

Da novação. O credor solidario pode fazer novação sem o consentimento dos demais credores ⁽¹⁾

A theoria da novação, aliás uma das mais interessantes e que maior numero de hypotheses differentes pode suscitar, não é uma invenção do direito moderno; remonta á mais alta antiguidade. E' bem provavel, sinão um facto liquido que mesmo as civilisações anteriores a do povo-rei, o povo romano, soberano pelo poder immenso que exerceu nesses tempos gloriosos, já tão longe de nossos dias, porém, *mais* soberano ainda, si se pode admittir grãos em materia de soberania, pelo seu direito, pela força cyclopica de seus monumentos juridicos, como que condensados na legislação que o Imperador Justiniano auxiliado ou, por outra, levado por Triboriano, logrou reunir no *Corpus juris civilis*.

(1) Prova escripta produzida de improviso e sem auxilio de livros, no concurso de Direito Civil, em abril de 1908. Este trabalho não foi revisto pelo autor.

No Digesto —Liv. XLVI, Tit. II, que se intitula *De novationibus, et delegationibus*, fragmento 1.º, o velho Ulpianus, assim define a novação: —*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio: hoc est cum ex præcedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur.*

E accrescenta o celebre jurisconsulto romano, justamente um dos mais considerados e que maior numero de fragmentos forneceram a legislação referida: *Novatio enim a novo novem accepit et nova obligatione.*

Em duas phrases apenas e tão simples acha-se condensada toda a theoria, tudo nellas se resume ou, por assim dizer, tudo são dellas corollarios.

Em direito brasileiro, quer civil quer commercial, tem a novação logar em tres casos differentes.

1.º quando o devedor contrahe com o credor uma nova divida, para extinguir a anterior, substituindo-a;

2.º quando um novo devedor é substituido ao antigo, ficando este quites com o credor;

3.º quando em virtude de uma nova obrigação, um novo credor é substituido ao antigo, ficando o devedor quites para com este.

E' tambem esta a theoria em quasi todos os codigos das nações modernas. São estes os casos em que se dá novação de accordo com o estatuido no Codigo Civil francez, hespanhol, portuguez, chileno, mexicano, no Commercial brasileiro, nos projectos Coelho Rodrigues e Clovis Bevilacqua para o Brazil, como já o

cram no projecto T. de Freitas que ficou, infelizmente, como um simples esboço.

Entre nós a materia tem assento no Codigo Commercial de 1850, art. 438, e na parte civil, subsidiariamente, nos ensinamentos e disposições do direito romano, esclarecido pelo uso das nações modernas, ou como preferiram dizer as leis da Bôa Rasão e estatutaria da Universidade de Coimbra, promulgadas pelo Marquez do Pombal: o direito romano no que estiver de accordo com a *Bôa Rasão*.

Assim podemos dizer: a novação é uma convenção em virtude da qual se estingue uma obrigação pela substituição de uma nova, que apparece em logar de outra, cuja existencia desaparece.

Deste modo comprehende-se como bem se encaixam na definição os casos apontados. Em qualquer delles a divida ou a obrigação anterior se extingue, cessa de existir, ficando della desonerado, plenamente quitado o devedor, como se exprimem o illustre Derenburg (versão italiana de Cicala) Aubry et Rau, Baudry--Lacantinerie et Bardo, Gustave de Boissonade (nos seus commentarios ao Projecto do Codigo Civil para o Imperio do Japão) Pacifici-Manzoni (Instituições), e tambem Edonard Cuq, o illustre professor de Paris, que tão bem e tão profundamente soube penetrar o espirito e o conhecimento do direito romano. Para Cuq, como para Derenburg, professor em Berlim, e um dos mais abalisados romanistas conhecidos, quer entre antigos quer entre os modernos, não padece duvida a extincção completa da obrigação novada; é uma

obrigação que desapareceu no nada, donde proviera, se exprime o Dr. Clovis Bevilacqua. E insisto nisto porque adeante terei ocasião de falar na subrogação distinguindo-a da novação, com que alguns autores chegaram a pensar que houvesse confusão ou egualdade nas hypotheses do segundo e terceiro casos em que affirmei se dar novação.

