

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

Dentre os diversos modos de se extinguir as obrigações acha-se consagrada pela maior parte das legislações em vigor a novação, que segundo a palavra está indicando, não é mais do que uma obrigação nova que vem substituir uma outra anteriormente existente.

Ja vem do direito romano a consagração deste modo de extinguir as obrigações; e nas Institutas, ao tratar desta materia se diz que pela novação se extingue a obrigação "*Præterea novation tollitur obligatio.*" Essa doutrina foi acceita em geral por quasi todos os codigos das nações modernas, tendo-se como certo que todas as vezes que o devedor e o credor fazem entre si o accordo de estabelecer uma obrigação nova em substituição da primeira,

(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.

fica esta de facto extinta para dar logar a nova obrigação.

Os Romanos com essas ideias deram uma definição de obrigação que se tornou classica e assim dizem elles pelas palavras do celebre jurisconsulto Ulpiano: “*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio* atque *translatio*. Dig. 56, 2 frg. 1.

E não importava saber a natureza da obrigação; quer fosse natural quer fosse civil ou honoraria, podia ella ser transformada na nova obrigação que a ficava substituindo.

Pelas ordenações do Reino e portanto pela nossa legislação civil actual não temos nenhuma disposição a respeito, e podemos dizer que nessa materia nos regemos pelo direito moderno que é mais ou menos neste ponto seguido pelas legislações dos povos cultos, se não tivessemos para supprir essa lacuna a disposição do artigo 438 do Codigo Commercial que veio assim supprir a falta da nossa legislação civil.

Para que se dê a novação é preciso que o devedor contraia com o credor uma nova obrigação, que ao mesmo tempo extinga a primeira.

Se nenhuma alteração se tiver dado na divida primitiva; se ella persiste ainda a mesma, não existe novação.

Poderá haver uma outra obrigação ao lado da primeira, existindo conjunctamente com ella, mas não se dará o que juridicamente constitue a novação.

Em geral se pode dar a novação de tres modos: 1.º por mudança do devedor que é substituido por outro, ficando o primeiro des-

onerado da obrigação; 2.º quando se substitue o primeiro credor porem outro ficando o devedor desonerado do primeiro; 3.º quando entre os mesmos credor e devedor se contrae uma nova obrigação da qual resulte a extinção da primeira.

Por aqui se vê que ha outras relações de direito de effeitos quasi identicos aos que se attribuem á novação. Assim o primeiro caso de novação isto é a substituição de um devedor por outro não vem a ser mais do que uma transferencia de divida feita com o consentimento do credor; um devedor transfere a sua divida a outro que se obriga a pagar ao credor. Essa transferencia se pode dar de duas maneiras (havendo em qualquer caso o consentimento do credor), 1.º) ficando o primitivo devedor completamente desonerado de sua obrigação e ahi ha então o que se chama delegação; 2.º) ficando ainda o devedor primitivo obrigado na falta do segundo devedor, e é este um dos casos do contracto modernamente adoptado nos Codigos Suisso das Obrigações e Civil Allemão com o nome de assignação.

O segundo caso de novação que figuramos: isto é quando se substitue um credor por outro, vem a corresponder perfeitamente á cessão de creditos.

E' sabido que todo credor pode livremente transferir a outrem o seu titulo de credito, e neste caso da-se perfeitamente a mudança de credores todas as vezes que tal cessão de credito se effectue.

Apenas se pode aqui fazer uma distincção: é que a cessão de creditos se faz independente

da vontade do devedor; e a novação neste caso de mudança de credor presuppõe á vontade ou annuencia do devedor. Mas comprehende-se bem que essa distincção não pode ter valor pratico nenhum, desde que o credor pode livremente transferir o seu credito a quem quizer, e portanto pode se fazer livremente substituir por outro.

Resta-nos fallar do 3.º caso de novação: quando continuando o mesmo credor e devedor, fazem elles entre si um novo contracto, transformando o primitivo.

Parece á primeira vista que só a esse caso ficaria reduzida a archaica theoria da novação; desde que os outros reduzem-se afinal a outras relações de direito bem certas e bem definidas.

Mas ainda esse caso não justifica absolutamente a sustentação da theoria da novação.

Quando o devedor e o credor fazem entre si um novo contracto dando origem a uma outra obrigação, podem ter em vista ou extinguir a antiga obrigação ou reconhecê-la ainda existente. No primeiro caso pode-se dizer que a obrigação fica extinta, não por uma nova relação de direito mas pelo proprio accordo das partes, por um distracto enfim. No segundo caso, se a primeira obrigação ainda persiste; não ha novação nem extincção de obrigação como ja fizemos ver.

Assim pois a theoria da novação que foi consagrada no Direito Romano, desenvolvida depois por todos os escriptores do direito civil inclusive Pothier que teve força de fazel-a implantar no Codigo Civil francez arts. 1271

a 1281, e d'ahi fazel-a passar para todos os codigos que se inspiraram no Codigo Napoleão, pode-se dizer que é actualmente injustificavel segundo as theorias e opiniões mais modernas.

E ao dizer isto não posso deixar de admirar como entre todos os collaboradores do nosso projecto de Codigo Civil adoptado na camara dos deputados em 1902, nenhum só se levantasse para fazer reconhecidas essas ideias que já se achavam praticamente consagradas não só pelo Codigo Civil allemão o celebre Burgérlich Gextzbuch fur das deutch Reich desde 1896 mas ainda pelo Codigo Civil Japonez que seguiu o primeiro projecto daquelle Codigo como diz o professor Raymond Salleiles.

