exemplo, em que a manifestação volitiva do credor se faz indispensável para que a extinção da obrigação se opere. É o caso da **dação em pagamento**. Há outras, em que a vontade do credor se apresenta irrelevante. O modo extintivo da obrigação se opera por força de lei. É o que sucede com o chamado **pagamento com sub-rogação legal**, que se dá, exemplificativamente, quando uma terceira pessoa resgata o débito do devedor, ao credor por garantia real, por ter adquirido daquele o bem garante.

É sobre esse palpitante tema que versará este trabalho.

2. CONCEITUAÇÃO

Normalmente o pagamento de uma obrigação é feito pelo devedor. Nada impede, todavia, que esse pagamento seja efetuado por terceiro, tenha ou não interesse na solução do débito.

Dependendo das circunstâncias, o pagamento efetivado por outrem que não seja o devedor, tanto pode extinguir a obrigação, desfazendo-se definitivamente o vínculo entre o devedor e o credor, como pode extinguir-se apenas com relação ao credor, mantendo-se o vínculo do devedor.

Configura-se a primeira hipótese quando o pagamento é realizado por terceiro, mas em nome e por conta do devedor. Extingue-se a obrigação, desfaz-se o vínculo. Àquele que paga só resta o direito de pedir o reembolso do que pagou, ao devedor. Esse direito decorre do princípio que repudia o enriquecimento sem causa e, na hipótese, o devedor seria beneficiado, em detrimento do "solvens", se não pudesse este reclamar a quantia desembolsada.

A segunda hipótese configura-se pela não desvinculação do devedor, embora o credor seja afastado da relação, ao se dar por satisfeito em seu crédito, mediante o pagamento feito por terceiro. Na hipótese, dá-se uma substituição do credor, ficando o "solvens" no lugar do primitivo credor, não desaparecendo o vínculo obrigacional do devedor.

O pagamento feito nessas circunstâncias chama-se pagamento com sub-rogação, porque não libera o devedor, que continua preso ao vínculo, mas se opera uma substituição do sujeito ativo.

Bem por isso, SÍLVIO RODRIGUES⁷ aplaude o conceito oferecido por PLANIOL, para quem "o pagamento com sub-rogação é um pagamento que não libera o devedor, porque não é feito por ele, e a sub-rogação que o acompanha é uma instituição jurídica em virtude da qual o crédito pago pelo terceiro subsiste em seu proveito e lhe é transmitido com todos os seus acessórios, se bem que seja considerado extinto em relação ao credor".¹

Esse conceito, se é bem aceito por SÍLVIO RODRIGUES, ao ponto de adotá-lo, não o é por ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, de quem é a crítica seguinte:

"Melhor seria que a conceituação de (PLANIOL) não repetisse o definido, mencionando que "pagamento é um pagamento". Por outro lado, em nosso modesto ver, não pode a sub-rogação considerar-se instituição, mas instituto jurídico. Também quanto ao terceiro, a menção correta deve ser terceiro interessado, pois, certo é que o terceiro não interessado, que paga, não tem direito a sub-rogação, mas, tão somente, a reembolso, se pagou em nome próprio, pois, se executou o pagamento em nome do devedor, fez a ele doação, sem possibilidade de qualquer reivindicação (reembolso).¹

CLÓVIS BEVILÁQUA prefere caracterizar a sub-rogação pela transferência dos direitos do credor ao terceiro que solve o débito. É o que se dessume do seguinte conceito, *verbis*:

"Sub-rogação é a transferência dos direitos do credor para o terceiro que solveu a obrigação ou emprestou o necessário para solvê-la"².

Indiferente à crítica de ÁLVARO VILLAÇA ao conceito de PLANIOL, o festejado mestre ORLANDO GOMES assim concebe o instituto da sub-rogação:

"Dá-se sub-rogação pessoal quando a dívida de alguém é paga por outrem. Pagando-a, o terceiro adquire o crédito. Extingue-se a obrigação, mas o devedor não se libera porque passa a dever a quem a extinguiu, como se o credor houvesse cedido o crédito"³.

Em face dessas concepções manifestadas pelos doutos, não é difícil concluir que a sub-rogação caracteriza-se pela substituição, seja de uma

pessoa por outra, seja de uma coisa por outra. Por isso é que existem duas espécies de sub-rogação: a pessoal e a real. A primeira, porque a substituição é de pessoa; e a segunda, porque o é de coisas.

É imperioso ressaltar, por oportuno, que a sub-rogação aqui tratada é a sub-rogação pessoal, posto que está sendo analisada em função do pagamento de obrigações.