Extincta a obrigação novada o que se vê? O apparecimento, o nascimento da obrigação nova, que, conforme affirmei appoiado no direito romano e nas mais conspicias autoridades, vem substitui-la. São portanto duas as características que preponderam na novação.

1.º a *extincção* da obrigação antiga;

2.ª o *nascimento* da obrigação que a substitue.

Consequentemente a novação não é talvez bem collocada nos codigos no lugar que tem os legisladores entendido lhe assignalar.

Todos elles, sem excepção, a tem collocado entre os modos de extinguir as obrigações, esquecendo por completo essa outra característica que lhe é essencial—dar nascimento a uma obrigação nova. Não é que esse esquecimento se refira a não declaração dessa característica, mas sim apenas para o effeito de não lhe assignalar um lugar que lhe competisse melhor, pela sua natureza dupla do modo de extinguir e de causa geradora de uma obrigação.

Seja como fôr, tem os codigos tratado da novação logo após o pagamento; e assim também o entenderam entre os formuladores de projecto do codigo civil para o Brazil: T. de Freitas, Felicio dos Santos, C. Rodrigues e

Clovis Bevilacqua, talvez pela difficuldade em que se viam, ou pela impossibilidade, que eu não acceito, de formar uma só secção ou titulo no codigo para esta materia, commum a dous estadios da obrigação: o nascimento e a extincção.

Voltemos atraz, agora que já dei o conceito da novação, que lhe determinei os casos em que apparece, que lhe frisei as características e que critiquei a sua collocação nos codigos.

Insisti acima quanto á característica essencialissima para que possa existir a novação e disse que assim procedia porque alguns autores tinham pensado haver egualdade com a subrogação no segundo e terceiro casos indicados como nelles se dando novação.

Na subrogação tambem se substitue o devedor como no segundo caso, ou o credor como no terceiro. Consequentemente, pondera-se, é a mesma cousa.

Só, porém, uma completa confusão de ideias, ou o desconhecimento da theoria pode dar logar a semelhante affirmativa.

Na novação a obrigação novada extingue-se, o novo devedor é responsavel por uma obrigação nova, que nada tem absolutamente com a primeira emfim, responde, por uma obrigação propria, se se trata do segundo caso. Na subrogação ao contrario subsiste a obrigação em sua essencia, subsiste a mesma responsabilidade, bem que seja diverso o seu sujeito passivo. Eis ali, n'um caso a obrigação extingue-se, no outro ella permanece.

Na novação, si se trata do terceiro caso, o novo credor é sujeito activo de uma obrigação

nova; o devedor é responsavel por uma nova obrigação para com um novo credor, tendo por effeito da novação ficado completamente desonerado de sua antiga obrigação, para com o seu antigo credor. Na subrogação, como se affirmou acima, o vinculo obrigacional subsiste; a obrigação de que o novo credor é sujeito passivo é a mesma, é a antiga obrigação entre os mesmos contractada. Eis abi tambem: no primeiro caso a obrigação extingue-se para dar lugar ao apparecimento, á eclosão de uma obrigação nova, no segundo caso a obrigação permanece, subsiste, é a mesma que se transfere ao novo credor.

Portanto razões tive em insistir nessa característica da novação, afim de justificar a affirmativa de que não pode haver novação sem que se dêem a extinção da obrigação novada (a antiga) e o nascimento da nova obrigação que a vem substituir na scena juridica.

Entretanto o Codigo Civil argentino, de que foi autor Dalmacio Vellez Sarsfield, um dos maiores juriconsultos latino-americanos, e que tão bem soube comprehender o espirito altissimo de Teixeira de Freitas, e que é um dos mais copiosos na materia, admite de certo modo a permanencia do vinculo obrigacional antigo no caso de haver condição, quer quando a obrigação pura se converte em condicional, quer quando a condicional se converte em pura, estatuinto em seus artigos 481 e 842 que não existe novação, isto é, que prevalecerá o vinculo obrigacional antigo si faltar a condição. Penso não serem felizes taes disposições; si um credor por obrigação pura ou

um devedor por obrigação condicional consentir na novação substituindo a pura por condicional ou a condicional por uma pura, que se sujeitem as consequências do acto consumado.

