

Desembargador DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO LIMA

1. — ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A procuração em causa própria é a mais brilhante evidência da capacidade inventiva dos romanos e sua renomada habilidade no terreno jurídico.

Não obstante imprimirem ao seu direito uma estabilidade indispensável à segurança das relações jurídicas e sociais, jamais permitiram que ela se transformasse em estagnação, criando obstáculos ao seu incessante progresso. “Pode afirmar-se — comenta SICHES (1) — que uma das preocupações mais importantes na elaboração da ordem jurídica consiste em harmonizar a necessidade de certeza e segurança, de uma parte, e a necessidade de evolução, por outra parte”. Nisso os romanos foram mestres. Quando os negócios do **dominus** se avolumaram, surgiu o **procurator**; quando as guerras púnicas exigiram enormes concentrações de recursos humanos, aperfeiçoaram o **mandatum**; quando o desenvolvimento do comércio

(*) Esta parte constitui o terceiro capítulo do estudo intitulado “Origem e Evolução da Procuração em Causa Própria”, em preparo;

(1) SICHES, Luis Recasens — “Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho” — México — Fondo de Cultura Económica — 1956 — pág. 24;

jurídico e as necessidades práticas reclamaram que se pudesse dispor dos créditos como os demais bens que compõem o patrimônio e quando o princípio da representação pessoal no procedimento civil se tornou inconveniente, criaram, remodelaram e se utilizaram de diversos processos para conseguir atenuá-los, chegando à cessão de créditos e à admissão da representação processual.

Os romanos não perscrutavam a vida como algo racional, senão como pura realidade. O direito nasce da vida humana e social e sua destinação é essa mesma vida humana e social, devendo refletir as características dessa vida humana. Em conseqüência, a essência do direito para eles adquiria realidade, não pela virtude exclusiva de regras abstratas, mas, pela ação de seres humanos concretos, consistia não em sobrepor-se a ela, mas em irmanar-se plenamente à própria vida. Sua suprema aspiração não era enclausurar o direito na rigidez de uma lógica fria e dogmática, senão tornar possível o conúbio da racionalização com as necessidades práticas do povo, aplicar o remédio certo ao mal diagnosticado. Acreditavam eles que “uma norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada, que na medida em que esteja vigendo é revivida de modo atual pelas pessoas que a cumprem e pelas que a aplicam, que ao ser revivida deve experimentar modificações para ajustar-se às novas realidades em que é revivida e para as quais é revivida” (2).

“O jurista romano — pontifica IGLESIAS (3) — revela o *ius*, cujas raízes profundas se encontram na própria realidade, nas entranhas mesmas das coisas. O jurista arranca do *ius* seu sentido último, e torna consciente o que aos demais — no povo — é inconsciente. Contudo, a capacidade do jurista sofre limitações não apenas próprias e naturais, mas ainda marcadas desde fora. Assim, há de desenvolver o sistema sem afastar-se de uma linha lógica”. Tudo isso porque, evidencia BIONDI (4), “o jurista romano não é o homem de ciência que medita e elabora sistemas e doutrinas, que escreve volumes nutridos de sabedoria e erudição, mas apenas o *prudens*, que em contacto com a vida, com aguda percepção e incomparável prudência, logra satisfazer as necessidades sociais no âmbito do direito”. Foi obedecendo a essa lógica, com aquela reconhecida habilidade diplomática em conciliar o imutável com o mutável, sem contrariar a norma geral, que eles, diante do rigorismo formalista de seu direito, deram uma solução realista ao problema da personalização das relações obrigacionais, criando a *procuratio in rem suam* ou o *mandatum in rem propriam*.

A *procuratio in rem suam* surgiu do fato de que os direitos de crédito, sendo intransmissíveis, não eram irrenunciáveis. A nomeação de um procurador em causa própria, com o encargo de reter para si próprio os proventos obtidos na execução do mandato, importa em renúncia aos direitos e vantagens conseguidos no desempenho do contrato. Este era o procedi-

(2) SICHES, Luis Recassens — ob. cit. — pág. 269;

(3) IGLESIAS, Juan — “Estudios Romanos de Derecho e Historia” — Barcelona — Ediciones Ariel — 1952 — pág. 22;

(4) BIONDI, Biondo — “Arte y Ciencia del Derecho” — Barcelona — Ediciones Ariel — 1933 — pág. 41;

mento principal que se empregava para ceder um crédito, caso não se quisesse ou não se pudesse usar da novação.

2. — A TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES E SEUS PROCEDIMENTOS

Poderá um credor transferir seus direitos de crédito a um terceiro, que se torne credor em seu lugar?...

Em nosso direito, onde o patrimônio pode conceituar-se como “o conjunto de relações jurídicas pertencentes a uma pessoa”, o crédito é considerado como uma das parcelas deste patrimônio, um valor econômico negociável ou transmissível como qualquer outro bem, na mesma forma como se transmitem as coisas corpóreas, a indagação perderia seu sentido, merecendo uma resposta afirmativa.

No antigo Direito romano, os jurisconsultos teriam uma resposta negativa. Um crédito não poderia ser alienado como a propriedade das coisas corpóreas, sendo inaplicáveis ao direito de obrigações os procedimentos comuns à transmissão do direito de propriedade, por causa do liame estritamente pessoal que o caracterizava. Por isso, não poderia ceder-se ou transmitir-se de uma pessoa para outra, a não ser por meio de sucessão universal.

Naquela época, a obrigação não possuía um conceito semelhante ao hodierno, sendo muito lenta sua evolução até nossos dias.

Ensina-nos BIONDI ⁽⁵⁾ que “*obligatio* não quer dizer dever, para o qual os romanos se serviam de *oportere* ou *debere*, nem tão pouco responsabilidade. A palavra moderna *obrigação* implica o conceito de dever e, não obstante, a assonância não expressa, absolutamente, a idéia ínsita no vocábulo *obrigação*. Esta não significa mais do que vínculo, liame. Transportada à esfera jurídica, conserva o mesmo significado: denota sempre vínculo ou liame, que em princípio tem como objeto a pessoa no sentido físico e material. Ainda hoje, como no linguajar romano, fala-se de pessoa obrigada no sentido de pessoa vinculada. O vínculo tem uma finalidade bem precisa, a saber, o cumprimento de uma determinada prestação. A idéia do vínculo não exclui a liberdade nem supõe em si sujeição. A idéia da finalidade está condensada no prefixo, *ob*. Não é, portanto, como a *servitus*, uma situação estática ou permanente, mas finalística, enquanto tende a obter uma determinada prestação”.

“Pactuada a obrigação judicial ou extrajudicial — manifesta-se VON MAYR ⁽⁶⁾ — é indubitável que o credor só abre crédito ao vendedor mediante uma certa garantia. A simples obrigação não encerra o poder de constranger a efetuar a prestação, nem engendra por si mesma um senhorio sobre a pessoa ou o patrimônio do devedor. Para que tivesse plena eficácia, era necessário que concorresse com ela uma responsabilidade pessoal ou real que o credor pudesse fazer valer caso não fosse cumprida a dívida. Na dívida delitual não se nos mostra muito clara esta distinção entre débito e responsabilidade, porque o débito sempre faz nascer a responsabili-

(5) BIONDI, Biondo — ob. cit. — pág. 104-5;

(6) VON MAYR, Robert — “Historia del Derecho Romano” — Barcelona — Editorial Labor — 1926 — I/196;

dade ao mesmo tempo que a culpa. Mas nem por isso deixa de existir aqui essa distinção. A responsabilidade não se baseava sobre o mesmo delito: era a cominação da pena condicionada pelo delito a que, ao expor o agente à vingança pública ou privada, segundo a natureza do fato, o fazia responsável. Não obstante, o fundamento da responsabilidade tem em matéria de delitos um caráter geral. Em troca, naqueles casos em que o que faz responsável é o simples descumprimento de uma obrigação contraída, a responsabilidade tem que fundar-se em um negócio jurídico especial."

