

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Carlos Eduardo Jadon

A Novação moderna e o novo Direito Privado

MESTRADO EM DIREITO CIVIL

São Paulo
2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Carlos Eduardo Jadon

A Novação moderna e o novo Direito Privado

MESTRADO EM DIREITO CIVIL

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil, sob a orientação do Prof. Doutor Giovanni Ettore Nanni.

São Paulo
2010

BANCA EXAMINADORA

"ius est ars boni et aequi"

Resumo

O presente trabalho aborda o importante instituto de direito das obrigações, novação, com a inédita roupagem que lhe confere os novos valores que regem o Direito Privado, no âmbito constitucional e infraconstitucional. Para isso, através de uma análise descritiva dos acontecimentos que modificaram o Direito, verificamos a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, que traz como princípios basilares a preservação da dignidade humana e a solidariedade nas relações jurídicas. Também é abordado o surgimento do Estado Pós-Moderno resultante do poder crescente das grandes corporações e pelo anseio da maximização dos lucros que coloca em xeque os valores fundantes do Estado Social. Sob esses novos paradigmas, sob a égide do novo direito privado, a análise do instituto da novação é realizada, desde a sua conceituação, até os seus requisitos, tipos e efeitos. Partindo da premissa de que a novação não é um contrato, mas um de seus efeitos, verifica-se que os valores do Estado Social não podem declinar aos interesses meramente econômicos, egoísticos e individuais do credor na relação obrigacional, assim como não se pode prevalecer o devedor dos atos que resultem de má-fé. Um dos objetivos do novo Direito Privado e do Direito Público também, é a ética nas relações jurídicas, e no direito das obrigações esse valor se torna nítido quando se verifica que as partes na relação obrigacional têm o dever legal de agir com boa-fé, portanto essa é a interpretação que deverá prevalecer na análise dos dispositivos que tratam da novação e, ainda, em qualquer contrato que produza efeito novativo.

Palavras chave: dignidade da pessoa humana – direito das obrigações – novação – princípios contratuais

Abstract

The current essay addresses the important institute of the law of obligations, novation, with the unpublished covering that grant it the new values that rule Private Law in the constitutional and infraconstitutional scope. By means of a descriptive analysis of the events that modified Law, we verify the evolution of Liberalism to the Welfare State, whose basic principles consist of the preservation of human dignity and the solidarity in the law relations. The appearance of the Post Modern State as a result of the growing power of the big corporations and the longing for the maximization of profits that challenges the values that shape the Social State is also addressed. The analysis of the institute of novation is carried out under these new paradigms, under the support of the new private Law, from its conceptualization to its requirements, types and effects. Bearing in mind that novation is not a contract, but one of its effects, we verify that the values of the Welfare State cannot decline the mere economic, selfish and individual interests of the creditor in the obligational relation nor can the debtor prevail over the acts that result from bad faith. One of the objectives of the new Private Law and Public Law is also ethics in the Law relations. This value becomes clear in the law of obligations when we verify that the parties in the obligational relation have the legal duty to act in good faith. Therefore, this is the interpretation that will prevail in the analysis of the provisions of law that deal with novation and also in any other contract that produces novative effect.

Key words: dignity of the human being – obligation Law – novation – contractual principles

SUMÁRIO

Introdução	01
Generalidades - Importância da novação no Direito Contemporâneo	04
Capítulo I	
1. A Evolução dos valores que regem o Direito Privado	06
1.1. A obrigação vista como um processo	11
1.2. Os princípios contratuais	14
1.3. Os novos princípios contratuais	15
1.3.1. A Autonomia privada	15
1.3.2. O equilíbrio contratual ou justiça contratual	22
1.3.2.1 Lesão e cláusulas abusivas	27
1.3.2.2 Alteração das circunstâncias	29
1.3.3. A boa-fé objetiva	35
1.3.4. A função social do contrato	39
Capítulo II	
2. Novação no Direito Romano	44
2.1 Requisitos constitutivos da novação romana	45
2.1.1 A Stipulatio	45
2.1.2 A identidade do objeto	47
2.1.3 O elemento novo	49
2.1.4 A intenção de novar	50
Capítulo III	
3. Novação no direito contemporâneo	52
3.1 Conceito de novação moderna	52
3.2. Novação como efeito do contrato	53
3.3. Requisitos constitutivos da novação moderna	55
3.3.1 Validade das obrigações	55
3.3.1.1 Obrigações a termo e obrigações condicionais	64
3.3.2 O elemento novo (<i>aliquid novi</i>)	67
3.3.3 A intenção de novar (<i>animus novandi</i>)	70
3.3.4 Capacidade das partes	79
Capítulo IV	
4. Espécies de novação	81
4.1 Novação objetiva	81
4.2 Novação subjetiva	85

4.2.1.Novação subjetiva ativa	85
4.2.2.Novação subjetiva passiva	86
4.2.2.1 Expromissão	86
4.2.2.2 Delegação	88
4.2.2.2.1 Erro na delegação	90
4.2.2.2.2 <i>Má-fé do delegante ao indicar delegado insolvente</i>	93
Capítulo V	
5. Efeitos da novação	95
5.1 Transferência dos acessórios para nova obrigação	96
5.2 Novação e obrigação solidária	99
5.3 Novação e obrigações indivisíveis	101
Capítulo VI	
6. Novação e institutos afins	103
6.1. Novação e confissão ou renegociação de dívidas bancárias	109
Considerações finais	116
Bibliografia	126

Introdução

A novação como instituto do direito das obrigações, o qual põe fim a uma obrigação e simultaneamente dá origem a outra, tem seu surgimento no direito romano. Naquela época, uma vez contraída a obrigação, não era mais possível alterá-la senão por uma nova obrigação que substituísse a antiga, ou seja, pelo instituto da novação.

Com a égide do Estado Liberal de Direito que dava liberdade quase total e irrestrita para que os particulares pudessem contratar, a novação sofre diversas alterações, admitindo-se sua ocorrência pela mudança do objeto ou dos pólos da obrigação. Também surgem a cessão de crédito e, em alguns códigos estrangeiros, a assunção de dívidas, institutos que permitem a necessária liberdade para se transferir as obrigações.

No entanto, a liberdade exacerbada que era conferida às partes causou grandes injustiças e, aliada às atrocidades que foram cometidas contra seres humanos na Segunda Grande Guerra, resultou numa mudança significativa de paradigmas que culminou no Estado Social, que, sob a ótica da preservação da dignidade da pessoa humana e da solidariedade nas relações jurídicas, passa a intervir nas relações entre particulares.

Essas mudanças axiológicas fizeram que as relações obrigacionais e, por consequência, contratuais sofressem importantes alterações na aplicação de seus mecanismos e institutos, bem como na sua interpretação.

Não obstante a isso, atualmente, estamos sob a égide do chamado Estado Pós-Moderno, que resulta da Revolução Industrial e, mais recentemente, do fenômeno da globalização, que faz que os valores fundantes do Estado Social sejam postos em xeque ante os interesses econômicos das grandes corporações.

Tem sido muito comum verificar em nossos tribunais situações em que o instituto da novação é utilizado pelas grandes empresas, normalmente

instituições financeiras, como forma de opressão sob o devedor, mascarando obrigações anteriores anuláveis, aproveitando-se do estado de sujeição e da necessidade em que, muitas vezes, o devedor se encontra naquele momento, para obrigá-lo a manifestar a vontade ante um negócio que lhe trará grandes prejuízos.

Portanto, o objetivo desse trabalho é verificar as alterações axiológicas que afetam nosso direito e o instituto da novação desde os seus primórdios até os dias atuais, e, mais especificamente, como deve ser interpretado e aplicado o instituto da novação em face das relevantes modificações que atingem o direito contemporâneo.

Para isso, o trabalho se inicia demonstrando a importância da novação no direito contemporâneo; ao contrário do que afirmam muitos doutrinadores, a novação não perdeu importância e continua sendo assunto que frequenta constantemente nossos tribunais.

Em seguida, é demonstrada a evolução dos valores que regem o direito, em especial o direito privado, momento em que serão tratados os dois princípios mais importantes do ordenamento jurídico, quais sejam, a preservação da dignidade da pessoa humana e a solidariedade nas relações, princípios estes que darão ensejo a novas legislações, como o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil, os quais também trazem novos princípios, por exemplo, os novos princípios contratuais da autonomia privada, da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato, os quais produzem efeitos imediatos no instituto da novação.

Ainda no que tange aos novos valores que regem o direito privado, será feito o estudo da obrigação como processo, ou seja, ela não será mais considerada de maneira estática, mas um conjunto de ações que têm por objeto o adimplemento das obrigações, de modo que, muitas vezes, mesmo extinta a obrigação pelo adimplemento, ainda poderão permanecer os chamados deveres de conduta das partes, que são oriundos do princípio da boa-fé objetiva, que se manifesta de maneira tão intensa nos negócios

jurídicos, em especial nos contratos, que traz a obrigação legal das partes serem leais e honestas antes, durante e após a relação contratual.

Assimilados os novos valores do direito privado, inicia-se o estudo da novação em si considerando-se sua evolução em três fases: a novação romana, a novação do Código de 1916, ou a novação “pacta sunt servanda” e a novação do Código de 2002, ou moderna. As duas últimas serão enfrentadas simultaneamente, uma vez que a novação “pacta sunt servanda” refere-se à aplicação dos dispositivos de lei que regulam a novação em conjunto com os requisitos de existência, de validade e de eficácia do negócio jurídico. Já a novação moderna está sujeita, também, aos novos valores que aqui serão expostos.

A novação romana é a primeira a ser enfrentada. É do direito romano que se extraem os primeiros relatos de existência do instituto. Serão verificados seus requisitos constitutivos, como *stipulatio* e a identidade do objeto, que são bastante diversos da novação do Código de 1916 e, conseqüentemente, do Código de 2002.

Em seguida, inicia-se o estudo da novação contemporânea, seus requisitos constitutivos, quais sejam, validade das obrigações, o *aliquid novi*, o *animus novandi* e a capacidade das partes. Serão verificados também os tipos de novação (objetiva e subjetiva), seus efeitos e institutos afins, tudo sobre o enfoque das alterações ocasionadas pelos novos valores que regem o direito privado.

Generalidades - Importância da novação no direito contemporâneo

Muitos autores afirmam ter perdido a novação importância no direito moderno tendo em vista que as obrigações hodiernamente têm por característica a circulação e a transmissão da relação, como podemos verificar nas cessões de débito e crédito, no pagamento por sub-rogação.

Alguns autores chegaram a afirmar até mesmo que tal instituto estaria destinado ao desaparecimento visto que sua importância no direito romano devia-se à impossibilidade de transmissão das obrigações¹. Com isso, a novação foi deixada quase que ao total esquecimento, deixando de ser observada pelos estudiosos do direito. Tal afirmação pode ser facilmente confirmada ao se verificar que as principais obras sobre novação em nossa doutrina nacional datam do início do século passado².

No entanto, apesar desse instituto não ter recebido a merecida atenção de nossos autores, a importância da novação se cristaliza quando se verificam os ementários de jurisprudência, logo facilmente se constata que nem de longe sua importância foi diminuída³⁴.

Ademais, *data maxima venia*, esse posicionamento no sentido de retirar a importância da novação no direito moderno peca por considerar somente o aspecto da transmissão das obrigações, esquecendo-se por completo dos

¹ Clóvis Beviláqua, ao comentar o art. 999 do Código de 1916, afirma o descenso do instituto: “A novação, como observa Karl Larenz é instituto de importância reduzida no direito moderno” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. p 161).

² As obras de Theofilo B. de Souza Carvalho e José Soriano de Souza Neto datam de 1914 e 1937, respectivamente; a obra relevante mais recente sobre o instituto é a de Rui Geraldo Camargo VIANA de 1979.

³ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*, p. 566.

⁴ J.M. de Carvalho Santos comentando a novação no CC de 1916: “Ela, em verdade, não é mais o único meio de transferência de dívidas, mas nem por isso perdeu sua importância, por isso que com a transformação que sofreu, novos rumos surgiram, dando lugar a vasto campo de aplicações práticas que não podem prescindir de sua cooperação. De fato como acentuam os mestres, a novação é o único processo jurídico possível para a mudança do objeto devido, sendo desse ponto de vista insuprível, servindo também, para mudar a causa jurídica da dívida”.(SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, p.152).

outros efeitos resultantes da novação, os quais possuem igual importância no direito das obrigações⁵.

Afirma Martins Costa:

“Certo é, porém, que não mais são mantidos, intangíveis, a forma pela qual aparece a novação na construção pós-romana ou o figura com o qual entrou no Código de 1916: o instituto da novação deve *ser compreendido na perspectiva funcional*, em razão das novas exigências sociais e renovada principiologia que atinge o Direito Obrigacional como um todo incidindo de modo especial, o princípio da função social do contrato (art. 421) e a compreensão de que, em variados setores, o instituto conforma um modelo jurídico complexo...⁶”

Não há como negar que a novação tem sido objeto de importantes questionamentos oriundos de discussões acadêmicas, de nossos julgados, também resultantes das alterações axiológicas que permeiam nosso ordenamento jurídico, como a obrigação entendida como um processo⁷, os novos princípios contratuais, que merecem um melhor e mais apurado estudo verificando o instituto da novação nas suas origens, sua evolução, as questões controversas e os novos valores que concedem uma inédita roupagem a sua aplicação, que será pormenorizada nesse trabalho.

⁵ CASSETARI, Álvaro Augusto. *Confissão de Dívida Bancária – Novação*, p 25.

⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. pg. 566.

⁷ Ver SILVA, Clovis V. Couto. *A Obrigação como um processo, – reimpressão*, Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2007.

Capítulo I

1. A evolução dos valores que regem o Direito Privado.

O Direito Privado, na forma que conhecemos hoje, com o exercício do direito de propriedade e a liberdade de contratar como garantias a todo cidadão, é concebido após a Revolução Francesa, que se originou da revolta da burguesia contra a monarquia francesa e resultou no Estado Liberal.

Como resultado dessa revolução, Napoleão Bonaparte assume o poder, e sua principal contribuição para o direito privado foi a elaboração do Código Civil francês, também denominado como Código Napoleônico. A obra seguia os ditames da revolução, quais sejam, liberdade, igualdade e fraternidade. Liberdade total para adquirir patrimônio, através da propriedade privada, e para circular riquezas através do contrato. Igualdade de tratamento nas relações sociais, jurídicas e econômicas. E a fraternidade representando a solidariedade que deveria haver entre as partes nas relações sociais.

Porém, o que se percebeu ao longo dos tempos foi que a liberdade dada de maneira total e absoluta para os particulares, no que tange à propriedade e ao contrato, fez que os fortes se tornassem mais fortes e os fracos cada vez mais fracos no momento de contratar, de modo que foram relatados casos em que mãe e filho trabalhavam doze horas por dia em troca de pão e água.

Com isso, constatou-se que a liberdade que se presumia entre os particulares era mera ficção, pois era comum que se apresentassem partes com desigualdade de condições, fazendo que o mais fraco se sujeitasse a tratamentos humilhantes apenas para garantir a sobrevivência, aniquilando, assim, a fraternidade, outro ditame do Estado Liberal⁸.

⁸ Afirma Couto e Silva: “A liberdade absoluta de contratar, sem legislação marginal ao mercado, que harmonizasse as forças econômicas em litígio, ocasionou, nos países altamente industrializados, profundas restrições ao princípio da autonomia da vontade. Os particulares se viam não só forçados a não poder escolher com quem contratar, como igualmente se lhes impossibilitava o diálogo a respeito do conteúdo do contrato”. (SILVA, Clóvis Couto. *A Obrigação como Processo*, p. 30).

Em vista dessa situação, vozes começaram a se levantar em favor de uma maior intervenção do Estado como forma de possibilitar e assegurar a igualdade entre os desiguais, como a do padre e jurista Lacordaire, que afirmava: “entre o forte e fraco a lei liberta e a liberdade escraviza”⁹. No Brasil, Rui Barbosa apregoava a igualdade substancial, expondo que “a igualdade consiste em tratar os iguais de maneira igual e os desiguais na exata medida e proporção de suas desigualdades”.

Diante do clamor por uma maior intervenção estatal nas relações negociais, ocorre uma mudança de paradigma e surge o Estado Social, intervindo através de leis nas relações particulares. No Brasil, temos o surgimento da legislação trabalhista, consumerista, da criança e do adolescente, do idoso, do torcedor etc., utilizadas como meio de equilibrar relações em que há desigualdade de condições entre as partes.

Não podemos deixar de ressaltar que as atrocidades cometidas contra seres humanos durante a Segunda Guerra Mundial, trouxe um novo princípio aos países ocidentais, o qual passa a ser centralizador de todo o ordenamento jurídico, ou seja, passa a ser o valor principal a ser preservado no sistema, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III¹⁰ da Constituição Federal.

Flórez - Valdés vislumbra, no respeito à dignidade da pessoa humana, quatro importantes consequências: a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez que integram a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e da autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação; c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem; d) não admissibilidade da

⁹ LOTUFO, Renan . *Da oportunidade da codificação civil*, endereço eletrônico: http://www.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/revista68/renan_lotufo.asp, acesso em 10/10/2009.

¹⁰ Art. 1º *caput* e inc. III da CF: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida¹¹.

A dignidade da pessoa humana se relaciona diretamente com o princípio da Solidariedade previsto no art. 3º, inciso I¹² da Constituição Federal, voltado à proteção da pessoa, abandonando-se a proteção ao individualismo. Nesse sentido, afirma Ettore Nanni: “uma vez que os seres humanos convivem em sociedade, os interesses pessoais não podem se sobrepor aos da sociedade¹³”. Esse valor traz o dever ao indivíduo, em suas relações jurídicas, de não fazer aos outros o que não gostaria que fizessem com ele próprio.

Por se tratar de dois princípios constitucionais, a dignidade humana e a solidariedade, são dotados de aplicabilidade imediata, tanto nas relações Estado – particulares, quanto nas relações somente entre particulares. Não são meros valores simbólicos ou de amor ao próximo, tais princípios não apenas tutelam, mas também impõem o dever de conduta às pessoas de agirem em conformidade com seus ditames¹⁴.

Diante de todas essas mudanças axiológicas, o Código Civil de 1916, inspirado no Código Civil Alemão ou BGB, porém, assim como o BGB, também inspirado nos valores do Código Napoleônico, demonstra-se ultrapassado e é revogado pelo Código Civil de 2002 que, segundo o Prof. Miguel Reale foi elaborado segundo os princípios da Eticidade, Sociabilidade e Operacionalidade.

A Eticidade no novo código, segundo Martins Costa¹⁵, provém da busca da ética na situação, que no código de 2002 se manifesta de maneira expressa

¹¹ FLÓREZ – VALDEZ, Joaquín Arce. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. p. 149.

¹² Art, 3º *caput* e inc. I da CF: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária.

¹³ NANNI, Giovanni Ettore. *O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade*. p.296

¹⁴ *idem, ibidem*. p. 296 – 297.

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. p. 88.

e intensa no princípio da boa objetiva, estampado nos artigos 113¹⁶ e 422¹⁷ da referida lei. Tal princípio é abordado em tópico específico nesse trabalho.

A Sociabilidade é resultado da ótica do Estado Social intervencionista, buscando a supremacia do interesse social, ou seja, da sociedade como um todo, sobre o interesse do indivíduo, do particular. O exercício dos direitos antes considerados absolutamente individuais começam sofrer interferência dos interesses sociais; isto ocorre devido ao reconhecimento dos efeitos que aqueles tais direitos produzem na sociedade. Este princípio se manifesta no novo Código Civil de maneira expressa através dos princípios da função social da propriedade¹⁸ e da função social do contrato¹⁹.

Por fim, a Operacionalidade considera que o direito é feito para ser aplicado, portanto os elaboradores do projeto do código de 2002, capitaneados por Miguel Reale, pretenderam apresentar um código de fácil aplicação e entendimento, como se vê na distinção entre os institutos da prescrição e da decadência²⁰. Ainda sob o manto desse princípio, temos as cláusulas gerais²¹ que, no novo código, tem por objetivo fazer com que esta lei seja uma lei à frente do seu tempo, ou seja, que possa se adaptar às mudanças axiológicas da sociedade, ao contrário do que ocorreu com o código de 1916, que em pouco tempo se tornou obsoleto com a transição do Estado Liberal para o Estado Social.

Portanto, propositalmente o legislador não define o que significa abuso de direito, função social da propriedade e do contrato, boa-fé objetiva e tantas

¹⁶ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹⁷ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁸ Art 1228, § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

¹⁹ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

²⁰ NANNI, Giovanni Ettore. *O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade*. p.299.

²¹ Ver JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

outras disposições espalhadas pelo novo código, para que tais conceitos sejam colmatados de acordo com as modificações de valores decorrentes das alterações de comportamentos e de necessidades que a sociedade apresenta ao longo dos tempos^{22 23}.

Atualmente, segundo grande parte da doutrina, estamos sob o chamado “pós-modernismo”, que é consequência direta da globalização, fenômeno decorrente da evolução tecnológica, da maximização da produção, dos lucros e do estrondoso crescimento das empresas, que, em alguns casos, passam a ter patrimônio, ou seja, valor de mercado, maior do que o produto interno bruto de muitos países.

Com isso, as empresas abandonam o antigo modelo “fordista” da produção em massa ou em larga escala e adotam um modelo organizacional mais flexível, baseado em especialização ou em tecnologia especializada, na terceirização, em parcerias, na informatização²⁴, ou seja, um modelo organizacional com maior potencial de crescimento em virtude dos novos meios de comunicação que tornam o mundo cada vez menor e, portanto, possibilitando cada vez mais a realização de contratos entre partes que se encontram em lugares distantes do mundo.

Essas alterações de comportamento das empresas acarretadas pela globalização faz que o Estado Social “intervencionista” na forma como conhecemos entre em “crise”, como exemplo, as leis que regulam locação e relação empregatícia cedem lugar às chamadas “redes de contratos”,

²² Segundo Alberto Gosson Jorge Junior: “As cláusulas gerais *funcionam* no interior dos sistemas jurídicos, mormente os codificados, como elementos de conexão entre as normas rígidas (pontuais) e a necessidade de mudança de conteúdo de determinados *valores*, em meio a um ambiente social em transformação, operando dentro de certos limites, a adaptação do sistema jurídico (*aberto*) às novas exigências de adaptação desses valores. (JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais no Código Civil*, p 123).

²³ Judith Martins Costa afirma que “As cláusulas gerais (...) constituem janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civil. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standars, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamentos, de deveres de conduta não previstos legislativamente (...)” (COSTA, Judith Martins. *O direito privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>, acesso em 12/02/2010).

²⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*, p 27.

caracterizadas pela parceria e pela terceirização. Os mercados e os capitais se internacionalizam e ultrapassam as fronteiras jurídicas e institucionais de cada Estado então, passa a ocorrer um movimento de desregulamentação estatal nas relações contratuais impulsionado pela exigência de competitividade e flexibilidade dos mercados.

Esse novo momento que a sociedade mundial atravessa é denominado por Eduardo Faria como Estado Neoliberal²⁵, ou seja, após a transição do Estado Liberal, que não intervinha nas relações entre particulares, para o Estado Social ou intervencionista, passamos a ter um conflito de forças; de um lado os particulares e suas grandes corporações pressionando através de suas atividades por uma desregulamentação, de outro o Estado com suas legislações internas sociais.

No entanto, desde logo se reconhece no pós-modernismo, ou Estado Neoliberal, que os valores conquistados sob a égide do Estado Social não devem ser abandonados, de modo que a ideia de cooperação própria da solidariedade e da preservação da dignidade da pessoa humana é valor fundante do ordenamento jurídico brasileiro, bem como, da maior parte dos países ocidentais, portanto os interesses econômicos fortificados pelo pós-modernismo, devem ser exercidos na forma e nos limites impostos por tais ordenamentos.

1.1 A obrigação vista como um processo

Durante muito tempo após o início de vigência do Código Civil de 1916, o estudo do Direito Civil ficou estagnado. Mesmo com as alterações axiológicas que culminaram no Estado Social, o Código Civil continuava o mesmo, portanto entendeu-se durante anos que não havia necessidade de maiores estudos ou aprofundamentos²⁶.

²⁵ FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*, p. 178-179.

²⁶ NANNI, Giovanni Ettore. *O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade*. p. 287-288.

No que tange ao direito obrigacional, a estrutura da obrigação era sempre estudada na sua forma clássica, estática, ou seja, o credor e o devedor em posições antagônicas, a prestação como objeto único da obrigação e o vínculo jurídico representando a ligação que aprisionava o devedor numa posição de sujeição na obrigação, pois é ele que deve cumprir a prestação em favor do credor.

Uma das primeiras vozes a conclamar pelas mudanças axiológicas que transformaram o direito no Brasil foi Clóvis Couto e Silva em sua obra *A Obrigação como Processo*²⁷, de 1964, que só foi melhor compreendida nos últimos vinte anos, quando os institutos trazidos em sua obra começaram a ser aceitos por outros doutrinadores e, por fim, pela atual legislação.

Segundo o autor, a relação obrigacional deve ser vista como uma realidade realmente orgânica, considerando “o vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota nos elementos que o compõem²⁸”, quais sejam, credor e devedor.

Credor e devedor devem ser tratados com igualdade na relação obrigacional, nesse sentido expõe Renan Lotufo, “pois se está diante de uma relação jurídica entre dois sujeitos de igual valor²⁹”. Não é mais admitida na visão moderna das obrigações a ideia de aprisionamento, de perda da liberdade, pelo vínculo jurídico ou obrigacional, “pois a liberdade é que ficou afetada pela relação obrigacional nascida, relação que, com o adimplemento do devedor vai ser dissolvida” pela própria atividade do devedor que, com isso, se liberta da obrigação³⁰.

A expressão “obrigação como processo” dá ênfase ao aspecto dinâmico da obrigação, ou seja, às várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e entre si se ligam com interdependência³¹. Essas fases

²⁷ SILVA, Clóvis Couto e. *A Obrigação como Processo – reimpressão*, Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2007.

²⁸ Idem, *ibidem*. p. 19.

²⁹ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Obrigações – arts. 233 a 420, Vol 2*, p. 9.

³⁰ Idem, *Ibidem*. p. 9.

³¹ SILVA, Clóvis Couto. *A Obrigação como Processo*. p. 20.

são nascimento, desenvolvimento e adimplemento, sendo que, em sentido largo, a obrigação como processo pode ser considerada como um conjunto de atividades necessárias para a satisfação dos interesses do credor³².

Porém, não se deve mais considerar isoladamente que o adimplemento da prestação libera as partes definitivamente da obrigação, pois a obrigação como um processo ou como uma relação jurídica complexa abarca o princípio da boa-fé objetiva, que traz tanto para o credor quanto para o devedor uma série de deveres de conduta³³ no sentido de ambas as partes cooperarem com o fiel adimplemento da prestação³⁴.

Martins Costa afirma que a obrigação se extingue pelo “adimplemento da prestação concretamente devida”, que é composto não apenas pela prestação principal ou pelos deveres vinculados de maneira direta ou indireta a ela, mas também pelos derivados dos demais deveres de conduta, de modo especial os vinculados à manutenção do estado pessoal e patrimonial dos integrantes da relação, advindos do liame de confiança que toda relação envolve³⁵.

Afirma ainda a autora que a estrutura complexa da obrigação adquire especial relevo nos dias atuais com a massificação dos negócios jurídicos, quando deparamos com contratos de larga duração, ou “sistemas contratuais”, nos quais convidem encadeadamente subcontratos, cessão de posições contratuais, mandatos, novações etc., todos existindo em operações realizadas umas em função das outras. Tais contratos podem ter por objeto a criação de produtos financeiros, bens imateriais ou ainda a reunião de grupos

³² SILVA, Clóvis Couto. *A Obrigação como Processo*. p. 20.

³³ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. p. 21-22.

³⁴ Em 1964, Couto e Silva afirmava que, apesar de o Código de 1916 não prever expressamente o princípio da boa-fé objetiva, não impedia que o princípio tivesse vigência sob as normas do antigo código, por tratar-se de “proposição jurídica, com significado de regra de conduta”, ele prossegue afirmando: “O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam”. (SILVA, Clóvis Couto. *A Obrigação como Processo*, p. 33).

³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. p. 95-96.

empresariais sofisticadamente articulados, caso em que a obrigação atinge a sua mais intensa complexidade³⁶.

Ante o exposto, resta claro que não é possível considerar a obrigação como uma realidade estática; a obrigação é uma realidade orgânica, complexa, composta por várias fases, tendo por finalidade primordial o adimplemento, mas que não se esgota invariavelmente nesse momento, em decorrência dos deveres de conduta, oriundos do princípio da boa-fé, a obrigação, pois, para que a relação obrigação seja integralmente adimplida, deve haver, como expõe Martins Costa o “adimplemento da prestação concretamente devida³⁷”, além do que devem ser consideradas as fases que compõem a estrutura complexa para que assim possamos entender a dinâmica, a dogmática e as vicissitudes de cada relação obrigacional, que pode apresentar uma estrutura simples, porém dinâmica, como no caso de uma compra e venda de bem imóvel entre particulares, ou uma estrutura sofisticadamente complexa como explicitado acima.

1.2 Os princípios contratuais

As mudanças axiológicas que ocorreram no Direito com os princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade que receberam status de valor fundante do ordenamento jurídico e resultaram, no âmbito do direito privado, no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002, este último regido, como já demonstrado, pelos princípios da eticidade, sociabilidade e operacionalidade. Alteram, também de maneira significativa, a interpretação dos contratos, seus princípios clássicos oriundos do Estado Liberal, e trazem novos princípios, valores que colmatam uma roupagem inédita dada aos contratos, como será pormenorizado a seguir³⁸.