Do ponto de vista etimológico, o instituto da sub-rogação também não se afasta dessa idéia de substituição. É o que se extrai da observação de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA na seguinte passagem:

"Na palavra mesma que exprime o conceito (do latim **sub rogare**, **sub rogatio**) está contida a idéia de **substituição**, ou seja, o fato de uma pessoa tomar o lugar de outra, assumindo a sua posição e a sua situação"⁶.

Também a Profa. MARIA HELENA DINIZ adota a mesma concepção. Mas, diferentemente de CAIO MÁRIO, traduz o vocabulário latino "subrogatio" como sendo a substituição de uma coisa por outra com os mesmos ônus ou atributos (sub-rogação real) ou de uma pessoa por outra, que tem os mesmos direitos e ações daquela (sub-rogação pessoal). Ao que se viu, CAIO MÁRIO limitou a substituição de pessoas.

De qualquer forma, o que preside a sub-rogação é idéia de substituição. E, particularmente, no campo do direito obrigacional, a substituição se opera somente entre pessoas.

Pode-se concluir, portanto, que a sub-rogação pessoal é a substituição do credor por outra pessoa interessada que paga a dívida, mantendo-se o vínculo obrigacional com relação ao devedor.

3. HISTÓRICO

Segundo os estudiosos da matéria, o direito romano não se preocupou em desenvolver o instituto da sub-rogação, o que é explicado pela natureza sabidamente pessoal do vínculo obrigacional.

Os romanos, todavia, se preocuparam com o empobrecimento sem causa do terceiro que solvia débitos do devedor e, por isso, criaram um instituto chamado "beneficium cedendarum actionum", cujas características guardam semelhança com as da sub-rogação hoje concebida.

Aquele instituto do direito romano consistia em que o devedor podia opor uma exceção à ação do credor, subordinando o pagamento a uma cessão prévia da "actio" do credor, operando-se, desse modo, a transferência do crédito para um terceiro, que havia embolsado o credor, com o propósito de o proteger contra um enriquecimento à sua custa, pelo fato de solver uma dívida que não era sua.

Ao devedor, também era permitido pelos romanos que fizesse empréstimo para liberar o seu débito, mantendo-se as hipotecas que asseguraram o antigo crédito, vinculando-as ao novo, decorrente do empréstimo. Tal hipótese é o que hoje configura a sub-rogação convencional, que será tratada em frente.

Acrescentam os autores que a sub-rogação foi veementemente defendida no direito canônico. Mas só ganhou a feição moderna que tem nos dias atuais com o advento do Código Civil Francês.

4. NATUREZA JURÍDICA

Por suas peculiaridades, a sub-rogação tem suscitado justificados debates entre os doutrinadores sobre a sua natureza jurídica.

Para muitos, ela não passa de uma "cessão de crédito". Para outros, um "ato misto", por conter um pouco de pagamento e um pouco de cessão de crédito. Para alguns, é uma "sucessão singular por força de lei" ("opes legis"). Mas há também quem a conceba como uma "novação", enquanto outros a identificam como um "mandato". A maioria, porém, a concebe como um "instituto autônomo".

As críticas que se fazem às diferentes teorias têm a sua procedência. Com efeito, a "**cessão de crédito**" se diferencia da sub-rogação em muitos pontos, a saber: a) ela consiste numa sucessão particular nos direitos creditórios exclusivamente pela manifestação da vontade das partes, enquanto a sub-rogação pode se operar **ex-legis**; b) na cessão de créditos não há pagamento, enquanto na sub-rogação o há; c) a cessão de crédito tem por escopo o lucro, enquanto a sub-rogação não se celebra com fins especulativos; d) na cessão de créditos se faz necessária a notificação ao devedor, já não acontece o mesmo na sub-rogação.

Considerar a sub-rogação um **ato misto**, por outro lado, à consideração de que nele acontece o pagamento, também não vingará, porque o pagamento extingue a obrigação.

Do mesmo modo, não há falar em “sucessão singular” por força de lei, porquanto a idéia de sucessão é incompatível com a extinção da relação obrigacional precedente.

De **novação** também não se cuida, porque lhe faltam os requisitos de nova dívida e a intenção de novar.

Igualmente não é **mandato**, pois há sub-rogação em que a vontade do devedor não é considerada.