DEMANGEAT⁽⁷⁾ nos adianta que "os romanos empregavam geralmente a palavra **obligatio** para designar a relação que existe entre um credor e seu devedor". Esta relação não pode ser interpretada como expressão indicativa de uma situação puramente ideal de relação, mas com o sentido de vínculo, atilho, ligame, laço, que o vocábulo expressa. Sobre o **obligatus** pesa um poder de natureza física, que se efetivará ao advento do inadimplemento contratual.

O **obligatus** não representa, apenas, um devedor; é antes uma pessoa dada em garantia do cumprimento do que foi pactuado. O dever pode originar-se de uma simples promessa ou pacto, sem valor cogente; a obrigação, apenas de um ato formal (**nexum, stipulatio**). O ato gerador de uma **obligatio**, ou melhor, o **obligare** é um **contrahere**; enquanto que sua extinção é considerada uma libertação ou **solutio**, um resgate da própria liberdade, sem se ater ao cumprimento de um dever.

"Desta forma — tivemos oportunidade de frisar⁽⁸⁾ — podemos resumir que a obrigação clássica, diferentemente da obrigação moderna, ainda apresenta estas características:

a) sendo a **obligatio** de natureza puramente civil, só poderia originar-se daqueles atos restritos que o **JUS CIVILE** considerava idôneos, como a **stipulatio**, a **re contrahere** etc., excluindo-se os pactos ou simples promessas;

b) a existência de uma obrigação está condicionada a uma **actio**, partindo daí uma correlação perfeitamente clara entre a **actionem teneri** e **obligatio**. Apenas as ações civis correspondem a verdadeiras obrigações pretorianas;

c) o **debitum**, na obrigação romana, é sempre exigível. O credor nunca poderá pretender, em juízo, que o devedor seja condenado ao pagamento da mesma prestação, ou seja, ao cumprimento do conteúdo originário de seu **debitum**. O conteúdo da prestação se transforma sempre em dinheiro e, conseqüentemente, a condenação judicial é sempre uma condenação pecuniária;

d) partindo de sua etimologia, a obrigação romana preservou sempre um nítido caráter de vínculo pessoal. Derivou daí a impossibilidade de

(7) DEMANGEAT, Charles — "Cours Élémentaire de Droit Romain" — Paris — Marescq Ainé — 1866 — II/146;

(8) LIMA, Domingos Sávio Brandão — "Do Pagamento por Consignação nas Obrigações em Dinheiro" — In "Revista de Informação Legislativa" — Brasília — Ano IX — n.º 33 — págs. 122/123;

transferir o crédito e a dívida, tornando-se ilegal a possibilidade de contratar ou de estipular por outro ou para outro.”

Apesar dessas características que distanciam a obrigação clássica da obrigação moderna, já divisamos aí todos os germens que haveriam de incentivar e robustecer a conceituação hodierna.

Graças à admirável capacidade dos romanos para adaptar suas normas às contingências sociais, à aclimação do espírito especulativo da filosofia grega na sua teoria do Direito, às novas espécies de obrigações, chegamos ao conceito hodierno.

Os direitos integrantes do patrimônio dos particulares, fundados ainda no dualismo da **actio in personam** e da **actio in rem**, se dividem em direitos reais e em direitos de crédito, denominados também obrigações.

O direito de crédito, entendido na noção romana como “exigência atual contra uma pessoa determinada”, constitui uma relação entre duas pessoas, onde uma delas (o credor) pode exigir da outra (o devedor) um determinado ato, apreciável em dinheiro. Esta relação, apreciada sob dois aspectos diferentes, é um direito de crédito, parte do ativo patrimonial do credor e, simultaneamente, uma obrigação, uma dívida que figura no passivo do devedor.

A diferença básica entre ambos restringe-se, em substância: o direito real materializa um poder sobre um gozo da coisa, enquanto que o direito pessoal consiste na prestação que uma pessoa tem de satisfazer.

A transferência de créditos, inexistente no direito romano primitivo, surgiu durante as **legis actiones**, com a novação e, no procedimento formulário, com a **procuratio in rem suam**, aperfeiçoada na época de Justiniano.

3. — A NOVAÇÃO

Sendo a obrigação arcaica um vínculo estritamente pessoal, uma verdadeira **potestas** sobre a pessoa física do devedor, os efeitos dela emergentes só poderiam atingir diretamente os sujeitos desta relação — credor e devedor; uma vez que as convenções só produziam efeitos jurídicos entre as partes contratantes, não permitia o Direito romano que uma das partes fosse substituída, arbitrariamente, sem que se modificasse a substância do direito creditício. E, em decorrência destes princípios, cabe ao credor o direito de recusar um devedor distinto daquele com quem pactuou, nem o devedor poderá ser coagido a cumprir a prestação para uma outra pessoa que não seja o credor primitivo.

Admitia-se, apenas, que a transmissão de créditos e dívidas fosse possível graças à sucessão **causa mortis**, a título universal, que investia o herdeiro na titularidade patrimonial do causante, imprimindo-lhe o caráter de continuador daquela personalidade jurídica.

“Os casos mais antigos de transmissão — historia COSTA⁽⁹⁾ — fora do campo dos continuadores da família, tiveram lugar, precisamente, a favor

(9) COSTA, Emilio — “Historia del Derecho Romano Público y Privado” — Madrid — Editorial Reus — 1.ª ed. — 1930 — págs. 334 — § 29;

de pessoas que, pelo menos na esfera das relações patrimoniais, podiam considerar-se como herdeiros.”

Fora desse caso, a transmissão de créditos, por ato *inter vivos*, era completamente desconhecida. Além da concepção da obrigação, acreditavam eles que, estando os créditos destinados a extinguir-se em prazos mais ou menos breves, a necessidade de sua transferência não se devia manifestar em maior escala.

Compreendendo que a garantia pessoal do *obligatus* só era utilizável na ausência de patrimônio — garantia comum aos credores em caso de inadimplemento — e que os direitos pessoais, mesmo importando uma relação direta de pessoa a pessoa, tinham valor econômico, os romanos logo conceberam e compreenderam a necessidade de transferir relações obrigacionais, à imagem e semelhança dos direitos reais. Desta forma, ainda sob a pressão das necessidades práticas que foram, sucessivamente, surgindo e se impondo, modificaram eles seu entendimento primitivo e chegaram a consagrar uma verdadeira transmissão de créditos através destes dois procedimentos: novação e procuração em causa própria, passando a corporificar a idéia de que, mesmo contra a vontade da outra parte, o credor tinha o direito de ceder o seu crédito a um terceiro e o devedor, a sua dívida a outra pessoa, inteiramente estranha àquela relação.

4. — CONCEITO DE NOVAÇÃO

Novação (*novatio*, de *novare* = renovar, fazer de novo) é, na definição de ULPIANO⁽¹⁰⁾, *prioris debiti in alia obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio; hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo novem accepit, et a nova obligatione*, significando, em vernáculo: “novação é a transformação ou transferência da obrigação da dívida anterior para outra obrigação, civil ou natural, isto é, quando se constitui nova obrigação pela causa antecedente, de modo que se extinga a primeira; porque a novação se diz de coisa nova e de obrigação nova”.