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. p. 66-67.

³⁷ Idem, *ibidem*. p. 95-96.

³⁸ Nesse sentido afirma Renan Lotufo: O contrato, que é fonte voluntária das obrigações, torna-se um instrumento da cooperação entre as pessoas, que, no âmbito do sinalagma e da comutatividade, há que se preservar a igualdade de sacrifícios, que, se não decorrer da colaboração conjunta dos que participam da avença, será por força de lei, que busca a concretização dos princípios fundamentais (LOTUFO, Renan, *Código Civil Comentado – Obrigações – arts. 233 a 420. Vol 2*. p. 9).

Na visão clássica dos contratos, eram basicamente três os princípios contratuais a serem considerados: o princípio da liberdade de contratar (ou autonomia da vontade), possibilitava a plena liberdade de contratar, o que contratar e com quem contratar; o princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), o contrato fazia lei entre as partes e deveria ser cumprido, uma vez que as partes livremente se obrigaram; e o princípio da relatividade de seus efeitos, ou seja, o contrato não prejudica nem favorece terceiros além das partes contratantes. Hodiernamente, tais princípios ainda existem, mas com contornos relativizados e com limites antes não admitidos.

O princípio da liberdade de contratar ou da autonomia da vontade, passa a sofrer limitações, por exemplo, a legislação trabalhista, e renovação compulsória nos contratos de locação comercial, a prestação, em regra irrecusável de serviços monopolísticos ou de fornecimento de massa, os contratos de massa com cláusulas gerais. Tal princípio atualmente se apresenta denominado como autonomia privada.

O princípio da força obrigatória dos contratos cede espaço à verificação de hipóteses em que a rígida aplicação do contrato, na forma em que foi pactuado, levaria à situação de desigualdade real, aplicando-se, por exemplo, à teoria da onerosidade excessiva, à lesão e o enriquecimento sem causa.

Já no que tange ao princípio da relatividade dos contratos, não mais se considera que o contrato atinge somente as partes envolvidas, pois admite-se que seus efeitos podem atingir terceiros que nada têm a ver com o contrato ou o seu cumprimento. Trata-se da função social do contrato.

1.3. Os novos princípios contratuais.

1.3.1 A autonomia privada.

A autonomia privada substitui a autonomia da vontade, que devido à significativa alteração em seu conteúdo e em sua definição, ganhou, também nova denominação.

O princípio da autonomia da vontade é oriundo de um momento de firme separação entre a esfera pública e a esfera privada no chamado Estado Liberal, as quais compõem os direitos de liberdade, nos dizeres de Bobbio, “isto é, todos aqueles diretos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar ao indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado³⁹”.

Orlando Gomes define a autonomia da vontade como a liberdade de contratar ou não, de escolher o contratante e de estipular o conteúdo do contrato⁴⁰. Acreditava-se que essa liberdade concedida ao particular garantiria o funcionamento de uma sociedade baseada nos ditames da Revolução Francesa. Não foi o que se configurou. Como exposto, o modelo liberal não tardou a revelar uma real desigualdade, de modo que foi necessário remodelar a liberdade de contratar⁴¹.

Já sob o novo paradigma do Estado Social, que trouxe consigo novos valores de dignidade humana e de solidariedade, de que é instrumento de igualdade substancial e não só formal, estabeleceram-se novos mecanismos jurídicos que possibilitam o respeito a esses elementos axiológicos, quer pela intervenção legislativa, quer pela judicial, no instituto do contrato e, conseqüentemente, na liberdade de firmá-lo.

A autonomia privada não se manifesta apenas no campo do direito contratual, mas também fora dele; reconhece-se ao sujeito o poder de determinar a modificação de situações jurídicas e regradar, ele próprio, as relações daí decorrentes.

³⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p.32.

⁴⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 25.

⁴¹ LOTUFO, Renan. *Da oportunidade da codificação civil*, endereço eletrônico: http://www.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/revista68/renan_lotufo.asp, acesso em 10/10/2009.

Porém, não caracteriza autonomia privada o exercício de todo e qualquer direito subjetivo. Aqui se faz necessário distinguir autodeterminação e autonomia privada, que erroneamente são considerados sinônimos.

A autodeterminação confere ao indivíduo a liberdade de agir ou não agir, de externar declarações com ou sem efeito negocial, sejam de índole unilateral ou bilateral. Por exemplo, quando se exerce um direito da personalidade, ou quando se delibera exigir ou não um direito subjetivo de propriedade, não se trata de autonomia privada, pois nessas situações não se estabelece qualquer autorregramento de uma relação jurídica⁴².

Já a autonomia privada é o veículo de qualquer negócio jurídico (contratos, declarações unilaterais) e conota um poder ativo com eficácia reguladora, com eficácia de normatização das próprias relações, revelando uma faceta da autodeterminação da liberdade individual juridicamente tutelada⁴³.

Diante disso fica a pergunta: a autonomia privada possui obrigatoriamente conteúdo patrimonial?

Francisco Amaral⁴⁴ e Ana Prata⁴⁵ afirmam que sim. O primeiro afirma que se insere basicamente no campo do direito patrimonial, em regra obrigacional e, por vezes, no domínio das sucessões, como é o caso do testamento. A segunda afirma que tal autonomia se manifesta na liberdade negocial com conteúdo econômico.

Diferente entendimento apresenta Renan Lotufo⁴⁶, afirmando que a autonomia privada não se restringe apenas àquelas que revelem conteúdo patrimonial, por exemplo, o autorregramento quanto ao regime de visitas dos

⁴² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. p. 27.

⁴³ Idem, *ibidem*. p.27.

⁴⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. p. 339-341

⁴⁵ PRADA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, p. 11-12.

⁴⁶ Aula ministrada no crédito de direito das obrigações na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 09/03/2005.

filhos, ou mesmo o testamento, que pode conter disposições de última vontade de conteúdo não patrimonial.

Luigi Ferri⁴⁷ afirma que a liberdade natural dos indivíduos sofre restrições ou limitações de ordem pública exatamente para que se lhes garanta uma efetiva liberdade jurídica, segundo Bobbio, “mais que justificá-los, hoje importa proteger os direitos e liberdades do homem”⁴⁸.

Com isso, pode-se concluir que a liberdade não é mais fonte motriz do direito e sim o seu fim.

Nesse sentido, afirma Gustav Radbruch:

[...] desde que os contraentes se distinguem entre proprietários e não proprietários, a liberdade contratual não pode deixar de se transformar numa liberdade dos mais fortes, de imporem a sua vontade aos mais fracos, acompanhada da necessidade para estes de terem de aceitar. À proporção pois que a economia livre se transforma numa economia capitalista, tanto mais a liberdade contratual dos indivíduos vai sofrendo limitações impostas pelo predomínio econômico dos grupos. E se foi a liberdade contratual que tornou possível a formação dos grupos e associações de toda espécie, verifica-se, por outra banda, que são esses mesmos grupos e associações que cada vez mais a vão limitando. A liberdade contratual do direito converte-se, portanto, em escravidão na sociedade. O que, segundo o direito é liberdade, volve-se na ordem dos factos sociais, em servidão. Daí, para a lei, a missão de inverter de novo as coisas e, por meio de certas limitações impostas à liberdade, restabelecer a liberdade social de contratar⁴⁹.

⁴⁷ FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. tradução de Luís Sancho Mendizabal. Madrid; Revista de Derecho Privado. p. 57.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p.32.

⁴⁹ RADBRUCH, Gustav, *A filosofia do direito*. p. 256.

Afirma ainda Perlingieri:

A autonomia privada como poder de autodeterminação não mais encontra justificativa em si, fazendo-se merecedor de tutela o ato que a exprime apenas quando corresponda a uma função que o ordenamento considere socialmente útil⁵⁰.

Portanto, a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato, como expõe o art. 421 do Código, e também em consonância com os demais princípios novos trazidos ao ordenamento, como o princípio do equilíbrio contratual e o princípio da boa-fé objetiva, de modo que as partes no contrato não dispõem mais de liberdade quase irrestrita para escolher como, quando e com quem contratar.

Podemos detectar limitações à liberdade de contratar, ora resultantes da prevalência do equilíbrio dessa liberdade com os novos valores que regem o contrato, ora resultantes da massificação dos negócios jurídicos ocasionados, primeiramente, pela Revolução Industrial (fordismo) e, em seguida, pela globalização, em várias disposições legislativas.

A legislação trabalhista, por exemplo, hipótese em que o Estado dita o contrato de trabalho, estabelecendo regras gerais que disciplinam os direitos e as obrigações do contratante (empregador) e do contratado (empregado).

O Código de Defesa do Consumidor prevê em seu art. 51 que são nulas de pleno direito às cláusulas abusivas, entendidas como aquelas que colocam o consumidor em situação de desvantagem perante o fornecedor.

A massificação dos negócios jurídicos se tornou possível, entre outros fatores, pelo surgimento dos chamados contratos de massa, ou seja, os contratos de adesão que são elaborados aos milhares ou aos milhões. Cumpre

⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. p 115.

ressaltar que nem sempre os contratos de adesão são contratos de massa⁵¹. Trata-se de contratos padrão com cláusulas pré-dispostas em que apenas uma das partes define quais serão os direitos e as obrigações resultantes do negócio. Nesse acordo de vontades, aquele que contrata (o aderente) tem a sua manifestação de vontade limitada apenas a aceitar ou não o contrato, aderindo ou não a ele⁵². A lei consumerista define o contrato de adesão em seu art. 54 e traz regras obrigatórias de proteção ao consumidor a serem observadas pelo fornecedor ao elaborar tal contrato⁵³, e o novo Código Civil, no art. 424, dispõe que no contrato de adesão são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente ao direito resultante da natureza do negócio.

Nessas disposições exemplificativas, ocorre limitação à liberdade de contratar em seu aspecto de “como” contratar, ou seja, de fixar livremente as cláusulas contratuais.

A lei do inquilinato (lei 8245/91), nos arts. 51 e 52, prevê a obrigatoriedade de renovação do contrato de locação comercial pelo locador se, cumulativamente, o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito ou por prazo determinado, o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos, e o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos. Podendo apenas ser retomado o imóvel em caso de exigência do Poder Público ou para uso próprio do locador ou de seus familiares.

⁵¹ Por exemplo, contratos de adesão elaborados por pequenas empresas.

⁵² Cláudia Lima Marques o define como “aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato descrito. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. p. 31).

⁵³ Art 54 do CDC e §§. Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. § 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato. § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressaltando-se o disposto no § 2º do artigo anterior. § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Novamente, o Código do Consumidor, art. 39, inciso II⁵⁴, proíbe que o fornecedor se negue a contratar com o consumidor na exata medida da sua possibilidade de oferecer produtos ou serviços.

E ainda temos os chamados contratos coativos que direcionam a liberdade de contratar, uma vez que o contrato é imposto, ou seja, são relações jurídicas de consumo monopolísticas obrigatórias para qualquer pessoa que deseje viver com um mínimo de dignidade, por exemplo, os contratos de fornecimento de energia, de água e de rede de esgoto. São contratos de prestação de serviços essenciais realizados pelo próprio Estado ou por empresa concessionária de serviço público nos quais o contratante, que é a parte mais fraca na relação, não tem sequer a opção de recusar a prestação de serviço, sob pena de viver em condições que não se identificam com a preservação da dignidade humana no que tange ao mínimo que a pessoa necessita para subsistir⁵⁵.

Todos esses exemplos são hipóteses de evidentes limitações à liberdade de contratar no aspecto da escolha de “com quem” e “quando” contratar.

Portanto, fica claro que a autonomia privada se apresenta na atualidade de forma completamente distinta da que se apresentava no antigo princípio da autonomia da vontade. Tais modificações, que trazem importantes limitações à liberdade de contratar, são consequências da massificação das relações negociais e, ao mesmo tempo, dos novos valores que regem o direito privado, melhor explicitados nos novos princípios contratuais que serão enfrentados adiante.

⁵⁴ Art. 39 e II do CDC: Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes.

⁵⁵ Clóvis Couto e Silva denomina-os de “contratos ditados” e afirma: Algumas atividades, consideradas imprescindíveis, tais como, correios, transportes, água, luz, etc., ou são executadas pelo Estado diretamente ou, mediadamente, no regime de concessão. Opera-se nesses casos, no plano sociológico, uma verdadeira coação para contratar, imposta pela necessidade, não tendo os particulares qualquer possibilidade de escolha. (SILVA, Clóvis Couto e. *A Obrigação como Processo*. p. 26).

1.3.2 O equilíbrio contratual ou justiça contratual

No Estado liberal de Direito, ante a autonomia da vontade e a igualdade formal que é presumida entre as partes, o contrato era considerado justo simplesmente por ter sido pactuado; o juiz, diante de uma situação de desequilíbrio, não podia intervir e alterar o que as partes haviam deliberado, porque se considerava que ninguém melhor do que elas para avaliar o justo em suas relações.

Como já exposto, isto causou enormes desigualdades que fizeram que o modelo liberal fosse substituído pelo modelo social, intervindo no contrato com o escopo de corrigir esse desequilíbrio.

No Brasil, a Constituição Federal⁵⁶ determina que um dos objetivos fundamentais da República é estabelecer relações justas e solidárias, ou seja, o princípio da solidariedade.

Boa parte da doutrina não trata do princípio da justiça contratual de forma autônoma, preferindo incluí-lo no princípio da boa fé objetiva que traz consigo os deveres de lealdade, correção, cooperação, colaboração e solidarismo. Nesse sentido são esclarecedores os dizeres de Fernando Noronha:

o princípio da boa-fé, exigindo comportamento leal e tendo por objetivo proporcionar aos sujeitos de qualquer relação obrigacional aquela confiança que é necessária nas relações de intercâmbio de bens e serviços, já é uma antecâmara do princípio da justiça contratual⁵⁷.

Com isso, faz-se necessária, uma análise do que é o justo nas relações contratuais.

⁵⁶ Art 3º. da CF. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – Construir uma sociedade, livre, justa e solidária.

⁵⁷ NORONHA, Fernando, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 218.

A preocupação com a justiça contratual não é nova. Pode-se afirmar que é tão antiga quanto o contrato, mas, atualmente, a justiça contratual encontra-se renovada e compreendida.

Aristóteles⁵⁸ já considerava a justiça contratual uma subdivisão do justo particular, denominada como o justo corretivo ou comutativo, aplicados nas relações voluntárias (porque a origem das transações é voluntária, como ocorre na compra e venda, no arrendamento, na locação) e nas relações involuntárias, que podem ser clandestinas (adultério, envenenamento, furto, falso testemunho) ou violentas (roubo, agressão, homicídio etc.)⁵⁹.

No que tange à justiça corretiva aplicada nas relações voluntárias (contratuais), atentava-se à necessidade de, nas relações entre particulares, assegurar um equilíbrio que lhes garantisse a igualdade através da correção de tais relações.

No Direito Romano, a noção de *jus* era a arte do bom e do equitativo, procurando-se dar a cada um o que é seu, fórmula, segundo Fernando Noronha, vazia, mas que já consagrava uma ideia garantidora da igualdade⁶⁰.

No Direito Canônico já se apregoava a correção da lesão, o justo preço nos negócios, a revisão ante a cláusula *rebus sic stantibus*.

No próprio Estado Liberal dos séculos XVIII e XIX, existia a preocupação com a justiça contratual, entendia-se que o que as partes pactuassem representava o justo naquele negócio jurídico.

Hodiernamente, segundo Karl Larenz⁶¹, o princípio da justiça contratual se manifesta, nos contratos bilaterais, sinalagmáticos e comutativos, quer pela

⁵⁸ BITTAR, Eduardo C, Bianca. *A justiça em Aristóteles*. p. 85.

⁵⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. p 34.

⁶⁰ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 206-207.

⁶¹ LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. p.61

equivalência objetiva de prestação e de contraprestação, quer pela equitativa distribuição dos ônus e dos riscos contratuais entre as partes.

Pela equivalência objetiva da prestação e da contraprestação, procura-se garantir que entre ambas haja um valor correspondente.

Essa avaliação suscita dúvidas e dificuldades. A primeira delas reside na observação de que o justo preço não deve ser medido na avaliação que fizeram as partes ao celebrar o acordo (equivalência subjetiva). Nesse sentido:

[...] se a intervenção do ordenamento jurídico só se justifica tendo em vista o interesse geral, considerando as conseqüências econômicas e sociais produzidas pelo contrato, o equilíbrio entre benefícios e encargos (justiça substancial) que aqui interessa só pode ser o objetivo, nunca o subjetivo⁶².

Mesmo estabelecido que o critério para verificação da justiça contratual é o objetivo, ainda surgem dificuldades para se verificar a equivalência entre prestação e contraprestação, por inexistirem critérios definitivos para identificar o justo preço. No entanto, afirma Larenz que na proporção entre prestação e contraprestação deve se procurar um valor aproximado⁶³.

O princípio da justiça contratual, que determina a equivalência entre prestação e contraprestação, encontra-se positivado em nosso ordenamento em vários dispositivos, por exemplo, os casos de responsabilidade (incluída a possibilidade de abatimento no preço) por vícios da coisa, a evicção, a *exceptio non adimplenti contractus* etc.

No Código de Defesa do Consumidor, o art. 53⁶⁴ veda a perda de parcelas pagas em contrato de compra e venda à prestação, considerando tal disposição como cláusula abusiva, determinando sua nulidade.

⁶² NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 222.

⁶³ LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. p. 62.

⁶⁴ Art. 53 do CDC: Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as

Todavia, cumpre ressaltar que não é só a favor do consumidor que operam as regras de equivalência objetiva, por exemplo, nos casos de consórcio (art. 53, §2^o⁶⁵) em que o consorciado venha a desistir, a garantia da recomposição dos prejuízos causados ao grupo, compensando-se ou abatendo-se das parcelas que tenha a receber por restituição.

Outra forma de aplicação do princípio da justiça contratual se dá pela distribuição equitativa dos ônus e riscos contratuais entre as partes, os quais apresentam maior alcance, particularmente em matéria de integração do contrato, conforme afirma Larenz⁶⁶.

Fernando Noronha cita como exemplos da positivação desse princípio, os artigos 494⁶⁷ e 234⁶⁸ do Código Civil. O primeiro dispositivo, traz exceção à regra do *res perit domino*, quando impõe ao comprador que ordenou a entrega da coisa em lugar diverso, a responsabilidade pela deterioração no transporte. O segundo dispositivo determina que a parte que não cumpriu a obrigação responde pelo perecimento da coisa⁶⁹.

Rodrigues Martins afirma que alguns postulados ofertam ao princípio do equilíbrio contratual uma composição harmoniosa entre o conteúdo jurídico e econômico do contrato⁷⁰. Tais postulados são:

√ A reciprocidade, no sentido de equivalência entre as prestações do contrato;

cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

⁶⁵ Art 53, §2º do CDC: Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.

⁶⁶ LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. p.63.

⁶⁷ Art. 494. Se a coisa for expedida para lugar diverso, por ordem do comprador, por sua conta correrão os riscos, uma vez entregue a quem haja de transportá-la, salvo se das instruções dele se afastar o vendedor.

⁶⁸ Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.

⁶⁹ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 224.

⁷⁰ Ver MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da Justiça Contratual*. p. 273-317.

√ A comutatividade, considerando o contrato uma sociedade de interesses, daí a expressão “comutativo”, com o objetivo específico e ensejador de vantagens mútuas;

√ A equivalência material, que, ao contrário da reciprocidade e da comutatividade, é instrumentalizada de forma objetiva e qualitativa, orientada pelas circunstâncias oriundas do processo obrigacional, por exemplo, o art. 237 do Código Civil, que traz a situação da posse do devedor que angariou melhoramentos que podem ser exigidos do credor ou permitir a resolução da obrigação⁷¹;

√ A proporcionalidade, aplicado principalmente como um balanceamento entre as vantagens e desvantagens, advindas do liame de causalidade meio-fim do contrato; a proibição do enriquecimento sem causa, compreendida por Ettore Nanni como “qualquer circunstância reveladora de uma vantagem indevidamente obtida⁷²”;

√ A função social do contrato, novo princípio que será pormenorizado mais adiante; e, por último, a distribuição de ônus e de riscos, informada pela existência de dispositivos que apontam aquele que deve suportar o dever de indenizar decorrente de danos ou da inexecução espontânea do contrato⁷³.

Apesar de ser mais comum a aplicação do princípio da justiça contratual nos contratos bilaterais comutativos, tal aplicação não se restringe só a este tipo de contrato.

Nos contratos aleatórios também se admite sua aplicação, porém em intensidade diversa e menor, considerando o risco que lhe é inerente.

⁷¹ Art. 237. Até a tradição pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acréscidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço; se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação.

⁷² NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. p. 329.

⁷³ Afirma o autor que melhor exemplo desse postulado é o art. 927 do CC, que foi além do CDC ao autorizar o juiz a aplicar a responsabilidade civil objetiva considerando os riscos da atividade desenvolvida pelo agente do dano (MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da Justiça Contratual*. p. 308).

Neste tipo de negócio jurídico, a contratação e o desenvolvimento devem se dar de modo substancialmente igualitário, preservando a álea que os caracteriza. Não se pode admitir a celebração de um contrato aleatório em que seja possível prever que a álea penderá forçosamente para uma das partes. Tal ajuste terá sido desequilibrado, e por isso carente de intervenção judiciária.

Defende Almeida Costa que “os contratos aleatórios possam ser resolvidos ou modificados quando a alteração das circunstâncias exceder apreciavelmente todas as flutuações previsíveis na data do contrato” (Mário Julio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, p. 273).

1.3.2.1 Lesão e cláusulas abusivas

A lesão, embora comumente atribuída ao direito medieval, remonta ao direito romano, tendo origem no direito pretoriano, quando se concebe a *integrum restitutio*, isto é, a restituição das partes ao estado anterior em que se encontravam, sempre que houvesse alteração no estado de direito em prejuízo, lesionando uma parte de forma contrária à equidade.

No direito medieval, a verificação da lesão deixa de ser objetiva e, diante da dificuldade de configuração da lesão como instituto autônomo, atrela-se ao instituto do dolo presumido (*re ipsa*) quando alguém tivesse adquirido por menos da metade.

Já os canônicos trazem a ideia da lesão enormíssima em que o vendedor era enganado além de dois terços do valor da coisa. Ainda no direito canônico surge a usura pecuniária, diferente da usura real, concernente aos negócios e que identificava vantagens exageradas havida com os juros de mútuos.

Enquanto a usura pecuniária reprimia e reprime o desequilíbrio pela proibição de cobrança abusiva de juros, a usura real, ou a lesão, em sentido amplo, impede o desequilíbrio congênito por qualquer outra coisa.

Após a Idade Média, com a implantação do Estado Liberal, o instituto da lesão sofre acentuado declínio, porém o Código Civil francês, mesmo sob o pensamento de que as partes que se obrigam sempre estão em igualdade de condições, prevê a lesão, por ingerência de Napoleão, para quem, nas vendas imobiliárias, e apenas nelas, deveria receber o preço justo.⁷⁴

No Brasil, o Código de 1916, seguindo os postulados liberais da Revolução Francesa, e ao contrário de sua antecessora, as Ordenações Filipinas (Título XIII do Livro IV), nada dispôs sobre a lesão, sendo que, se defendia a introdução desse instituto no ordenamento por meio, primeiro, da proibição da usura pecuniária (Dec. n. 22.626/33) e, posteriormente, com conteúdo penal, pela punição da usura real (Dec-Lei 869/38 e Lei n. 1521/51)⁷⁵.

No Código Civil de 2002, a lesão ganha previsão genérica sendo caracterizada quando uma pessoa “sob premente necessidade ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional, ao valor da prestação oposta”⁷⁶. Pode-se perceber que o Código Civil manteve um requisito objetivo para a lesão, qual seja a desproporção entre as prestações e um requisito subjetivo, a necessidade de contratar ou inexperiência⁷⁷.

Não se pode deixar de mencionar que o instituto da lesão também está contemplado no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), aliás, o equilíbrio contratual é notadamente um princípio que rege as relações

⁷⁴ Prevê a possibilidade de rescisão quando a venda imobiliária for realizada com desproporção de 7/12 do valor do imóvel, no instante da alienação.

⁷⁵ Essas legislações de repressão ao abuso econômico, consideravam crime a obtenção ou estipulação, em qualquer contrato, de lucro patrimonial excedente a 1/5 do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida, mediante abuso da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte.

⁷⁶ Cf. art. 157.

⁷⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. p. 46.

consumeristas (art. 4º. III⁷⁸). Nos arts. 6º, V⁷⁹ e 51⁸⁰ da Lei 8.078/90, considerou-se exatamente a hipótese de desproporcionalidade que coloca o consumidor em desvantagem exagerada.

A lei consumerista prevê a modificação de cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em nítida desvantagem perante o fornecedor; são as chamadas cláusulas abusivas, atendendo ao princípio do equilíbrio contratual.

1.3.2.2 Alteração das circunstâncias

Outra situação que pode causar o desequilíbrio contratual é a alteração das circunstâncias do negócio, sendo causa, portanto, de revisão contratual. Questão de profundos debates doutrinários, surge no Direito Medieval sob a roupagem da cláusula “*rebus sic stantibus*”⁸¹, considerada implícita em todos os ajustes de prestações sucessivas ou diferidas, trazia a ideia de que a prestação deveria ser cumprida, desde que as circunstâncias do negócio permanecessem as mesmas, ou seja, se ocorresse algo imprevisto que implicasse em situação de desequilíbrio de prestações, o negócio poderia ser revisto ou ser invalidado.

⁷⁸ Art 4º. e inc. III do CDC: Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

⁷⁹ Art. 6º. e inc. V do CDC: Art. 6º São direitos básicos do consumidor: - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

⁸⁰ Tal artigo considera nulas de pleno direito quaisquer cláusulas contratuais (denominadas cláusulas abusivas) que estabeleçam prestações desproporcionais, deixando o consumidor em nítida desvantagem perante o fornecedor de produtos ou serviços, ou sejam incompatíveis com a boa-fé e ou com a equidade. (art. 51, IV do CDC)

⁸¹ “*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futueo rebus sic stantibus intelliguntur*”, na fórmula recolhida, dentre as diversas glosas e textos canônicos sobre o assunto, mas sempre preservando-se a idéia de condicionamento da promessa à permanência das coisas como estão. (BESSONE, Darcy. *Do Contrato: Teoria Geral*. p. 275).

Passada a fase medieval, no Estado Liberal a cláusula *rebus* perde força devido à concepção já aludida, de que então se considerava o equilíbrio contratual a partir do que as partes, dotadas de igualdade formal, haviam estabelecido, e a que se obrigavam de forma quase absoluta⁸².

Em 30 de março de 1916, devido à alta do carvão na cidade de Bodeaux, na França, o tribunal admite a revisão das tarifas devidas de luz e de água, sustentando que era possível intervir nos contratos de trato sucessivo ou diferido quando ocorressem fatos extraordinários ou imprevisíveis, nascendo, assim, a Teoria da Imprevisão.

Porém, antes mesmo desse acontecimento, em 1850, Windscheid formulava sua teoria da pressuposição, conforme explica Menezes Cordeiro:

[...] corresponderia a uma relação de dependência estabelecida pelo declarante, entre a declaração negocial e certos eventos ou estados de coisas. A sua eficácia emergia de ser cognoscível pela outra parte. Podendo reportar-se ao desaparecimento futuro de factos presentes na celebração ou à não concretização, no futuro, de eventos aguardados no desenrolar subsequente da situação, a pressuposição cobriria, de facto, hipóteses de alteração das circunstâncias de um contrato⁸³.

Tratava-se de uma condição implícita que, de conhecimento do outro contratante, caso não ocorresse, poderia resultar na revisão do contrato. Tal teoria foi incluída e depois retirada do projeto do BGB, por ser considerada deveras subjetiva, colocando em risco a segurança jurídica que se espera do negócio.

⁸² Exemplo disso o sempre citado julgamento, pelo Corte de Cassação Francesa, em 06 de março de 1976, do chamado caso do Canal de Craponne. Ocasão em que, recusou-se a majoração do preço, defasado por séculos (1576-1876), cobrado dos beneficiários do canal de irrigação, sob o argumento de que, conforme o art. 1134 do *Code*, vedava-se a intervenção do juiz, por maior que fosse a equidade que a inspirasse, para alterar cláusulas livremente pactuadas pelas partes. (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. p. 55).

⁸³ CORDEIRO, Antonio Manoel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. p. 960.

Em 1921, com Paul Oertmann, surge a teoria da base do negócio, determinando que existem fundamentos sobre os quais se firmam o negócio, ou sem os quais ele não se firma, mas diferentes dos motivos, porque não levam, propriamente, à decisão de contratar, mas constituem fundamentos para as partes, formando uma base subjetiva sobre a qual contratam⁸⁴

Essa teoria recebeu as mesmas críticas realizadas à teoria da pressuposição, pois também se considerava a alteração das circunstâncias a partir de uma visão subjetiva.

Outro renomado doutrinador a defender a teoria da base do negócio foi Karl Larenz, tentando definir uma base objetiva cuja quebra autorizasse a resolver ou rever o negócio. Para isso – daí a maior crítica ao seu pensamento – procurou distinguir a base subjetiva da objetiva do negócio.

Para Larenz, a base subjetiva do negocio seria:

[...] aquela representação mental comum dos contratantes pelas quais ambos tenham desejado guiar e fixar o conteúdo do contrato. A representação tem que haver induzido a concluir o contrato, não a uma senão a ambas as partes⁸⁵.

