

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

Estamos no departamento das obrigações. Isto suppõe uma classificação de direitos, que já desde os romanos se havia feito.

O direito é a lei, porque antes da lei ou fóra della não pode haver direito.

Ha duas forças disciplinadoras de vontade humana: a natural, a que levou os primeiros homens a restringirem seus impulsos egoistas no intuito de obterem compensações, esforço que deixou residuos na consciencia, na phrase de Le Dantec, que se transmittiu aos descendentes, que se foi firmando e alargando com a complicação crescente da vida social e que só acha sancção na falta de vantagens ou na reacção dos outros, chamada Moral; e a artificial, estudada, applicada, desenvolvida pe-

(1) Prova escripta produzida de improviso e sem o auxilio de livros no concurso de Direito Civil em abril de 1908, em que o autor foi nomeado professor substituto. Este trabalho não foi re isto pelo autor.

los homens em sociedade, sob sanção do Poder Publico, constituindo, creando obrigações a que podemos ser constrangidos pela força, ou vantagens que podemos exigir dos outros pela força chamada Direito.

E' a traducção deste pensamento o art.º 72 § 1.º da nossa Constituição, concebido nestes termos: —“Ninguém pode fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.”— E é por isso que o grande jurista Ihering define o direito: “o complexo das condições existenciaes da sociedade asseguradas coactivamente pelo Poder Publico.

Enquanto Kant e sua escola não se elevaram acima da coacção, elemento externo do direito, Hegel passou alem e foi descobrir o elemento substancial do direito na vontade, que, entretanto, é cousa vaga e simples meio para alcançar o resultado final, que é o gozo das cousas necessarias á manutenção da vida, equilibrio das funcções do organismo sob condição da troca incessante com o meio ambiente.

Não ha outro caracteristico completo, essencial, typico, do direito que não seja a coacção, segundo nos adverte Picard — (Direito Puro). As proprias palavras —jus—directus —indicam que ha complexos de obrigações, de deveres a que podemos ser coagidos e ha outros a que não podemos, porque o Poder Publico ainda não julgou conveniente impor-lhes a pena material.

E é esta a unica differença que se pode notar entre o Direito e á Moral, ambas com a mesma base: a necessidade da convivencia so-

cial; com o mesmo campo de acção: a vontade humana; com o mesmo fim: o bem estar do individuo e da sociedade.

E, portanto, embora se contradiga Picard, e D'Aguano asserte que não é o Poder que cria o direito, porque este é por elle encontrado no seio da collectividade, onde se vem formando pela necessidade da coexistencia, não podemos abandonar aquelle criterio, visto ser o Poder Publico que dá força coactiva aos deveres, sem o que elles não podem ser exigidos e, portanto, não serem do campo da Moral, que é assim o repositório geral, onde o Direito se abastece de normas necessarias a impôr á Communhão.

O direito, assim como uma força, que se adapta ás diversas situações humanas, pode admittir diversões e classificações, pela impossibilidade de comprehender o homem os phenomenos em bloco. E' uma necessidade do espirito.

A mais antiga dessas classificações é a dos Romanos em direito das pessoas, das Cousas e das Acções.

Esta classificação foi seguida durante seculos e até adoptada mais ou menos pelo Cod. Civil Francez e pelos seus commentadores, assim como por antigos praxistas nossos, nomeadamente Borges Carneiro.

Contra ella se levantou a autoridade de Leibnitz, classificando os direitos pelas suas causas: natureza, convenção, posse, successão e delicto, a que outros oppõem objecções serias, nomeadamente Lafayette. Alem de ser a palavra natureza muito vaga, de ser a convenção

para Leibnitz a lei, que é o resultado do contracto social, succede que nem sempre os mesmos direitos vem de uma só causa, assim como uma só causa pode produzir varios direitos, exemplo a hypotheca, que pode vir do contracto ou do delicto, o usufructo da lei e do contracto, a indemnisação e a hypotheca do delicto.

Teixeira de Freitas asserta que se façam todos as combinações possiveis, os direitos se vêm agrupar sempre em dous ramos, que se tocam por caracteres communs, mas se diversificam por differença especifica: os pessoas e os reaes.

Mas, o cit Lafayette pondera que, si isto é verdade, esta classificação não dá logar a sub-classificações e confundidas ficam as obrigações com a materia dos direitos sobre a familia.