“Da leitura atenta desta definição — conclui BONJEAN⁽¹¹⁾ — vê-se que a novação consiste precisamente em substituir por uma nova obrigação uma obrigação anterior, que se extingue.”

GAIO, 3, 176, também afirmava: “*nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem*” = nasce uma nova obrigação e se extingue a primeira que se traslada na posterior”.

O vocábulo “transformação” deve ser entendido com o sentido de substituição, permuta, renovação de uma obrigação por outra e, por esta razão, para a existência da novação torna-se indispensável que a nova obrigação contenha algum elemento novo com relação à anterior.

Há unanimidade por parte dos romanistas em reconhecer que “a novação é a extinção de uma obrigação precedente mediante constituição

(10) ULPIANO in “Corpus Juris Civilis Academicum Parisiense” — Paris — A. Cotelle — MDCCCLXXXI — undecima editio — DIG LXVI — II;

(11) BONJEAN — “Explication Méthodique des Institutes de Justinien” — Paris — A. Durand et Pedrone-Lauriel, Editeurs — 1880 — II/612 — n.º 3.174;

de uma nova" (12), ou, como quer BONFANTE (13), "a constituição mediante contrato formal de uma nova relação obrigatória, que deve substituir e, portanto, anular a antiga" (14).

(12) VOCI, Pasquale — "Istituzioni di Diritto Romano" — Milano — Dott. A. Giuffrè, Editores — 1954 — 3.ª ed. — pág. 363/§ 99;

(13) BONFANTE, Pedro — "Instituciones de Derecho Romano" — Madrid — Inst. Ed. Reus — 1959 — 3.ª ed. — pág. 428 — n.º 134;

(14) Não obstante as grandes e substanciais transformações impostas pela evolução, a conceituação de novação tem variado muito pouco, senão vejamos:

MONIER, Raymond — "Vocabulaire de Droit Romain" — Paris — Ed. Domat Montchrestien — 1949 — pág. 217 — Novation — 1) — Sous la République et à l'époque classique: opération juridique réalisée essentiellement à l'aide de la stipulation et destinée à éteindre automatiquement une obligation préexistente en créant une obligation nouvelle, ayant le même objet, mais présentant un élément nouveau; c'est, disent les juriconsultes, le transfert d'une dette ancienne dans une obligation nouvelle. 2) — Dans le Droit de JUSTINIEN: opération juridique accomplie avec l'intention formelle d'éteindre une obligation ancienne et de la remplacer par une obligation nouvelle, née de la stipulation et présentant un élément nouveau qui peut désormais consister en un objet différent de celui de l'obligation primitive;

HUC, Théophile — "Commentaire Théorique & Pratique du Code Civil" — Paris — F. Pichon — 1895 — vol. 8 — pág. 138 — n.º 103: La transformation contractuelle d'une obligation en une obligation nouvelle, distincte de la première que est éteinte;

TUHR, A. Von — "Tratado de las Obligaciones" — Madrid — Ed. Reus — 1934 — II/147 — n.º 75: Ato pelo que se extingue uma dívida antiga criando-se outra nova;

BAUDRY-LACANTINERIE, G — "Précis de Droit Civil" — Paris — Recueil Sirey — 1913 — II/221 — n.º 317: La novation, dit Pothier, est la substitution d'une nouvelle dette à une ancienne". L'ancienne obligation est éteinte — aussi la novation figure-t-elle parmi les modes d'extinction des obligations —, mais elle est remplacée par une obligation nouvelle; d'où le nom de novation;

PLANIOL, Marcel — RIPERT, Georges — "Traité Élémentaire de Droit Civil" — Paris — Lib. Générale de Droit & de Jurisprudence — 1932 — II/195 — n.º 529: La novation est l'extinction d'une obligation par la création d'une obligation nouvelle destinée à la remplacer;

BARASSI, Lodovico — "Instituciones de Derecho Civil" — Barcelona — Jose M. Bosch — 1955 — II/209 — n.º 208: Es la extinción de una obligación coetanea al nacimiento de otra nueva obligación que la sustituye;

RUGGIERO, Roberto de — "Instituciones de Derecho Civil" — Madrid — Ed. Reus — s/d — II/219 — § 81: Aunque la novación moderna no es, por la forma de realizarse ni por la función que cumple, la novatio del derecho romano, puede, sin embargo, aplicarse a esta sustitución que el Código disciplina en sus artículos 1.267-1.278, la célebre definición dada por Ulpiano;

DE PAGE, Henri — "Traité Élémentaire de Droit Civil Belge" — Bruxelles — Étab. Émile Bruylant — 1950 — III/537 — n.º 558: La novation est une institution complexe, qui n'est pas, dans le droit actuel tout au moins, en rapport direct avec la notion d'extinction des obligations. C'est la raison par laquelle il n'ya, une définition exhaustive et rationnelle. Il faut procéder par approximations successives;

TRABUCCHI, Alberto — "Instituciones de Derecho Civil" — Madrid — Ed. Rev. de Derecho Privado — 1967 — II/81 — n.º 243: Referindo-se à definição dos romanos, diz: "este conceito concorda com o sistema de nosso Código que trata, dentro das causas de extinção, unicamente da novação objetiva";

BARERO, Domenico — "Sistema del Derecho Privado" — Buenos Aires — Ed. Jurídicas Europa-América — 1967 — III/325 — n.º 725: A novação é um modo de extinção das obrigações consistente em substituir à obrigação originária uma nova obrigação com objeto ou título diferente (art. 1.230) ou entre pessoas distintas;

MAZEAUD, Henri y León — MAZEAUD, Jean — "Lecciones de Derecho Civil" — Buenos Aires — EJEA — 1960 — III/458 — n.º 1.208: A novação é uma operação que, de uma só vez, extingue uma obrigação para substituí-la por outra;

PENÁ, Frederico Puig — "Compendio de Derecho Civil Español" — Barcelona — Ed. Nauta — 1966 — III/378: Desde um ponto de vista puramente tradicional, a novação consiste "na substituição de uma relação obrigatória por outra, destinada a extinguir aquela";

COSTA, Mário Júlio de Almeida — "Direito das Obrigações" — Coimbra — Atlântida Ed. — 1968 — págs. 468-9 — n.º 82: A novação pode definir-se com a extinção contratual de uma obrigação em virtude da constituição de uma nova obrigação que vem ocupar o lugar da primeira;

CUNHA GONÇALVES, Luiz da — "Tratado de Direito Civil" — São Paulo — Max Limonad — 1955 — vol. V — tomo II/121 — n.º 638: Novação é a substituição e a extinção duma dívida por meio de outra;

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula — "Obrigações" — Rio — Liv. Cruz Coutinho — 1897 — pág. 391 — § 85: A criação de uma nova obrigação no intuito de extinguir a primeira;

Como argumentam DIDIER-PAILHÉ⁽¹⁵⁾, se observarmos “por umas destas faces, a novação é extintiva; pela outra é criadora”, partindo daí as intermináveis discussões doutrinárias que tem suscitado.

Uns argumentam que ela consiste em um modo solene de extinção das obrigações, solenidade essa exigida pelo formalismo arcaico, através do qual o laço civil não podia romper-se senão mediante as mesmas formalidades; outros ressaltam que sua essência não está nesta extinção, mas no ato de transformar uma obrigação em outra; restando ainda os que entendem a novação como ato único, consistente exatamente na extinção mediante constituição, e não extinção com constituição simultânea nem em virtude de constituição.