Nessa senda, Larenz exemplifica um empréstimo em rublos, para ser pago em marcos, de valor díspar pelo erro sobre a paridade da moeda russa, afirmando que nessa hipótese a quebra da base subjetiva se dá por erro dos motivos do negócio, devendo se verificar o regramento de cada sistema sobre o erro dos motivos⁸⁶.

⁸⁴ CORDEIRO, Antonio Manoel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. p. 1033.

⁸⁵ ...aquella común representación mental de los contratantes por la que ambos se han desejado guiar al fijar el contenido del contrato. La representación tiene de haver inducido a concluir el contrato no a una sino a ambas partes. (LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento dos contratos*. p.41).

⁸⁶ Idem, *ibidem*. p. 41.

Como se disse, Larenz também definiu a base objetiva do contrato, autorizando a revisão do contrato sempre que se destruísse, por alteração das circunstâncias, a relação entre a prestação e a contraprestação, e sempre que se frustrasse a finalidade de ajuste⁸⁷.

Em sua obra, cita como exemplo a decisão do Tribunal Supremo do *Reich*, de 1888, acerca do contrato de fornecimento mensal de aguardente, livre de impostos que, posteriormente, foram abruptamente aumentados, de modo que, para cumprir sua prestação, teria o fornecedor de pagar um imposto maior que o preço do fornecimento⁸⁸.

Outro exemplo utilizado por Larenz como rompimento da base objetiva são os casos de inflação extraordinária, de repentina desvalorização da moeda, como ocorreu com o marco alemão nos tempos da guerra; situação similar, ocorreu em nossa recente história, com os contratos de *leasing* pactuados em dólar, cujo valor quase duplicou nos meses de janeiro e de fevereiro de 1999.

Segundo Larenz, também é causa de rompimento da base objetiva a frustração do fim do contrato, citando como exemplo o contrato de um rebocador para desencilhar um navio que vem a ser frustrado pelo desencilhe natural e, ainda, a de uma encomenda de uma porta para a igreja que é destruída pela guerra, sendo impossível a reconstrução.

Tanto a Teoria da Base Subjetiva quanto a da Base Objetiva sofreram severas críticas no sentido de que não há como separar o objetivismo do subjetivismo e vice-versa, não há como analisar a base objetiva, por exemplo, sem o elemento psicológico das partes. Nesse sentido, afirma Menezes Cordeiro, que o conceito de base, preocupado em resolver situações concretas, baralha fenômenos diversos e encerram, em rigor, o que chama de “fórmula dogmática vazia”⁸⁹.

⁸⁷ LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento dos contrato*. p.225.

⁸⁸ Idem, *ibidem*. p.131-133

⁸⁹ CORDEIRO, Antonio Manoel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. p. 1048-1050.

Também não se pode deixar de considerar para a solução do problema da alteração das circunstâncias, a aplicação da boa-fé objetiva, de modo que não cabe à parte, de quem se espera uma conduta adequada de retidão moral, de lealdade e de cooperação nas relações contratuais, exigir da outra uma conduta nitidamente desvantajosa, em virtude da alteração das circunstâncias. Isto caracterizaria, sem sombra de dúvidas, uma conduta contrária à boa-fé, sendo possível a resolução ou a modificação do ajuste.

No novo Código Civil, a teoria de imprevisão está prevista sob o título da resolução por onerosidade excessiva, nos arts. 478 a 480⁹⁰, e permite que os contratos de execução continuada ou diferida sejam reequilibrados, se as partes acordarem, ou extintos, quando por fato superveniente, extraordinário e imprevisível ocorrer a onerosidade excessiva de uma das partes e a vantagem exagerada da outra.

No entanto, é importante ressaltar que, sempre que a alteração das circunstâncias causar o desequilíbrio contratual, poderá haver a sua aplicação, sendo absolutamente prescindível que o fato seja imprevisível e extraordinário, pois, a bem ver, é difícil não poder prever algum fato, mas ao mesmo tempo é difícil, senão impossível, prever todos, portanto basta que o fato não tenha sido previsto pelas partes no momento da pactuação.

Nesse sentido, assevera Rogério Donnini:

Embora a modificação desse requisito pudesse ensejar até mesmo a descaracterização da cláusula *rebus sic stantibus*,

⁹⁰ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

entendemos que bastaria a existência de um acontecimento superveniente e imprevisto para a aplicação dessa teoria, e não um fato extraordinário e imprevisível. Se, v.g., os contratantes celebram uma avença em determinado momento de estabilidade econômica e, posteriormente, ocorre um enorme desequilíbrio contratual provocado pelo súbito e elevadíssimo aumento de preços, seja por interferência governamental ou outro motivo capaz de causar excessiva onerosidade a uma das partes, tornando praticamente impossível o cumprimento da obrigação, pode-se afirmar que existiu, nesse exemplo, um fato imprevisto, mas não imprevisível e extraordinário. Em sendo assim, bastaria a existência de um fato imprevisto, vale dizer, um fato que se fosse previsto não teria levado os contraentes à celebração do pacto, para que o Poder Judiciário interferisse no contrato, a pedido do interessado, modificando a cláusula ou cláusulas que estabelecessem prestações desproporcionais ou causassem excessiva onerosidade a qualquer dos contratantes, ou ainda para que fosse extinta a relação contratual, desde que requerida a sua resolução⁹¹.

Não se pode olvidar que o Código de Defesa do Consumidor segue essa linha de raciocínio, basta que o fato superveniente torne a prestação excessivamente onerosa, causando o desequilíbrio contratual. Nesse ponto, segundo Claudia Lima Marques, o CDC aplica a teoria da base objetiva⁹², embora, o seu precursor Karl Larenz, tenha colocado a imprevisibilidade como requisito de aplicação⁹³.

Portanto, é possível afirmar que houve uma mudança de paradigma no que tange à alteração das circunstâncias do contrato. Na teoria da imprevisão em sua visão clássica, o fundamento da revisão ou da extinção do contrato era a extraordinariedade e a imprevisibilidade do fato superveniente; atualmente, o

⁹¹ DONNINI, Rogério Ferraz. *A Revisão dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. p. 65-66.

⁹² Art 6º e inc. V do CDC: Art. 6º São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;.

⁹³ MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p.414-415.

fundamento será a manutenção do equilíbrio contratual em face de um fato superveniente que, simplesmente, não foi previsto pelas partes na conclusão do contrato.

1.3.3 A boa-fé objetiva

Oriundo do princípio constitucional da solidariedade, o princípio da boa-fé objetiva, previsto genericamente no art. 113⁹⁴, traz a interpretação dos negócios jurídicos segundo a eticidade⁹⁵, que deve se esperar das partes na relação contratual e como regra de conduta no art. 421⁹⁶, o dever de lealdade e de cooperação, antes, durante e mesmo após a extinção do negócio.

Aqui, consideramos a obrigação como uma relação complexa, que não se limita apenas à prestação principal, mas também às prestações acessórias ou aos deveres acessórios, como já demonstrado.

É a intensa manifestação do princípio da boa-fé objetiva nas obrigações e nos contratos que resulta nos deveres de conduta das partes que compõem o negócio jurídico, dever de ser honesto, reto, leal, correto e probo uns com os outros⁹⁷, ou seja, as partes devem cooperar para o fiel cumprimento do contrato, e, por óbvio, não podem ter a intenção de obter vantagem indevida em tal relação, enriquecendo indevidamente às custas da outra parte⁹⁸. Diferente do que ocorre com a boa fé subjetiva que consiste no estado psicológico de não ter ciência da antijuridicidade ou do potencial ofensivo de determinada situação jurídica.

⁹⁴ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁹⁵ Segundo o prof. Miguel Reale, a Eticidade é princípio que rege o novo Código Civil, juntamente com a Sociabilidade e a Operacionalidade.

⁹⁶ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁹⁷ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. p. 20-21.

⁹⁸ Ver NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

Martins Costa alude à boa-fé e às obrigações duradouras, o que pode ser perfeitamente aplicado aos contratos duradouros ou de execução continuada, definidos como aqueles em que o adimplemento sempre se renova sem que se manifeste alteração do débito até seu término, pelo alcance do termo ou pela denúncia. Nessas relações, expõe a autora, deve haver uma ordem de cooperação sendo desenvolvida como um processo, considerando a obrigação como processo⁹⁹.

Como já dito alhures, tal dever de conduta deve ser observado antes, durante e após a relação contratual, o que resulta nas teorias da responsabilidade pré e pós-contratual.

A responsabilidade pré-contratual pode se configurar quando antes da celebração definitiva do contrato é criada uma falsa expectativa para a outra parte que lhe vem a causar danos, por exemplo, a negociação de um contrato de incorporação em que a empresa incorporadora, depois de realizadas altas despesas com auditorias, acesso aos segredos da empresa a ser incorporada, desiste injustificadamente do negócio¹⁰⁰.

A responsabilidade pós-contratual caracteriza-se quando após a extinção do contrato ocorre a violação do dever de boa-fé, por exemplo, a quebra do sigilo profissional; ainda que o autor não tenha expressamente assumido a obrigação negativa, após extinto o contrato não se espera que a conduta de uma das partes seja divulgação ou utilização indevida de dados sigilosos ou estratégicos da outra para obter vantagem indevida. Isso ocorre com muita frequência nas relações de consumo, nas garantias contratuais e legais, que são obrigações que permanecem após o adimplemento do objeto do contrato, ou seja, a compra e a venda.

⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. p. 69.

¹⁰⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de, *Função Social do Contrato*. p. 82-83.

Sustenta Bueno de Godoy que o princípio da boa-fé objetiva possui tríplice função no que tange a sua aplicação nas relações contratuais, quais sejam: interpretativa, supletiva e corretiva (ou de controle)¹⁰¹.

Na aplicação da função interpretativa, o negócio deve ser interpretado conforme a lealdade que se espera das partes. Ao se verificar a intenção delas ao pactuar, o intérprete partirá do pressuposto de que as partes não têm a intenção de se prejudicar e, conseqüentemente, têm a intenção de cumprir prestações justas e equilibradas.

Na função supletiva, a boa-fé objetiva, além de dar suporte à colmatação de lacunas no contrato, cria o que vem a ser chamado de deveres instrumentais, secundários, acessórios ou de conduta.

Os deveres acessórios se subdividem em deveres de proteção, de modo que as partes devem na medida do possível mutuamente se proteger para garantir o cumprimento do contrato, inclusive proteger-se de terceiros. Nesse sentido, sustenta Ettore Nanni que o “terceiro tem o dever geral de não importunar o desenvolvimento e cumprimento da relação obrigacional¹⁰²”.

Há o dever de informar, no sentido de que as partes devem prestar todas as informações relevantes ao negócio jurídico¹⁰³ em todas as suas fases ou seja, nascimento, desenvolvimento e adimplemento, como já demonstrado. É importante frisar que esse dever abrange as informações que sejam relativas ao negócio, não se pode chegar ao exagero de exigir que as partes declarem suas preferências, culinárias, sexuais, tipo sanguíneo etc., se tais dados não tiverem identificação com a relação negocial.

¹⁰¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de, *Função Social do Contrato*. p 76.

¹⁰² NANNI, Giovanni Ettore. *O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade*. p. 315.

¹⁰³ Em verdade, prestar todas as informações relevantes ao negócio no momento de sua celebração, já era dever das partes, sob pena de nulidade relativa por dolo, no entanto, é importante ressaltar que nessa hipótese o foco principal é a manifestação perfeita da vontade no negócio, em momento posterior se a preocupação com a preservação da lealdade das partes.

E por fim, há o dever de lealdade ou de cooperação, que, segundo Ettore Nanni, pode implicar um comportamento ativo de colaborar ou de proporcionar o adimplemento da prestação ou um comportamento passivo, no sentido de não obstar nem prejudicar o cumprimento da prestação pela outra parte¹⁰⁴.

Quanto à função corretiva, podemos verificar o dever de boa-fé em diversos dispositivos de nosso ordenamento que são aplicados pelos tribunais. Vejamos alguns:

A legislação consumerista determina que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em nítida desvantagem perante o fornecedor, as cláusulas abusivas.

A proibição do comportamento contraditório, *venire contra factum proprium*, tem base na confiança das partes. Podemos citar a pessoa que vende o estabelecimento comercial a empresa e o cnpj para que o comprador adquira mercadorias e, depois, sem explicação justa, cancela a compra.

O *tu quoque*¹⁰⁵, como afirma Menezes Cordeiro¹⁰⁶, quem descumpra dever contratual atenta contra a própria dependência genética, condicional e funcional dessa prestação a que está ligado, alterando a harmonia e estrutura do contrato, por isso não pode tencionar exigir a prestação de outra parte ou se beneficiar de alegação defensiva de descumprimento de ajuste que, antes, já havia descumprido.

¹⁰⁴ NANNI, Giovanni Ettore, *O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade*. p. 310.

¹⁰⁵ A origem da expressão está no grito de dor de Julio César ao perceber que seu filho adotivo Bruto estava entre os que atentaram contra sua vida (*Tu quoque, fili?* ou *Tu quoque, Brute, mi fili?*)

¹⁰⁶ CORDEIRO, Antonio Manoel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. p. 845.

Para Fernando Noronha¹⁰⁷, o *tu quoque* constitui o desleal exercício ou não exercício de direitos, por exemplo, a condição cuja realização se impediu ou provocou ou, o devedor que não dá conhecimento ao fiador das exceções pessoais que têm sobre ele e depois as invoca.

A *exceptio non adimpleti contractus*, que pode ser oposta pela parte atingida pelo inadimplemento contratual, caracterizando motivo justo para não cumprir a sua parte da prestação, tendo em vista o descumprimento apresentado anteriormente pela outra parte.

E ainda, a função social do contrato, que será tratada a seguir, traz em seu conteúdo o dever de retidão, proveniente da boa-fé, uma vez que as partes, ao elaborarem o contrato, sendo honestas e justas, naturalmente atenderão os anseios da sociedade em relação ao contrato pactuado.

1.3.4 O princípio da função social do contrato

Outra mudança significativa no que tange aos princípios contratuais se manifesta com a alteração do papel do contrato na sociedade. É importante frisar que no Estado Liberal o contrato já tinha uma importante função na sociedade, que era, e até hoje continua sendo, a função de possibilitar a circulação de riquezas. Com as mudanças dos valores que regem o direito privado, o contrato passa a ter, além da função de circular riquezas, outras funções na sociedade como será abordado a seguir.

Importante salientar, conforme expõe Lorenzetti, que a nova moldura dos contratos possui um evidente efeito distributivo, ou seja, um efeito que transcende a “privacidade” das partes e leva esse negócio jurídico a uma mudança de enfoque¹⁰⁸.

¹⁰⁷ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 189-191.

¹⁰⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. p 541- 542.

A liberdade de contratar, ou seja, a autonomia privada, deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato, assim preceitua o art. 421 do Código Civil, sendo que a função social do contrato, além da antiga e precípua função deste instrumento jurídico de circulação de riquezas, deve se atender aos anseios da sociedade, ou seja, em outras palavras, o contrato deve ser benéfico à sociedade, ou, pelo menos, não lhe trazer prejuízos.

Esse princípio tem seu berço na função social da propriedade, prevista no art 5º, inc. XXIII da Constituição Federal, e no art. 1228, § 1º do Código Civil¹⁰⁹, pois a propriedade está prevista em nossa Carta Magna como um direito e uma garantia individual¹¹⁰, não só o direito de propriedade de bens imóveis, mas também os móveis, bens tangíveis ou intangíveis, ou seja, todo cidadão tem direito garantido de possuir seu próprio patrimônio.

A circulação do patrimônio entre as pessoas, ou a circulação de riquezas, se dá por ato “*inter vivos*” através do contrato que, funcionalizado, instrumentaliza a aquisição de bens vitais à pessoa humana, marcado não só pela necessidade de atendimento do interesse da parte, mas também pelo atendimento aos valores e aos interesses sociais¹¹¹

É bastante nítida a relação deste princípio com a dignidade da pessoa humana, o mandamento considerado como mais importante em nosso ordenamento jurídico.

Portanto, um contrato que desrespeite a dignidade da pessoa humana, além de violar o valor principal de nosso ordenamento, não estará de acordo com os limites que a sociedade impõe a este negócio jurídico.

¹⁰⁹ Art. 5º. XXIII da CF. A propriedade atenderá a sua função social; Art 1228, §1º do CC. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

¹¹⁰ Art. 5º. XXII da CF. É garantido o direito de propriedade,

¹¹¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. p 125.

Também se relacionam a função social do contrato e a dignidade da pessoa humana com o princípio do solidarismo, previsto no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal¹¹², de modo que o contrato, no seu aspecto positivo, deve promover também a justiça social, ou seja, a igualdade substancial de Aristóteles, disseminada por Rui Barbosa, deve-se tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais, na medida e proporção de suas desigualdades”, ou, pelo menos, não ser o mecanismo utilizado para promover a desigualdade ou a injustiça social.

Nesse sentido, Perlingieri afirma que o solidarismo e a igualdade são instrumentos e resultados da dignidade social do cidadão:

Uma das interpretações mais avançadas é aquela que define a noção de igual dignidade social como instrumento que “confere a cada um o direito ao próprio ‘respeito’ inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer suas próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes¹¹³.

Aplicando tal afirmação à relação contratual, entendemos a identificação da função social do contrato com o equilíbrio contratual, ou justiça contratual, de modo que cada parte na relação contratual deve ter condições de exercer sua liberdade jurídica de acordo com suas aptidões, ou seja, com suas diferenças. Segundo Nelson Rosenthal, o princípio do solidarismo provoca a transposição do indivíduo para a pessoa, de modo que a liberdade absoluta que permitia a cada parte atingir o máximo de suas potencialidades cede espaço para a projeção da pessoa que coexiste em sociedade¹¹⁴.

¹¹² Art 3º. da CF: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária

¹¹³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*, p. 37.

¹¹⁴ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil*. p. 173.

Ante o exposto, podemos concluir que a função social do contrato apresenta dois efeitos: o efeito “interpartes”, ou seja, entre as partes que participam do contrato, aplicando-se o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, e o efeito “ultrapartes”, também chamado de eficácia social do contrato.

Segundo Giovanni Ettore Nanni:

[...] os contratos atualmente cada vez mais interferem em terceiros, espalhando seus efeitos à comunidade, em que devem ser protegidas também as partes não contratantes, admitindo-se também a intervenção nos negócios quando o contrato não estipular uma função social, uma vez que o contrato não é mais limitado as partes, transcendendo e outorgando uma função social frente a toda a sociedade¹¹⁵.

Com isso, mesmo as partes que não participam do contrato, têm direitos que devem ser respeitados, ou seja, não podem ser violados em decorrência dos efeitos “ultrapartes” que o contrato produz na sociedade. Por exemplo, os contratos que considerando os efeitos “interpartes”, são justos e equilibrados, mas nos efeitos “ultrapartes” ferem normas de direito ambiental, como, infelizmente, é muito comum verificarmos em caminhões que, sendo o principal meio de transporte de mercadorias no Brasil, possuem motores desregulados, liberando a conhecida “fumaça preta” em nossa atmosfera, causando graves danos ambientais.

Os contratos de massa, de adesão, são elaborados aos milhares, ou muitas vezes aos milhões, com cláusulas abusivas que, segundo Massimo Bianca, são cláusulas que geram “danosidade social¹¹⁶”, e isso se fundamenta porque, além de gerar dano “interpartes” a cada aderente individual, gera dano “ultrapartes”, considerando-se a parcela da sociedade atingida pela injustiça

¹¹⁵ NANNI, Giovanni Ettore. *A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada*, in Renan Lotufo (Coord.). *Cadernos de Direito Civil Constitucional*. p. 186.

¹¹⁶ BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. p. 370.

contratual. Não se pode, além disso, desconsiderar que, mesmo que uma pequena parcela dos indivíduos, contestem tais cláusula perante o Judiciário, serão milhares de novos processos que sobrecarregarão ainda mais um serviço essencial que é financiado por toda a sociedade.

Ainda se relaciona com a função social do contrato a teoria da preservação do negócio jurídico, como ocorre no caso de erro, lesão em que o negócio, ao invés de ser anulado, pode ser modificado e conseqüentemente, preservado¹¹⁷.

A conversão substancial, prevista no art. 170 do Código Civil, permite que um contrato nulo seja convertido em outro válido, se contiver seus requisitos e se se puder concluir que as partes o teriam querido se soubessem da nulidade. Também se aplica à preservação do contrato a teoria do adimplemento substancial como obstáculo à resolução do contrato por inadimplemento, quando ele tiver sido quase que total ou consideravelmente cumprido, conforme a situação, cabendo o pedido de perdas e danos pela vítima do inadimplemento¹¹⁸.

A preservação dos contratos se justifica pelo fato de que as partes não celebram o negócio com a intenção de invalidá-lo, e, no que tange à função social, é interesse da sociedade que o contrato exista, permitindo a circulação riquezas de maneira digna e solidária¹¹⁹.

¹¹⁷ Art. 144. O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante.

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. (...)

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

¹¹⁸ ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. Recurso não conhecido. (REsp 469.577/SC, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 25.03.2003, DJ 05.05.2003 p. 310).

¹¹⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de, *Função Social do Contrato*. p. 170-174.

Capítulo II

1. Novação no Direito Romano

Esse instituto no direito romano exercia um importantíssimo papel nos direitos obrigacionais, pois naquela época, uma vez contraída a relação obrigatória, as partes não podiam mais alterá-la senão por uma nova obrigação que viesse a substituir a antiga, ou seja, pela novação¹²⁰.

Até meados do século XIX, o conceito de novação no direito romano não era muito diferente do conceito de novação contemporânea, tanto que esse conceito errôneo da novação romana influenciou as legislações civis do fim do século XIII e do início do século XIX, que, por sua vez, influenciaram as legislações posteriores.

Foi com a descoberta das Institutas de Gaio que se produziu uma verdadeira revolução no conhecimento do Direito Romano, em consequência do vulto dos esclarecimentos contidos em tais documentos. Em relação à novação, chegou-se à conclusão de que, apesar da novação romana e a novação moderna terem a mesma denominação e de serem institutos que entre seus efeitos produzem a extinção da obrigação, são institutos completamente distintos, questão que será demonstrada neste trabalho¹²¹.

Soriano Neto, em seu minucioso e aprofundado estudo sobre a novação, afirma que as melhores e mais completas definições da novação romana são as de Salkowsky e Keller¹²².

Salkowsky afirma que novação é a constituição de uma nova *causa debendi* para um *debitum* existente, pela qual é destruída a anterior *causa debenti*; define ainda como a extinção de uma obrigação existente pela criação

¹²⁰ CARVALHO, Souza. *A Novação em Direito Romano e em Direito Civil*. p. 15.

¹²¹ Soriano Neto afirma que no próprio direito romano o instituto transformou-se: “essa transformação começou a se processar no fim da época clássica e se completou no direito justiniano”, de modo que a novação romana passa a se identificar com a novação contemporânea (SOUZA NETO, José Soriano de *Da Novação*. p.9. *nota de rodapé n. 5*).

¹²² *Apud* SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 17.

de uma nova que recebe em si o conteúdo material da primeira; e, por último, define de maneira breve como o transporte do seu conteúdo material em uma nova obrigação.

Keller define a novação como a transformação de uma obrigação, ou seja, o transporte de material substancial de uma obrigação em uma nova obrigação formal.

Ao verificarmos os elementos que compõem a novação romana, veremos com impressionante nitidez a distância que a separava da novação moderna.

2.1 Requisitos constitutivos da novação romana

2.1.1 A *Stipulatio*

O mais importante elemento, e ao mesmo tempo requisito indispensável à novação, era a *stipulatio*, pois os outros não passavam de desdobramentos ou consequências desse, exceção feita ao *animus novandi*.

A *stipulatio* era um contrato verbal, solene, composto de simples pergunta e determinada resposta. Tratava-se de um contrato unilateral, formal e abstrato, cujo valor jurídico resultava não do simples fato da promessa, mas do emprego da forma legal preestabelecida, sem se considerar a causa, ou seja, as circunstâncias em que ela se realizou¹²³ era o mais importante contrato do direito romano¹²⁴. Explica a forma verbal da *stipulatio* a aversão que os romanos tinham às formalidades escritas dos documentos¹²⁵

Segundo Moreira Alves, a *stipulatio* apresentava os seguintes requisitos:
a) *oralidade*: por ser contrato verbal, a obrigação surge com a simples prolação das palavras solenes; em virtude disso, não podia celebrar este contrato o

¹²³ Apud SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p 19.

¹²⁴ Ver ALVES, José Carlos Moreira, *Direito Romano*. p. 498 - 504.

¹²⁵ MARKY, Tomaz. *Curso elementar de Direito Romano*. p. 120.

mudo; b) *presença das partes*: sendo orais a pergunta e a resposta que constituem a *stipulatio*, tais atos não poderiam ser realizados entre ausentes; c) *unitas actus* (unidade do ato): era requisito essencial da *stipulatio* que a resposta ocorresse imediatamente após a pergunta; d) *conformidade rigorosa entre a pergunta e a resposta*: na resposta o promissor tinha que utilizar o mesmo verbo empregado pelo estipulador, caso contrário a *stipulatio* seria nula¹²⁶.

No direito romano, ao compararmos os contratos formais aos contratos de boa-fé, como eram a compra e venda, a locação, o mandato, a sociedade etc., verificamos a superioridade e as vantagens que o contrato formal tinha sobre o contrato de boa-fé, de modo que, nesse contrato, o credor que quisesse cobrar seu título teria que indicar a causa e prová-la, uma vez que fora dela o contrato não poderia existir abstratamente. Tal situação não ocorria com a *stipulatio*, que, como contrato formal, bastava a pronúncia da forma legal para assegurar ao estipulante a cobrança do crédito, independentemente de qualquer indagação a respeito da causa.

Afirma Camargo Vianna que a utilidade prática do instituto é evidente, pois pela *stipulatio* convertiam-se obrigações naturais ou causais em obrigações formais, daí a extrema simplicidade da manipulação¹²⁷.

Era natural que o titular de um direito de crédito oriundo de um contrato de boa-fé, o qual, levando a juízo, permitiria ao juiz uma larga investigação sobre as circunstâncias em que foi produzido¹²⁸, recorresse à *stipulatio* para, revestindo o seu direito de uma forma legal mais severa e enérgica, pudesse fazer uso de um meio de cobrança mais simples e seguro.

Portanto, a *stipulatio* blindava o credor contra as complicações e dificuldades em torno da causa e ainda no que tange às consequências da

¹²⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. p. 500.

¹²⁷ VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A Novação*. p. 9.

¹²⁸ Nos contratos de boa-fé o juiz tem um campo de apreciação mais elástico e alcança limites que a lealdade (boa-fé) estabelece nos contratos (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, p. 477).

bilateralidade¹²⁹. Tratava-se de uma verdadeira obrigação formal que o direito moderno só veio a igualar com a obrigação cambial.

No entanto, cumpre ressaltar que no direito romano pós-clássico apenas o cumprimento do formalismo da *stipulatio* era suficiente para realizar a novação, independentemente, portanto, da intenção das partes; ela começa a entrar em decadência, passando a exigir também o *animus novandi*, ou seja, a inequívoca demonstração da intenção de novar como requisito para a ocorrência da novação¹³⁰, como será demonstrado adiante.

2.1.2 A identidade de objeto

O segundo elemento constitutivo da novação romana é a identidade de objeto das duas obrigações. Tanto as institutas de Gaio como o Digesto não tratam de mudança de objeto, aliás, diferentemente do que ocorre na novação atual, da leitura dos textos se conclui que sem o objeto não pode haver novação¹³¹, e mais: na novação romana não havia a possibilidade de alteração do objeto, que permanecia inalterado, o que se alterava era o vínculo da obrigação.

Com isso, ao contrário do que ocorre com a novação objetiva atual, a novação romana produzia três efeitos jurídicos, quais sejam, o de criar, transferir e extinguir uma obrigação¹³². Isto ocorre porque a dívida é transferida, o que se extingue é a relação obrigacional com a criação de uma nova obrigação, a dívida permanecia a mesma¹³³.

¹²⁹ Importante ressaltar que, no campo da aplicação prática da novação, essa não se limitava apenas a transformar obrigações de boa-fé em obrigações formais em benefício do credor, oferecendo-lhe meios de cobrança mais simples e enérgicos. Ela se realizava também em benefício do devedor através da *acceptilatio*. O poder destrutivo da *acceptilatio* equipara-se à força obrigatória da *stipulatio*, em ambos os institutos havia a completa abstração da causa, ou seja, não importava o motivo que tinha o credor a realizar a *acceptilatio*, uma vez realizada a respectiva fórmula, libertava-se o devedor tendo havido ou não o pagamento, pois era uma forma solene de liberação. Afirmo ainda Soriano Neto, com base em Gaio, que, se a obrigação não fosse constituída verbalmente, deveriam as partes através da *stipulatio* realizar a novação para em seguida destruir a nova obrigação através da *acceptilatio*. (SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 27).

¹³⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. p. 456.

¹³¹ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 28.

¹³² CARVALHO, Souza. *A Novação em Direito Romano e em Direito Civil*. p. 24.

¹³³ idem, *ibidem*. p. 25.

Nesse sentido, Souza Carvalho nos traz partes do Digesto:

Basta ter em vista o princípio da Lei 1, DIG. Liv . 46, tít. 2 “Novação é transferir ou translatar a obrigação da dívida anterior para outra obrigação civil ou natural, isto é, enquanto se constitui uma nova obrigação pela causa antecedente, de modo que se extinga a primeira, porque a novação de diz de coisa nova e de obrigação nova¹³⁴”.