O melhor mesmo a considerar-se a sub-rogação um **instituto autônomo**, na medida em que tem as suas próprias peculiaridades, tais sejam: o pagamento feito por terceiro extingue o crédito somente com relação ao credor satisfeito, mas não em relação ao devedor, que permanece preso ao vínculo da obrigação, operando-se apenas uma substituição do sujeito ativo.

5. MODALIDADES

É pacífico o entendimento de que são duas as modalidades de sub-rogação: a **LEGAL** e a **CONVENCIONAL**.

A primeira se opera por força de lei, nos casos que especifica, enquanto a segunda decorre da vontade das partes.

Os casos de sub-rogação legal estão claramente definidos no art. 985 do Código Civil Brasileiro, que assim se expressa, **ipsis verbis**:

“A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor:

- I – do credor que paga a dívida do devedor comum ao credor, a quem competia direito de preferência.
- II – do adquirente do imóvel hipotecado, que paga ao credor hipotecário.
- III – do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte”.

Pelo visto, o primeiro caso refere-se à hipótese em que o devedor tenha mais um credor, sendo um deles preferencial. O credor quirografário, por temer que o outro credor promova a execução de seu crédito, realizando as garantias constituídas em seu favor, oferece-se a pagar o débito do devedor comum e, por efeito, sub-roga-se nos mesmos direitos, inclusive de garantias, do credor satisfeito. Note-se que não é qualquer pessoa que pode efetuar o pagamento em tais condições. É necessário que seja também credor do devedor.

O segundo caso é o do adquirente de imóvel hipotecado que paga ao credor hipotecário. Essa modalidade de sub-rogação é muito criticada, na medida em que, em princípio, não interessa ao adquirente do bem onerado que lhe sejam transferidos os direitos de garantia, pois tal bem já lhe pertence. Explica-se, porém, a pertinência da regra, para as circunstâncias em que o preço pago pelo adquirente não seja suficiente para o resgate da dívida garantida. Não sendo integralmente satisfeito o crédito, pode o credor hipotecário executar a garantia, hipótese em que o bem é levado à hasta pública, com riscos de que outra pessoa o adquira em praça.

O terceiro caso de sub-rogação legal concerne à situação de alguém que solve a dívida, pela qual era ou podia ser obrigado a fazê-lo, no todo ou em parte. É a hipótese dos devedores solidários, como o avalista, o fiador, o devedor de obrigação indivisível. Enquadra-se também o caso do interveniente voluntário que paga a Letra de Câmbio (art. 40, Dec. 2044, de 1908) bem como o do segurador que paga o dano ocorrido sobre a coisa segurada (Cód. Com. art. 728).

Em todas essas situações, aquele que paga a dívida se sub-roga, por força de lei, em todos os direitos do credor satisfeito.

Idêntica posição imagina-se para o terceiro que presta garantias reais por dívida alheia. Não pagando o devedor o débito, o interveniente-garante corre o risco de ver alienados os seus bens. Para evitar essa perda, satisfaz o débito, até o limite do valor dos seus bens e os libera dos ônus. Nesse caso, parece inquestionável que tenha direito à sub-rogação sobre a parcela que pagou ao credor, podendo exigi-la do devedor.

A sub-rogação chamada **convencional**, conquanto decorra da manifestação da vontade das pessoas que se envolvem, tem os seus casos previstos também no texto legal. É o que está expresso no art. 986 do mesmo Código Civil, a saber:

“A sub-rogação é convencional:

- I – quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos.
- II – quando terceira pessoa empresta ao devedor a quantia precisa para solver a dívida, sob a condição expressa de ficar o mutuante sub-rogado nos direitos do credor satisfeito.”

Não há maiores dificuldades para a análise dos casos dessa modalidade de sub-rogação. O primeiro, conforme o texto transcrito acima, resulta de avença entre o credor e um terceiro que solve o débito e a quem aquele

transfere, de forma expressa, vale dizer, indubitosa, todos os seus direitos. É, segundo adverte CLÓVIS BEVILÁQUA, citado por WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO⁴ "uma forma de cessão". O segundo caso, é aquele em que uma terceira pessoa empresta ao devedor o numerário suficiente para o pagamento da dívida, sob a condição, também expressa, de ficar o mutuante sub-rogado nos direitos do credor satisfeito.

O que ressaí dessas regras, é que, no primeiro caso, o acordo é feito entre o credor e o terceiro, nada dependendo da vontade do devedor. Já no segundo, o acerto é feito entre o devedor e o terceiro, em nada interferindo a vontade do credor.