Para melhor entendimento, vejamos os exemplos com que SCHULTZ⁽¹⁶⁾ elucida o instituto:

“A e B celebram um contrato de compra e venda e posteriormente uma estipulação; A (vendedor) pergunta a B: “**Quod tu mihi de bes ex vendito dari mihi spondes?**” E B respondia: “**Spondeo**”. Quais são os efeitos jurídicos que neste caso se produzem? Um jurista moderno diria seguramente que se verificam nesta suposição duas obrigações, uma resultante da venda e a outra da estipulação, mas de tal sorte que se uma delas se cumpre a outra fica automaticamente extinta. A regra clássica e republicana era diferente: a obrigação **ex vendito** expirava, ocupando seu posto a obrigação **ex stipulatione**, independentemente de que as partes tivessem ou não o **animus novandi**. A nova obrigação diferia da antiga apenas em que a **actio venditi** era uma **actio bonae fidei** e a **actio ex stipulatione** não o era.”

“Se B recebia de A a título de empréstimo e posteriormente prometia por estipulação restituir a A a dita soma, a obrigação **ex mutuo** ficava extinta, subsistindo unicamente uma obrigação **ex stipulatione**. Indubitavelmente, a ação derivada do **mutuum** era a mesma que dimanava da estipulação. Tratava-se em ambos os casos de uma **actio certae pecuniae**, mas a obrigação **ex stipulatione** diferia da obrigação **ex mutuo** pelo fato de que a primeira podia extinguir-se por **acceptilatio** (Gaio, 3, 169) e ser garantida mediante **sponsio** ou **fidepromissio**. Assim, a nova obrigação implicava uma inegável vantagem ao credor e, por esta razão, a novação era eficaz. Se B devia 100 a A **ex stipulatione** e posteriormente prometia esta mesma soma a A em virtude de outra estipulação, esta última era nula, pelo menos no Direito clássico, pois não continha nada que não estivesse já contido na estipulação anterior. Em troca era válida, se a segunda estipulação contivesse um **dies** ou uma condição que faltava na primeira.”

(15) DIDIER-PAILHÉ, E. — “Cours Élémentaire de Droit Romain” — Paris — Larose et Forcel — 1887 — II/280;

(16) SCHULZ, Fritz — “Derecho Romano Clásico” — Barcelona — Bosch — 1960 — págs. 463-4 — n.º 815;

“Uma pluralidade de obrigações pode ser novada por estipulação e, conseqüentemente, as obrigações todas que pesavam sobre o promitente em favor do **stipulator** ao tempo de celebrar-se a estipulação eram suscetíveis de ser novadas **uno actu**. Foi esta inovação introduzida por Aquílio Galo, um amigo de Cícero, com a chamada **stipulatio Aquiliana**.”

“D devia algo a C **ex vendito**, mútuo ou **stipulatione**. Posteriormente B prometia a C por estipulação pagar-lhe o que D devia a C. Um jurista moderno diria que, nesse caso, D e B são devedores de C, de tal modo que se um deles paga ao credor, o outro fica liberado de seu débito. Em Direito republicano e clássico era este um caso de **novatio**, independentemente de que as partes tivessem ou não o **animus novandi**, e B ficava devedor único de D. Não se requeria o consentimento de D, uma vez que B podia pagar ao credor de D sem o consentimento deste, e em tal caso, a nova obrigação continha algo realmente novo: o devedor.”

“D devia algo a C **ex vendito**, mútuo ou **stipulatione**. Posteriormente D prometia a B, por estipulação, pagar o que D devia a C. Era este também um caso de **novatio**, sempre que C tivesse dado seu consentimento, se bem que este não tivesse sido formalmente manifestado e, em tal caso, C não podia reclamar, já por ser B o único credor de D. Tão pouco era exigido um especial **animus novandi**.”

A novação, desde suas mais remotas origens até Justiniano, vem sofrendo sensíveis variações, assinaladas pela ação persistente de oito séculos de jurisprudência e doutrina. Nasceu revestida de um formalismo extremamente rigoroso para evoluir até à simplicidade de uma operação intencional.

No Direito clássico, a novação apresentava duas características essenciais: **a)** — o objeto da obrigação nova — o **debitum**, o **schuld** dos alemães, o dever de cumprir a obrigação contraída — devia ser sempre o mesmo da obrigação anterior, como decorrência lógica da **transfusio atque translatio** de que nos fala o Digesto, enquanto que a **obligatio** — a responsabilidade em que incore o devedor em caso de inadimplemento obrigacional, ou o **haftung**, como dizem os germânicos, fica extinta. Era um fato real e positivo: a mesma coisa devida era transportada à nova obrigação; **b)** — a novação era um ato essencialmente formal, bastava o emprego da fórmula correspondente para precisar a intenção das partes, mesmo que elas não tivessem pensado em novar. Ao contrário, não se realizaria novação se a fórmula não fosse empregada ou o fosse erroneamente, mesmo que essa tivesse sido a verdadeira intenção das partes.

No último estágio do Direito romano, sob Justiniano, a novação abandonou o terreno clássico para admitir a possibilidade, em certos casos, de uma novação por permuta de objeto (**v. g.**, em lugar da prestação devida, estipulava-se o seu valor) e, em desaparecendo o antigo formalismo, a caracterização ou não da novação passou a depender da vontade exclusiva das partes, requerendo-se sempre a ocorrência de um elemento novo.

5. — ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DA NOVAÇÃO

Com algumas sensíveis modificações, que especificaremos, três são os requisitos encontrados em todas as épocas e indispensáveis à caracterização da novação:

6. — EXISTENCIA DE UMA OBRIGAÇÃO ANTERIOR VALIDA

Pela própria etimologia, a novação supõe uma obrigação anterior que lhe dá origem, que lhe serve de causa. Sendo uma transferência ou substituição de uma obrigação por outra, conseqüentemente não poderá existir sem que exista essa primeira obrigação, que será transformada por ela. A causa da nova obrigação reside na obrigação primitiva ou anterior.

Todas as obrigações eram suscetíveis de novação — **omnes restransire in novationem possunt**, salvo as proibições legais.

A obrigação preexistente deve, necessariamente, ser válida, ou seja, contraída na forma e requisitos determinados na lei e estar em pleno vigor. Se era nula, não se concretizou no mundo jurídico, e se estava extinta, não há razão de ser, diante da impossibilidade de inovar o vácuo. Podia ser imperfeita ou simplesmente natural, civil ou honorária, derivada de qualquer fonte: do contrato (**re, verbis, litteris vel consensu**), do delito ou **ex variis causarum figuris**.

As obrigações inexistentes e nulas logicamente não poderiam ser objeto de novação. Mesmo que o vício fosse conhecido e aceito pelas partes, ainda assim será impossível novar, pois não lhe compete criar obrigações, senão extinguir uma para fazer nascer outra em seu lugar.

Em caso de obrigação anulável, cuja eficácia permanece enquanto não for declarada a sua nulidade, a pedido da pessoa em favor da qual a nulidade podia declarar-se, subordinava-se a novação aos mesmos princípios e riscos, sendo plenamente eficaz até a declaração da nulidade, retroagindo em seus efeitos.

Existe forte controvérsia no tocante às obrigações imperfeitamente sancionadas ou naturais (aquelas que não tinham sido reconhecidas pelas leis). Em Ulpiano, inexistente dúvida: **utrum naturalis, an civilis, an honoraris**“, entretanto, a doutrina moderna sustenta tratar-se de uma interpolação.

A obrigação condicional era passível de novação; contudo, realizada a condição da **prior obligatio**, seus efeitos retroagiam ao momento da celebração estipulatória.