Para evitar essas questões e resolver as duvidas sobre a collocação das obrigações, que alguns consideraram pertencentes ao departamento das acções, como na theoria romana, uma introdução as acções que dellas decorrem, alem de terem com ellas um ponto de contacto, como direitos que se podem fazer valer contra todos que offenderem nossos interesses juridicos, ainda que as acções se destaquem dellas porque servem para garantir tanto as obrigações propriamente ditas, como todas as lesões aos nossos direitos reaes, crearam os alemães, desde Hugo e Savigny, a classificação em quatro grupo: Familia, Cousas, Successão e Obrigações, fundada, como explica H. Capitan na sua Intr. ao Estudo de Direito Civil, na

necessidade que o homem tem de completar-se pelo casamento constituindo a familia; de projectar sua personalidade no futuro pela successão, de adquirir as cousas do mundo physico e obter a prestação de serviços dos outros, para manter sua existencia.

Esta classificação, concordam, todos, pode não ser perfeita, mas das que se conhecem é, na phrase de Lafayette, a melhor e a que foi adoptada pelo Codigo Civil Allemão, que Planiol diz, primar pela systematização logica na destribuição das materias e pela formula synthetica de seus artigos.

Temos, pois, que hoje a materia das obrigações occupa um lugar separado e independente, no quadro geral dos direitos, que é o que queriamos assignalar antes de tudo.

Desejariamos poder entrar no campo da historia e fazer aqui a exposição da genese e evolução das obrigações, de que nos dá tão clara idéa D'Aguano.

Na falta de tempo, limitar-nos-emos a observar que ellas, nos primeiros tempos, se confundiam com a massa geral de deveres moraes e religiosos, destacando-se pouco a pouco, como os seres todos da creação, com o evoluir da personalidade, a principio misturada na do grupo e ainda hoje, não completamente diferenciada em certas legislações, mórmente em relecção das estrangeiras.

Restringindo-se as obrigações ao seu departamento especial, accentuaram o sentido technico que aliás já lhes davam os juristas romanos: "vinculos juridicos que nos adstrin-

gem a dar, fazer ou não fazer alguma coisa a alguém. (Inst. 3, 13, pr).

As obrigações se geram no campo do direito pelo contracto, pelo quasi contracto, pelo delicto e pelo quasi delicto, a que modernamente se liga a vontade unilatural, que Tarde afirma, não podemos recusar por mais romanistas que sejamos mas que soffre ainda grande contestação por parte de juristas notaveis; causas geradoras estas que ainda podem ser resumidas, como alguns fazem, em vontade humana e lei, porque, si bem que a lei seja afinal a causa principal de todas, nuns casos ella é causa mediata, e noutros, immediata.

As obrigações, geradas por essas causas podem ser estudadas quanto as pessoas sobre quem recaem e a quem aproveitam, assim como quanto ao seu objecto e ainda quanto ao vinculo, ou coacção physica; donde alguns partem para subdividir as obrigações em juridicas e naturaes, como exemplificadamente fazem Lacerda e Planiol.

Não podendo apreciar as obrigações em todas essas relações, deixando de parte o seu fundamento philosophico que não pode ser outro senão o que lhe assignalam Stuart Mill, Cogliolo, D'Aguano, Clovis: o interesse individual e social, o bem estar de todos, que só pode provir do cumprimento das obrigações por parte de cada um; deixando de parte as obrigações pessoaes e reaes nos seus traços distinctivos; deixando de parte a influencia que sobre as obrigações, mesmo no seu sentido technico, patrimonial, pode exercer a Moral, aconselhando medidas tendentes ao in-

teresse de todos que a Politica vai pondo em pratica; a Sciencia Economica, ensinando o melhor meio de produzir a riqueza pelo aproveitamento de todas as forças naturaes disciplinaveis, cada vez em maior escala pela solidariedade dos esforços individuaes; a Psychologia, mostrando a natureza da vontade, sua obediencia aos motivos, sem desvios, sob o poder da doença, do erro, do dolo, da simulação, etc, apreciemos as obrigações quanto as pessoas e estudemos logo a questão do concurso com pluralidade de sujeitos e unidade do vinculo ou pluralidade de vinculos, que é a solidariedade, o ponto principal da these a resolver.