E ainda:

No Digesto liv. 45, tit. 1, lei 20, encontramos definitivamente a impossibilidade de se fazer novação por mudança do objeto. Ali se diz: Devemos saber que nas estipulações há tantas estipulações diversas, quantas são as quantidades, tantas estipulações quantas espécies: donde segue que, se numa segunda estipulação se adiciona uma quantidade ou uma espécie que não estava compreendida nas precedentes estipulações; não há novação, mas esta adição faz com que haja duas estipulações¹³⁵.

Traz ainda o autor alguns exemplos como, o que devo pra Paulo, pago para Mauro¹³⁶; tenho dois devedores e um terceiro declara se obrigar por aquelas dividas¹³⁷.

Essa similitude de objeto chega a ser contestada por alguns autores, no que tange ao período justinianeu, pois há relatos de pagamentos realizados através de prestações distintas, os quais alguns autores consideram novação.

¹³⁴ “*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio: hkc est cum ex precedenti causa ITA NOVA CONSTITUATUR, ut prior perimatur. NOVATIO enim A NOVO NOVEM ACCEPIT, ET A NOVA OBLIGATIONE*”(CARVALHO, Souza, *A Novação em Direito Romano e em Direito Civil*. p. 24).

¹³⁵ “*Scire debemus in stipulationibus tot esse stipulationes quot species sunt. Sccondum quod evenit ut, mixta una soma vel specie, quoe non fuit in proecedebti stipulatione, non fiat NOVATIO sed efficit duas esse STIPULATIONES*”(Idem, *ibidem*. p. 25).

¹³⁶ idem, *ibidem*. p. 24.

¹³⁷ idem, *ibidem*. p. 25.

Soriano Neto realiza um minucioso estudo dessa situação e conclui, com base em Gide, que o que havia em verdade era a confusão entre a dação em pagamento e a novação, de modo que o devedor que para pagar sua dívida oferece outra coisa que não a devida, não faz um pagamento propriamente dito, e sim um ato análogo ao pagamento, uma dação em pagamento¹³⁸.

Da análise da jurisprudência romana, verificam-se casos em que se anulava a obrigação anterior, quando se averiguava que fora estipulada outra para substituí-la; no entanto, em tais casos, afirma Soriano Neto, não havia a verdadeira novação romana, e sim uma extinção *ipso jure*, em face dos princípios de direito civil¹³⁹.

Desta análise, verifica-se que a partir do direito romano pós-clássico, o entendimento da novação na jurisprudência romana passa realmente a sofrer alterações, de modo que se passou a admitir a possibilidade de alteração do objeto, ou novação objetiva. No entanto, tal novação nunca chegou a ser positivada no direito romano, por isso a negativa dos ilustres doutrinadores.

2.1.3 O elemento novo

Entre a obrigação antiga e a nova obrigação devia haver um elemento que as diferenciasse, algo de novo, pois, se as partes reproduzissem integralmente a obrigação antiga, havia apenas sua confirmação, não haveria novação¹⁴⁰.

A exigência desse requisito apresenta-se em harmonia com o requisito da identidade de objetos, pois o *quid novi* deve apresentar-se nos outros elementos constitutivos da obrigação, e não, obrigatoriamente, em seu objeto.

¹³⁸ SOUZA NETO, José Soriano de, *Da Novação*. p. 40.

¹³⁹ Idem, *ibidem*. p. 41.

¹⁴⁰ Tal afirmação vem do princípio geral de direito civil que dispõe que “quem promete duas vezes a mesma coisa, não é obrigado senão uma só vez, ou seja, credor tem somente uma ação contra o devedor” (Idem, *ibidem*. p. 48).

Pretendeu-se dar identico significado ao *aliquid novi* existente no direito antigo e clássico e do direito pós-clássico ou justiniano. No direito romano antigo e clássico, o *aliquid novi* representava uma mudança intrínseca na obrigação, é elemento constitutivo da novação, imprescindível, juridicamente, para a realização desta, ao passo que no direito pós-clássico ou justiniano, constitui apenas um elemento de prova, de fato, que se relaciona com o *animus novandi* que, nessa fase do direito romano, acaba por absorver o *aliquid novi*.

Soriano Neto afirma que, em verdade, o *aliquid novi* era requisito obrigatório da novação no caso de ambas as obrigações, a antiga e a nova, apresentassem a forma de *stipulatio* e entre as mesmas pessoas, de modo que, se fosse um contrato de boa-fé, não havia tal exigência, aliás, a própria mudança de forma, de boa-fé para *stipulatio*, era suficiente para caracterizar a clara distinção entre as duas obrigações¹⁴¹.

As mudanças que constituíam o *aliquid novi* como requisito essencial da novação seriam, no caso de sucessão de estipulações: mudança na pessoa do credor ou devedor, adjunção ou supressão de um credor ou devedor, adjunção de um novo contratante¹⁴².

1.1.4 A intenção de novar

A intenção especial manifestada pelas partes no sentido de novar, ou o *animus novandi*, não era requisito essencial da novação romana no direito antigo, pelo menos é o que se desprende da análise das Institutas de Gaio e seu confronto com as Pandectas.

Souza Carvalho expõe que o *animus novandi* na novação romana teve três épocas distintas: no direito antigo ele se unia unicamente à fórmula; no

¹⁴¹ SOUZA NETO, José Soriano de. **Da Novação**. p. 49

¹⁴² Idem, *ibidem*. p. 53.

direito clássico à intenção, revelando-se pela fórmula; e em Justiniano, à intenção unicamente¹⁴³.

Em verdade, as modificações sofridas pela *stipulatio* também atingiram a novação. Tais alterações, que passaram a ocorrer no final do período clássico, transformam a *stipulatio*, que se caracterizava por ser um contrato absolutamente formal, abstrato, em um contrato que também poderia ser material, causal, em que se deve verificar a real intenção das partes.

Com isso, passamos a ter uma relativização das bases formalistas da novação e, doutrinariamente, passa a ser admitida a necessidade da demonstração inequívoca da intenção novatória.

Soriano Neto relata esse momento de transição na aplicação da novação:

A realidade, que a vida jurídica oferecia era outra: as antigas fórmulas de novação continuavam, pela sua construção, a produzir efeito extintivo, mas como regra legal de caráter não absoluto, como primitivamente, mas relativo, uma vez que as partes, por convenção especial, podiam afastá-la.

A consequência novatória absoluta, necessária e forçada das antigas fórmulas cede passo à categoria de simples presunções legais de novação, removíveis por cláusula em contrário¹⁴⁴

Somente mais tarde, em 530 d.C., é que Justiniano, numa constituição imperial, dispôs que apenas haveria novação quando, da *stipulatio*, decorresse a inequívoca vontade de novar. Com isso, o *animus novandi* passou a ser requisito indispensável para a ocorrência da novação¹⁴⁵.

¹⁴³ CARVALHO, Souza. *A Novação em Direito Romano e em Direito Civil*. p. 46-47.

¹⁴⁴ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 62-63.

¹⁴⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. p. 456.

Capítulo III

3. Novação no direito contemporâneo

3.1 Conceito de novação moderna

O instituto da novação no direito contemporâneo nada tem a ver com a novação romana. Enquanto no direito romano a novação através da *stipulatio* ocorria a transformação da obrigação mantendo-se o seu conteúdo material, na novação contemporânea as partes criam uma obrigação nova que extingue e substitui a antiga.

Silvio Rodrigues define a novação como “uma operação que, de um mesmo alento, extingue uma obrigação e a substitui por outra, que nasce naquele instante¹⁴⁶”. Já para Maria Helena Diniz: “A novação vem a ser o ato que cria uma nova obrigação, destinada a extinguir a precedente, substituindo-a¹⁴⁷”.

Camillo Giardina define: “A novação, além da extinção da precedente obrigação, prova o surgimento de uma nova obrigação, donde o seu nome¹⁴⁸”.

Judith Martins Costa apoiada em Serpa Lopes e Pontes de Miranda, define da seguinte maneira:

É uma forma de pagamento indireto que, ao mesmo tempo em que extingue o débito anterior, produz um novo débito, em um ato único, de modo que não apenas se assume uma nova dívida, se assume uma nova dívida no lugar de outra que se extingue¹⁴⁹.

¹⁴⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*. p. 199.

¹⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações*. p. 290.

¹⁴⁸ “La novazione, oltre l’estinzione della precedente obbligazione, provoca il sorgere di una nuova obbligazione, donde il suo nome” (GIARDINA, Camillo. *Studio sulla novazione nella dottrina del diritto intermedio*. p.16).

¹⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. p. 563.

Portanto, novação é o negócio jurídico pelo qual credor e devedor extinguem a obrigação anterior (*obligatio novanda*) criando simultânea e intencionalmente (*animus novandi*) uma nova obrigação. Possui duplo efeito jurídico, trata-se de um meio indireto de extinção da obrigação, pois a obrigação é extinta sem o seu cumprimento, por isso está disposta no Código Civil juntamente com outros institutos que também são meios indiretos de extinção da obrigação, por exemplo, a imputação ao pagamento, a dação em pagamento, a confusão, a compensação etc., e, simultaneamente, é fonte de obrigação, pois através desse negócio jurídico surge a nova obrigação, fiel à etimologia da palavra.

Representa um processo de simplificação, pois, por seu intermédio, dispensa-se o recurso de duas operações distintas, ou seja, a extinção da antiga obrigação e a criação de uma nova, obtendo as partes idêntico resultado através de um único negócio jurídico¹⁵⁰.

3.2. Novação como efeito do contrato

Apesar de muitos autores se referirem à novação como contrato de novação, ela é apenas um dos efeitos jurídicos possíveis do contrato. A doutrina em geral distingue os efeitos do contrato dos efeitos das obrigações, especificando os efeitos do contrato, como acordo de vontades que é, no que diz respeito a sua força obrigatória (inalterabilidade, irrevocabilidade, imprevisão, etc) e a relatividade (efeitos em relação aos contratantes, sucessores, terceiros, etc.)¹⁵¹.

O contrato como espécie de negócio jurídico produz efeitos de aquisição, de modificação e de extinção de direitos e, no que tange à novação, sempre será de um efeito do contrato, que extingue os direitos anteriores através da extinção da obrigação e produz o efeito de aquisição de uma nova relação obrigacional, por conseguinte, novos direitos.

¹⁵⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*. p. 199.

¹⁵¹ Ver DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. p. 103-144. BESSONE, Darcy. *Do Contrato – Teoria Geral*. p. 98-106.

Renan Lotufo explica:

Aqui há que se ter muito cuidado frente a doutrina estrangeira, visto que nos principais autores se encontra a referência ao contrato de novação, como se vê reiteradamente de Bianca, p. ex. à página 453: “*La novazione è un contratto solutorio a titolo oneroso*”¹⁵².

Camargo Vianna expõe:

A novação como a compensação e a confusão é efeito do contrato. Ela se vincula, pois, ao negócio jurídico posterior, como efeito deste, efeito que decorre *ipso jure*, desde que eficaz o contrato que a produz¹⁵³.

E ainda, Pontes de Miranda:

Por vezes se fala de “contrato de novação”. Não há contrato de novação, como não há contrato de compensação ou de confusão. Novação, compensação e confusão são *efeitos*. De modo que a expressão “contrato de novação”, só se há de entender “contrato a que se atribuiu eficácia novativa”. A eficácia novativa consiste em ser simultânea, *ipso iure*, ao nascimento do novo crédito e a extinção do anterior. Por isso mesmo que novação é eficácia, não se deve pôr no plano da existência o problema de ter havido ou não a novação. É problema do plano da eficácia¹⁵⁴.

¹⁵² LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Obrigações – arts. 233 a 420*, p. 356.

¹⁵³ VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A novação*, p. 17.

¹⁵⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo XXV, p. 102-103.

Jorge Giorgi ao analisar o Código Civil italiano afirma que nele a novação não é tratada como um negócio jurídico autônomo, ou seja, como um contrato de novação, e sim como o efeito de vários negócios contratuais possíveis. O Código italiano, assim como o nosso, ocupa-se unicamente de determinar as condições para que do contrato derive uma novação e o quanto se estendem os efeitos desta¹⁵⁵.

O mesmo autor louva o método adotado pelo Código Civil Alemão (BGB), que suprimiu o título da novação por não considerá-la uma figura autônoma de extinção das obrigações, mas como um efeito que pode nascer de cada transmissão ou sucessão na relação obrigacional¹⁵⁶.

Isso ocorre porque os contratantes não celebram o contrato com o único objetivo de novar, mas com o objetivo de se obrigarem a alguma coisa e, se essa nova coisa vier em substituição da coisa antiga, extinguindo-a, haverá novação como efeito do contrato e não como seu objeto.

3.3 Requisitos constitutivos da novação moderna

Para que a novação se configure, a doutrina clássica tem apresentado três requisitos, quais sejam, a existência de uma obrigação anterior válida (*obligatio novanda*), a intenção de novar ou inovar (*animus novandî*) e a extinção da obrigação antiga dando lugar a uma nova obrigação (*aliquid novi*)¹⁵⁷.

3.3.1 Validade das Obrigações

Sendo o instituto da novação a forma prevista no direito das obrigações para extinguir uma obrigação e criar outra, para que se aperfeiçoe, é

¹⁵⁵ GIORGI, Jorge. *Teoria de las obligaciones en el Derecho Moderno expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., etc.* p. 421.

¹⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 421.

¹⁵⁷ É controversa a exigência do *aliqui novi* como requisito de existência da novação, tal assunto será tratado mais à frente.

necessário que haja a existência de uma obrigação anterior sem a qual não será possível cogitar-se novação, pois não haverá o que novar.

Também é requisito da novação que a nova obrigação seja válida, pois, se a nova obrigação for inexistente, nula ou anulável, ou seja, declarada a inexistência ou a nulidade absoluta ou relativa, não haverá obrigação nova.

Nos termos do art. 367¹⁵⁸ do Código Civil, as obrigações extintas não poderão ser objeto de novação. Tal afirmação não precisava nem estar expressa em nossa lei civil, pois é óbvio que uma obrigação que se extinguiu pelos mais diversos meios admitidos no direito das obrigações (pagamento direto, indireto, remissão, etc) não tem o condão de produzir efeito algum no mundo jurídico.

No mesmo dispositivo temos que as obrigações nulas^{159 160} não poderão ser objeto de novação. Tais obrigações, possuem um vício que afeta a ordem pública, portanto, não produzem efeitos no mundo jurídico, nem tampouco, são suscetíveis de confirmação e, conseqüentemente, não podem ser novadas, visto que não há obrigação válida a extinguir.

Importante ressaltar que nesse caso, diferentemente das obrigações extintas, que se extinguíram pelas mais diversas formas permitidas em nosso ordenamento, as obrigações nulas existem, entram no mundo jurídico e só vão se extinguir através da sentença que declare a nulidade delas e pelo fato do ordenamento proibir que produzam qualquer efeito jurídico. Devido á gravidade do vício que as obrigações nulas possuem, não podem produzir o efeito de preencher um dos requisitos essenciais para a ocorrência da novação.

¹⁵⁸ Art. 367. Salvo as obrigações simplesmente anuláveis, não poderão ser objeto de novação, as obrigações nulas ou extintas.

¹⁵⁹ Judith Martins Costa afirma haver impropriedade terminológica na expressão “obrigações nulas”, pois a obrigação é efeito do negócio jurídico válido, sendo que não se irradiam quaisquer efeitos de negócio jurídico nulo, portanto, não há que se falar em obrigação nula e sim em negócio jurídico nulo (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. p. 616).

¹⁶⁰ Pontes de Miranda defende que a utilização das expressões “obrigações nulas e anuláveis” são de impropriedade gritante, alegando que não há obrigação nula, e sim negócio jurídico nulo, e negócio nulo não irradia obrigação (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo XXV, p. 106-107).

Apesar do dispositivo em questão não proibir expressamente as obrigações inexistentes, ou seja, que não preenchem os requisitos de existência dos negócios jurídicos¹⁶¹, também não podem ser objeto de novação, pois se não existem, portanto não há como se cogitar sua validade.¹⁶²¹⁶³

No que concerne às obrigações anuláveis, o art. 387 do Código Civil permite que ocorra a novação, pois o negócio jurídico anulável contém vício que não fere a ordem pública. A disposição legal que permite seu desfazimento visa à proteção do relativamente incapaz ou daquele que foi vítima de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude¹⁶⁴.

Nas obrigações anuláveis a parte prejudicada tem o direito de impugná-la pedindo a decretação que anule os efeitos do negócio. Enquanto a parte legítima não pedir a anulação do negócio, este produzirá efeitos, devendo à parte cumpri-lo até que se obtenha sua desconstituição em decisão transitada em julgado¹⁶⁵

Portanto, as obrigações anuláveis podem ser objeto de novação, pois podem ser convalidadas ou confirmadas, porém o ato de convalidação deve ser inequívoco, ou seja, o detentor, tendo ciência do vício deve expressamente

¹⁶¹ Ver, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva. 2000. p. 31 a 40.

¹⁶² Judith Martins-Costa, apoiada em Antonio Junqueira Azevedo e em Pontes de Miranda diferencia o ato jurídico inexistente e o ato jurídico inválido afirmando que o inexistente é o que se pretendeu ingressar no mundo jurídico, mas, por insuficiência de algum dos elementos necessários para sua existência - na classificação de Junqueira de Azevedo (op cit, pp. 31 a 40), nele não pode sequer se formar e ao ato inválido como sendo aquele que ingressou no mundo jurídico, mas não pode permanecer por deficiência de suporte fático, portanto a deficiência causa a invalidade assim como a insuficiência causa a inexistência (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. p. 617 a 620).

¹⁶³ Renan Lotufo, com apoio nos estudos intensos realizados por Torquato da Silva Castro, afirma que não há diferença prática alguma em diferenciar o ato jurídico inexistente do ato jurídico nulo (LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Obrigações – arts. 233 a 420, Vol 2*. p. 366 a 369).

¹⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações*. p. 292.

¹⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*, p. 621.

abrir mão de tal direito, submetendo-se às consequências do vínculo novado¹⁶⁶.

Isso se deve ao dever de informação que é um dos elementos que compõem o dever de boa-fé na nova teoria dos negócios jurídicos, portanto, para que ocorra a confirmação ou a ratificação do negócio anulável, o ratificante deve conhecer a causa da anulabilidade, o que lhe possibilitaria exercer a ação anulatória “Se for celebrada com pleno conhecimento do defeito que possibilitaria o exercício da ação anulatória, então sim, suportará a ratificação¹⁶⁷”.

Se a parte que pode pleitear a anulabilidade realizar a novação sem ter conhecimento do vício da obrigação novada, deverá ser protegida, visto que agiu com boa-fé, portanto a nova obrigação fica com sua eficácia extintiva suspensa enquanto não se suscitar a anulabilidade da obrigação anterior. Caso a obrigação anterior à novação seja anulada, o efeito da anulação atingirá também a nova obrigação¹⁶⁸.

Superado o problema da obrigação anulável que dá origem à nova obrigação, devemos agora verificar o que ocorre quando a obrigação primitiva não possua vício de anulação, e a nova obrigação proveniente da novação seja anulada.

Soriano Neto¹⁶⁹ dizendo apoiar-se na melhor doutrina, afirma que serão duas as possibilidades. A primeira é a de que a nova obrigação anulada pelo devedor será definitiva, no caso em que o credor, sabendo dos vícios que inquinam a nova obrigação, aceita-a em troca da antiga obrigação¹⁷⁰. A

¹⁶⁶ Nesse sentido afirma Silvio Rodrigues “Ora, a novação, derivada da vontade consciente do prejudicado, reflete seu desejo de ver prevalecer os efeitos do negócio, pois, se, concorda com a extinção da obrigação primitiva, porventura, suscetível de anulação, resigna a se submeter às consequências do vínculo novado” (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*. p. 206).

¹⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. p. 622.

¹⁶⁸ Cf. Maria Helena Diniz com apoio em Serpa Lopes (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações*. p. 292-293).

¹⁶⁹ SOUZA NETO, José Soriano de. *A Novação*. p. 124.

¹⁷⁰ VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A Novação*. p. 30.

segunda é a de restauração da obrigação anterior, anulada a nova obrigação pelo devedor, quando o credor não quis aceitar a troca senão até o ponto em que aquela seria válida e cumprida, quando o credor ignorava os vícios ou quando, os conhecendo, não tenha assumido o risco.

Renan Lotufo, com apoio em Antunes Varela, discorda frontalmente do entendimento acima exposto, afirmando que por ser um negócio eminentemente causal, sendo a novação considerada nula ou anulada a obrigação anterior, inevitavelmente renascerá com todas as suas eventuais garantias e acessórios^{171 172}.

Acrescenta à sua afirmação o exemplo do devedor que era relativamente incapaz e o credor tinha conhecimento, ou um devedor que foi coagido a realizar a novação pelo próprio credor. Nesses casos, independentemente da responsabilidade que atingirá o credor, a obrigação antiga renascerá¹⁷³.

Ainda no que tange à existência de uma obrigação válida como requisito essencial para que possa ocorrer a novação, temos a questão da possibilidade, ou não, da ocorrência da novação proveniente de uma obrigação natural.

A possibilidade da obrigação natural ser considerada uma obrigação válida preenchendo, assim, um dos requisitos necessários para a ocorrência da novação é tema bastante controvertido em nossa doutrina; contestam tal possibilidade os clássicos, Washington de Barros Monteiro¹⁷⁴, fundamentando que as obrigações naturais são insuscetíveis de pagamento compulsório, e JM Carvalho Santos¹⁷⁵, afirmando que a obrigação natural não é reconhecida pelo sistema antes do pagamento, portanto seria uma obrigação inexistente. Clóvis

¹⁷¹ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Obrigações – arts. 233 a 420*. p. 367.

¹⁷² Giorgi traz o exemplo da segunda obrigação cujo objeto sofre evicção, nesse caso ressurgem a antiga obrigação ou, como afirma o autor, melhor dizendo, a antiga obrigação não se extingue definitivamente. (GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., etc.* p. 489).

¹⁷³ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Obrigações – arts. 233 a 420*. p. 367.

¹⁷⁴ MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações – 1ª. parte*. p. 306

¹⁷⁵ SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XIII, art. 972 a 1.036*. p 154.

Beviláqua¹⁷⁶ também compartilha de tal posicionamento afirmando que “os interessados poderão sim, obrigar-se, civilmente, tendo em consideração o dever moral, que reconhecem, mas essa operação é a criação de um vínculo jurídico originário, não é novação”.

Giorgi entende o seguinte:

Nós não negamos a quem não está forçado por nenhuma obrigação civil, a faculdade de obrigar-se voluntariamente, com relação a um terceiro, a requerimento de um bem-feitor, ou de um Tício qualquer para com quem se encontrara ligado por dívidas morais ou de consciência, o direito de obrigar-se; porém agindo assim, certamente não efetuará uma novação, porque não extinguiria uma dívida que existia civilmente; não liberaria nada, porque a nada estava ligado. Criaria uma nova obrigação civil, que surgiria por espírito de liberalidade, ou uma doação causal ou remuneratória¹⁷⁷.

Antunes Varela, analisando a *mens legis* da obrigação, natural afirma:

O espírito da lei, ao reconhecer os deveres de ordem moral ou social que estão na base das obrigações naturais, é o de manter a espontaneidade do cumprimento, com a qual se deve considerar incompatível qualquer forma de coercibilidade jurídica, ainda que instituída pelo próprio devedor¹⁷⁸.

No entanto, a doutrina majoritária entende ser possível que a obrigação natural origine uma nova obrigação¹⁷⁹. Nesse sentido, afirma Soriano Neto:

[...] o nosso Código Civil, à semelhança de outros Códigos, reconhece a obrigação, atribui-lhe efeito jurídico, ainda que tão

¹⁷⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. P. 131.

¹⁷⁷ GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., etc.* p. 438.

¹⁷⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. p. 721.

¹⁷⁹ Cf. Pontes de Miranda, Serpa Lopes, Orlando Gomes, Soriano Neto, Rui Camargo VIANA, Silvio Rodrigues e outros.

limitado, como a irrepetibilidade, da irretratabilidade do pagamento, é claro que deixa de ser um simples dever moral e penetra no domínio jurídico¹⁸⁰.

Mais adiante:

Bem é de ver, em tais condições, que ainda se veja na obrigação natural, de que fala o artigo 970 do nosso Código Civil um simples dever moral, pode sobre ela repousar uma novação, por que um dever moral, que a lei torna cumprível, penetra até certo ponto, na esfera jurídica, é reconhecido pela ordem jurídica como uma obrigação imperfeita¹⁸¹.

Como exposto, os que defendem a possibilidade da obrigação natural dar ensejo a uma novação fundamentam tal ideia alegando que a obrigação natural possui efeito, ainda que limitado, no mundo jurídico. Esse efeito é o da *soluti retentio*, efeito suficiente para fazer que uma obrigação natural seja considerada uma obrigação válida, podendo ser objeto de novação.

Com a devida vênia a corrente majoritária, realmente não será possível que uma obrigação natural dê origem a uma nova obrigação através da novação, uma vez que a obrigação natural, também chamada de obrigação imperfeita, corresponde apenas a um dever moral ou social^{182 183} que não pode ser exigido juridicamente, como as dívidas de jogo, de alimentos que não caracterize obrigação civil, dívidas oriundas de disposição de última vontade não registradas em testamento e dívidas prescritas.

Essas obrigações existem apenas na consciência das pessoas que podem cumpri-las ou não, o único efeito que o ordenamento jurídico atribui é

¹⁸⁰ SOUZA NETO, José Soriano de. *A Novação*. p. 115.

¹⁸¹ Idem, *ibidem*. p. 116.

¹⁸² Serpa Lopes após minucioso estudo sobre a natureza jurídica da obrigação natural afirma que tal instituto se baseia nas exigências da regra moral, ou seja, da consciência individual da pessoa sobre o justo, o certo ou correto, o ético (LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil, Vol II, Obrigações em Geral*, p. 48 a 54).

¹⁸³ Antunes Varela define as obrigações naturais como *deveres morais ou sociais juridicamente relevantes* (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. p. 741).

que, se houver o cumprimento espontâneo, esse não caracterizará enriquecimento sem causa^{184 185}, diferente do que ocorria no Direito Romano, em que as obrigações naturais possuíam todos os efeitos das obrigações civis, inclusive se admitia a novação, só se subtraía das obrigações naturais, como ocorre ainda hoje, o direito de ação do credor contra o devedor.¹⁸⁶

Interessante observar que a obrigação natural só entra no ordenamento quando morre, daí a “tragédia da obrigação natural, que morre no mesmo instante em que vê a luz do dia¹⁸⁷”, ou seja, quando o dever ínsito na consciência da pessoa é adimplido, portanto antes desse momento, não há obrigação existente no mundo jurídico, de modo que, no nosso entender não há como ocorrer a novação. Podem até as partes pactuar que estão substituindo a obrigação natural por uma obrigação civil, mas, em verdade, estarão apenas criando uma obrigação civil.

Do mesmo modo, também não é pacífico o entendimento de que as dívidas prescritas são passíveis de novação, alegando os autores que a defendem, uma vez que o devedor pode renunciar seus efeitos pagando espontaneamente ao credor, e pode também novar uma dívida prescrita.

Nesse sentido, Soriano Neto afirma que tanto a dívida prescrita como a obrigação natural podem dar origem a uma nova obrigação:

Igual solução damos ás dividas prescritas, que não podem receber o mesmo tratamento que as obrigações extintas por pagamento, remissão, etc. Além de, na obrigação prescrita, subsistir o vinculo natural e admitir o cod. civ. o seu

¹⁸⁴ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. p. 721.

¹⁸⁵ Ver NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁸⁶ No Direito Romano, observa Orlando Gomes que a obrigação natural não dava o direito de ação ao credor para compelir o devedor a cumprir a prestação, como no nosso direito, porém se equiparava à obrigação civil quanto aos demais efeitos, ou seja, admitia compensação, podia ser reforçada por meio de fiança ou hipoteca, admitia a novação substituindo-a por uma obrigação civil. Desses efeitos, só restou no direito contemporâneo a *soluti retentio* (GOMES, Orlando. *Obrigações – atualizada por Edvaldo Brito*, p. 98.).

¹⁸⁷ Segundo Antunes Varela, citando Carnelutti, quando trata da natureza jurídica da obrigação natural, tal tese era chamada por alguns autores de *juridicidade póstuma* (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. p. 738).

cumprimento, é permitido á parte, a quem aproveita, renunciar a prescrição, expressa ou tacitamente, e, desse, modo, deve-se ver, na novação de uma dívida prescrita, uma renuncia tácita á prescrição consumada. A dívida prescrita pode, pois, ser novada¹⁸⁸.

Em sentido contrário, Antunes Varela:

O argumento tirado em sentido contrário do fato de o devedor de dívida prescrita poder pagá-la, apesar de sabê-la prescrita, renunciando à faculdade que a lei lhe confere, não se mostra procedente. A dívida, mesmo que esteja em condições de extinguir-se por meio da prescrição, não prescreve, se e enquanto o interessado não invocar esse meio¹⁸⁹¹⁹⁰. O simples decurso do prazo prescricional não extingue a obrigação civil¹⁹¹. Por conseqüência, quando o devedor, renunciando ao benefício da prescrição, paga a dívida prescrita, cumpre uma obrigação que, sendo *civil*, nunca deixou de o ser¹⁹².

Por uma questão de lógica, se uma obrigação natural não pode dar origem à novação, a dívida prescrita, que não tem exigibilidade, também não pode ser novada, portanto, quando credor e devedor substituírem dívida

¹⁸⁸ SOUZA NETO, José Soriano de. *A Novação*. p. 117.