De facto, seria em vão que se procuraria no celebre monumento de legislação qualquer referencia, qualquer expressão indicativa do que entre nós se entende por novação.

O Codigo Civil allemão, seguido nesse ponto pelo Japonez, adoptou as ideias que expendemos, e que são as mesmas acceitas pelos mais modernos e mais celebres juristas allemaes citados por Raymond Saleilles, o celebre professor da Universidade de Paris, auctor da Nova Theoria das Obrigações.

O Codigo Civ. all. tratando em secções especiaes da cessão de creditos e do transporte de dividas, contem toda a materia que os outros codigos attribuem á novação.

O nosso Projecto de Codigo Civil approvedo na Camara dos deputados em 1902 trata da novação nos seus arts. 1000 a 1009.

Apezar de acharmos que segundo as theo-

rias modernas do direito não ha mais razão para uma theoria especial da novação, e que as relações de direito que ella abrange se podem distribuir por outras secções do direito civil, vamos dar os principios e regras que se comprehendem nessa materia.

O que caracteriza a novação é o animo de novar; quando esse animo não existe, não ha novação e a obrigação que é contrahida em segundo logar existe juntamente com a primeira.

Como meio de extinguir a obrigação, a novação faz terminar todas as garantias da divida anterior, como accessorios que são della, salvo, bem entendido, clausula resolvendo essas garantias.

D'ahi se tira como consequencia que o fiador que não interveio na novação da divida afiançada fica *ipso facto* desonerado da fiança.

Um outro principio que deriva da theoria da novação é que uma obrigação nulla não pode ser novada.

Se a nullidade é dessas que se podem sanar, o novo contracto que fizeram as partes pode crear a obrigação que a primeira não poderia fazel-o, mas nesse caso não se dá ainda novação, é um contracto inteiramente novo que se forma.

Quanto ás obrigações chamadas naturaes isto é, aquellas que não dão logar a acção, mas apenas a excepções, isto é que não podem ser exigidas em juizo, mas uma vez satisfeitas, não podem mais ser repetidas, acham-se, segundo penso, no mesmo caso, podem sim, ser confirmadas por meio de contracto expresso

todas as vezes que o seu objecto não é illicito, mas não são propriamente susceptíveis de novação.

No direito romano a doutrina era diversa desta, podiam se novar as obrigações naturaes: "Novatio enim a novo novem accepit et a nova obligatione. Illud non interest qualis processit obligatio utrum naturalis an civilis Dig. 46, 2 pr. e § 1.

Passemos a segunda parte do ponto.

As obrigações podem existir com pluralidade de credores e um só devedor, ou com pluralidade tanto de credores como de devedores ao mesmo tempo.

Ainda neste caso de pluralidade qualquer dos sujeitos da obrigação pode se dar os diversos casos de obrigações divisíveis ou indivisíveis solidarias ou não solidarias.

A obrigação é ou não divisível segundo tem por objecto uma coisa ou um facto que é ou não susceptível de divisão na sua execução ou prestação.

A solidariedade nas obrigações pode-se referir tanto aos credores como aos devedores.

Ha solidariedade entre os diversos credores quando qualquer delles pode pedir o pagamento da divida em sua totalidade.

D'ahi se depreheende que o pagamento feito a qualquer dos credores solidarios desonera o devedor, quer esse pagamento seja feito pelo proprio devedor quer por outrem em seu lugar.

Portanto é direito do devedor neste caso proceder á escolha do credor e pagar á aquelle que mais quizer.

Se no exercicio desse direito um dos credores vem prejudicar aos outros co-credores, ficará elle responsavel para com estes, mas o seu acto em relação á divida é valido.

Assim pois um só dos credores solidarios assim como pode exigir o pagamento da divida, pode dar della quitação e desonerar o devedor commum.

Pareceria se dever concluir desse principio geral que é licito ao credor solidario remittir ou perdoar o total da divida sem o expresso consentimento dos outros credores; entretanto se esse principio é acceito pela maioria dos Codigos como o espanhol art. 1143, o chil. art. 1520, port. 757, os quaes declaravam expressamente que a novação, a compensação, a confusão ou a *remissão*, da divida, feita pelo credor solidario extingue a obrigação, temos os Codigos civ. fr. 1198 alinea e o italiano art. 1185 al. que abrem uma excepção para o caso de remissão da divida, só dando ao co-credor solidario o direito de remittir a sua parte da divida.

Quanto porém á novação, todos os Codigos das nações cultas, pelo menos os que conheço, dão ao credor solidario o direito de effectual-a sem que para isso necessitem do accordo ou consentimento dos outros credores.

Nós não temos, como tive occasião de dizer, legislação expressa sobre essa materia; o direito romano, fonte subsidiaria do nosso, não é tambem expresso sobre este ponto.

Devemos pois nos soccorrer da legislação dos povos cultos e decidir com elles que “o

credor solidario pode fazer novação sem consentimento dos demais credores.”

Temos ainda uma razão ponderosa para admittindo essa opinião é que o nosso projecto de Cod. Civil, approved pela Camara dos deputados em 1902 no seu art. 901 § unico a adopta nesses termos: “O mesmo effeito (de “extinguir inteiramente a divida) resulta da *novação*, da compensação, da remissão.

Methodio Romano d'Albuquerque Maranhão.