Além dos casos indicados, BERRUEZO (17) ainda aponta os seguintes casos “patológicos”:

— “podem novar-se obrigações com objeto incerto;

(17) BERRUEZO, C. Lozano — “La Extinción de las Obligaciones por Novación” — Barcelona — Ind. Gráficas Casa — s/d — pág. 12;

— no Digesto, 46, 2, 34, admite-se a novação de obrigações contendo objetos diversos devidos por devedores diferentes;

— pesa ao princípio geral da extinção de uma obrigação cujo objeto se extingue sem embargo, permanece no caso de mora do devedor e Paulo sustenta que uma obrigação perpetuada pela mora pode ser novada ainda em caso da perda do objeto, D. 45, 1, 83, 7;

— os juristas estão de acordo em que não há novação quando se assinala uma de duas obrigações alternativamente; há um texto de Paulo, sem embargo, que parece afirmar o contrário, se bem que na opinião de alguns romanistas, como Windscheid, Paulo se refere à obrigação cumulativa e não à alternativa”.

7. — OBRIGAÇÃO NOVA CRIADA PARA SUBSTITUIR A PRECEDENTE

No mesmo instante em que se extingue a anterior, deve nascer a nova obrigação, graças à unidade do ato e à própria conceituação do instituto. Ao realizar uma novação, a renúncia do credor à obrigação precedente se verifica sob a condição de ela se transformar em uma nova obrigação. É indispensável que haja substituição de uma obrigação por outra, extinção de uma pela criação de nova e, se falhar esta condição, inexistente novação.

A nova obrigação tem que ser válida, pois, caso contrário não chega a constituir, ou se é nula, não produz o *vinculum juris* necessário à própria existência, nem possui força para operar a extinção da precedente.

GAIO, 3, 176, informa que a estipulação realizada por incapaz é nula, subsistindo a primeira obrigação. Entretanto, se a estipulação novatória tiver sido feita por pessoa relativamente incapaz produz efeito extintivo sem o constitutivo, extingue a obrigação primitiva, mas não cria a nova obrigação. ULPIANO — Dig. 46, 2, 1, entende que, neste caso, produz uma obrigação natural.

Quando uma obrigação pura se converte em uma obrigação condicional, existe novação? GAIO responde positivamente, subordinando-a ao implemento da condição ou termo, em virtude de ter sido esta a vontade das partes. JAVOLENO admitia a *stipulatio novatoria sub conditione*. Para SERVIO SUPPLICIO RUFO, proculiano, a novação era válida, mesmo que não se cumprisse a condição. Os sabinianos entendiam que a condição desfigurava o instituto.

Assumimos idêntica posição que externamos na transformação de obrigação pura em condicional: quando a obrigação nova era sujeita à condição, o vínculo se perfecciona apenas com o implemento desta, cujos efeitos operam a extinção da antiga e retrocedem à época da estipulação novatória. Em hipótese contrária, o credor tem direito de exigir o cumprimento da obrigação anterior, que não se novou.

De que meio se serviam os romanos para operar a substituição da obrigação preexistente pela nova obrigação?...

POTHIER⁽¹⁸⁾ assegura que, "para o direito romano, a novação não podia ser feita senão pela *stipulatio* ou, como quer SERAFINI⁽¹⁹⁾, "exigia a forma solene da estipulação".

"A *stipulatio* — como destaca IGLESIAS⁽²⁰⁾ —, nervo e esteio da doutrina clássica da obrigação, se celebra *verbis*, ou seja, mediante uma pergunta do credor e uma resposta congruente do devedor."

"A *stipulatio* outorga força obrigacional a toda a sorte de convênios. Com efeito, não só serve para "formalizar" contratos desprovidos de forma — e, por isso, carentes de ação —, mas também para dar atuação ou reforço às mais diversas relações. Se prescindirmos de seu caráter unilateral e de sua rigorosa ordenação verbal, a *stipulatio* se assemelharia dessa forma ao contrato moderno. Melhor ainda, não falaríamos, com relação a ela, de um contrato, senão de o contrato, enquanto tem de meio idôneo para dotar de eficácia jurídica a acordos de vontade de diverso conteúdo."

MARQUES⁽²¹⁾, D'ORS⁽²²⁾, RAMOS⁽²³⁾, ARIAS⁽²⁴⁾ e outros defendem a hipótese de poder ser realizada a novação por dois modos: os contratos *verbis* e os *litteris*.

"Podia realmente levar-se a cabo a novação por meio de um contrato *litteris*?" — indaga FERRO⁽²⁵⁾ — "É uma questão debatida. A mor parte dos expositores do direito romano entende que sim; mas Paul Gide rebateu essa opinião, sustentando que no contrato *litteris* há duas operações: um assento no *acceptum*, que extingue a primeira obrigação, e outra anotação independente no *expensum* que cria a nova, enquanto que na novação existe uma única operação, a que extingue a dívida primitiva e cria a nova. Talvez sejam observações sutis, como o quer Petit, mas o certo é que a questão não oferece maior interesse porque na época clássica o contrato *litteris* já estava praticamente em desuso. O pacto *de constituto* e o de

(18) POTHIER — Ouvres de Pothier — "Annotées et Mises en Corrélation avec le Code et la Législation Actuelle par M. Bugnet" — Paris — E. Plon, Nourrit — 1861 — pág. 313 — n.º 593;

(19) SERAFINI, Filippo — "Istituzioni di Diritto Romano" — Firenze — Guiseppe Pelas — 1873 — II/53 — § 125;

(20) IGLESIAS, Juan — "Derecho Romano — Instituciones de Derecho Privado" — Barcelona — Ed. Ariel — 1958 — 4.º e. — pág. 409 — § 102 — II;

(21) MARQUES, Julio Ortiz — "Comentarios a las Instituciones de Gayo" — Caracas — Ed. Tercer Mundo y Universidad Libre de Colombia — 1968 — pág. 419;

(22) D'ORS, Alvaro — "Elementos de Derecho Privado Romano" — Pamplona — 1960 — pág. 316 — § 260;

(23) RAMOS, J. Arias — "Derecho Romano" — Madrid — Ed. Rev. de Derecho Privado — 1954 — II-III/176 — § 268;

1949 — pág. 427;

(24) ARIAS, Jose — "Manual de Derecho Romano" — Buenos Aires — Guillermo Kraft —

(25) FERRO, Jose M. Carames — "Curso de Derecho Romano" — Buenos Aires — Ed. Ferrot — 1968 — 8.º ed. — pág. 481;

juramento e o *receptum argentarii* importam também novação, se bem que imperfeitas.”

8. — “ALIQUID NOVI”

Depreende-se do final da conceituação do Digesto — *novatio enim a novo nomem acceptit et a nova obligatione* (pois a novação se diz de coisa nova e de obrigação nova) — a existência de um elemento técnico indispensável à complementação dos requisitos anteriores. É o *aliquid novi*, o *quid novi*, a novidade, o elemento novo, esse algo novo que deve conter a outra obrigação e, na sua falta, evidenciar-se uma confirmação ou reforço da obrigação anterior.

POMPÔNIO (Dig. 45, 1, 18) chegou a afirmar que se se promete o mesmo, sem introduzir alguma novidade, a segunda estipulação é ineficaz. MACKELDEY⁽²⁶⁾, ao definir a novação como “a transformação de obrigação existente em uma nova diferente da primeira pela forma”, entende que esta transformação deve ser feita em direito romano por um contrato formal, verbal ou literal (*verbis aut litteris*).

“A novação requer que a nova obrigação — é uma citação de KASER⁽²⁷⁾ — contente com respeito à antiga um *novum*. Este pode consistir em uma mudança nas pessoas, em uma condição ou em um termo, ou na supressão de uma condição ou de um termo, na constituição ou supressão de uma fiança. Talvez até na substituição de uma prestação por seu valor em dinheiro.”