¹⁸⁹ Cumpre salientar que recente reforma implementada no Código de Processo Civil brasileiro, através da Lei 11.280 de 2006, autoriza ao juiz reconhecer em qualquer caso *ex officio* a prescrição. Tal alteração é fortemente criticada pelos nossos processualistas. Para melhor ilustrar trazemos a posição de Humberto Theodoro Junior: "Sem embargo da reforma simplista do parágrafo 5, do artigo 219 do CPC, o juiz não terá como decretar "ex officio" a prescrição de direitos patrimoniais, senão quando no direito material houver semelhante previsão. A revogação do artigo 194 do CC, dentro de uma lei de reforma do CPC, não quebra o conceito e a natureza do instituto da prescrição, figura típica do direito material, reconhecida, como tal, pelo própria lei processual, artigo 269, inciso IV. Melhor seria revogar, "de lege ferenda" a infeliz inovação, mas, enquanto isto não se der, o dever do intérprete e aplicador da lei inovadora será o de buscar minimizar as impropriedades contidas em sua literalidade, e reduzir sua aplicação apenas às hipóteses compatíveis com a natureza, finalidade e sistema da prescrição, dentro do direito material" (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. p. 338.).

¹⁹⁰ Na IV Jornada de Direito Civil, realizada em outubro de 2006, foi aprovado o Enunciado 295 que determina: A revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei n. 11.280/2006, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no art. 191 do texto codificado.

¹⁹¹ A afirmação de que a dívida prescrita continua sendo obrigação civil é minoritária entre nossos doutrinadores (Francisco Amaral, *Direito Civil – Introdução*, p.596.).

¹⁹² VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol 1. p. 737.

prescrita por outra obrigação, o que estará ocorrendo, em verdade, será o nascimento de uma nova obrigação.

Ademais, o art. 367, *in fine*, do Código Civil deixa claro que não pode ser objeto de novação as obrigações nulas ou extintas, de modo que a prescrição da obrigação faz que ela perca sua exigibilidade jurídica e deve ter o mesmo tratamento de uma obrigação que nunca adentrou no ordenamento jurídico (nula ou inexistente).

Finalizando a questão, tal discussão possui importância apenas teórica, pois em termos práticos, neste caso, não há distinção entre a substituição e o nascimento de uma nova obrigação. Exemplificando, na situação da nova obrigação ser anulada, o que ocasionaria o ressurgimento da obrigação anterior, seja esta uma obrigação originária (cujo nascimento não deriva da novação) ou derivada (cujo nascimento deriva da novação), voltaremos a ter uma obrigação inexistente, ou seja, uma obrigação natural que, como já exposto alhures, só terá efeito reconhecido pelo direito se eventualmente for adimplida e, aplicando as duas interpretações aqui expostas, produzirá idêntico efeito.

3.3.1.1 Obrigações a termo e obrigações condicionais

Não há objeção à possibilidade de novação das obrigações a termo. Como se sabe, o termo é utilizado para determinar o início (termo suspensivo) ou o fim da força obrigatória do negócio jurídico (termo resolutivo) vinculando-o à ocorrência de um evento futuro e certo

Nas obrigações a termo não se discute a existência da obrigação, tanto é que pela certeza da ocorrência do evento as obrigações sujeitas a termo inicial geram direito adquirido¹⁹³, apenas a sua exigibilidade fica suspensa, em verdade, são obrigações puras e simples¹⁹⁴, portanto podem ser objeto de novação mesmo que o termo ainda não tenha ocorrido.

¹⁹³ Art. 131 do CC. O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito.

¹⁹⁴ SOUZA NETO, José Soriano. *Da Novação*. p 118.

Ocorrendo a substituição de uma obrigação a termo por uma nova obrigação, esta passa a produzir efeitos desde logo, a não ser que seja uma nova obrigação com termo inicial.

No que tange às obrigações condicionadas, que são aquelas cuja produção de efeitos estão sujeitos à ocorrência de um evento futuro e incerto, sendo tal evento essencial para que o negócio inicie seus efeitos (condição suspensiva) ou essencial para que o cessem tais efeitos (condição resolutiva), elas poderão ser novadas, porém só se considera definitivamente ocorrida a novação se se realizar a condição suspensiva, ou se não ocorrer a condição resolutiva a que estava subordinada a antiga prestação¹⁹⁵.

Isto se justifica porque, diferentemente do que ocorre com a obrigação a termo, a condição suspensiva suspende não apenas a exigibilidade, mas também a própria existência da obrigação¹⁹⁶, pois condiciona a existência da ação a um evento futuro e incerto, e a condição resolutiva, uma vez ocorrida, extingue a obrigação, impossibilitando assim a novação.

No entanto, nada impede que as partes pactuem a supressão da condição transformando a relação em uma obrigação pura existente e que, se for válida, poderá ser novada¹⁹⁷.

Importante questão a tratar é a hipótese de uma novação condicionada substituindo uma obrigação pura e simples. Neste caso temos de verificar as duas possibilidades de condição (suspensiva e resolutiva). Quanto à condição suspensiva, Soriano Neto expõe:

Si se trata de condição suspensiva, o credor, *pendente conditione*, não pode reclamar o cumprimento, nem da segunda

¹⁹⁵ SOUZA NETO, José Soriano. *Da Novação*. p 117.

¹⁹⁶ VIANA, Rui Geraldo Camargo, *A Novação*. p. 24.

¹⁹⁷ GIORGI, Jorge. *Teoria de las obligaciones en el Derecho Moderno expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., etc.* p. 489.

obrigação, que depende de uma condição suspensiva, nem da primeira, a que renunciou sob a mesma condição¹⁹⁸.

Estranho o posicionamento supracitado, pois, se a condição atua no plano da eficácia do negócio jurídico, enquanto ela não ocorrer, não há novação, isto porque a nova obrigação *pendente conditione* só substituirá a antiga obrigação quando a condição ocorrer. Além do que não se pode presumir que o credor da obrigação condicionada renunciou a antiga obrigação; é isso o que determina a regra geral do art. 114¹⁹⁹ do Código Civil, ao afirmar que a renúncia deve ser interpretada estritamente. Isto se dá, no caso em questão, pela incerteza que é elemento da condição, pois, se o evento nunca viesse a ocorrer, o credor teria praticado tal liberalidade, aumentando o patrimônio do devedor sem contraprestação equivalente.

Portanto, o credor que concordou em substituir uma obrigação simples por uma com condição suspensiva poderá exigir o cumprimento da obrigação primitiva enquanto não ocorrer o evento futuro e incerto, a não ser que tenha expressamente renunciado, aplicando-se a regra do art. 114 supracitado.

Giorgi discorda desse entendimento afirmando que nada impede que o credor na relação obrigacional aceite substituir uma prestação certa de menor valor por outra incerta de maior valor²⁰⁰.

No que tange à nova obrigação conter uma condição resolutiva, Soriano Neto entende o seguinte:

No caso de condição resolutiva, o credor pode pedir imediatamente o cumprimento da nova obrigação, e, si se realiza a condição, deve restituir o que recebeu, mas pode cobrar o devido na primeira (**Da Novação**. p 123).

¹⁹⁸ SOUZA NETO, José Soriano. *Da Novação*. p 123.

¹⁹⁹ Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

²⁰⁰ GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., etc.*, p. 488.

Quanto à possibilidade ou não da condição ter efeito retroativo, questão que foi muito debatida em nossa doutrina desde Clovis Beviláqua, não há óbice à retroatividade dos efeitos da condição resolutiva, fazendo que o negócio se desfça, assim como seus efeitos. Porém, deve-se atentar ao art. 128²⁰¹, que dispõe que nos negócios de execução continuada ou periódica não haverá tal retroatividade, salvo disposição em contrário, em conformidade com os ditames da boa-fé²⁰².

3.3.2 O elemento novo (*aliquid novi*)

O segundo requisito de existência a ser analisado é o *aliquid novi*, ou seja, o elemento novo, que diferencia a nova obrigação da obrigação antiga. Tal inovação pode ocorrer no polo ativo, no polo passivo ou no objeto da relação²⁰³.

Questão bastante controvertida é saber se o *aliquid novi* é essencial para que ocorra a novação, ou se bastaria o *animus novandi*, ou seja, a intenção de novar.

Tal questão vem sendo debatida desde a época dos textos romanos, quando a novação se apresentava de maneira bastante distinta da novação moderna, permanecendo até os dias atuais.

Os que defendem a imprescindibilidade do *aliquid novi* entendem que, caso a segunda obrigação seja idêntica à primeira, esta apenas estará confirmando-a, ou seja, não criará uma nova obrigação, daí o brocardo “*novatio a novo nomen accepit*”²⁰⁴.

²⁰¹ Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

²⁰² Ler a respeito da retroatividade da condição, AMARAL, Francisco, *Direito Civil – Introdução*, p. 494 a 499.

²⁰³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*. p. 206. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. p 576.

²⁰⁴ Ver GOMES, Orlando. *Obrigações*. p. 163. RODRIGUES, Silvio. idem, *ibidem*. MARTINS-COSTA, Judith. idem, *ibidem*; entre outros

Já os doutrinadores que demonstram um estudo mais apurado do instituto, em sua grande maioria²⁰⁵, entendem que o *aliquid novi* em verdade foi suprimido pelo *animus novandi*, de modo que uma obrigação que vem apenas a repetir a obrigação anterior pode substituí-la, se ficar caracterizada a intenção de novar das partes.

Soriano Neto expõe o seguinte:

Antes de tudo, surge a questão se, na falta de toda e qualquer mudança entre as duas obrigações, se pode operar a novação por declaração expressa das partes.

No enfrentá-la e resolvê-la não deve impressionar o jurista teórico o fato da suposta falta de objetivo e conseqüente raridade de semelhante convenção, a que se reportam alguns civilistas, porque a questão é, sobretudo de princípio.

E, em princípio, ousamos sustentar que, ainda, não havendo nenhuma diferença entre a primeira e a segunda obrigação, a novação se dará se as partes manifestarem sua vontade.

É possível que esta nossa afirmativa escandalize os juristas fossilizados e mumificados por um dogmatismo e um tradicionalismo caducos, rabugentos e intolerantes, incapazes, por defeito orgânicos de sua própria mentalidade, de evoluir, e desse jeito conceber e compreender a renovação dos quadros jurídicos. Pouco no-lo importa.

Alguns juristas exigem sempre um *quid novi*, ainda que a intenção de novar das partes se manifeste claramente. Mas, em existindo essa manifestação, não é preciso que o *quid novi* seja de natureza tal que, em si e por si, importe, novação. Assim, aquelas mudanças que no consentimento geral, não constituem por si sós, *animus novandi*, tácito, bastam para, ao lado da manifestação expressa ou resultante de outros fatos e circunstâncias, justificar a novação.

²⁰⁵ Ver LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil, Vol II, Obrigações em Geral*. p 299-300; VIANA, José Geraldo Camargo. *A Novação*. p. 31-33, SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. p 163-167. COSTA, Mário Julio de Almeida. *Direito das Obrigações*, p. 469.

Estamos de acordo com isto, mas o que não reputamos essencial e imprescindível é a exigência do *quid novi* no caso em que se manifeste, expressamente, a intenção de novar.

Poder-se-ia objetar que o Código Civil fala em nova dívida e de que, sendo a segunda absolutamente igual à primeira, se terá uma simples reprodução ou confirmação desta, e, conforme o caso, um mero contrato de reconhecimento, uma promessa de cumprimento, etc., mas nunca uma novação.

Pothier e Larombière, p. ex., são desse parecer.

Mas os que assim pensam esquecem de que, no direito moderno, é a vontade de constituir que empresta ao crédito caráter de novidade suficiente, para extinguir o anterior, que lhe serve de base ou a que ele se refere, embora nenhuma diferença exista entre eles.

Basta que o crédito seja constituído de novo para que se distinga do anterior, e, uma vez que as partes lhe dêem caráter extintivo, nada pode impedir a novação.

É isto que o grande Windscheid demonstra, magistralmente e em poucas palavras.

O novo direito de crédito, escreve ele, colocado no lugar do direito de crédito existente, pode distinguir-se do antigo pelo conteúdo da prestação, pela pessoa do devedor ou do credor por disposição acessórias, talvez também por nada, senão precisamente por isso que ele é constituído ex-novo, e por conseqüência, se bem que, inteiramente igual ao crédito anterior, não é contudo, idêntico ao mesmo²⁰⁶.

Como demonstra o autor, a questão aqui é principiológica, e o que se deve considerar é se houve ou não a intenção das partes, ou seja, o *animus novandi*. Se bem que, a rigor, sempre deverá haver algo novo, nem que seja, ao menos, nova data de pagamento, mas tal alteração não constitui o *aliquid novi*, pois este compreende alteração objetiva ou subjetiva na obrigação.

Ademais, a novação é efeito de um contrato que, por sua vez, é uma espécie de negócio jurídico e, por óbvio, deve ser interpretada como tal e, de

²⁰⁶ SOUZA NETO, José Soriano. *Da Novação*. p. 132-133.

acordo com os novos critérios de interpretação do negócio, torna-se ainda mais latente a fundamental importância da intenção das partes, de modo que o art. 112 do Código Civil de 2002 dispõe que “na declaração de vontade, se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada que ao sentido literal da linguagem”, portanto, se a obrigação nova apresenta o mesmo elemento objetivo e os mesmos elementos subjetivos da obrigação antiga, se for inequívoca a intenção das partes em novar, ou seja, o *animus novandi*, mesmo ausente o *aliquid novi*, o que deve predominar é a intenção das partes, portanto haverá novação.

2.2.3 A intenção de novar (*animus novandi*)

Não há novação sem que fique caracterizado o *animus novandi*, ou seja, a intenção de novar demonstrada pelas partes, que pode ser expressa ou tácita, porém inequívoca nos termos do art. 361²⁰⁷ do Código Civil.

O *animus novandi* é o elemento psicológico da novação. Para que esta ocorra, é indispensável que as partes, além de desejar extinguir uma obrigação e criar outra, desejem também que a criação da última seja a causa da extinção da primeira.

A verificação desse requisito é de fundamental importância para se verificar se houve efetivamente novação ou outro negócio jurídico, por exemplo, a dação em pagamento, o reforço da obrigação existente ou a transmissão da obrigação através da cessão de crédito, de débito ou de posição contratual.

O requisito do *animus novandi* para a validade da novação é conseqüência lógica da Teoria do Negócio Jurídico, afinal a novação nada mais é do que um dos efeitos possíveis do negócio jurídico, mais especificamente, do contrato; por isso, para que o negócio exista e seja válido, é requisito

²⁰⁷ Art. 361. Não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito, mas inequívoco, a segunda obrigação apenas confirma a primeira.

indispensável que haja a manifestação de vontade pura e perfeita das partes²⁰⁸.

Com a exigência do *animus novandi* expresso ou tácito, mas inequívoco, temos que a novação não se presume, ela deve ser inequívoca; se pairar qualquer dúvida, mesmo que levíssima, não haverá novação²⁰⁹.

O *animus novandi* expresso não traz maiores dificuldades de verificação, basta o uso de qualquer frase idônea para manifestar a vontade do credor de libertar o devedor da obrigação antiga aceitando em seu lugar uma obrigação nova²¹⁰, obviamente, em comum acordo com o devedor.

Já a ocorrência do *animus novandi* tácito é matéria deveras controversa, pois não há uma fórmula exata para verificá-lo, e diversas são as manifestações possíveis, de modo que o operador do direito deve ter o máximo de cuidado para identificar se houve ou não a novação tácita.

É importante ressaltar que o tácito não significa omissão ou inação²¹¹, a declaração tácita não se confunde também com a declaração presumida. Francisco Amaral afirma que a declaração presumida é aquela que, não sendo expressa, a lei deduz o comportamento do agente²¹².

Somente se admitirá a novação tácita como resultado de fatos que, uma vez praticados, não tenham outra explicação senão o ânimo de novar, por exemplo, a restituição do documento comprobatório da obrigação primitiva, ou

²⁰⁸ O Prof. Antonio Junqueira de Azevedo, demonstra a exigência da manifestação de vontade no plano da existência e da validade do negócio jurídico: “Temos portanto, *elementos essenciais à existência e elementos essenciais à validade do negócio jurídico*. Existente é, por exemplo, o negócio jurídico em que há a manifestação da vontade obtida por dolo, pois o elemento essencial a sua existência (*manifestação da vontade*) está presente. Mas esse negócio jurídico não é válido, porque o elemento essencial à sua validade é a *manifestação isenta de vícios*. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. p. 28.)

²⁰⁹ LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil, Vol II, Obrigações em Geral*. p. 300.

²¹⁰ GIORGI, Jorge. *Teoria de las obligaciones en el Derecho Moderno expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., etc.* p. 468.

²¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. p. 596.

²¹² AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*, p. 413.

a sua destruição pelo credor ao receber o título da obrigação nova²¹³. Pode ocorrer quando a novação for real, fragrante, inquestionável e o negócio expressamente declarar que não há novação²¹⁴.

Nesse sentido, afirma Soriano Neto:

Pode parecer a primeira vista que o afirmado está em flagrante contradição com o princípio fundamental por nós sustentado de que a novação moderna é uma questão de vontade... De efeito, o que se nos depara, aqui, é um choque na manifestação de vontade das partes: de um lado, operando um substituição das obrigações, que importa, em si e por si, evidente, real e flagrante novação, manifestam elas, com uma realidade e objetividade gritante, o seu *animus novandi*, de outro lado, com uma pura declaração verbal de que não fazem novação... É como se dissesse “Eu novo e não novo”²¹⁵.

Prossegue o autor, fundamentando seu entendimento, afirmando que tal manifestação, negando a intenção de novar, caracteriza ato insignificante para o direito por sucumbir diante da clareza evidente do fato, que demonstra a real intenção das partes²¹⁶.

Hodiernamente, fica ainda mais fácil fundamentar essa situação, basta aplicar os dois dispositivos fundamentais da interpretação do negócio jurídico oriundos dos novos valores que regem o direito privado. O art.112 do CC, já demonstrado, determina que na interpretação do negócio jurídico deve prevalecer a intenção das partes ao sentido literal da linguagem. Ora, se o negócio jurídico estabelece objeto distinto da obrigação anterior, extinção dos efeitos da mora e novos prazos para pagamento, o que mais pode ser senão a novação tácita? O art. 113 do CC determina que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração, ou seja,

²¹³ TJ/MG Apelação Cível nº 1.0040.05.030147-8/001, Relator: José Antônio Braga, Data de Publicação: 26/01/2009.

²¹⁴ Nessa hipótese se conservariam apenas as garantias, como será exposto em tópico específico.

²¹⁵ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 181-182. nota de rodapé.

²¹⁶ Idem, *ibidem*. p. 182. nota de rodapé

o intérprete, ao analisar o negócio jurídico, deve presumir que as partes são leais, honestas e, por isso, não podem apresentar o comportamento contraditório “novo e não novo”, deve prevalecer o fato sobre o ato explicitado.

Quando não houver declaração expressa das partes da intenção ou não de novar, no que tange à novação objetiva que ocorre pela mudança de objeto da obrigação, para que se caracterize o *animus novandi* tácito, a incompatibilidade das obrigações ou da *causa debendi* deve ser tal que permita induzir claramente a intenção de novar.

Haverá, por exemplo, novação com mudança de objeto, a obrigação de pagar certa quantia em dinheiro se transforma em obrigação de dar um semovente, um imóvel ou mercadorias, ou vice-versa²¹⁷.

Pode ocorrer novação por mudança na natureza da obrigação, quando, por exemplo, uma obrigação pura e simples é substituída por uma obrigação alternativa ou vice-versa, por ser evidente a mudança no objeto da obrigação uma vez realizada tal operação²¹⁸.

E ainda, pela alteração da *causa debendi*, quando, por exemplo, um contrato de doação for substituído por um contrato de compra e venda ou vice-versa²¹⁹.

Aludem ainda alguns autores à hipótese de novação na alteração de uma obrigação civil para comercial ou vice-versa, Tal conjectura gera controversa na doutrina.

Giorgi expõe o seguinte:

Se se exclui a eficácia novativa desta transformação (mudança do documento probatório), e se considere que a emissão do título cambial não produz novação, não se concebe

²¹⁷ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 136-137.

²¹⁸ ANDREOLLI, Marcelo. *La Novacione Tácita Obbiettiva*, p.54.

²¹⁹ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Obrigações – arts. 233 a 420*. p. 362.

verdadeiramente de que modo se pode converter uma dívida civil em comercial, ou comercial em civil, sem mudar a prestação, ou sem a mudança de pessoas. Mas no primeiro caso, teremos uma novação que, longe de depender da mudança na natureza da obrigação, dependerá da mudança da prestação devida; e no segundo, teremos uma verdadeira novação subjetiva²²⁰

Não indicará a intenção de novar a intervenção de um novo devedor, o que caracterizará um reforço de garantia: a pactuação de uma garantia hipotecária, pois isso não atinge a essência da obrigação; a dilação de um prazo ou modificação de taxa de juros; a mudança da forma do negócio, como a forma de escritura pública do negócio tinha sido realizado primeiramente por escritura particular; a simples tolerância do credor (*supressio* ou *surrectio*²²¹); a recuperação judicial e a falência; a mudança de obrigação solidária para fracionada ou vice-versa etc²²².

Ressalvando que tais mudanças acima exemplificadas por sí só não constituem novação, mas poderão ter efeito novatório se outros fatos ou circunstâncias revelarem a intenção das partes de substituir uma obrigação por outra²²³.

No que tange à novação subjetiva, que ocorre quando a nova obrigação é conseqüente de alteração em um dos polos da obrigação, não caracterizará o *animus novandi* tácito os casos de cessão de crédito, assunção de dívida, cessão de posição contratual etc., ou seja, além de haver a substituição do

²²⁰ GIORGI, Jorge. *Teoria de las obligaciones en el Derecho Moderno expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., etc.* p. 439-440.

²²¹ Segundo Judith Martins Costa, a *supressio* “deriva de um mesmo fato e fundamentado num mesmo valor, a *confiança*: o passar do tempo pode, em certas situações, fazer desaparecer situações jurídicas ou direitos subjetivos que não foram exercidos durante um certo lapso por seu titular, desde que o seu não exercício tenha causado, à contraparte, um benefício, em razão da confiança de que aquela situação ou direito não seria mais usado” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. p. 372), mais adiante afirma que a *surrectio* corresponde a uma ampliação do conteúdo obrigacional pela atividade da parte que gera uma expectativa de direito, de modo que “à *supressio* corresponde ativamente a *surrectio*” (Idem, *ibidem*. p. 375).

²²² LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil, Vol II, Obrigações em Geral*, p. 302-303. SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 139-140.

²²³ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 140.

polo ativo ou passivo na relação obrigacional, deve restar incontestável a intenção de novar.

Pode ocorrer, por exemplo, o caso de substituição do polo ativo em que as partes não declaram expressamente o *animus novandi*, mas declaram estar extinta a obrigação vencida, com uma nova data de cumprimento, bem como a extinção das garantias. Nessa hipótese resta evidente a ocorrência de novação subjetiva ativa tácita.

Outra questão bastante controversa diz respeito à possibilidade da inclusão ou à supressão de uma condição gerar uma nova obrigação, sendo, assim, uma hipótese de *animus novandi* tácito.

Aceitam a novação pela inclusão ou pela supressão de uma condição, Laurent, Paniol, Huc, Giorgi, entre outros, e negam tal possibilidade Larombière e Molitor²²⁴.

Soriano Neto alega ter dúvida quanto à ocorrência de novação nestas situações, tendo em vista que, em tese, a novação não se opera imediatamente com a constituição de uma nova obrigação condicionada, dependendo do acontecimento futuro e incerto a que está subordinado o negócio, de sorte que, quando tal condição realizar-se, não haverá nenhuma diferença entre as duas obrigações²²⁵.

Já Camargo Vianna entende ser possível a novação com o implemento ou a supressão de condição, justificando na existência de sensível diferença entre a obrigação pura e simples e a obrigação condicionada²²⁶.

Marcello Andreoli entende que o contrato puro possui um conteúdo de vontade que se apresenta como um negócio substancialmente diverso do contrato subordinado a uma condição, afirmando que as causas jurídicas

²²⁴ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 140-142.

²²⁵ idem, *ibidem*, p.141-142.

²²⁶ VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A Novação*. p. 45

seriam diversas e que conseqüentemente a inclusão ou a supressão de uma condição em uma obrigação indiretamente implica a mudança de causa jurídica desta, gerando, portanto, novação objetiva tácita²²⁷.

No entanto, deve-se verificar que a regra acima exposta não é absoluta, por exemplo, nos casos de inclusão de condição resolutiva em negócios de execução continuada ou periódica, em que a eventual ocorrência do evento futuro e incerto, em regra, não desfaz os efeitos do negócio²²⁸. Não há em tal caso mudança substancial na causa ou no objeto da obrigação capaz de demonstrar a inequívoca intenção das partes em novar, e sim o mero implemento de uma cláusula resolutiva, pratica, aliás, muito comum nos contratos paritários.

Portanto, a inclusão ou a supressão de condição suspensiva ou resolutiva por si só não possui efeito novatório, porém, da análise das circunstâncias do caso em concreto, poderá haver novação se se verificar a intenção das partes em constituir uma nova obrigação.

Cumpra ainda ressaltar que em razão da massificação dos negócios jurídicos e dos novos princípios que o cercam, nos negócios novativos firmados por adesão, maior é a exigência da inequivocidade do *animus novandi*, a ser apreciado conforme o conjunto de circunstâncias e a concreta possibilidade de compreensão das partes, sobretudo aquelas que se apresentam em relação de hipossuficiência²²⁹.

Tanto é assim que o nosso Código Civil, no art. 423, determina que nos contratos de adesão, quando houver cláusulas ambíguas ou contraditórias, a interpretação deverá ser mais favorável ao aderente²³⁰, e ainda, o Código de

²²⁷ ANDREOLI, Marcelo. *La Novacione Tácita Obbiettiva*. p.51

²²⁸ Art. 128 do CC. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

²²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. p. 597.

²³⁰ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Defesa do Consumidor traz proteção especial para este sujeito, ao determinar, no art. 41, que os contratos (que na sua absoluta maioria são de adesão) serão interpretados da maneira mais favorável ao consumidor²³¹.

Trata-se da aplicação do princípio do equilíbrio contratual e da função social do contrato, uma vez que é de interesse da sociedade que os contratos sejam justos e equilibrados, contribuindo assim para justiça social.

Ademais, aqui também devem ser aplicados os novos dispositivos interpretativos do negócio jurídico previstos nos arts. 112 e 113 do Código Civil, que determinam, respectivamente, que nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem, e que os negócios jurídicos serão interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração²³², ou seja, como já exposto, deve prevalecer na interpretação do contrato aquela que garanta o equilíbrio das prestações, uma vez que deve se presumir que as partes são honestas e, portanto, não podem ter a intenção de obter vantagens indevidas no contrato.

Verificados os requisitos necessários para a caracterização do *animus novandi*, quais serão os efeitos da inoccorrência da novação? O art. 361 do Código Civil determina que não havendo o animo de novar, a segunda obrigação apenas confirma a primeira.

Camargo Vianna entende que na falta da intenção inequívoca de novar, a dívida antiga subsistirá ao lado da nova, constituindo uma só e mesma obrigação, não podendo ser cumuladas, sendo que um único pagamento extinguirá ambas²³³.

Soriano Neto também mantém esse entendimento em sua obra, criticando inclusive a opinião de Lacerda de Almeida no sentido de que a

²³¹ Art. 41 do CDC. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

²³² MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. p. 596.

²³³ VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A Novação*. p. 36.

subsistência das duas obrigações, extinguindo-se com o cumprimento de apenas uma, não parece nem razoável, nem jurídico, expondo o seguinte: “sentimos que o mestre só tenha ido até aí, nada adentrando aos fundamentos em que estriba sua opinião”²³⁴; mais adiante, diz: “ Será que ele teve em vista uma nova obrigação absolutamente autônoma e independente de eficácia jurídica, em virtude de cujo cumprimento não se extingue a antiga?”²³⁵. E, apoiado em Mayns, Dernburg, Hasenoehel , Unterholzner e Van Wetter, dentre outros, afirma:

A existência ou inexistência do *animus novandi* é que vai decidir se a segunda fica colocada no lugar da primeira, e, por isso, esta se extingue, ou se subsistem ambas, sendo a nova confirmação, reforço ou acessório da antiga. Ora, na dúvida sobre a intenção de novar, deve prevalecer a coexistência das duas obrigações, e, nesse caso, é mais razoável e jurídico que, cumprida uma desapareça a outra²³⁶

Procede o posicionamento do autor supracitado, apenas esclarecendo para o melhor entendimento do caso em testilha. Quando não houver dúvida de que não houve *animus novandi*, subsistirão duas obrigações absolutamente autônomas e independentes de eficácia jurídica, como aparentemente imaginou Lacerda de Almeida, quando houver relação entre as duas obrigações, mas não for nítido o *animus novandi*, não haverá novação, subsistindo, também nessa hipótese, as duas obrigações, porém interligadas.

Nesse caso, dependendo das circunstâncias, a segunda obrigação apenas confirmará a primeira, por exemplo, um contrato verbal transformado em contrato escrito; reforçará, como na confissão de dívida ou ainda servirá de acessório como na constituição de uma nova garantia.

²³⁴ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 128.

²³⁵ Idem, *ibidem*, p. 130

²³⁶ Idem, *ibidem*. p. 130-131.

Pode ocorrer também apenas a modificação de obrigação, sem o efeito extintivo, como exemplifica Massimo Bianca:

A, vendedor – construtor, promete em venda a B um apartamento que compõe um prédio em construção. B aceita mas percebe que o tamanho do apartamento não atenderá as suas exigências e propõe a A, que aceita, a substituição desse apartamento por outro apartamento de dimensões maiores. A obrigação de A resulta modificada, mas não novada²³⁷.