O effeito da novação estava produzido, a antiga obrigação extinta, a nova com vida na scena juridica.

Podem novar todos aquelles que são capazes de contractar. Consequentemente não podem novar os menores, os interdictos, os loucos, enfim todos aquelles que a lei fere com a incapacidade contractual. Pode a mulher casada novar validamente quer como credora, quer como devedora uma obrigação sua? E' uma questão differentemente resolvida conforme o regimen do casamento. Ha legislações como a ingleza posterior a 1870, conforme os ensinamentos de Glasson e Amiaud, como a americana do Norte, em que a capacidade da mulher casada tem uma extensão completa de que não é absolutamente acceita pelas legislações continentaes da Europa nem pelas que lhes seguiram os lineamentos; e nesses systemas sem duvida alguma, desde que a mulher casada tem a capacidade plena para derigir como entender a sua fortuna, pode ella novar.

Nos outros systemas, em que é limitada a capacidade da mulher casada, não é possivel conceder-lhe este direito. Está no caso a legislação brasileira; todavia a mulher casada commerciante poder livre e validamente no-

var, como julgar mais conveniente aos seus interesses, a obrigação de que seja credora ou devedora.

A obrigação antiga extingue-se, a nova apparece, nasce; affirmei. Vê-se no entanto que a antiga foi a *causa* da nova; e por isto pergunta-se: pode a nova obrigação differir da antiga? E' possível que a primeira seja condicional e seja substituida por uma pura? E' possível a hypothese contraria?

São questões communmente postas por varios reinicolas antigos e que não tem por effeito sinão baralhar cousas claras. Sem duvida podem as obrigações ser assim novadas, e isto mesmo já dei eu a comprehender ao criticar disposições do Código argentino, visto como no acto da novação procede-se em tudo como no do contrahimento da antiga obrigação. Si a divida por exemplo é hypothecaria, contrahe-se por escriptura publica a que é reduzido o contracto que deu nascimento a tal obrigação e no caso de ser novada essa hypotheca, a novação tem logar por um novo contracto reduzido a nova escriptura publica, dando-se assim todas as formalidades do primeiro acto. Escolhi propositalmente a hypotheca por ser necessario maior numero de formalidades, e si assim é neste, muito mais facil é comprehender nos casos simples.

Outra questão que se costuma levantar e esta com melhores fundamentos é si é possível mudar a natureza da obrigação.

E' suscitada esta questão não só por juristas allemães, como Deruburg, Savigny, Puchta, como por francezes, Baudry-Lacantinerie, e Barde, Boissonade e outros, como pelos italianos, Manzoni, Lomonaco, Chironi, Gabba, Cimbali, e, entre outros, o notavel Guiseppe Moscato, na sua esplendida monographia sobre obrigação naturaes, quer em direito romano, quer em direito moderno. A questão tem importancia não sob o ponto de vista da natureza da obrigação em si mesma, como por exemplo na obrigação de entregar uma certa cousa, si pode ser novada no sentido de tornar-se objecto da obrigação uma outra cousa ou dinheiro. Nestes casos nenhuma duvida apparece nem na doutrina, nem nos codigos nem nos autores.

A importancia apparece quanto á natureza da obrigação segundo sua classificação, como si uma obrigação indivisivel pode por novação ser substituida por uma divisivel, uma solidaria simples por uma correal, etc, e enfim, além de outros casos e as reciprocas dos apontados, si uma obrigação natural pode por novação dar logar ao nascimento de uma obrigação civil.

Não é, como se vê, destituida de summa importancia pratica a solução da questão, em se tratando da ultima hypothese. Tudo se resume como estabelecem o mostram Lomonaco e Moscato em saber qual o reconhecimento juridico ou a sanção com que se protege a obrigação natural.