A classificação moderna sintetizou-se em objetiva e subjetiva. Quando entre as mesmas partes, a *obligatio* sofre uma modificação quantitativa, qualitativa ou causal, verificando-se alteração da prestação, sem substituição dos sujeitos, a novação se diz objetiva ou real. Na subjetiva, verifica-se a substituição de um dos dois sujeitos da relação obrigacional (*expressio vel delegatio*), conservando-se o objeto.

Podem combinar-se algumas ou todas as espécies de novação, necessitando-se apenas que em cada caso se observem os requisitos indispensáveis.

9. — “IDEM DEBITUM”

A novação clássica se realiza sob o princípio da incompatibilidade entre duas estipulações válidas com o mesmo objeto (a mesma espécie ou a mesma qualidade especificamente identificada) e, desta forma, pressupõe a validade da obrigação novada, mesmo que seja desprovida de ação.

O *prius debitum*, o *id quod debitum* ou o *idem debitum* era uma exigência essencial do Direito antigo, uma vez que a obrigação primitiva se extingue por falta de objeto, porque a prestação devida se tornou objeto da obrigação nova. Os romanos não admitiam, como no direito moderno,

(26) MACKELDEY, F. — “Manuel de Droit Romain” — Bruxelles — Société Typographique Belge — 1837 — pág. 279 — § 446;

(27) KASER, Max — “Derecho Romano Privado” — Madrid — Ed. Reus — 1968 — pág. 242 — § 54 — n.º 3;

a novação por modificação do objeto. Segundo PETIT⁽²⁸⁾, “a obrigação nova deve ter o mesmo objeto que a antiga. A novação modifica a maneira de dever-se a coisa: mas é sempre devida a mesma coisa”... “A identidade do objeto era, pois, exigida de uma maneira absoluta. Sem embargo, não é faltar a esta regra estipular o valor pecuniário da coisa devida: **quanti ea res erit**”.

Por isso, oportuna-se a advertência de SOUZA CARVALHO⁽²⁹⁾: “convém esclarecermos que quando dizemos **idem debitum** não queremos dizer que a segunda obrigação, isto é, a nova, deve ter o mesmo objeto **econômico ou jurídico**, que deve ser o mesmo tanto na primeira como na segunda obrigação, mas não ao objeto puramente material”.

Este requisito essencial, nos primitivos tempos, manteve-se com excessivo rigor até os últimos jurisconsultos clássicos; na época pós-clássica, sofreu grandes atenuações para desaparecer, com Justiniano, substituído pelo **animus novandi**.

Inicialmente, o direito pretoriano admitiu que, quando as partes tivessem desejado realizar uma novação pela mudança do objeto, o devedor demandado pelo credor em razão da primitiva obrigação pudesse rechaçar a ação por meio de uma **exceptio pacti**.

Justiniano aceitou a novação com a permuta do objeto, conforme a intenção das partes, sem que se verificassem os demais requisitos necessários.

10. — O “ANIMUS NOVANDI”

Não se pode dizer que no direito antigo inexistisse o **animus novandi**. Não era, apenas, arrolado como requisito essencial. Vinha subentendido na fórmula. Obra da jurisprudência, “as fórmulas são produtos da vida, se considerarmos seu valor consuetudinário; não o são se atendermos à sua origem, porque, salvo as palavras sacramentais, a vontade e intenção que revelam e a lógica e harmonia do sistema descobrem sua origem puramente jurídica”⁽³⁰⁾.

GAIO, 3, 179, deixa claro que o elemento intencional era primordial à novação. Para provar-se esta intenção, mister se faz recorrer a diversos meios de prova, resultando, então, sérios inconvenientes na prática.

O princípio da oralidade perde o seu vigor, sob o influxo da prática oriental. Os orientais, tornados **cives** pela Constituição Antoniana (212 PC) preferem utilizar-se da escritura à expressão oral. Generalizou-se o uso de incluir-se nos documentos contratuais e negócios de caráter unilateral uma cláusula expressando o que é exigido no ato verbal.

Na época dos Severos, o documento não faz presumir a realidade do cumprimento do ato oral. Uma Constituição de Leão, do ano 472 (Cod. 8,

(28) PETIT, Eugene — “Tratado Elemental de Derecho Romano” — Buenos Aires — Ed. Albatros — 1958 — págs. 543-4 — n.º 507;

(29) SOUZA CARVALHO — Theophilo B. de — “A Novação em Direito Romano e em Direito Civil” — São Paulo — Duprat & Cia. — 1914 — pág. 32;

(30) VELLA, Fernando — “Abreviatura de El Espiritu del Derecho Romano de R. Von Ihering” — Madrid — Rev. de Occidente — 1962 — pág. 323 — § 55;

37, 10), concede validade à estipulação celebrada — **quibuscumque verbis** e, por seu turno, não parece que se pressuponha da oralidade ⁽³¹⁾.

Justiniano encerra o ciclo evolutivo da estipulação, declarando que o documento carece de validade jurídica, se uma das partes provar sua ausência, na data e local, em que aquele foi redigido. Estabelece que é o **animus**, a **voluntas** ou o **consensus contrahentium** que outorga virtualidade à estipulação. Estabelecendo-se este regime, introduziu-se na novação o elemento subjetivo, o **animus novandi**. Doravante, a novação não mais se presume; a vontade de realizá-la deve emergir claramente do ato.

“Mas — como observa MAYNZ ⁽³²⁾ — na aplicação que os juriconsultos fazem deste princípio aos diversos casos práticos estamos longe de encontrar aquele rigor e precisão que caracterizaram ordinariamente suas decisões. É justamente por isso que Justiniano, querendo acabar com as vacilações da jurisprudência, publica uma constituição que, na realidade, não vem a constituir senão uma fonte de novas dificuldades e vacilações.”

Esta Constituição, de 530, diz o seguinte: “Para corrigir as disposições prejudiciais e extirpar as ambigüidades do direito antigo, ordenamos que, se alguém tiver oferecido ou alterado a outra parte, recebido penhor, ou acreditado que devia aumentar ou restringir a quantidade, acrescentando ou retirando uma condição ou termo, aceito uma caução mais recente ou realizado alguma coisa, por meio da qual os mestres do direito antigo consideravam novação: nada se inove, absolutamente, da primitiva garantia, a não ser que subsistam as anteriores, reforçadas com o acréscimo das posteriores, salvo se eles próprios tiverem se referido, especialmente, à primitiva obrigação e expressarem sua preferência pela segunda, em lugar das anteriores. E, de modo geral, determinamos que se realize novação exclusivamente pela vontade, jamais pela lei, e caso não se manifeste por palavras, proceda a causa sem novação, como se diz usualmente...; pois queremos que esta seja naturalmente inerente às coisas e que não sobrevenha pelas palavras” ⁽³³⁾.

(31) ver DE SAVIGNY — “Le Droit des Obligations” — Paris — Ernest Thorin — 1873 — 2.ª ed — II/367;

(32) MAYNZ, Charles — “Cours de Droit Romain” — Bruxelles — Bruylant-Christophe — 1891 — 5.ª ed. — II/568 — § 293;

(33) “Corpus Juris Civilis Academicum Parisiense” — Paris — A. Cotelle — MDCCCLXXXI — Cod. 8, 42, 8: “Novationum nocencia corrigentes volumina, et veteris juris ambiguitates rescentes, sancimus: si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam, vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid facerit, ex quo veteris juris conditorum introducebant novationes: nihil penitus ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundum prioris cautelae innovari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere: nisi dum magis pro anterioribus elegerit; et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum: et si non verbis exprimatur, ut sine novatione (quod vocabulo, Graeci dicunt) causa procedat, hoc enim naturalibus inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire”.