Acrescenta ainda o autor que na dúvida quanto ao significado da segunda declaração, deve prevalecer a interpretação menos gravosa ao devedor²³⁸, que é a parte que está em situação mais fraca na relação obrigacional e, por isso, merece proteção, como forma de aplicação dos novos princípios do equilíbrio contratual da boa-fé objetiva.

2.2.4 Capacidade das Partes

A capacidade das partes é elemento fundamental para que a novação se aperfeiçoe. No que tange ao credor, não basta apenas que este tenha capacidade para receber o pagamento²³⁹, deve ter capacidade para dispor do crédito, pois na novação o credor não recebe o que é devido, trocando o crédito anterior por um novo que pode ou não lhe ser favorável.

No que tange à possibilidade do tutor novar, questão defendida por Souza Carvalho²⁴⁰, com base no art. 427 do Código de 1916, equivalente ao

²³⁷ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile IV – L' Obbligazione*. p. 449.

²³⁸ Idem, *ibidem*. p. 449.

²³⁹ Ao contrário do que afirmava Pothier, inspirador do Código de Napoleão: ... le consentement que donne le créancier à la novation de la dette étant quelque chose d'équipollent, quant à l'extinction de la dette, au paiement qui lui on peut payer valablement, qui puissent faire novation... vice-versa, celui à qui on peut payer valablement une dette peut aussi ordinairement faire novation (*apud*. Souza Cavalho, *A Novação – Direito Romano e em Direito Civil*, p. 65-66).

²⁴⁰ CARVALHO, Souza. *A Novação – Direito Romano e em Direito Civil*. p. 58-60.

art. 1748²⁴¹ do Código de 2002, resta claro que só poderá novar com autorização judicial. Obviamente também é necessário que o devedor tenha capacidade para novar, e a nova obrigação pode ser mais ou menos gravosa que a primeira.

Os efeitos da incapacidade variam se a incapacidade for absoluta ou relativa o que tornará a obrigação nula ou anulável, como já exposto, quando abordada a validade da obrigação na novação.

²⁴¹ Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz: III – transigir.

Capítulo IV

4. Espécies de Novação

A novação se apresenta sobre duas espécies: a novação real ou objetiva e a novação pessoal ou subjetiva. A primeira ocorre quando o objeto da obrigação antiga é substituído causando a sua extinção e, simultaneamente, o nascimento de uma nova obrigação. A segunda ocorre com a transmissão um dos polos da obrigação (ativo ou passivo) ou de ambos os polos, causando também a extinção da obrigação antiga e o surgimento de uma nova obrigação.

Pode ainda ocorrer a novação objetiva e a subjetiva em conjunto, desde que cada uma delas se ache integrada de seus elementos característicos²⁴².

Tanto a novação objetiva quanto a subjetiva são voluntárias e, por isso, como já exposto, dependem do *animus novandi* para existir. Sobre a novação no direito romano, falava-se em novação voluntária ou primitiva e necessária ou acumulativa²⁴³, sendo que a necessária ocorria na litiscontestação e na sentença²⁴⁴; no direito contemporâneo, aboliu-se o entendimento de que a novação poderia ser involuntária, por ser considerado um equívoco. Beviláqua afirma que “toda novação é voluntária”²⁴⁵, e Giorgi diz, no mesmo sentido, que “a verdadeira novação é só uma, a voluntária e primitiva”²⁴⁶.

4.1 Novação Objetiva

A novação objetiva ocorre pela mudança de prestação ou pela mudança da causa jurídica, ambas as situações fazem que surja uma nova obrigação substituindo a antiga.

²⁴² SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 113.

²⁴³ GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., etc.* p. 421.

²⁴⁴ Pensava-se que a ação judicial intentada para havermos o que reputamos ser devido para alguma obrigação, induzia a uma nova espécie de novação, como ficamos sujeitos pela contestação a não desistir da demanda, sem o consentimento da outra parte e ficamos obrigados pela sentença, dizia que, com isso o primitivo direito se extinguiu, que afinal era também substituída pela condenação, que teria que se executar (CARVALHO, Souza. *A Novação*. p. 77).

²⁴⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. p.126.

²⁴⁶ GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., etc.* p. 421.

A mudança da prestação pode ser qualitativa ou quantitativa. Qualitativa quando as partes decidem criar uma nova obrigação com uma nova prestação diferente da antiga na qualidade, por exemplo, a prestação de dar um carro se transforma na prestação de dar dinheiro, ou quantitativa, quando as partes criam uma nova obrigação alterando a quantidade da prestação, como pode ocorrer na renegociação de dívidas²⁴⁷.

Na mudança de causa jurídica a prestação permanece a mesma, mas é constituída em relação à anterior uma nova *causa debendi* em virtude da qual a prestação passa a ser devida²⁴⁸, como no caso de obrigação originária de doação, transformar-se em uma compra e venda^{249 250}, e ainda, como já demonstrado, a mudança de *causa debendi* pode estar consubstanciada unicamente no *animus novandi* das partes, sem que haja nenhuma outra alteração na obrigação.

A novação objetiva pode ocorrer de duas maneiras²⁵¹:

- a) pela promessa abstrata de prestação;
- b) pela formação de um contrato caracterizado materialmente.

A novação por meio de promessa abstrata da prestação ocorre quando, para a extinção da obrigação anterior, coloca-se em seu lugar um título à ordem ou ao portador.

Nesse aspecto surge a possibilidade do efeito novatório do cambial, de modo que, se um devedor de um preço de compra emite uma nota promissória em favor de seu vendedor, cumpre questionar: o recebimento dessa promissória por si só constitui novação em relação a compra e venda anterior?

²⁴⁷ ANDREOLI, Marcelo. *La Novacione Tácita Obbiettiva*. p. 31- 38.

²⁴⁸ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 149.

²⁴⁹ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Obrigações – arts. 233 a 420*. p. 354.

²⁵⁰ Mais um exemplo: uma dívida de R\$ 100.000,00 referente ao pagamento de uma casa, tempos depois as partes se reúnem e decidem fazer a substituição dessa obrigação por outra da mesma quantia, porém, proveniente de um empréstimo, neste caso, houve mudança da causa, portanto, houve novação. (GASPERI, Luiz de. *Tratado de derecho civil: de las obligaciones: parte especial*. p. 220.)

²⁵¹ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 149.

Existem três posições doutrinárias a esse respeito²⁵²: a primeira contestando inteiramente a possibilidade de novação, a segunda considerando haver a novação sempre que se aceitar a cambial relativa a uma obrigação existente, e a terceira que traz uma posição intermediária, creditando a possibilidade de haver ou não o efeito novatório à demonstração inequívoca do *animus novandi* de forma expressa ou tácita.

Soriano Neto concorda com a terceira corrente:

De efeito, quem observa as relações de comércio, verifica o seguinte. Em regra, quando o credor recebe do devedor uma cambial, que diz respeito a uma relação obrigatória anterior, não tem em vista a extinção imediata e definitiva desta em colocação da cambial em seu lugar. O que ele procura é, não abrir mão do crédito existente, mas, ao contrário, garanti-lo melhor, reforçá-lo, obtendo um título que por suas qualidades excepcionais, lhe pode fornecer, ou uma satisfação imediata pelo desconto, ou uma cobrança, no vencimento, mais fácil, mais rápida e segura²⁵³.

Giorgi faz um minucioso levantamento do problema e afirma que não haverá novação: a) quando a emissão do título cambial for acompanhada de reserva expressa do direito emergente da obrigação anterior e não contiver mudança substancial no conteúdo da obrigação; b) quando for emitida no momento em que foi criada a primeira obrigação, numa só convenção; c) quando os títulos cambiais são emitidos para simples giro de garantia²⁵⁴.

Configura novação objetiva a destruição ou da restituição do título da obrigação primitiva, pois nesse caso se torna evidente a intenção de novar²⁵⁵.

²⁵² Cf. SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 150, VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A Novação*. p. 48-49

²⁵³ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 150-151.

²⁵⁴ Jorge Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., etc.* p. 475 – 481.

²⁵⁵ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 155.

Portanto, como já exposto, quando houver dúvida sobre a intenção das partes, deve recusar-se o efeito novativo e encarar a cambial como dada *pro solvendo*, ou seja, entregue para pagamento como mero instrumento mais rápido e seguro para garantia do crédito, ou ainda poderá a cambial ser dada como garantia *stricto sensu*.

Soriano Neto afirma que para se estabelecer no silêncio das partes a distinção da cambial dada *pro solvendo* e a garantia *stricto sensu* é preciso que se recorra a certas presunções; por exemplo, a nota promissória é, em regra, dada em garantia do crédito anterior, assim o tomador poderá escolher entre a ação cambiária e a ação causal. A letra de cambio é considerada entregue ao sacador *pro solvendo*, ou seja, antes do vencimento do crédito cambiário não será possível cobrar o crédito causal²⁵⁶.

Portanto, na ausência da intenção de novar subsistirão os dois créditos, o primitivo e o cambial, e a cobrança desses créditos será dada na forma que acabamos de expor, dependendo do recebimento da cambial como garantia *stricto sensu* ou como pagamento *pro solvendo*.

Já, se houver a demonstração inequívoca do *animus novandi*, a cambial deverá ser encarada como dada *pro soluto*, como recebimento para pagamento e, conseqüentemente, com efeito novativo.

No que tange à novação objetiva proveniente de um contrato caracterizado materialmente, trata-se da novação objetiva tradicional mais conhecida por nós, em que o acordo de vontades entre os contratantes substitui o objeto ou a causa da obrigação, extinguindo a relação jurídica antiga e, simultaneamente, criando uma nova obrigação.

²⁵⁶ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 155. nota de rodapé 339.

4.2 Novação Subjetiva

Este tipo de novação, mais semelhante à novação romana, ocorre quando se substitui um dos polos na obrigação, credor (*mutatio creditore*) ou devedor (*mutatio debitore*). No primeiro caso, temos a novação subjetiva ativa; no segundo, a novação subjetiva passiva.

A novação subjetiva ativa ocorre com a mudança do credor, de modo que na obrigação primitiva a prestação do devedor antigo fica quitada com o antigo credor, e cria-se uma nova obrigação com o mesmo objeto entre o devedor antigo e o novo credor.

A novação subjetiva passiva ocorre com a substituição do devedor antigo, ficando este quite com o credor e pode ocorrer de duas maneiras: a) quando o devedor é substituído a pedido dele mesmo por outro devedor; b) quando o devedor antigo é substituído por um novo devedor por ordem do credor.

À primeira dá-se o nome de expromissão ou delegação ativa; à segunda dá se o nome de delegação ou delegação passiva.

4.2.1 Novação subjetiva ativa

Prevista no art. 360, inciso III do Código Civil²⁵⁷, exige os seguintes elementos: o consentimento do devedor que contrai uma nova obrigação com um novo credor e fica liberado da antiga; o consentimento do antigo credor, que renuncia seu crédito e autoriza o devedor a se obrigar perante um novo credor, e o consentimento do novo credor que aceita a promessa do devedor²⁵⁸.

²⁵⁷ Art. 360. Dá-se novação:

(...) III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este.

²⁵⁸ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 176.

Portanto, reiteramos, a novação subjetiva ativa ocorre com a extinção da obrigação antiga em virtude da criação de uma nova obrigação, cujo fator distintivo das duas obrigações é o novo credor, permanecendo inalteradas a dívida e o polo passivo da relação obrigacional.

Soriano Neto afirma que, muitas vezes, o antigo credor é devedor do novo, de modo que ocorrem duas novações, por substituição do credor (subjetiva ativa) e do devedor (subjetiva passiva), trazendo o seguinte exemplo: “A devedor de B, que é por sua vez, devedor de C. A, por ordem de B, promete a C o que devia a B: A fica quite com B e este com C²⁵⁹.”

4.2.2 *Novação subjetiva passiva*

Prevista no art. 360, inciso II do Código Civil,²⁶⁰ ocorre com a extinção da obrigação antiga e a criação de uma nova obrigação com novo devedor. Pode ocorrer de duas maneiras: por *expromissão* ou por *delegação*.

4.2.2.1 *Expromissão*

A *expromissão* ocorre quando o credor decide extinguir a obrigação antiga e cria uma nova obrigação com um novo devedor, independente da anuência do devedor da antiga obrigação, que é libertado.

Portanto, mesmo que o devedor antigo se manifeste em sentido contrário à novação, tal manifestação não produzirá efeitos jurídicos, pois esta espécie de novação constitui negócio jurídico bilateral entre o credor e o novo devedor e não plurilateral, em que o consentimento do devedor antigo se faria necessário²⁶¹.

²⁵⁹ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 178-179.

²⁶⁰ Art. 360. Dá-se novação:

(...) II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor;

²⁶¹ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Obrigações – arts. 233 a 420*. p. 356.

A dispensa da anuência do devedor se justifica pelo fato de que o direito obrigacional deve privilegiar a satisfação do crédito, portanto nada mais justo que, neste caso, o poder decisório fique a cargo único e exclusivo do credor.

No entanto, a afirmação de que a novação subjetiva por expromissão pode ser realizada até com a ignorância do devedor primitivo²⁶², deve ser vista com muita cautela em face do princípio da boa-fé esculpido nos arts. 113²⁶³ e 422²⁶⁴ do Código Civil, de modo que realmente a ignorância do devedor primitivo não afetará a validade da novação, pois sua vontade não é requisito nesse negócio. Porém, há que se observar que, conforme o dever de boa-fé que se espera do credor na obrigação primitiva que resulta no dever de lealdade das partes, é de se esperar que o devedor primitivo seja, ao menos, comunicado de que está libertado, para que, com isso, não incorra no risco de pagar indevidamente.

Havendo o pagamento indevido pelo devedor primitivo, que não foi comunicado da expromissão pelo credor que descumpriu o dever de lealdade e de informação, oriundos do princípio da boa-fé, haverá responsabilidade por perdas e danos do credor ante o devedor.

Obviamente, esta espécie de novação, como todas as outras, depende do requisito *animus novandi* que se não for “inequívoco”, como exige o Código Civil²⁶⁵, resultará na *adpromissão*, ou seja, no acréscimo de uma nova responsabilidade, aderente à primitiva, ou seja, as duas subsistirão²⁶⁶.

Afirma Giorgi ser essencial que o novo devedor declare querer libertar o devedor antigo, substituindo-o, sob pena, de não ficar caracterizado o *animus*

²⁶² Cf. Soriano Neto, apoiado em Lacerda de Almeida, Clóvis Bevilacqua, Planiol, entre outros (SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p 156.)

²⁶³ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

²⁶⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²⁶⁵ Art. 361. Não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito, mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira.

²⁶⁶ VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A Novação*. p. 50.

novandi, não ocorrendo a novação, mas o acréscimo de um novo devedor ao lado do antigo, ou seja, a *adpromissão*.²⁶⁷

É importante ressaltar que o *animus novandi* não precisa ser, necessariamente, expresso, pode ser tácito também e, uma vez manifestado, a expromissão torna-se perfeita e irrevogável.

Giorgi traz o exemplo do antigo devedor que se torna fiador do novo devedor²⁶⁸, como uma situação que longe de ser um empecilho à novação é, em verdade, uma demonstração de que ela se realizou, e, nesse caso, pode ter ocorrido a novação subjetiva por expromissão ou por delegação.

4.2.2.2 Delegação

Este tipo de novação ocorre quando o devedor (delegante) indica uma outra pessoa, ou seja, um novo devedor (delegado) para substituí-lo na relação jurídica, perante o credor (delegatário) que, se consentir, dá quitação do débito do devedor primitivo com ele, extinguindo a obrigação antiga e, simultaneamente criando uma nova obrigação.

Afirma Souza Carvalho que o devedor é chamado de *delegante* porque é ele a parte mais ativa na delegação, é ele quem por sua vontade coloca mais duas pessoas na relação jurídica. O *delegado* é assim denominado porque é quase passivo na operação, sofre ao menos, a influência do delegante e, por último, o *delegatário* é assim designado, porque ele adquire um direito contra o delegado, assim como são chamados os donatários ou os cessionários que adquirem por doação e por cessão²⁶⁹.

Aqui ocorre a novação subjetiva passiva por delegação, ou seja, cria-se uma nova obrigação, extinguindo a antiga, mediante consentimento do credor, com a substituição do polo passivo por um novo devedor, indicado pelo antigo.

²⁶⁷ GIOGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., etc.* p. 454.

²⁶⁸ Idem, *ibidem*. p. 455.

²⁶⁹ CARVALHO, Souza. *A Novação – Direito Romano e em Direito Civil*. p. 58-60.

Fez bem o Código Civil ao não trazer expressa a exigência do consentimento do credor, por ser absolutamente desnecessária tal previsão, pois se trata de um novo negócio jurídico que extingue o contrato antigo e cria um novo, provocando o efeito da novação e, para isso, até como requisito de existência do negócio, é imprescindível a manifestação da vontade do credor, pois ele fará parte do novo negócio. Ademais, as obrigações nascidas dos negócios jurídicos baseiam-se na confiança, ou seja, nesse caso, o credor precisa crer que a nova obrigação será adimplida pelo novo devedor. Se houver essa confiança, haverá o consentimento.

Faz se necessário destacar que a delegação pode não resultar necessariamente em novação. Como expõe Clovis Beviláqua:

Nem sempre a delegação importa novação, para que esta se dê, necessário é que se extinga a obrigação pela qual se achava ligado o primeiro devedor. Esta extinção da dívida pressupõe aquiescência do credor, pois o devedor delegante não se desonera, sem que o credor delegatário fique ou considere pago, pela obrigação assumida pelo novo devedor. Dada, porém, a aceitação do credor, ele não tem mais ação contra o delegante, e, sim, contra o delegado²⁷⁰.

A simples aceitação do credor ante o novo devedor, produz a *delegação imperfeita* em que uma segunda obrigação vem a se reunir à primeira, formando duas obrigações distintas, mas com o mesmo objeto, o pagamento de uma extingue a outra.

Afirma Soriano Neto que na delegação imperfeita permanece a obrigação do delegante (devedor primário), extinguindo-se a do delegado (devedor secundário) para com ele, sendo, portanto, essa delegação o resultado de uma novação subjetiva ativa, exemplificada da seguinte maneira: “Assim, A devedor de B obriga-se, por ordem deste, para com C, que, por sua

²⁷⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. p.157.

vez, é credor de B. C aceita A como devedor, sem desonerar B; A fica, porém quite com B²⁷¹”.

Portanto, para que ocorra a novação, é necessário que haja a *delegação perfeita*, e essa só ocorre quando o credor (delegatário) manifesta de maneira inequívoca²⁷² sua vontade de excluir o devedor primitivo (delegante), admitindo a inclusão do novo devedor (delegado).

Admite-se, nessa hipótese, a possibilidade da ocorrência de uma dupla novação, situação em que o delegado possuía uma dívida anterior com o delegante, e este, por sua vez, uma dívida com o delegatário. Nesse caso, ocorrendo a novação por delegação (delegação perfeita), teremos, em verdade, duas novações: uma novação ativa por mudança do credor em relação ao delegado e uma novação passiva por mudança de devedor em relação ao delegatário.

4.2.2.2.1 Erro na Delegação

O erro, como vício de consentimento que afeta a validade do negócio jurídico, consiste na falsa noção que o agente tem de qualquer dos elementos do ato jurídico ou do negócio jurídico. Consiste na falsa representação da realidade²⁷³.

Pode ocorrer erro na delegação em duas situações: a) o delegado tem a falsa ideia de que é devedor do delegante e realiza a novação; b) o delegante tem o falso entendimento de que é devedor do delegatário.

Vejamos primeiro a situação em que o delegado possui a falsa ideia de que é devedor do delegante e, por isso, realiza a novação, assumindo uma nova dívida com o delegatário.

²⁷¹ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 159.

²⁷² Nesse caso, apesar de entendimentos em sentido contrário, a manifestação da vontade, seguindo a regra geral do *animus novandi*, pode ser expressa ou tácita, desde que inequívoca. Ver SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*, p.162-166 e VIANA, Rui Geraldo de Camargo. *A Novação*. p. 52-53.

²⁷³ AMARAL, Francisco. *Código Civil – Introdução*. p. 508.

Bastante controverso esse caso na doutrina, havendo entendimentos no sentido de que o negócio é anulável, renascendo a obrigação antiga; de que preservando o credor de boa-fé, a obrigação é válida, cabendo o direito de regresso do delegado contra o delegante. É o entendimento de Giorgi:

Não seria fora de propósito traçar outra linha de distinção entre o caso em que um delegatário, credor verdadeiro, já tenha recebido do delegado se seria questão de repetição, e o caso em que não tenha havido o pagamento: nos parece racional negar no primeiro caso a repetição, por outro lado nos parece muito severo não conceder ao delegado a faculdade de desligar-se no segundo caso [...] ²⁷⁴ .

Giorgi defende que nessa hipótese se o pagamento ainda não tiver sido efetuado ao delegatário, o negócio poderá ser anulado, ressurgindo a obrigação antiga; se, porém, o pagamento já foi realizado, não poderá reavê-lo do delegatário, terá de entrar com ação de regresso contra o delegante.

Soriano Neto refuta esse posicionamento afirmando que ou o erro influi na validade da relação jurídica obrigatória ou não influi. Influir para permitir o não pagamento e não influir para recusar a repetição se já o tiver realizado, segundo o autor, é indefensável ²⁷⁵ .

Defende o autor ²⁷⁶ que o delegatário nada tem a ver com as relações entre o delegado e o delegante, portanto não seria razoável que por um erro do delegado o delegatário não pudesse cobrar seu crédito ou ser constrangido a devolvê-lo ²⁷⁷ .

Data máxima vênia, não procede tal alegação, pois, aplicando-se os novos princípios contratuais, especialmente o princípio da boa-fé objetiva, que

²⁷⁴ GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., etc.* p. 439-440.

²⁷⁵ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 169.

²⁷⁶ Com base na teoria romana de Toullier, Demolombe, Aubry e Rau e Baudry - Lacantinerie e Barde.

²⁷⁷ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*, p. 166.

traz o dever de lealdade entre as partes, não se pode admitir que o delegatário e o credor na obrigação pretendam um enriquecimento sem causa²⁷⁸, de modo que, se não houve pagamento, o negócio deve ser considerado anulado. No entanto, se houve, devemos proteger o credor, terceiro de boa-fé, que não sabia do vício, devendo o delegado buscar o regresso contra o delegante.

Nesse sentido, afirma Camargo Viana:

Já tendo havido o pagamento e em atenção a boa-fé do credor, boa fé que tem, sempre, efeito vivificador e sanatório de nulidades, preferível será a solução adversa ao novo obrigado induzido em erro, o qual, então sim, terá na ação, que lhe é conferida contra o delegante, adequada proteção no direito violado²⁷⁹.

É essa a solução que melhor se coaduna com os novos valores que regem o direito privado.

Na segunda situação, aquela em que o delegante realiza a novação, acreditando na existência de um débito com o delegatário, que, depois, se mostra inexistente, o delegado não é obrigado a pagar, e, caso, tenha pago, pode constranger o delegatário e credor na nova obrigação a restituir o pagamento²⁸⁰.

Nesse caso o delegado pode alegar erro substancial²⁸¹, pois só passou a ser devedor na nova obrigação porque acreditava ser o delegante, devedor do delegatário.

²⁷⁸ Segundo Ettore Nanni, o enriquecimento sem causa traz como pressupostos o enriquecimento, o empobrecimento, o nexo de causalidade, a ausência de justa causa e a subsidiariedade da ação de enriquecimento (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. p. 233- 277)

²⁷⁹ VIANA, Rui Geraldo Camargo, *A Novação*. p. 54.

²⁸⁰ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 172.

²⁸¹ Erro essencial, também dito substancial, é aquele de tal importância que, sem ele, o ato não se realizaria. Se o agente conhecesse a verdade, não manifestaria a vontade de concluir o negócio jurídico. (AMARAL, Francisco. *Código Civil – Introdução*. p. 509)

Esta solução também se encaixa perfeitamente aos novos valores que regem o direito privado, pois a anulação se justifica, visto que o delegado visa escapar de um prejuízo ante a possibilidade do delegatário experimentar um enriquecimento sem causa²⁸², preservando-se assim o equilíbrio dos efeitos do contrato.

4.2.2.2.2 *Má-fé do delegante ao indicar delegado insolvente*

Na novação por delegação, uma vez realizada, nasce uma nova obrigação, libertando definitivamente o delegante, que não poderá ser acionado, em caso de insolvência do delegado, salvo, se tiver agido de má-fé. É o que dispõe o art. 363 do Código Civil²⁸³.

Aqui, aplica-se novamente o princípio da boa-fé nas relações negociais; no momento da novação não pode haver dúvida quanto à solvência do delegado, o princípio da boa-fé traz ínsito deveres de conduta das partes, traz o dever de informação, quanto às circunstâncias relevantes do negócio.

Judith Martins Costa diz:

Não é só o silêncio intencional, mas o uso de qualquer artifício denotativo de má-fé caracteriza o dolo como sinal de erro provocado, pois o artifício estará na sua causa. O artifício traduz-se pelo emprego de quaisquer expedientes ou maquinações tendentes a desfigurar a verdade, ou a realidade da situação, desfigurando-a ou criando aparências ilusórias, ou destruindo ou sonogando quaisquer elementos que pudessem esclarecer o delegado. Portanto, pode a má-fé referido no art. 363 apresentar-se sob a forma positiva, ou comissiva, ou negativa, também dita omissiva²⁸⁴.

²⁸² Ver Giovanni Ettore Nanni. *Enriquecimento sem causa*, São Paulo: Saraiva, 2004.

²⁸³ Art. 363. Se o novo devedor for insolvente, não tem o credor, que o aceitou, ação regressiva contra o primeiro, salvo se este obteve por má-fé a substituição.

²⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. p. 604-605.

Obviamente, não estamos tratando aqui o delegatário como parte hipossuficiente na relação, pois se espera dele a diligência que o caso exige para verificar a situação do delegado. Não obstante a isso, não pode o delegante indicar para compor a nova obrigação uma pessoa que ele sabe que não é, ou não será solvente, e, por ação ou omissão, faz que tal informação não chegue ao conhecimento do delegatário.

O delegante tem o dever de prestar todas as informações sobre o delegado para o delegatário e se, sabedor do risco de insolvência do delegado, o delegatário resolve fazer o negócio, entende-se que assumiu o risco do negócio. Portanto, descumprido o dever de lealdade, nasce para o delegatário o direito de regresso contra o delegante.

Muito se discutiu se esse direito de regresso se trata de uma ação de garantia que não guarda vinculação com a dívida extinta, em virtude da regra *obligatio extincta non reviviscet*, ou se, ao contrário do que dispõe a regra do direito romano, a obrigação antiga ressurgir, ressuscita reestabelecendo a relação obrigacional anterior entre o delegatário-credor e o delegante-devedor.

O entendimento majoritário na doutrina, contrariando a regra do direito romano, é de que a ação regressiva, em verdade, apenas cristaliza o efeito do ressurgimento da relação obrigacional antiga, por uma questão de coerência do instituto²⁸⁵.

O ressurgimento da antiga obrigação é consequência da anulação da novação, pois nessas hipóteses temos vício de consentimento resultante do dolo praticado pelo delegante contra o delegatário, e, como já expusemos, é requisito da novação que a nova obrigação seja válida, caso contrário ressurgirá a antiga obrigação com todos os seus efeitos²⁸⁶.

²⁸⁵ Cf. VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A Novação*, p. 55-56 e SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 172-176.

²⁸⁶ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Obrigações – arts. 233 a 420*. p. 367.

Capítulo V

5. Efeitos da Novação

Os efeitos principais da novação, como já tratado, são a extinção de uma obrigação e a constituição de uma nova obrigação, de maneira intencional e simultânea.

Conforme dispõe o art. 364²⁸⁷ do Código Civil, com o desaparecimento da obrigação anterior, extinguir-se-ão também os acessórios, pois os acessórios seguem o principal.

Em consequência disso surgem os seguintes resultados²⁸⁸:

- a) imediata paralisação dos juros e extinção dos já vencidos;
- b) desaparecimento do estado de mora em que porventura se encontrasse o devedor;
- c) a extinção de todos os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário, o que importa no desaparecimento automático das garantias reais, hipotecárias, pignoratícias e anticréticas, cauções e garantias fidejussórias, sendo certo que não aproveitará ao credor, ressalvar a hipoteca, anticrese ou penhor, se os bens dados em garantias pertencerem a terceiros, que não foi parte na novação;
- d) extinção da ação de resolução ligada à obrigação anterior, em virtude de carecer de objeto;
- e) extinção da ação cautelar de arresto²⁸⁹;

²⁸⁷ Art. 364. A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressalvar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação.

²⁸⁸ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Obrigações – arts. 233 a 420*. p. 358-360.

²⁸⁹ Art. 820 do CPC: Cessa o arresto: I – pelo pagamento; II – pela novação; III – pela transação.

- f) em geral, o devedor, ou novo devedor, perde o benefício de todas as exceções resultantes da obrigação antiga.

5.1 Transferência dos acessórios para a nova obrigação

Importante disposição traz a lei no que tange aos acessórios da dívida, pois as partes podem remover os efeitos da novação fazendo que os acessórios (hipoteca, anticrese, penhor, fiança) sejam transferidos para a nova obrigação.

Segundo Giorgi, devem ser obedecidos os seguintes requisitos para que a transferência dos acessórios seja eficaz: 1) devem ser convencionadas no mesmo ato da novação, pois após extintas essas garantias, não será possível revivê-las; 2) deve ser formulada expressamente, ou seja, em termos claros, ainda que não sacramentais, por se tratar de exceção à regra comum; 3) só pode ser transferida a garantia para a nova obrigação até o valor da antiga; se houver acréscimo, as partes deverão elaborar uma nova garantia²⁹⁰.