Em face do disposto no art. 990 da lei civil nacional, que cuida da preferência do credor originário em relação ao credor sub-rogado, quando não pagou esta a dívida toda, talvez se pudesse incluir na classificação da sub-rogação a chamada **sub-rogação parcial** como mais uma modalidade.

6. EFEITOS

Os efeitos da sub-rogação estão previstos no art. 988 do Código Civil, assim expresso:

"A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores".

Esses efeitos se operam tanto na sub-rogação legal, como na convencional. Há quem defenda, todavia, a tese de que, nesta última, as partes podem restringi-los ou reduzi-los, em função do princípio da autonomia da vontade no qual se inspira a espécie de sub-rogação sob comento.

A rigor, os efeitos previstos na lei têm caráter **liberatório e translativo**. Liberatório, porque exonera o devedor perante o credor primitivo; e translativo, porque transmite ao terceiro que solve a dívida, os direitos de crédito do credor originário.

Cumpra distinguir, ainda a propósito dos efeitos gerados pela sub-rogação, que, na sub-rogação legal o sub-rogado não poderá exercer os direitos e as ações do credor, senão até à soma que houver desembolsado para liberar o devedor (art. 989, do Cód. Civil). A contrário *sensu*, na outra modalidade de sub-rogação, ou seja, na convencional, nada impede que as partes estipulem limites superiores, prevalecendo a autonomia privada. É o

que opina WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO no seguinte trecho, **verbis**:

"Nessas condições, em se tratando de sub-rogação convencional do devedor, cumpre que este, ao convencionar a sub-rogação com a pessoa que lhe empresta o dinheiro, atenda a que, se não houver limitação ao direito do sub-rogado, ficará este com direitos totais, embora não tenha desembolsado integralmente as quantias necessárias à satisfação do credor primitivo"⁵.

7. O PROJETO DO NOVO CÓDIGO CIVIL

O Projeto-de-lei nº 634-B, do novo Código Civil Brasileiro, já aprovado na Câmara dos Deputados e aguardando apreciação por parte do Senado Federal, introduz interessantes inovações que merecem uma rápida abordagem.

A primeira delas se situa na enumeração dos casos de sub-rogação legal. Com efeito, o inc. I, do art. 346, elimina a exigência contida no inc. I, do art. 985 do atual diploma, segundo a qual um dos credores tenha preferência de direitos. Pelo projeto, para ser sub-rogado o credor solvente não importa que o credor satisfeito tenha direito de preferência, o que significa que ambos podem ser quirografários.

O inc. II do citado art. 346 do projeto, ao se reportar à hipótese do adquirente do imóvel hipotecado, que atualmente é prevista no inc. II, do art. 985 do Código Civil, amplia o direito para o terceiro que efetiva o pagamento para não se ver privado de eventual direito sobre tal imóvel. É o que foi sugerido, linhas atrás, com relação ao interveniente-garante. Talvez seja também a hipótese do promissário-comprador de imóvel loteado, com instrumento contratual ainda não registrado.

8. CONCLUSÕES

8.1 – A sub-rogação pessoal é a substituição do credor por outra pessoa interessada que paga a dívida, mantendo-se o vínculo obrigacional com relação ao devedor.

8.2 – A natureza jurídica da sub-rogação pessoal é de um instituto autônomo, que senão confunde com a cessão de crédito, com a novação, com o mandato e outras teorias.

- 8.3 – As modalidades de sub-rogação pessoal são: a **LEGAL** e a **CONVENCIONAL**. Pode-se considerar também a sub-rogação **PARCIAL**, como categoria à parte, em função dos efeitos que gera.
- 8.4 – O terceiro que presta garantias reais por dívidas alheias pode reclamar sub-rogação legal, se efetua o pagamento do débito, até o valor dos bens da garantia.
- 8.5 – Os efeitos da sub-rogação pessoal são liberatório e translativo. Liberatório, porque exonera o devedor perante o credor primitivo; e translativo, porque transmite ao terceiro que solve a dívida, os direitos de crédito do credor originário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 01 – AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito civil: teoria geral das obrigações**. São Paulo, J. Bushatsky, 1973. p. 217.
- 02 – BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da obrigações**. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1977. p. 123.
- 03 – GOMES, Orlando. **Obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. p. 143.
- 04 – MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. São Paulo, Saraiva, 1978. p. 283-5.
- 05 – PEREIRA, Caio Mário da E. Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral de obrigações**. Rio de Janeiro, Forense, 1978. v. 2, p.180.
- 06 – RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: parte geral das obrigações**. São Paulo, Saraiva, 1978. p. 205.