Nas suas Institutas, Justiniano também tenta dar outra explicação:

Inst. 3, 29, 3: “Sed cum hoc quidem iter veteres constabat, tunc fieri novationem cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat; per hoc dubium erat, quando no-introducebant. Ideo nostra processit constitutio quae apertissime definivit tunc solum vandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumptiones alii in aliis casibus novationem fieri, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt: alioquin manere et pristinum obligationem, et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio, secundam nostrae definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere”.

A interpretação desta Constituição, indispensável ao conhecimento da novação que, doravante, não mais se presume, longe de solucionar as divergências, tem gerado inúmeras discussões nos glosadores e pós-glosadores.

Jacop Butrigario, Raffaele Fulgoso, Giovanni de Imola se encontram entre os que interpretam rigorosamente a constituição de 530 e exigem o **animus novandi** expresso, condenando a novação tácita.

Bártolo, Baldo, Jacob Ravigny, Cino da Pistoia, Paolo di Castro, Alessandro Tartagni, Gissone del Maino, Ludovico Bolognini, Bartolomeo Sociono integram a outra corrente que adota o caminho prático da Glosa. Entendem eles que a Constituição tratou de liberar a novação daquela exigência que impunha, como essencial, uma declaração expressa do **animus novandi**, razão por que aceitam, ao lado da novação expressa, a novação tácita.

11. EFEITOS DA NOVAÇÃO

A novação possui dois efeitos bastante característicos: o extintivo e o criativo.

Graças a ela, cria-se, através de uma estipulação novatória, uma nova obrigação, um crédito patrimonial, transmissível e hereditário, mas, ao mesmo tempo, extingue-se a antiga obrigação de modo tão absoluto como o do pagamento.

O efeito extintivo é absoluto. Se o velho crédito desaparece, seus vícios também. Em consequência, todas as garantias reais (fiança, penhor, hipoteca) e pessoais se vão com ele, anulando, de pleno direito, a dívida com todos os seus acessórios e privilégios que garantiam o direito do credor, e as exceções perdem completamente sua eficácia. Se o antigo crédito produzia juros, deixa de percebê-los, cessando ainda a mora e as estipulações de pena ou cláusulas penais. Desta forma, se o credor realiza novação com um dos devedores correaais, os demais ficam liberados, imediatamente; se um dos credores solidários faz novação com o devedor, extingue o direito dos outros devedores; igualmente, se a novação é realizada entre credor e fiadores, extingue-se a obrigação do devedor principal, porque os fiadores podem pagar por ele.

12. CLASSIFICAÇÃO DA NOVAÇÃO

Quando tratamos do **aliquid novi** (v. nº 8), deveríamos ter incluído maiores explanações a respeito, entretanto, para melhor sistematização preferimos fazê-lo agora.

Dois critérios predominam na classificação da novação: o voluntário e o necessário.

13. NOVAÇÃO VOLUNTÁRIA

Embora a origem da distinção se localize em Paulo (Dig. 46, 2, 29), admitimos sua importância didática para melhor entendimento da novação autêntica da novação judicial, considerada ainda necessária ou cumulativa.

A diferença que a nova obrigação deve apresentar com relação à antiga, o **aliquid novi**, pode recair sobre a natureza da obrigação, as suas modalidades, ou sobre a pessoa do credor ou sobre a pessoa do devedor. Como atingia o elemento ou o sujeito da obrigação, os modernos denominaram-na de novação objetiva e novação subjetiva.

A novação, quando é efetuada entre o mesmo devedor — e devedor **novatio inter eadem personas** —, o **quid novi** se manifesta na alteração do lugar ou do tempo para o cumprimento da prestação, ou a mudança da natureza da obrigação, ou seja, atua no objeto da obrigação, recebe, modernamente, o nome de novação objetiva e, como o próprio vocábulo expressa, é aquela que se relaciona com os elementos objetivos da obrigação.

Existe novação por alteração do objeto da obrigação? “A questão — como a explana IBARGUREN⁽³⁴⁾ — é controvertida e alguns autores se inclinam em favor de uma resposta afirmativa, como Namur e Maynz, outros como Petit tendem a uma posição contrária. O direito moderno que solucionou diversas questões discutidas entre os romanos admite a novação pela mudança de objeto. Namur a aceita prontamente; Maynz o faz baseado na regra de que existe novação quando se modifica uma condição essencial da obrigação, e, por tanto, sendo distinto o objeto, a novação se produz, por ser este um elemento essencial”.

O Direito justiniano já permitia uma modificação do objeto da prestação. Antes disso, atribuía-se grande importância à possibilidade que a novação oferecia de transformar o caráter jurídico de uma obrigação (vg obrigação estipulatória em lugar de compra e venda). Partiu daí o fundamento para a **stipulatio** aquiliana, usada com frequência para cancelar certos créditos duvidosos e litigiosos ou para que diversas pessoas transformassem as diferentes obrigações entre elas existentes em uma única obrigação, resultante do saldo de seus créditos mútuos, passando a nova obrigação a ser suscetível de cancelamento por **accepilatio**.

13. NOVAÇÃO SUBJETIVA

A **novatio inter diversas personas** tende a substituir a pessoa do credor ou a do devedor.

14. MUDANÇA DE CREDOR — **Delegativo Nominis vel Debiti**

Era o meio mais antigo e a única forma possível, usada durante as **leges actiones**, para transferir a outros sujeitos o direito ou a obrigação derivados de uma relação obrigatória. Dentro do conceito romano da obrigação, esta novação era uma transferência, apenas, sob o ponto de vista econômico; juridicamente, materializava uma mera substituição de uma obrigação por outra entre pessoas diferentes, considerando-se a identidade da obrigação era inseparável das pessoas interessadas nessa relação.

34) IBARGUREN, Carlos — “Apuntes de Derecho Romano — Obligaciones — Contratos en General” — Buenos Aires — Virtus — s/d — pág. 161;

O mecanismo desta novação era simples: o devedor, a pedido ou com o consentimento do credor (Ulp. Dig. 46, 2, 8, 5), prometia a prestação devida a outro sujeito, o novo credor, ou melhor, por ordem do cedente, o cessionário estipulava do devedor o que lhe era devido.

Tal procedimento, que apresentava a vantagem da aquisição de um crédito de modo irrevogável, devendo ser respeitado pelo cedente e seus sucessores, só era possível com o consentimento do devedor. Por outro lado, o efeito extintivo e o credor, embora com idêntico objetivo, não conservava a natureza nem as qualidades da antiga obrigação, desfalcando o cessionário das vantagens agregadas ao antigo crédito.

15. MUDANÇA DE DEVEDOR — *Expromissio*

Era efetuada, regra geral, sem necessidade da intervenção do antigo devedor, bastando ao novo devedor a promessa do cumprimento da prestação anterior. Como esclarece PETIT⁽³⁵⁾, “o devedor encontra, pois, na novação um meio de livrar-se do credor, proporcionando-lhe, em lugar da coisa devida, o compromisso de outra pessoa. Se é por sua ordem que esta pessoa se obriga perante o credor, diz-se que há *delegatio*: delega um novo devedor a seu credor. Se, ao contrário, o promitente se compromete espontaneamente para lhe ser útil, então dir-se-á com preferência que existe *expromissio*.”