A solidariedade no direito romano era cousa simples: (Lei 2.º § 2.º Dig. De Verb. Oblig.) abrangia todos os casos em que a obrigação se extinguia, sendo satisfeito por um só dos devedores, ou a um só dos credores, qualquer que fosse a Causa, contracto ou acto de ultima vontade, sentença ou disposição da lei, estendendo se tambem aos casos em que a prestação della fosse indivisivel.

E a theoria assim permaneceu por muito tempo até que Keller e Ribbentrop, juristas allemães, de nomeada, estudando, em monumentos juridicos anteriores a Justiniano, os effeitos da litiscontestação, que, em certos casos, uma vez firmada com relação a um dos devedores solidarios, desonerava os outros, mas effeito que não se produzia em casos de obrigações illicitas, levantaram a distincção entre solidariedade perfeita ou correalidade e imperfeita ou simples.

Outro grande jurista allemão, Heinrich Dernburg, estudando posteriormente o mesmo assumpto, chegou á seguinte conclusão: ha sem duvida differença entre a correalidade ou solidariedade perfeita e a simples ou imperfeita; mas, não é a que Keller considera, porque, em ambos os casos, ha pluralidades de obrigações, mesmo quando haja um só acto.

A differença para elle é que, na correalidade ou obrigação perfeita, o laço, o vinculo, a força coactiva provinha de um acto de vontade dos proprios individuos e, por isso, firmada a litiscontestação com qualquer delles, ficavam desonerados os outros, pois si chegassem á sentença não haveria meio de evitar a condemnação de todos e parecia immoral que o credor pudesse pagar-se mais de uma vez, do mesmo objecto. Nas obrigações solidarias simples ou imperfeitas, porem, sendo illicito o acto, considerada a prestação uma pena imposta pela lei, vindo, portanto de fóra o vinculo, não da vontade das partes, não era extraordinario que de todos o credor recebesse o pagamento, por isso mesmo que era uma pena. Onde quer que seja, todavia, espalhou-se e tomou vulto na doutrina a distincção entre as obrigações solidarias perfeitas e imperfeitas, accentuando-se a correalidade no caso de haver um so acto em que as partes voluntariamente se prendam e a solidariedade simples no de varias obrigações com objecto commum, o que aliás nos contractos e testamentos não é difficil indicar, mas que nas obrigações legaes o é.

Não é a mesma, entretanto, no direito francez e no allemão a theoria da solidarieda-

de, em todos os seus pontos, posto que tambem Mourlon, faça no direito francez a divisão das obrigações solidarias perfeitas e imperfeitas.

A theoria do direito francez é accusada de estreita e inconsequente.

Estreita, porque sujeita todos os casos ao ferreo circulo de uma sociedade entre os coobrigados, sociedade que nem sempre se dá; inconsequente porque erige em principio o mandato entre os credores, mas mandato que só dá direitos a cada um perdoar a divida pela sua quota parte. (Cod. Civ. Fr. 1177 e seguintes).

A theoria allemã faz da solidariedade imperfeita ou simples o typo, o genero, de que a outra é especie e dependente dos termos de contracto (Cod. All. 420 e seguintes).

A divisão das obrigações solidarias em perfeitos e imperfeitos é, porem, acceita por Lacerda, por ser um desenvolvimento da romana, ponto do nosso direito, a que precisamos recorrer na falta de disposições expressas das nossas leis, sempre que, segundo os preceitos da Ord. Lei da Boa Razão e Estatutos da Universidade de Coimbra, uma tal fonte não esteja viciada com principios especiaes aos costumes atrasados e supersticiosos daquelle povo e porque ella encerra um principio de verdade que assenta a natureza das cousas.

Assim, adoptando egualmente a divisão, vemos que á solidariedade perfeita ou correalidade é a que liga varios sujeitos na mesma obrigação, que elles por sua vontade contrahiram e que provém de contracto e tambem as vezes da lei, segundo o nosso direito, como nos casos de sociedades commerciaes, fiadores com-

merciaes, parceria marítima, firmas de letras; e que a solidariedade imperfeita é a que resulta de varias obrigações, contrahidas não importa quando nem como, mas recahindo sobre a mesma prestação, como na dos fiadores civis, nos coactores e cúmplices.