Primitivamente eram limitadas as transacções e por consequencia poucas especies de

obrigações foram reconhecidas pelo direito. Formaram as obrigações civis.

Mais tarde com o desenvolvimento do commercio e consequente apparecimento não só do direito internacional, o *jus gentium* dos romanos, como de novas necessidades e a criação da pretura especial, que occupou o *pretor peregrinus*, multiplas obrigações appareceram a que os romanos não reconheceram o character de civis. Formaram as obrigações naturaes.

Hoje a theoria differe bastante; muitas, muíttissimas dessas obrigações do *jus gentium*, naturaes, e que eram desprovidas de acção porque não eram reconhecidas pelo direito civil, perderam o seu character de naturaes, ou melhor adqueriram o de Civis; outras desapareceram, depois de um periodo de involução completa.

Outras conservaram o seu character de naturaes e finalmente outras appareceram no scenario juridico dos romanos mesmos e dos modernos.

O que é a obrigação natural? Um vinculo de direito que adstringe alguém ao cumprimento de uma obrigação em favor de um outro, sem todavia que esta possa por meio de uma acção compellil-o ao cumprimento da mesma obrigação. São varias as obrigações naturaes, isto é, desprovidas de acção.

No entanto essa caracteristica differe da com que eram feridas as obrigações naturaes no direito romano. Neste a obrigação natural era desprovida de acção porque o direito civil a desconhecia; no direito moderno a obrigação natural é desprovida de acção ou porque

provenha de uma causa illicita, reprovada ou prohibida em direito, ou porque o direito de acção depois de existir teve de ficar sem poder ser exercitado. Podem haver obrigações oriundas de causas illicitas, reprovadas ou prohibidas? Sim, mas a lei não as sanciona, o credor tem de ficar inactivo si o devedor não quizer cumprir a sua obrigação, devendo-se no entanto dizer que as vezes taes causas annullam a obrigação contrahida, em logar de darem nascimento a uma obrigação natural. Na segunda hypothese, porém, em que se enquadram as obrigações que prescreveram, que subsistem contra o concordatario e o fallido pelo que deixaram de pagar etc, ellas são obrigações naturaes sempre. As obrigações naturaes podem validamente por novação tornarem-se civis. Assim o devedor que prescrever pode novar contrahindo nova obrigação; o fallido e o concordatario do mesmo modo.

Assim tambem as obrigações naturaes d'aquelles que por falta de capacidade não podiam se obrigar civilmente, podem ser pelos respectivos sujeitos civilmente novadas, quando desaparecer a incapacidade.

Deste modo á questão suscitada respondo do seguinte modo: a natureza da obrigação pode ser mudada por effeito de novação.

Como por effeito da approximação da hora não poderia continuar a levantar, resolver e discutir diversas outras questões possiveis e de certa importancia relativamente á

theoria da novação, passo a segunda parte do programma, que é também referente á mesma theoria da novação.

Mas, sobretudo, essa segunda questão liga-se intimamente com uma das theorias tidas ora como das mais difficeis, ora como das mais faceis e simples do direito das obrigações.

O Sr. Dr. Clovis Bevilacqua, como o Sr. Dr. Lacerda de Almeida, pensam que a theoria da solidariedade, a qual me refiro, não é difficil senão pelas proprias difficuldades que os juristas e philosophos, bem como os romanistas tem procurado emprestar-lhe insinuando questiunculas, differenças, distincções, que não devem ser postas, e que não servem sinão para baralhar o assumpto.

Penso differentemente com o illustre Derüburg, com Manzoni, Lomonaco, Cuq, Lacautineri e Barde, que é esta uma das partes difficeis do direito das obrigações.

De facto, não é das cousas mais comprehensíveis, e que vae de encontro a todas as regras do justo, o caso do facto de um obrigar a terceiros. E' mesmo contra o principio, obrigacional; no entanto isto muitas vezes se dá em materia de solidariedade, quer simples, quer perfeita, isto é, de correalidade.

Quando, porém, dá-se solidariedade em uma obrigação?

Em tres casos:

1.º—quando ha diversos credores e um só devedor.