16. NOVAÇÃO JUDICIAL

Há, no direito atual, uma nítida distinção entre negócios jurídicos e atos processuais. Os primeiros são os fatos humanos realizados com objetivo de produzir efeitos jurídicos (aquisição, modificação, transmissão ou extinção de direitos e obrigações), enquanto que “por ato processual se entende o ato jurídico emanado das partes, dos agentes da jurisdição ou ainda dos terceiros ligados ao processo, suscetível de criar, modificar ou extinguir efeitos processuais”⁽³⁶⁾.

No antigo Direito e no Direito clássico, esta disposição não se fazia clara e a *litis contestatio* era um verdadeiro negócio processual idêntico ao negócio jurídico, conceituado como “o contrato pelo qual as partes aceitam de comum acordo a fórmula que foi deferida pelo magistrado”⁽³⁷⁾, ou “um contrato formal concluído entre as partes, consistente na entrega solene (*edere iudicium*) e aceitação (*accipere iudicium*) do escrito que contém a fórmula, em presença de testemunhas”⁽³⁸⁾.

35) PETIT, Eugene — “Tratado Elemental de Derecho Romano” — Buenos Aires — Ed. Albatros — 1958 — pág. 643 — n.º 506, d;

36) COUTURE, Eduardo J. — “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” — Buenos Aires — Ed. Depalma — 1969 — pág. 201 — n.º 123;

37) CUENCA, Humberto — “Proceso Civil Romano” — Buenos Aires — Ed. Jurídicas Europa-América — 1957 — pág. 75 — n.º 76;

38) WENGER, Leopoldo — “Compendio de Derecho Procesal Civil Romano” — 2.º ed. — em apêndice ao Derecho Privado Romano, de P. Jors — W. Kunkel — Barcelona — Labor — 1965 — pág. 529 — § 13;

A **Litis Contestatio** extingue o direito do demandante, fundamento da ação, transformando-o em um novo, a originar-se da sentença, caso lhe seja favorável e cria uma nova obrigação, de caráter civil e transmissível aos herdeiros.

Diante dos efeitos análogos à novação voluntária, consideravam-na como casos de novação. Contudo, entre ambas as formas novatórias pairam as seguintes diferenças: na novação por **litis contestatio** e por **actio iudicati** não desapareciam os direitos acessórios e os direitos pignoratícios inerentes à obrigação novada; se o crédito primitivo estava produzindo juros, a novação voluntária o interrompe, enquanto que a da **litis contestatio**, ao contrário, os deixa correr normal e naturalmente; a novação voluntária purga a mora do devedor, se houver, a da **litis contestatio** jamais o faz e, às vezes, a precisa e determina.

Ao tempo de Justiniano a novação judicial, chamada também de necessária, já desaparecera.

17. NOVAÇÃO E DELEGAÇÃO

Quando nos referimos ao **aliquid novi** (v. nº 18) e a novação subjetiva (v. nº 13), ao tratarmos da novação por mudança do credor, aludimos à **delegatio nominis** ou **delegatio debiti**, como se fosse a mesma instituição. Agora, convém frisar que, muito embora da delegação possa resultar uma novação dupla ou simples, não devemos confundir os dois institutos.

ULPIANO (Dig. 46, 2, 11) definiu a delegação: **delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit**, ou seja, delegar é dar ao credor outro devedor em seu lugar, ou a um terceiro sob sua ordem. Segundo GIFFARD e VILLERS⁽³⁹⁾, Ulpiano visa aqui a hipótese mais prática da delegação, a delegação de dívida (**delegatio debiti**), que se apresenta particularmente no caso seguinte; Primus deve 100 a Tertius. Secundus deve 100 a Primus. Primus (delegante) convida Secundus (delegado) a obrigar-se perante Tertius (delegatário) a pagar-lhe 100. A delegação, realizada por uma estipulação entre Tertius e Secundus, ocasiona: 1º — a extinção da dívida de Secundus para Primus; 2º — extinção da dívida de Primus para Tertius; e 3º — produz o compromisso de Secundus perante Tertius”.

Para GIDE⁽⁴⁰⁾, com maior amplitude, “a delegação é toda a prestação realizada por ordem de outro”, aduzindo que “se pode dizer que existe delegação toda a vez que, em lugar de procurarmos diretamente e por nós mesmos um valor qualquer — propriedade ou crédito — os procura indiretamente, dando a outra pessoa a ordem de procurá-los”.

Em geral, comprova-se delegação quando uma pessoa (delegado), por encargo ou ordem de outra (delegante), concorda em fazer a um terceiro

39) GIFFARD, A. E. — VILLERS, Robert — “Droit Romain et Ancien Droit Français — (Obligations)” — Paris — Dalloz — 1967 — pág. 305-6 — n.º 435;

40) GIDE, Paul — “Études sur la novation et le transport des créances en droit romain” — Paris — 1897 — pág. 393.

(delegatário) uma promessa ou realizar em seu favor uma prestação por conta do delegante.

Afirma-se a *delegatio nominis vel debiti* ter sido uma modalidade de novação, que podia realizar-se sem este caráter, uma espécie de novação ou instituição absolutamente independente que, a partir dos glosadores, se fundem e confundem. Depois de Salpius, seu estudo se norteou no sentido de considerá-la uma instituição jurídica autônoma, distinta e independente da novação, mesmo que, às vezes, se misture com ela e a transferência de obrigações.

No exemplo acima mencionado e retirado de Giffard — Villers, houve uma delegação perfeita: Primus, devedor de Tertius e credor de Secundus, encarrega a este último de pagar a Tertius, conseguindo assim a liquidação de duas obrigações com um só pagamento. Primus agia como delegante; Tertius, como delegatário; e Secundus, como delegado. Havia, conseqüentemente, uma novação por permuta de credor ou devedor, segundo o aspecto que considerarmos. Para Secundus que deixava de ser devedor de Primus, a novação era por mudança de credor; enquanto Primus, que deixava de ser devedor de Tertius, a novação era por mudança de devedor.

Vejamos, na mesma exemplificação, que se o delegatário não aceitasse a exoneração do delegante (devedor primitivo), não havia novação, mas, simplesmente, uma delegação imperfeita e ele teria dois devedores — o delegante e o delegado, se bem que não lhe fosse permitido exigir senão o cumprimento da obrigação apenas uma vez. Nesta hipótese, a delegação não possuía efeitos novatórios.

Existia ainda casos em que havia delegação sem obrigação anterior, ou sem a nova obrigação, o que impossibilitava a novação.

O primeiro ocorria quando o delegado se obrigava perante o delegatário por ordem do delegante, sem que entre o primeiro e o último houvesse obrigação, mas, apenas, o propósito da parte do delegado de realizar uma doação ao delegante, ou, então, de converter-se em credor deste e do delegante, de fazer uma doação ao delegatário em converter-se em seu credor.

O último era frequentemente usado, face a sua peculiaridade, por intermédio do banqueiro. Sucedia quando o delegado entregava certa quantia de dinheiro ao delegatário por ordem do delegante, com o propósito de libertar-se de uma dívida que tivera para com este, ou de fazer-lhe uma doação, ou ainda de efetuar-lhe um empréstimo e o delegante quisesse, por seu turno, realizar um pagamento, um empréstimo ou uma doação ao delegatário.

A delegação também se distanciava da cessão de crédito. Na cessão era o credor (cedente) que transmitia a um terceiro (cessionário) o direito que lhe competia contra o seu devedor (cedido), ao passo que, na delegação era o mesmo devedor que tomava a iniciativa de oferecer um novo devedor ao seu credor, que, se o aceitasse, desobrigaria ao primeiro.

Por outro lado, foi a delegação novatória que se prestou, no direito romano, a realizar o primeiro esboço da cessação ou transferência de créditos.