No que tange às garantias reais (penhor, hipoteca, anticrese) após muitos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, o novo Código Civil deixa claro, no art. 364²⁹¹, parte final, que tais garantias, quando pertencerem à terceira pessoa que não o devedor, somente poderão ser transferidas para a nova obrigação se houver o consentimento de tais pessoas, que deve ser expresso, segundo as regras gerais de manutenção de garantias²⁹².

No que diz respeito à fiança, garantia pessoal, somente haverá a transferência se o fiador consentir, conforme disposto no art. 366 do Código

²⁹⁰ GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., etc.*, p. 501-502, também, SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 181-183.

²⁹¹ Art.364. A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressaltar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação.

²⁹² O Código Civil francês não distingue se os bens dados em garantia real são ou não do devedor, a doutrina procura dar uma interpretação razoável e justa limitando a aplicação ao primeiro caso (SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 180. nota de rodapé).

Civil²⁹³. Isto ocorre porque o fiador que aceitou ser responsável pelo pagamento da primeira dívida não se torna responsável pelo pagamento da segunda, salvo se tiver consentido.

A fiança e a novação são assuntos que movimentam significativamente o judiciário, principalmente no que tange às fianças prestadas nos contratos de locação imobiliária, regulada pela lei 8.245/91, são objetos de discussão os pactos que são realizados entre locador e locatário sem a participação, e muitas vezes sem a ciência do fiador²⁹⁴.

Nesses casos haverá a necessidade de se verificar o *animus novandi*, que, como já demonstrado, pode ser tácito. O STJ já decidiu que “... 3. Os fiadores não podem ser responsabilizados por obrigações novas, com as quais não tenham anuído expressamente. Os ajustes firmados entre contratantes e contratados não obrigam os fiadores. 4. A majoração do locativo não prevista em cláusula específica e a mudança da periodicidade dos reajustes configuram novação, eis que alteram o conteúdo do contrato de locação, afastado, diretamente, o contrato acessório de fiança. 5. Não se pode falar em obrigação perpétua do fiador, contra a sua vontade, ainda que o contrato tenha sido firmado por tempo indeterminado. A novação sem o consentimento do fiador o exonera da obrigação assumida”. (STJ, 6ª.T., Resp. 64019, Rel. Min. Anselmo Santiago, julg. 01.07.1997, publ. DJ 25.08.1997).

Como já exposto, a novação pode ocorrer mesmo que o negócio jurídico exponha expressamente que tal novação não se realizou, quando a novação for real, latente, incontestável. Nesse caso, deve-se considerar que as partes, quando afirmaram não novar, em verdade, não tiveram a intenção de extinguir as garantias, conforme as regras gerais de interpretação do negócio aqui expostas.

²⁹³ Art. 366. Importa exoneração do fiador a novação feita sem seu consenso com o devedor principal.

²⁹⁴ TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloisa Helena. BODIM, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. p 664-665.

Não obstante a isso, com a massificação das relações contratuais e o surgimento de contratos de massa e de adesão, temos que ser cautelosos em relação a essas transferências de garantias.

Martins Costa traz o exemplo dos contratos de financiamento agrário, em que as partes realizam novação através de contratos que refinanciam tais dívidas em que o contratante, consumidor de serviços bancários, é obrigado a aceitar a estipulação em contrário e transferir as garantias para a nova obrigação. Portanto, essas situações deverão ser interpretadas a partir dos novos valores que regem as relações negociais, insertos na lei consumerista, e no código de 2002, principalmente no que tange aos arts. 421, 422 e 423, que, como já exposto, dizem respeito à função social do contrato, a probidade, a boa-fé e a interpretação mais favorável ao aderente, respectivamente, podendo configurar situação de abusividade contratual²⁹⁵.

Acrescenta-se ainda a ilustre doutrinadora que, dependendo da interpretação que se der à relação obrigacional, os resultados serão distintos, pois, se for considerada relação de consumo, a abusividade gera efeitos no plano da validade do negócio, pois o art. 51 do CDC considera “nulas de pleno de direito” as cláusulas abusivas²⁹⁶.

Já se for considerada relação entre particulares, podemos ter a configuração do abuso de direito, previsto no art. 187 do Código Civil, ao determinar que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” e, como exposto, por ser considerada ato ilícito essa prática abusiva, gera o dever de indenizar, conforme determina o art. 927²⁹⁷ do código²⁹⁸.

²⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. p. 607.

²⁹⁶ Idem, *ibidem*. p. 608-609.

²⁹⁷ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

²⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. p. 608-609.

5.2 Novação e obrigação solidária

Segundo Antunes Varela, a obrigação solidária passiva ocorre quando “o credor pode exigir a prestação integral de qualquer dos devedores e a prestação efetuada por um destes liberta a todos perante o credor comum²⁹⁹”.

Quando ocorrer novação em obrigação, em que há devedores solidários, os devedores que não tiverem participado da novação terão suas dívidas quitadas, uma vez que a obrigação anterior se extinguiu.

Como consequência disso, somente o patrimônio do devedor ou devedores que realizarem a novação serão atingidos pela nova obrigação, como dispõe o art. 365 do código civil³⁰⁰.

Tais consequências se fundam nas normas gerais aplicadas às obrigações solidárias, como a de que uma obrigação adicional não pode agravar a situação dos demais devedores solidários sem o consentimento expresso deles, prevista no art. 278³⁰¹. Nascendo a nova obrigação da vontade exclusiva do devedor, só afetará a ele aplicando-se aqui o art. 285³⁰² do Código³⁰³.

Aplica-se ainda a regra do art. 269³⁰⁴ do Código Civil, que dispõe que o pagamento efetuado ao credor solidário extingue a dívida até o montante em que foi pago. Conforme já verificado, há o duplo efeito da novação – extintivo e constitutivo. O efeito extintivo da novação representa um meio indireto de pagamento, tanto é que a dívida antiga se extingue quitada, aplicando-se, portanto, a regra supra-citada; a novação representa a extinção da obrigação

²⁹⁹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. p. 751.

³⁰⁰ Art. 365. Operada a novação entre o credor e um dos devedores solidários, somente sobre os bens do que contrair a nova obrigação subsistem as preferências e garantias do crédito novado. Os outros devedores solidários ficam por esse fato exonerados.

³⁰¹ Art. 278. Qualquer cláusula, condição ou obrigação adicional, estipulada entre um dos devedores solidários e o credor, não poderá agravar a posição dos outros sem consentimento destes.

³⁰² Art. 285. Se a dívida solidária interessar exclusivamente a um dos devedores, responderá este por toda ela para com aquele que pagar.

³⁰³ LOTUFO, Renan, *Código Civil Comentado – Obrigações – arts. 233 a 420*. p. 362.

³⁰⁴ Art. 269. O pagamento feito a um dos credores solidários extingue a dívida até o montante do que foi pago.

antiga e a consequente libertação dos devedores que não novaram, pois, tais dívidas foram integralmente extintas.

Já quando a novação ocorrer entre um credor solidário e o devedor, existe controvérsia na doutrina.

A primeira corrente defende que a obrigação não se extingue quanto aos demais credores, que ainda podem exigir o pagamento, descontando a quota parte do credor que novou. Esse é o entendimento de Soriano Neto, apoiando seus argumentos em Demolombe, Larent, Planiol, entre outros³⁰⁵.

A segunda corrente defende que a novação realizada por um dos credores solidários extingue a obrigação primitiva em definitivo, atingindo também os demais credores solidários³⁰⁶.

Luis de Gasperi demonstra que o Código Civil argentino prevê expressamente esse efeito em seu art. 909, que diz o seguinte: “A novação entre um dos credores solidários e o devedor, extingue a obrigação deste para com os outros credores³⁰⁷”.

Procede o segundo entendimento, pois, uma vez que a obrigação é solidária, segundo defendiam os franceses, pode ser explicada por uma falsa ideia de mandato recíproco³⁰⁸. Principalmente no que tange à solidariedade ativa. essa ideia é latente, pois qualquer um dos credores tem poder para dar quitação da dívida, portanto tem poder para realizar a novação e, como consequência natural da novação, extinguir a obrigação primitiva, inclusive para os demais credores solidários.

³⁰⁵ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 188-190.

³⁰⁶ Essa corrente, segundo Soriano Neto, defendida pelos doutrinadores alemães e austríacos, dentre eles Savigny (SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*. p. 189).

³⁰⁷ La novación entre uno de los credores solidários y el deudor, extingue la obligación de este para com los otros acreedores.(GASPERI, Luis de, *Tratado de derecho civil: de las obligaciones: parte especial*. p.185).

³⁰⁸ Idem, *ibidem*. p 184.

No entanto, cumpre ressaltar que, nos termos do art. 272 do Código Civil³⁰⁹, se o credor novou, deu quitação, nasce, portanto, para com os outros credores solidários uma nova relação jurídica, pois o credor que realizou a novação terá de pagar a quota parte dos demais credores.

Renan Lotufo traz o posicionamento do autor espanhol Castán Tobeñas, nesse mesmo sentido, e acrescenta que, caso o credor realize atos prejudiciais para os demais, estará obrigado a indenizá-los³¹⁰, até por consequência da aplicação do princípio da boa-fé objetiva que traz incito na obrigação o dever de lealdade. Portanto, se os demais credores, que já possuem o direito a receber as suas respectivas quotas partes do credor que novou, se sentirem prejudicados com o ato do credor, poderão pleitear indenização dele.

5.3 Novação e obrigações indivisíveis

Obrigação indivisível é aquela cujo objeto não permite o fracionamento por sua natureza, por motivo de ordem econômica ou pelo motivo determinante do negócio jurídico³¹¹, de modo que, havendo pluralidade de credores, cada um deles pode exigir a dívida por inteiro e, se houver pluralidade de devedores, cada um deles será obrigado pela dívida toda, muito semelhante ao que ocorre com a solidariedade passiva.

No que tange à pluralidade ativa, se um credor novar com o devedor comum, afirmam Camargo Vianna³¹² e Soriano Neto³¹³ não haver controvérsias, sendo que tal negócio não extingue a dívida com os devedores atuais, que poderão exigir o crédito, descontada a quota parte daquele que novou, como expõe o art. 262 do Código Civil³¹⁴.

³⁰⁹ Art. 272, O credor que tiver remitido a dívida ou recebido o pagamento responderá aos outros pela parte que lhes caiba.

³¹⁰ TOBEÑAS, Castán. *Derecho civil español, común y foral*, p. 126 *apud* LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Obrigações – arts. 233 a 420*. p. 102-103.

³¹¹ Cf. art. 258 do CC.

³¹² VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A Novação*, p. 61-62.

³¹³ SOUZA NETO, José Soriano de. *Da Novação*, p. 190.

³¹⁴ Art. 262. Se um dos credores remitir a dívida, a obrigação não ficará extinta para com os outros; mas estes só a poderão exigir, descontada a quota do credor remitente.

Parágrafo único. O mesmo critério se observará no caso de transação, novação, compensação ou confusão.

Isto ocorre porque, diferentemente do que acontece na solidariedade ativa, quando há indivisibilidade ativa, cada credor é dono apenas da sua quota parte na prestação indivisível, portanto não tem legitimidade para remir ou para extinguir a dívida inteira por novação, mas tem legitimidade para extinguir a sua quota parte.

Nesse sentido, afirma Luis de Gasperi:

As obrigações indivisíveis são simplesmente mancomunadas e como tais são plurais e distintas umas das outras, mas com prestação, por sua natureza, impossível de cumprir por partes sem destruí-la. Nelas, [...], nenhum dos co-credores é titular da totalidade do crédito, senão de sua quota parte, nem é representante dos outros e, sendo assim, nenhum deles pode extinguir por novação com qualquer dos devedores ³¹⁵.

Já no caso de pluralidade de devedores, apesar de entendimentos em sentido contrário, o que prevalece é que, havendo novação entre o credor e um dos devedores da prestação indivisível, a prestação se extingue por inteiro, libertando os demais devedores.

Nesse sentido, afirma Carvalho Santos: “Ora, se o credor, tendo o direito de cobrar de cada um dos devedores a dívida toda, é natural e razoável que os outros fiquem desobrigados³¹⁶”.

Poder-se-ia afirmar que o credor deveria deixar expressa sua intenção de dar quitação total da dívida, para aí sim libertar os outros devedores. No entanto, acreditamos que tal posicionamento cairia por terra, pelo que justifica o próprio regime jurídico concedido as prestações indivisíveis, que, por possuir um único credor, só pode ser extinta por inteiro.

³¹⁵ GASPERI, Luis de. *Tratado de derecho civil: de las obligaciones: parte especial*. p. 185.

³¹⁶ SANTOS, J. M. Carvalho, *Código Civil Brasileiro Interpretado*. p. 207.

Capítulo VI

6. Novação e institutos afins

A novação em suas várias modalidades pode apresentar semelhanças com outros institutos do direito das obrigações, por exemplo, com os meios de pagamento indireto e com os meios de transmissão das obrigações.

A novação subjetiva ativa, que ocorre com a substituição do credor, dando origem a uma nova obrigação, possui semelhanças com a cessão de crédito e com o pagamento por sub-rogação, institutos que também produzem o efeito da substituição do credor da prestação.

A cessão de crédito³¹⁷, segundo Orlando Gomes, “é o negócio jurídico pelo qual o credor transfere a terceiro sua posição na relação obrigacional³¹⁸”. essa cessão pode ser gratuita ou onerosa.

Esse instituto também se identifica com a novação subjetiva ativa no momento em que ambos nascem do acordo de vontades. Porém, na cessão de crédito temos a sucessão do crédito para um novo credor, de modo que o crédito permanece inalterado, ou seja, não ocorre o pagamento nem tampouco a extinção da obrigação, enquanto na novação subjetiva ativa, a alteração do credor e a demonstração do *animus novandi* extinguem o crédito antigo e fazem que surja, simultaneamente, um novo crédito, uma nova obrigação.

A sub-rogação³¹⁹, como expõe Antunes Varela, ocorre com a substituição do credor, na titularidade do direito a uma prestação fungível pelo terceiro que cumpre em lugar do devedor ou que faculta a este os meios necessários ao cumprimento³²⁰. Ela se dá automaticamente nos casos

³¹⁷ Arts. 286 a 298 do CC.

³¹⁸ GOMES, Orlando. *Obrigações*. p. 239.

³¹⁹ Arts. 346 a 351 do CC.

³²⁰ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral, Vol. II*. p. 335-336.

previstos em lei, na sub-rogação legal^{321 322} que pode ser pessoal³²³ ou real³²⁴, ou por meio de negócio jurídico, na sub-rogação convencional³²⁵³²⁶, que pode ocorrer por vontade do credor ou do devedor.

A novação subjetiva ativa possui afinidade com a sub-rogação legal na modalidade pessoal e com a sub-rogação convencional por vontade do credor. Assemelha-se com a sub-rogação legal na modalidade pessoal pelo fato de que ocorre a substituição do credor, porém a semelhança se encerra por aí, uma vez que tal sub-rogação, ao contrário da novação, extingue a obrigação em relação ao antigo credor que teve a prestação adimplida³²⁷. Tal prestação continua a existir com a transferência de titularidade para aquele que a cumpriu. Além disso, a sub-rogação legal ocorre instantaneamente nos casos previstos em lei, ou seja, independe do acordo de vontades, já a novação, em qualquer de suas espécies, sempre tem seu berço no acordo de vontades.

Já a sub-rogação convencional por vontade do credor ocorre quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere os seus direitos, nos termos do art. 347, I do Código Civil. Aqui há duas características afins com a novação na modalidade em voga, a alteração do polo ativo da obrigação e o acordo de vontades. A distinção fundamental está nos efeitos dos institutos, a sub-rogação convencional por vontade do credor transfere a prestação ao terceiro conforme o acordo de vontades, pode até ocorrer

³²¹ “Como o próprio nome indica, é a que deflui da lei, operando “de pleno direito”, vale dizer independentemente de qualquer convenção dos interessados, bastando para tal, que se reúnam os elementos do suporte fático de incidência das regras ali contidas, provando o autor o fato constitutivo de seu direito” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. p. 407).

³²² Art. 346. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor: I - do credor que paga a dívida do devedor comum; II - do adquirente do imóvel hipotecado, que paga a credor hipotecário, bem como do terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre imóvel; III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

³²³ Recai sobre a pessoa do credor, que é substituído por quem pagou em seu lugar ou lhe proporcionou os meios necessários sob a condição de se tornar titular dos direitos do credor satisfeito.

³²⁴ “Ocorre com a substituição de uma coisa por outra, dentro de certa relação jurídica ou de certa massa patrimonial” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral, Vol. II*. p. 338).

³²⁵ Art. 347. 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.

³²⁶ Art. 348. Na hipótese do inciso I do artigo antecedente, vigorará o disposto quanto à cessão do crédito.

³²⁷ O adimplemento poderá ser parcial, hipótese de sub-rogação parcial, conforme arts. 350 e 351 do CC.

modificação na prestação (contanto que não agrave a posição do devedor), mas em hipótese alguma ocorrerá sua extinção, como ocorre na novação.

A novação subjetiva passiva, que consiste na novação advinda da substituição do devedor, possui afinidade com o pagamento com sub-rogação convencional por vontade do devedor, com a assunção de dívida ou cessão de débito³²⁸ e com a transmissão “*causa mortis*” da obrigação.

A sub-rogação em pagamento convencional por vontade do devedor pode ocorrer quando uma terceira pessoa empresta a quantia necessária ao adimplemento da obrigação, sob a condição expressa de ficar sub-rogado nos direitos do credor originário, também se identifica com a novação por ser convencional e por haver alteração no polo passivo da obrigação, porém, nesse instituto, o direito de crédito é transferido para uma terceira pessoa, efeito distinto do produzido pela novação.

A assunção de dívida ou cessão de débito se caracteriza pela transmissão da obrigação do primitivo devedor, que se conserva íntegra, para terceiro, ficando exonerado o devedor primitivo, ou, em outras circunstâncias, com o ingresso do terceiro ao lado do devedor, sem a extinção do devedor originário, ou transmissão da obrigação, caracterizando a denominada assunção cumulativa³²⁹, ressaltando que, para que ocorra a assunção de dívida perfeita, deve haver a substituição do devedor.

Tanto na novação subjetiva passiva quanto na assunção de dívida pode ocorrer a substituição do devedor por delegação, que acontece quando o devedor indica ao credor a pessoa que irá substituí-lo na relação obrigacional, sendo imprescindível o consentimento do credor e por expromissão, que ocorre quando o credor indica a pessoa que irá substituir o devedor. Nessa hipótese, a alteração do polo passivo se dá independentemente do consentimento do devedor primitivo, e a principal distinção entre os dois institutos é verificada mais uma vez no que tange aos efeitos, de modo que a assunção de dívida ou

³²⁸ Ver arts. 299 a 303 do CC.

³²⁹ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Obrigações – arts. 233 a 420, Vol 2*. p. 166.

cessão de débito transfere a dívida para uma terceira pessoa que substitui o devedor, e a novação subjetiva passiva extingue e, ao mesmo tempo, constitui uma nova obrigação, com um novo devedor.

Importante ressaltar que tanto na novação subjetiva quanto na assunção de dívida, quando forem realizadas por expromissão, o dever de boa-fé obriga o credor que ao menos comunique, ao antigo devedor, da sua retirada do polo passivo da obrigação, sob pena de ser responsabilizado caso o inadimplemento desse dever de conduta cause prejuízo ao delegado.

No que tange à transmissão “*causa mortis*” das obrigações aos herdeiros legítimos e testamentários³³⁰, ocorre a modificação do polo passivo da obrigação por determinação “*ex lege*”, ou seja, por força de lei. Daí a primeira distinção em relação à novação subjetiva passiva, que sempre vai depender da manifestação de vontade, ou seja, do “*animus*”, além do que, como está explícito, também ocorre a sucessão “*causa mortis*” da obrigação e não o nascimento de uma nova obrigação. Tal transmissão está limitada ao patrimônio que compõe a herança^{331 332}, pois não seria justo que o herdeiro, seja ele legítimo ou testamentário, fosse legalmente forçado a assumir obrigação da qual não participou.

A cessão de contrato ou cessão de posição contratual, segundo Motta Pinto, “é o meio jurídico que tem por finalidade a circulação da relação contratual, isto é a transferência *ex negotio* do conjunto de posições ativas e passivas criadas por um contrato³³³”. Assevera ainda o autor: “Há uma

³³⁰ Art. 1784 do CC. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

³³¹ Art. 1792 do CC. O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.

³³² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. p. 105.

³³³ PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão de Contrato*. p. 433.

transmissão da referida relação de uma das partes contratuais (cedente) para um terceiro (cessionário) com o consentimento do outro contraente (cedido)³³⁴”.

No entanto, a cessão de contrato é um meio de transmissão de obrigações, portanto a obrigação não se altera, ocorre a substituição de um ou até de ambos os polos do contrato (contratante e contratado), diversamente do que ocorre com a novação subjetiva, como já foi exhaustivamente demonstrado.

Já a novação objetiva possui nítidas semelhanças com a dação em pagamento³³⁵, principalmente com a dação *pro soluto* e com a sub-rogação real. Assim como ocorre com a dação em pagamento, a novação objetiva produz a modificação do objeto da obrigação. No entanto, a dação em pagamento, ou *pro soluto*, modifica o objeto da obrigação mediante a aceitação do credor e é seguida do imediato pagamento, é uma forma de extinção da obrigação por pagamento indireto, ou seja, por cumprimento da prestação de forma distinta daquela que o credor poderia exigir, mediante seu consentimento.

Temos ainda a dação que envolve a constituição de um novo crédito ao credor sem a extinção do crédito anterior. Nessa hipótese, já demonstrada no capítulo que trata das espécies de novação, mais especificamente, novação objetiva por promessa abstrata de prestação, há apenas a criação de uma nova obrigação ou um novo crédito, que existe em conjunto com a obrigação primitiva e facilita a cobrança desta, de modo que, extinguindo-se qualquer uma das duas, a outra fatalmente se extinguirá. Trata-se da dação *pro solvendo* ou dação com o fim de cumprimento.

A dação *pro solvendo* distingue-se da novação, pois a novação implica impreterivelmente a extinção da obrigação anterior, enquanto na dação *pro*

³³⁴ PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão de Contrato*. p. 433.

³³⁵ Ver arts. 356 a 359 do CC.

solvendo ambos os créditos passam a coexistir, bastando a extinção de um para que a obrigação deixe de existir.

Por último, temos a sub-rogação real que ocorre quando uma coisa de um patrimônio é substituída por outra. Tal substituição só pode ocorrer nos casos em que a lei permitir. Galvão Telles expõe da seguinte maneira: “supõe a ocorrência de um fato por virtude do qual um valor sai do patrimônio e entra outro, que nele fica ocupando posição igual à do primeiro³³⁶”, como ocorre, por exemplo, no regime de casamento por comunhão parcial de bens, no qual os bens adquiridos após o casamento à custa de bens particulares de um dos cônjuges tornam-se também próprios desse cônjuge, porque ficam sub-rogados no lugar dos alienados, nos termos do art. 1659, II do Código Civil³³⁷, ou nos casos de bens com cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade ou impenhorabilidade, alienados com autorização judicial, convertendo-se os produtos em outros bens que ficam sub-rogados no lugar dos primeiros, nos termos do art. 1848, §2º. do Código Civil³³⁸.

Nesta última hipótese, a distinção dos institutos é mais explícita, porém a semelhança está na substituição do objeto; já a distinção se dá primeiramente no próprio objeto, que na novação pode ser qualquer tipo de obrigação (dar, fazer ou não fazer) e não necessariamente uma coisa, como ocorre com a sub-rogação real. Outra distinção que pode ser apontada é que a novação atinge diretamente a relação obrigacional, enquanto a sub-rogação real não; está consiste num mandamento legal pelo qual determinada coisa, ao ser alienada, será substituída por outra de igual valor, compondo um patrimônio.

³³⁶ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. p. 209-210.

³³⁷ Art. 1.659. Excluem-se da comunhão: II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares.

³³⁸ Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima. § 2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros.

6.1 Novação e confissão ou renegociação de dívidas bancárias

Questão bastante em voga envolvendo novação é a confissão de dívidas bancárias, normalmente decorrentes da renegociação de dívidas de financiamentos ou de renegociação oriunda da falta de pagamento de prestações de contratos relativos a crédito rural, industrial, comercial, habitacional, à exportação e outros.

Tais renegociações são as principais causas de disputas no judiciário envolvendo o instituto novação, uma vez que não é incomum, a novação extinguir obrigações inválidas, transferir garantias que deveriam estar extintas ou causar lesão ao contratante que aceita ter seu crédito novado, violando os novos valores que regem o direito privado.

Cumprе ressaltar que nem sempre a renegociação de dívida produzirá o efeito novatório, pois, como já demonstrado, a simples dilação de prazo de pagamento, através de concessão de novo parcelamento ou concessão de novo prazo de carência, a redução da dívida, ou dos encargos pactuados, ou da taxa de juros, por si só não caracteriza novação.

Também já foi demonstrado alhures que para que ocorra a novação, é indispensável, além da validade das obrigações antigas e novas, a demonstração inequívoca do *animus novandi*, que pode ser tácito.

Pode ocorrer a novação em renegociação de dívidas bancárias na modalidade subjetiva passiva, ou seja, com a substituição do polo passivo da relação dando origem a uma nova obrigação, por exemplo, no caso de uma empresa que firma um contrato de renegociação de dívidas, assumindo as dívidas dos sócios com o mesmo banco, ou então, bastante comum, quando ocorre a transferência de mutuários com a devida anuência do credor³³⁹.

³³⁹ CASSETARI, Álvaro Augusto. *Confissão de Dívida Bancária – Novação*. p. 73-74.

Também é possível a ocorrência da novação subjetiva ativa, proveniente da renegociação de dívidas, por exemplo, quando ocorre a substituição do banco credor e, em comum, acordo com o devedor, se concede novo financiamento, extinguindo o antigo sem o pagamento direto.

Ocorre com muita frequência a novação na modalidade objetiva na renegociação de dívidas. Nessa hipótese, altera-se o objeto da prestação, uma nova obrigação substitui a obrigação antiga, desde que fique evidente o *animus novandi* das partes, como no caso do devedor de certa quantia em dinheiro que renegocia a dívida com o banco, ficando pactuado que a nova obrigação terá como objeto o pagamento em sacas de soja, ou então, como já demonstrado, pode ocorrer da nova obrigação ter o mesmo objeto da antiga, tendo as partes demonstrado a inequívoca intenção de novar, se bem que a rigor, sempre haverá algo de novo, por exemplo, novo prazo, extinção e/ou constituição de novas garantias etc, mas não a mudança do objeto.

Ocorre que, cotidianamente, o judiciário tem se deparado com situações em que as instituições bancárias utilizam o instituto da novação para obter vantagens indevidas, violando os novos princípios contratuais, notadamente, os da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato.

É muito comum que os bancos, após terem praticado ilicitudes financeiras ao longo de empréstimos, cobrando de seus clientes juros cumulados (anatocismo) e extorsivos, utilizando-se de índices de correção monetária que não refletem a real desvalorização da moeda, firmem com seus clientes contratos de renegociação de dívidas novatórios, escondendo sob o manto da novação os abusos praticados na obrigação extinta.

Essa prática lamentavelmente se revelou eficaz durante um bom período de tempo, visto que os tribunais, não obstante a proibição expressa no art. 1007 do Código de 1916, correspondente ao art. 367 do Código atual que proíbe que se valide pela novação as obrigações nulas ou extintas, negavam a possibilidade de discutir a validade da obrigação anterior, uma vez evidenciada a novação.

Mas como verificar se um dos requisitos essenciais da novação existiu (obrigação anterior válida) se o magistrado não aceitava a possibilidade de discutir a obrigação anterior?

Nesse sentido, afirma Augusto Cassetari:

Ora, se uma obrigação extinta pelo pagamento a rigor é a modalidade de extinção de obrigação por excelência, pode sofrer a apreciação do judiciário, tanto é que existe a ação de REPETIÇÃO DE INDÉBITO, onde é apreciada a obrigação extinta verificando se houve ou não pagamento indevido, ou seja, julga-se o conteúdo do contrato, embora já extinto, o que falar então das obrigações novadas que são elevadas à mesma categoria do pagamento: modalidade de extinção da obrigação³⁴⁰.

No entanto, com as mudanças axiológicas ocorridas na teoria geral dos negócios jurídicos, nas obrigações e nos contratos em geral, antes mesmo do atual Código Civil entrar em vigor, o STJ começou a modificar o seu entendimento, num primeiro momento, aplicando simplesmente o mandamento do art. 1007 do Código de 1916, correspondente ao art. 367, *in fine* do Código de 2002, que determina que não podem ser objeto de novação as obrigações nulas ou extintas³⁴¹. Passou-se também a admitir a revisão de contratos para se verificar sua ilegalidade quando ficasse configurada uma sequência na relação negocial, afastando-se a novação³⁴².

³⁴⁰ CASSETARI, Álvaro Augusto. *Confissão de Dívida Bancária – Novação*. p. 117.

³⁴¹ "COMERCIAL. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. CONTRATOS EXTINTOS POR NOVAÇÃO. POSSIBILIDADE DE REVISÃO. Os Contratos extintos por novação estão sujeitos à revisão judicial, porque a novação não válida obrigações nulas (CC, art. 1.007). Hipótese, todavia, em que os juros não podem ser limitados à taxa de 12% a.a. Recurso especial conhecido e provido". Resp 195.937 (DJ. 29.10.2001).