O effeito dessa distincção, ficando de pé o caracteristico da solidariedade, que é o pagamento poder ser feito a um só dos credores e poder ser exigido de cada devedor, *in solidum*, é no caso da correalidade, o acto de um credor relativo á renuncia da solidariedade, ao perdão da divida, á novação, á dispensa das garantias, aproveitar a todos os codevedores, por isso que elles estão ligados pelo mesmo vinculo e como que constituem realmente uma só individualidade: Lei 31, Dig. de Novat; Lei 2.^a Dig. De Duob Reis; Pothier. Obr. 260; Cod. Civ. Port., 751; Lacerda. Obrigações, § 9.^o

No caso de obrigação simples ou imperfeita, porem, por isso que o laço vem de fóra, só da lei ou do facto illicito, tendo, aliás, direito cada credor de pedir reforço de garantias, de interromper a prescrição, de realizar, emfim, todos os actos de conservação, não pode perdoar, ou novar senão pela sua quota parte. Vejamos agora como as obrigações se desfazem.

As obrigações se dissolvem por differentes modos: cumprimento da prestação, compensação, confusão, transacção, remissão, prescrição, mutuo discenso, impossibilidade de execução, perda da cousa, annullação do acto, chegada do termo ou condição resolutorias,

disposição da lei, (C. de Carvalho art. 927) e *novação*.

A novação, como a propria palavra o indica, é, segundo Mckeldey, a transformação da obrigação existente em uma nova. Exige 4 condições: consentimento dos que a fazem, animo de innovar o que estava feito, uma obrigação antiga e uma nova que substitua.

A novação é objectiva ou subjectiva; objectiva quando recae sobre o objecto na obrigação, subjectiva, quando a substituição se faz dos credores ou dos devedores uns pelos outros.

A novação extingue a divida antiga com todos seus accessorios, segundo o novo Cod. Civil, art. 438 e seguintes, Direito Romano, e Cod. Civis Francez, 1271; Italiano, 1267; Hollandez, 1149; Portuguez, 802; Hespanhol, 1203.

Opera se: ou quando, como já dissemos, sendo as partes as mesmas, a obrigação recebe outra causa, ou outro objecto, não importando a simples prorogação do prazo; ou quando o novo devedor é posto no lugar do antigo, por accordo entre o novo devedor e o credor, ou pela transmissão da divida do devedor a outro, enfim, um novo credor é posto no lugar do antigo e o credor transmite seu direito a outro, que o devedor aceita.

O novo Cod. Com. art. 438 cit, 2.^a parte, determina ainda que "a novação desonera todos os coobrigados que nella não intervem", o que se justifica exactamente pelo principio de que foi contractado nova obrigação da qual,

por não ter sido ouvido, o coobrigado, renunciada foi pelo credor a sua responsabilidade.

Assentados esses principios, embora atropeladamente, pela escassez do tempo, vejamos as conclusões.

Si a novação é a transformação da divida ou obrigação em outra nova, desde que occorram os requisitos legais, inclusive o consentimento livre e consciente das partes, com o animo de novar; e si ella, desonera todos os coobrigados que nella não intervem, conforme disposição expressa de nosso direito: Si, por outro lado, o credor solidario, na obrigação correal ou perfeita, por isso que o vinculo é um só, embora considere Dernburg que podem ser muitos, apenas ligados por um acto voluntario, pode, tem a faculdade juridica de dispensar as garantias, perdoar a divida, em todo ou parte, transigir, enfim de qualquer maneira com qualquer dos correos debendi, estendendo-se os effeitos do seu acto a todos os outros, apenas, restringindo-se esses effeitos, ao caso da obrigação solidaria imperfeita, por isso que o vinculo é externo, directamente do facto illicito ou da lei, hypothese em que cada credor só tem o direito de praticar actos de conservação dos direitos de todos, só lhe sendo licito perdoar a sua parte, a conclusão é que: O credor solidario, na correalidade ou solidariedade perfeita, póde fazer novação sem comsentimento dos demais credores, ficando estes com direito sobre elle; ao passo que, na solidariedade simples ou imperfeita, o credor solidario não pode praticar senão actos de conservação dos direitos de todos e portanto não pode novar sem

consentimento dos demais credores, porque tanto importa transigir sobre o credito, o que a lei lhe prohibe.

Recife 20 de Abril de 1908.

Hersilio Lupercio de Souza.