2.º—quando ha diversos devedores, e um só credor.

3.º—quando ha diversos credores e diversos devedores.

Pelo simples enunciado se vê que a solidariedade pode ser activa ou passiva, isto é, existir da parte do sujeito activo ou do sujeito passivo da obrigação. Isto tem sua importancia pratica apesar de não ser commum, antes rara ou difficil a solidariedade activa, no dizer de Planiol, citado pelo Sr. Ruy Barbosa, quando commentando, como fez, o Projecto doCodigo Civil do Dr. Clovis Bevilacqua, na sua forma ultima approvada pela Camara dos Deputados. Cabe dizer que esqueceu-se o Sr. Ruy Barbosa, com Planiol que se pode dizer assim quanto a obrigação solidaria activa é contractada, mas que esta solidariedade pode existir independentemente do contracto e por consequente, desapparece aquella razão de Planiol: os credores solidarios não querem estar sujeitos aos actos de cada um dos outros, e adstrictos a sujeitar-se a prejuizos pela insolvabilidade de um delles que por exemplo obtenha, como tem direito, o pagamento a si para depois repartir com os demais.

Os romanistas allemães, Dernburg, a frente, como o professor Korkounov, de S. Petersburg, e Titcherine e Moromtsew de Moscow, como tambem Lomonaco, entre os italianos, Moscato, Manzoni, e entre nós Clovis e Lacerda de Almeida costumam distinguir a solidariedade primeiramente em simples, ou imperfecta, e em perfeita tambem chamada correalidade, termo preferido por Lacerda de Almeida, de accordo com Dernburg e Georgi.

Ha solidariedade perfeita quando a obri-

gação emana de um só contracto, enfim quando a obrigação que prende um só devedor a diversos credores tem um só fundamento; ha solidariedade simples quando esta resulta não da vontade expressa das partes, mas de quaesquer outras circumstancias, como a obrigação solidaria que tem diversos credores pelo facto de um só devedor sem que este tenha por si manifestado sua vontade de obrigar-se solidariamente para com todos os seus credores.

O mesmo se dirá quanto a solidariedade passiva.

Dito isto, apenas para melhor comprehensão, ou antes para justificação da resposta que dou a segunda questão proposta, deixo de entrar em minudencias quanto a theoria da solidariedade, que entendo não ter querido a congregação incluir no programma proposto para esta prova escripta, e accrescentarei apenas que no caso de haver solidariedade em uma obrigação seja activa ou passiva:

No *primeiro caso* o devedor ou devedores é ou são responsavel, ou responsaveis para com todos ou cada um dos credores pela prestação toda, integral da obrigação.

No *segundo caso* todos ou cada dos devedores, são ou é responsaveis ou responsavel por toda a prestação, integralmente para com cada um dos credores.

Assim o pagamento feito por qualquer devedor a qualquer dos credores solidarios extingue a obrigação.

Tambem o credor ou qualquer credor solidario pode por si só exigir de qualquer de-

vedor solidario ou do devedor o cumprimento integral da obrigação.

Dar-se-ha o mesmo quanto a novação?

A theoria responde que sim e por tanto a novação feita por um dos credores solidarios sem consentimento dos demais, obriga a estes, importa extincção da divida antiga e nascimento de uma nova.

Com a theoria, ou de accordo com ella, estão os Codigos civis da França, Hespanha, Chile, Italia, Mexico, Portugal, Argentina, etc.

Com esta theoria tambem concordaram em seus projectos do codigo civil os Srs. Drs. Coelho Rodrigues e Clovis Bevilacqua. E cousa extraordinaria o Sr. Conselheiro Ruy Barbosa nada achou que dizer ao articulado do Dr. Clovis.

Podia assignar a prova; lembro-me, porém, ter deixado em branco uma affirmacção na occasião opportuna, isto é na primeira parte desta prova, e é a seguinte: que a novação não é presume, deve ser expressa. E' disposição de todos os codigos.

Faculdade de Direito do Recife, aos 20 de Abril de 1908.

Joaquim Ignacio de Almeida Amazonas.