³⁴² "II. Possível a revisão de cláusulas contratuais celebradas antes da novação por instrumento de confissão de dívida, se há uma sequência na relação negocial e a discussão não se refere, meramente, ao acordo sobre prazos maiores ou menores, descontos, carências, taxas compatíveis e legítimas, limitado ao campo da discricionariedade das partes, mas à verificação da própria legalidade do repactuado, tornando necessária a retroação da análise do acordado desde a origem, para que seja apreciada a legitimidade do procedimento bancário durante o tempo anterior, em que por atos sucessivos foi constituída a dívida novada". Resp 132.565-RS (DJ 12.2. 2001)

Posteriormente o STJ, ainda considerando a ideia da relação jurídica continuada, passou a admitir a revisão de contratos extintos, ainda que novados, para se apurar ilegalidades ensejadoras de cláusulas nulas ou anuláveis³⁴³. Esse posicionamento se pacificou no STJ e, em 2004, um ano após o início da vigência do novo Código Civil, que trouxe explícito os novos valores que regem as relações jurídicas; foi editada a súmula 286, que determina que “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”.

Frise-se que a referida súmula não explicita que o contrato poderá ser revisto somente quando houver nulidades, mas ilegalidades, o que pode resultar de nulidades ou anulabilidades.

Esta súmula, ainda que de forma implícita, aplica o princípio da boa-fé objetiva dos contratos, pois, se houve ilegalidade em um contrato anterior, ainda que extinto pela novação, houve quebra do dever de boa-fé no que tange à lealdade e à cooperação que as partes devem apresentar em suas condutas para que ocorra o adimplemento da obrigação. Ademais, já foi demonstrado que a novação sob a nova ótica que se aplica às obrigações e aos contratos extingue a obrigação principal ou o dever principal, mas não os deveres de conduta, que são justamente os deveres resultantes da boa-fé objetiva.

Ainda, não podemos deixar de considerar que a maior parte dos recursos submetidos ao STJ dizem respeito a contratos de consumo e nesse sentido, o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito. Mas, no que diz respeito a

³⁴³ Renegociação de dívida. Novação. Securitização. Revisão dos contratos anteriores. Precedentes da Corte. 1. O que domina a inclinação da Corte é a vinculação da renegociação, identificada como novação, a uma relação jurídica continuada, caso em que a possibilidade de revisão dos contratos anteriores se faz presente. E assim é pela só razão de que o débito consolidado, objeto do novo pacto, tomou como ponto de partida os anteriores contratos, nos quais podem residir cláusulas abusivas, ilegais, que estariam sendo submetidas ao novo termo da renegociação, mesmo que esta significasse, a partir de então, benefício para o devedor, como ocorre na denominada securitização. Por isso, se há mesmo uma relação jurídica continuada, que está representada na possibilidade de assinatura de um pacto de renegociação, não se há de vedar sejam os contratos que lhe deram causa revistos. 2. Recurso especial conhecido e provido. Resp 470.806 (DJ. 29.09.2003).

relações entre particulares, é possível a revisão de um contrato que contenha cláusulas anuláveis extinto pela novação? Ou a simples novação convalida o negócio jurídico anulável, conforme determina o art. 172³⁴⁴ do Código Civil?

Tal situação já foi exposta neste trabalho, quando da verificação dos requisitos constitutivos da novação, a obrigação anterior válida, momento em que foi demonstrada que a ratificação só haverá se a vítima do vício causador da anulação do negócio souber de sua existência e, de maneira inequívoca, ratificá-lo, observando-se ainda os direitos de terceiros³⁴⁵.

Importante ressaltar que os posicionamentos atuais adotados pelo STJ aqui expostos nada mais são do que a efetiva aplicação dos novos valores que regem os negócios jurídicos, as obrigações e os contratos, especificamente a exteriorização dos novos princípios contratuais, todos eles, como forma de garantir que grandes injustiças que ocorreram no passado, não venham a se repetir no presente e no futuro.

Portanto, mesmo havendo novação, nada impede que a validade da obrigação novada ou das obrigações novadas - pois pode haver uma sucessão de novações - sejam verificadas pelo judiciário, sempre que houver qualquer vício que afete a validade da obrigação anterior e, portanto, também da nova obrigação³⁴⁶.

Por fim, ainda ocorre na renegociação de dívidas, a elaboração de contratos padrão em que se manifesta a intenção de novar. Porém, no inadimplemento da nova obrigação, ressurgem a obrigação antiga com todas as suas garantias e acessórios, ou, então, se condiciona a renegociação de dívida novatória, a permanência das garantias da dívida anterior, extinguindo-se, assim, a obrigação antiga, normalmente eivada de ilegalidades, como exposto acima, e garantindo a nova obrigação, situação em que o devedor aflito para amenizar suas dificuldades se sujeita ao abuso praticado.

³⁴⁴ Art 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

³⁴⁵ Ver item 3.3.1.

³⁴⁶ CARDOSO, Hélio Apoliano. *Execução, Renegociação e Novação de Dívidas*. p. 23.

No primeiro caso, temos por parte do banco a disposição novo e não novo, que pode causar desequilíbrio contratual, tanto em relação ao devedor, quanto em relação à pessoa que presta a garantia da obrigação. Ademais, é regra geral das obrigações de garantia que o garantidor deve anuir com qualquer renegociação realizada com o devedor inadimplente, sob pena de extinção da obrigação de garantia. Isto se dá para evitar um eventual agravamento de situação do garantidor causada por um novo acordo do qual não foi parte.

Nessa hipótese, deve-se interpretar o negócio de acordo com os novos princípios contratuais, principalmente os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual (que aqui abrange também o garantidor), para se verificar se tal negócio é válido ou não em relação ao banco e ao devedor, porque, no que tange àquele que prestou a garantia, pelo que já foi exposto, mesmo que ocorra a novação, se não houve o seu consentimento, a garantia estará extinta.

Na segunda situação, temos de verificar a validade da obrigação anterior e se realmente houve o *animus novandi* do devedor, ou se o seu consentimento está viciado pela lesão que causaria a anulação da novação, além da indispensável anuência dos garantidores se forem terceiros, como exposto, quando tratados os efeitos da novação.

Em todas as situações aqui expostas deve-se aplicar o que já defendia Agostinho Alvim no que tange à mora do credor:

“se o credor deixa de cooperar, quando tal obrigação lhe assiste, e o cumprimento da obrigação, por parte do devedor, se tornou impossível, terá havido inadimplemento absoluto por parte do credor³⁴⁷”.

Assim, se o credor agir ou deixar de agir, descumprindo o dever de cooperação que é resultante da boa-fé objetiva e, notadamente, do princípio

³⁴⁷ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. p. 52.

constitucional do solidarismo já exposto, deverá ser responsabilizado pelo inadimplemento da obrigação, pois, ao agir com má-fé, teve culpa pela impossibilidade de adimplemento que recaiu sobre o devedor.

Resta claro que, principalmente, em situações em que o desequilíbrio de forças das partes é nítido, deve-se ter muita atenção com os novos valores que regem o direito privado, mormente no que tange aos novos princípios contratuais, responsabilizando quem os violar pelos mecanismos que já foram explicitados aqui, pois a eticidade nas relações negociais é um dever legal das partes e aplicada, juntamente com os demais valores, possibilitando que o instituto da novação não seja utilizado para gerar injustiça contratual e consequentemente injustiça social.

Considerações finais

A novação como instituto de direito das obrigações, ao contrário do que defendem alguns autores, continua sendo um instituto de relevante importância, questão que pode ser facilmente confirmada se ao consultar os ementários de jurisprudência. Tal instituto tem sido objeto de importantes questionamentos oriundos de discussões acadêmicas, dos julgados e também dos novos valores que regem o direito privado.

O Direito Privado contemporâneo dias atuais sofreu relevantes alterações axiológicas oriundas, principalmente, dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º. III da CF) e da solidariedade (art. 3º. I da CF).

Esses princípios que recebem função fundante do ordenamento jurídico, principalmente após a 2ª. Grande Guerra, são provenientes do Estado Social de Direito, que é um Estado intervencionista.

No âmbito do Direito Privado, o Estado Social interfere nas relações entre particulares, como forma de evitar as injustiças que resultaram da liberdade concedida às partes nas relações obrigacionais durante o Estado Liberal. Dessa atuação intervencionista resultam o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil, dentre outras legislações.

Essas novas legislações, com destaque especial para o Código do Consumidor e o Código Civil de 2002, trazem a manifestação do novo Direito Privado, que é regido por novos princípios que alteram sobremaneira a interpretação e os efeitos dos negócios jurídicos, das obrigações, dos contratos e, conseqüentemente, da novação.

O princípio da autonomia privada, segundo alguns doutrinadores, substitui o princípio clássico da autonomia da vontade, devido às limitações à liberdade de contratar, ocasionadas pela massificação dos negócios jurídicos (contratos de adesão, contratos coativos) e pelos novos princípios contratuais

(obrigatoriedade de contratar do locador em locação comercial, do fornecedor ante o consumidor, cláusulas abusivas).

O princípio do equilíbrio contratual, determina que as prestações do contrato devem ser justas e equilibradas, como verificamos nos institutos da lesão; no estado de perigo; na resolução por onerosidade excessiva, na legislação consumerista, nas cláusulas abusivas etc, sob pena de, dependendo da situação, o negócio ser anulado, ou resolvido ou a cláusula que provoca o desequilíbrio ser considerada nula de pleno direito.

O princípio da boa-fé objetiva, oriundo do princípio da eticidade, que determina que as partes devem ser justas e honestas, devendo agir com probidade. Também determina que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé. Esse valor se manifesta de maneira tão intensa nas relações contratuais que passa a ser um dever legal e cria os deveres de conduta das partes.

Esse princípio produz efeitos também na relação obrigacional que deve ser considerada como um processo, como um conjunto de atividades interdependentes para a satisfação dos interesses do credor, em que as partes estão ligadas não só pelo adimplemento da prestação, mas também pelos deveres de conduta. Dentre eles, destacamos o dever de cooperação que as partes possuem no sentido de possibilitar o cumprimento da prestação, portanto, não podem as partes obstar o adimplemento da obrigação se motivo justo, e não podem também, por óbvio, pretender obter enriquecimento sem causa na relação obrigacional.

O princípio da função social do contrato impõe que o contrato deve ter uma função na sociedade, ou seja, deve ser benéfico, ou, pelo menos, não lhe causar prejuízos. A função do contrato sempre foi circular riquezas. O contrato é o principal meio concebido pelo homem para a circulação de riquezas; sem o contrato não seria possível existir uma economia capitalista, pois ele possibilita no Direito Privado a circulação de patrimônio entre particulares.

Mas, como exposto, essa sempre foi a função do contrato; e como o contrato deve produzir efeitos positivos na sociedade, há de se concluir que esse instrumento atingirá sua função social quando possibilitar a circulação de riquezas justa e equilibrada. Também podemos ter contratos que são equilibrados e justos, porém o seu cumprimento causa danos à sociedade e, conseqüentemente, descumpra sua função social, como ocorre, por exemplo, nos contratos que violam valores ambientais.

As principais distinções que se pode apontar entre novação romana e a novação atual, desconsiderando nesse momento as novas regras de interpretação e de aplicação do instituto, diz respeito aos efeitos, pois a novação romana produzia três efeitos distintos, quais sejam, o de criar, transferir e extinguir uma obrigação, diferente do que ocorre com a novação moderna que extingue e cria nova obrigação. Na novação romana a identidade de objeto era requisito obrigatório para que ocorresse a novação e o requisito de forma do instituto romano que se dava pela *stipulatio*.

A novação contemporânea é o instituto que, através de um único ato, extingue a obrigação antiga e cria uma obrigação nova, consiste em uma forma de pagamento indireto, ou seja, sem o adimplemento da obrigação e, ao mesmo tempo, numa fonte da obrigação, pois através da novação surge uma nova obrigação.

Muitos autores se referem erroneamente à novação como um contrato. No entanto, não se faz contrato de novação, e sim, contratos de compra e venda, de financiamento, de renegociação de dívidas etc, e desses contratos pode surgir o efeito novatório, portanto a novação é um dos efeitos possíveis do contrato.

Os requisitos constitutivos da novação são: validade das obrigações, *animus novandi* e capacidade das partes.

Não é requisito essencial da obrigação o *aliquid novi*, ou seja, o elemento novo, se bem que, sempre haverá algo de novo na nova obrigação,

não necessariamente a alteração do objeto ou do polo da obrigação, como exige a doutrina clássica. Portanto, nesses quesitos, pode haver uma nova obrigação exatamente igual à primeira. Prevalece aqui a intenção das partes, ou seja, a intenção de novar ou o *animus novandi*.

O *animus novandi* é requisito essencial da novação, consiste na demonstração da vontade das partes no sentido de extinguir uma obrigação e simultaneamente criar outra. Não precisa ser expresso, pode ser tácito, mas deve ser inequívoco, de modo que na dúvida não há novação.

A novação tácita só é admitida quando resultar de fatos que não tenham outra explicação senão o ânimo de novar, porém, aplicando-se o princípio da boa-fé objetiva na sua função interpretativa e o mandamento legal de que deve prevalecer a intenção das partes sobre o sentido literal da linguagem, poderá ocorrer quando a novação for real, flagrante, inquestionável e o negócio expressamente declarar que não há novação.

A novação objetiva ocorre pela mudança do objeto ou da *causa debendi* da obrigação, e pode ocorrer com *animus novandi* tácito. Não caracterizará novação objetiva tácita, a pactuação de uma nova garantia; a dilação de prazo; modificação da taxa de juros, a mudança de forma do negócio (escritura particular para escritura pública), a simples tolerância do credor, a inclusão ou supressão de uma condição, dentre outras hipóteses.

Não caracterizado o *animus novandi* na outra obrigação, não haverá novação e deste fato podem ocorrer dois resultados. Quando não houver dúvida de que não houve o *animus*, subsistirão as duas obrigações, independentes e autônomas de eficácia jurídica; quando houver relação entre as duas obrigações, mas não for nítido o *animus*, subsistirão as duas obrigações interligadas, ou seja, com o cumprimento de uma extingue-se a outra.

Também pode ocorrer a novação subjetiva, que se dá pela alteração do polo ativo ou passivo da obrigação, ou de ambos, com *animus novandi* tácito,

demonstrado de maneira incontestável e inequívoca, sendo certo que a simples transferência da obrigação, como ocorre na cessão de posição contratual, cessão de crédito e cessão de débito, não caracteriza novação.

Ainda no que tange à caracterização do *animus novandi*, deve-se ter ainda mais zelo com sua inequívocidade nos contratos de consumo, bem como nos contratos de adesão, ante a hipossuficiência do consumidor, aplicando-se os novos princípios contratuais, especialmente o equilíbrio contratual e a função social do contrato.

No que tange ao requisito da validade das obrigações, obviamente, tanto a obrigação que se extinguiu pela novação, como a nova obrigação, não podem ser inexistentes ou nulas; no que diz respeito às obrigações anuláveis, que podem ser ratificadas, poderão ser objeto de novação, desde que o devedor, tendo ciência do vício, expressamente o ratifique. Caso o devedor não tenha ciência do vício, o efeito extintivo da novação terá sua eficácia extintiva suspensa enquanto não se suscitar a anulação da obrigação anterior; se a obrigação anterior for anulada, a invalidade atingirá, por consequência, a novação. Tais disposições se aplicam em decorrência do princípio da boa-fé objetiva, decorrente do dever de informação das partes, pois o devedor deve conhecer o vício para poder ratificá-lo ou não.

As obrigações naturais e, conseqüentemente, as dívidas prescritas, não podem ser objeto de novação, pois não são obrigações juridicamente exigíveis. Elas existem apenas na consciência das pessoas, podem até ser transformadas em outra obrigação civil, mas este negócio não produz efeito novativo.

As obrigações a termo e condicionais podem ser novadas, somente ressaltando as condicionais. Se a condição for suspensiva, dependerá da ocorrência do evento futuro e incerto para ser considerada obrigação válida ou da supressão da condição por vontade das partes; se a condição for resolutiva, obviamente, não poderá ter ocorrido, pois nesse caso não haverá obrigação a novar.

Quando a nova obrigação for condicionada, se a condição for suspensiva, enquanto não ocorrer o evento, a obrigação antiga persiste, a não ser que o credor tenha expressamente renunciado. Se a condição for resolutiva, a novação produz efeitos imediatos, e uma vez ocorrendo o evento resolutorio, ocorrerá o efeito retroativo ou não dependendo do tipo de obrigação.

O terceiro e último requisito constitutivo da novação é a capacidade de novar, tanto o credor quanto o devedor devem apresentá-la sob pena da novação ser nula ou anulável.

Temos duas espécies de novação, a novação objetiva, que ocorre com a alteração do objeto ou da *causa debendi* da obrigação, e a novação subjetiva, que pode ser ativa, com a substituição do credor, ou passiva com a substituição do devedor, em todos os casos extinguindo a obrigação antiga e dando origem a uma nova obrigação.

Pela alteração do objeto a novação pode ocorrer através da promessa abstrata da prestação ou pelo contrato caracterizado materialmente. O primeiro caso refere-se à cambial, o segundo ao acordo de vontades em que as partes decidem novar alterando a prestação.

No que tange à cambial, não haverá novação quando a emissão do título for acompanhado de reserva expressa do direito emergente da obrigação anterior e não contenha mudança substancial no conteúdo da obrigação; quando for emitido no momento em que foi criada a primeira obrigação, numa só convenção; ou quando os títulos cambiais são emitidos para simples giro de garantia. A destruição do título da obrigação anterior, substituindo pelo da nova obrigação, configura novação haja vista o evidente *animus novandi*.

A novação subjetiva ativa ocorre com o consentimento das partes (credor e devedor) no sentido de se obrigar o devedor com um novo credor, extinguindo a obrigação antiga.

A novação subjetiva passiva pode ocorrer de duas maneiras, por expromissão e por delegação. Por expromissão quando o credor decide extinguir a obrigação antiga e cria uma nova obrigação com um novo devedor, libertando o devedor antigo. Nesse tipo de delegação não se exige o consentimento do antigo devedor, que, em virtude do dever de informação oriundo do princípio da boa-fé objetiva, deve ser comunicado da extinção da obrigação, sob pena de o credor ser responsabilizado por inadimplemento do dever de conduta. Por delegação quando o devedor indica outra pessoa para assumir a nova obrigação, estando o devedor primitivo quite com o credor. Este tipo de novação só é possível com o consentimento do credor, que deve ser inequívoco.

Pode ocorrer erro na delegação em duas situações: a) o delegado tem a falsa ideia de que é devedor do delegante e realiza a novação; b) o delegante tem o falso entendimento de que é devedor do delegatário.

Na primeira hipótese, se o delegado tiver conhecimento de que não era devedor do delegante antes de realizar o pagamento ao delegatário, estará libertado. e o negócio deverá ser anulado; se já tiver efetuado o pagamento, deve-se proteger o delegatário que agiu de boa-fé, devendo o delegado buscar o direito de regresso contra o delegante.

Na segunda hipótese, o delegado não é obrigado a pagar, e, caso tenha pago, pode constranger o delegatário a restituir o pagamento.

O delegante não é responsabilizado pela insolvência do delegado, no entanto, se violar o dever de boa-fé, indicando uma pessoa que sabia ou que devesse saber que seria insolvente e não comunicar, ou transmitir informações errôneas ao delegatário, será responsabilizado.

Como consequência lógica da extinção da obrigação ocasionada pela novação, extinguem-se também seus acessórios produzindo os seguintes resultados: imediata paralisação dos juros e extinção dos já vencidos; desaparecimento do estado de mora em que porventura se encontrasse o devedor; a extinção de todas as garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário; extinção da ação de resolução ligada à obrigação anterior; extinção da ação cautelar de arresto.

Poderão os acessórios da obrigação primitiva serem transferidos para a nova obrigação, se o titular da garantia, seja ele o próprio devedor ou o terceiro garantidor, anuir com a estipulação, porém deve-se ter especial cuidado na interpretação desse quesito, haja vista as situações em que instituições financeiras obrigam o consumidor a realizar a novação, em moldes preestabelecidos unilateralmente, e o consumidor, em estado de hipossuficiência, se sujeita a uma nova obrigação que lhe trará desvantagens exageradas.

Se a novação for realizada entre credor e devedores solidários, aplica-se a regra de que todos os devedores solidários podem ser executados na totalidade da dívida, portanto o que adimpli-la extingue a obrigação para com os demais devedores. O mesmo efeito se dará com a novação, o devedor ou os devedores solidários que novarem extinguem a obrigação e passam a compor a nova obrigação, libertando os demais.

Se for realizada entre credor solidário e devedor, aplica-se a regra de que qualquer credor solidário pode executar a dívida por inteiro e dar quitação, portanto qualquer um deles poderá novar, extinguindo a dívida antiga e, respondendo aos antigos credores solidários que não novaram, pelas suas cotas partes na obrigação extinta.

No caso de obrigação indivisível, se houver pluralidade de credores, qualquer um deles poderá realizar o negócio com efeito novativo, porém tal negócio não extinguirá a obrigação primitiva com os credores que não tiverem

participado da novação. Esses credores poderão exigir o cumprimento da obrigação, descontada a quota parte do credor que novou.

Nesse mesmo tipo de obrigação, se houver pluralidade de devedores, aplicando-se a regra de que qualquer um responde pela dívida por inteiro, qualquer devedor de obrigação indivisível poderá novar, libertando os demais devedores da relação obrigacional com o credor.

A novação apresenta semelhanças com outros institutos do direito das obrigações que produzem efeitos de pagamento indireto, por exemplo, a dação em pagamento e o pagamento por sub-rogação e com institutos que resultam em transmissão das obrigações, como ocorre com a cessão de crédito, assunção de dívidas e a cessão de posição contratual. No entanto, a distinção fundamental da novação com os demais institutos é que somente ela provoca a substituição da obrigação antiga por uma nova obrigação.

A renegociação de dívidas bancárias traz cotidianamente ao judiciário situações em que se discute a novação. É muito comum, infelizmente, a novação ser utilizada para extinguir obrigações inválidas, transferir garantias que deveriam ter sido extintas ou causar lesão ao contratante que aceita ter seu crédito renegociado através da novação.

Nessas hipóteses deve-se aplicar os novos valores que regem o direito privado, que já foram aqui explicitados, coibindo o abuso da parte mais forte no contrato, sedenta pela maximização dos lucros, fruto do Estado Pós-Moderno. Deve-se proteger o contratante que na maior parte dos casos, são consumidores que passam por situação de dificuldade financeira e não têm outra opção a não ser realizar o negócio na forma ditada pela instituição financeira.

É dessa forma que tem atuado o judiciário, ao decidir que os contratos extintos pela novação podem ser revistos para se apurar ilegalidades.

A novação é um instituto que possibilita as partes, pelo exercício da autonomia privada, extinguir uma obrigação e, simultaneamente, criar uma nova obrigação, na modalidade objetiva ou subjetiva, quando lhes for conveniente, é umas das formas de exteriorização da obrigação como processo e, por ser efeito do contrato, também possibilita a circulação de riquezas. Não pode ser mecanismo utilizado para acobertar situações que ferem os novos valores do Direito Privado, notadamente a boa-fé objetiva, o equilíbrio contratual, a função social do contrato e os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Para isso, a novação deve ser interpretada e operacionalizada aplicando-se os dispositivos, institutos e princípios aqui expostos, garantindo-se assim, o respeito ao dever de solidariedade nas relações obrigacionais.

- ALPA, Guido, *Storia, Fonti, Interpretazione*, Milano: Giuffrè Editore, 1983
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- ANDREOLI, Marcello. *La Novazione Tacita Obbiettiva*. Roma: Prof. P. Maglione Editore, 1929.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2007
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. 5ª. Ed, São Paulo: Saraiva, 1980.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. V,2- 25, tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bomheim na versão inglesa de W. D. Ross, São Paulo: Abril, 1979.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BESSONE, Darcy. *Do Contrato – Teoria Geral*, 4ª. ed, São Paulo: Saraiva, 1997.
- BEVILÁQUA, Clóvis *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 3ª. ed. vol 04. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930.
- BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Ed Oficina Dois Mundos, 1896
- BIANCA, C. Máximo, *Diritto Civile IV – L' Obbligazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1990.
- BIANCA, C. Máximo, *Diritto Civile – Il Contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987.
- BITTAR, Eduardo C, Bianca. *A justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, tradução de Carlos Néilson Coutinho, 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

CARDOSO, Hélio Apoliano. *Execução, Renegociação e Novação de Dívidas*. 1ª. ed, São Paulo: Editora de Direito, 2002.

CARVALHO, Theophilo B de Souza, *A Novação – Direito Romano e em Direito Civil*. 1ª. ed. São Paulo: Duprat & Comp., 1914.

CARVALHO NETO, Inácio de, *Extinção Indireta das Obrigações*, Curitiba: Juruá Editora, 2008.

CASSETARI, Álvaro Augusto. *Confissão de Dívida Bancária – Novação*, Curitiba: Juruá, 2001.

CORDEIRO, Antonio Manoel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 1984. v 1 e 2.

COSTA, Mário Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Atlantida Almedina, 1968.

COSTA, Judith Martins. *Comentários ao novo Código Civil: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Vol. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Judith Martins. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro / Judith Martins Costa e Gerson Branco – São Paulo: Saraiva, 2002*.

DATTOLA, Francesca Panuccio. *La transacione Novatita.*, Millano: Giuffrè Editore, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações*. vol 2, 22ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. vol 3, 25ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DONNINI, Rogério Ferraz. *A Revisão dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*, tradução de Luís Sancho Mendizabal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 2001.

FLÓRES-VALDÉS, Joaquim Arce y. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madri: Editorial Civitas, 1990

GOMES, Luis Roldão Freitas. *Da Assunção de Dívida e sua estrutura negocial*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Liber Júris Ltda, 1982.

GASPERI. Luis de. *Tratado de derecho civil: de las obligaciones: parte especial*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1964, v. 3.

GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel Diritto Moderno Italiano esposta con la scorta della doctrina e della giurisprudenza*. Vol VII. Torino: Editrice Torinese, 1927.

GIORGI, Jorge. *Teoria de las obligaciones en el Derecho Moderno expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., etc*. Vol VII. Madri: Editorial Reus, 1930.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. 2. Ed, São Paulo: Saraiva, 2007.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Obrigações – atualizada por Edvaldo Brito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004 .

GOMES, Orlando. *Contratos*. 9.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais no direito das obrigações*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Tradução de Carlos Fernandes Rodriguez. Madrid: EDERSA, 1978.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. v. 1, 1958

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento dos contratos*, tradução de Carlos Fernandes Rodrigues. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

LIGIERA, Wilson Ricardo. PICHILIANI, Mauricio Carlos. *As principais novidades na locação de imóveis urbanos*. São Paulo: Felpa, 2010.

LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil. Vol II. Obrigações em Geral*. 2ª. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1957.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Obrigações – arts. 233 a 420*. Vol 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARKY, Thomaz. *Curso elementar de Direito Romano*. 8ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da Justiça Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Tradução de Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1.

MESSINEO, Francesco. *Il Contratto in Genere – 2º volume*. Milano: Editora Giuffré, 1972.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado – Atualizado por Wilson Rodrigues Alves*. Tomo XXV. Campinas: Bookseller, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações- 1ª parte*, 31ª. ed. Atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Filho, vol 04. São Paulo: Saraiva, 2001.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada, in Renan Lotufo (Coord.). *Cadernos de Direito Civil Constitucional*. Curitiba, Ed. Juruá, 2001.

NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade, in Giovanni Ettore Nanni (Coord.). *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1984

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto Motta. *Cessão de Contrato*. São Paulo; Saraiva, 1985

RADBRUCH, Gustav. *A filosofia do direito*, tradução de L. Cabral de moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Ed., 1997.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*. vol. 2. 30ª ed. São Paulo , Saraiva. 2002.

ROSENVOLD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOUZA NETO, José Soriano de. *A Novação*, 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1937.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 4ª. ed. Lisboa: Coimbra Ed., 1982.

TEPEDINO, Gustavo. *Obrigações – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Cecília Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007

SÁ, Fernando, *Os institutos da novação e da confissão de dívida interpretados e aplicados sob a perspectiva da confiança no trafego jurídico dos contratos de crédito rural e do alongamento das respectivas dívidas*. Porto Alegre, 2001, inédito.

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*., 10. ed. Ed. Freitas Bastos S.A., vol. XIII, art. 972 a 1.036.

SILVA, Clovis V. do Couto e, *A Obrigação como Processo – reimpressão*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2007.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*. 10^a. ed, vol 1, Coimbra: Almedina, 2000.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 07^a. ed, vol 2, Coimbra: Almedina, 1997.

VIANNA, Rui Geraldo Camargo. *A Novação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ARTIGOS PUBLICADOS NA INTERNET

PARODI, Felipe Osteling. FREIRE, Mario Castillo, *Algumas consideraciones acerca de la novación*. Disponível em: http://www.castillofreyre.com/articulos/algunas_consideraciones_acerca_de_la_novacion.pdf. Acesso em 15/08/2009.

LOTUFO, Renan, *Da oportunidade da codificação*, *Revista do Advogado*, N. 68. 2002. Disponível em: http://www.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/revista68/renan_lotufo.asp. Acesso em 10/10/2009.

PENTEADO JR, Cássio M. C, *Aspectos Tópicos da Novação: A revisão de contratos e a revisão judicial de contratos negociados*. Disponível em:

<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/614/794>. Acesso em 20/01/2010.

TARTUCE, Flávio, *A Função Social dos Contratos, A Boa-Fé Objetiva e as recentes súmulas dos Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_Funsocial.doc. Acesso em 20/01/2010.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)