

DA NOVAÇÃO

Melina Lemos Vilela

SUMÁRIO

I- DEFINIÇÃO, NATUREZA JURIDICA E SUAS CARACTERÍSTICAS

II- HISTÓRICO

III- PRESSUPOSTOS

3.1. Obrigação Anterior e suas características

3.2. Criação de Nova Obrigação

3.3. *Animus Novandi* e acordo entre as partes

3.4. Capacidade das partes

IV- ESPÉCIES

4.1. Novação Objetiva

4.2. Novação Subjetiva

4.3. Outras Espécies

V- EFEITOS

5.1. Efeitos sobre as garantias

5.1.1. Hipoteca, Penhor e Anticrese

5.2 Da solidariedade

VI- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I – DEFINIÇÃO, NATUREZA JURIDICA E SUAS CARACTERÍSTICAS

O sentido etimológico da palavra novação consagrado pelo Dicionário Aurélio é “[Do lat. tard. novatione]. Substantivo feminino. 1. inovação. 2. Jur. Conversão duma dívida em outra para extinguir a primeira, quer mudando o objeto da prestação (novação objetiva), quer substituindo o credor ou o devedor por terceiros (novação subjetiva).”¹

A novação ocorrerá quando as partes criam uma nova obrigação que automaticamente acarretará na extinção da obrigação anterior, ou seja, a essência para que ocorra novação é o efetivo desejo, bilateral, dos contratantes de criar uma nova obrigação destinada a dar cabo da precedente e substituí-la, estabelecendo-se novas condições para a segunda.²

Rui Geraldo Camargo Viana conceitua novação como “o ato pelo qual se cria nova obrigação para extinguir a primeira”.³

De acordo com Pontes de Miranda, a novação não é um negócio jurídico novo, mas sim o “efeito de extinção da dívida antiga⁴” que se atribuiu ao novo pacto, ao qual não há exigência de formalidade específica cujo requisito é a extinção da obrigação anterior com a assunção de uma nova.

Varela define a novação como “uma outra das causas extintivas da obrigação, diferentes do cumprimento, mas muito próxima da dação em pagamento”, e

¹ Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 3ª. edição rev. e atual. Curitiba. Editora Positivo. 2004.

² (TJSP, 11ª Câmara, Apelação nº 991.09.083034-3, Rel. Des. Vieira de Moraes, j. 20/05/2010) (Grifos do original e nossos)

³ VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A Novação**. SP: Revista dos Tribunais, 1979.p. 5

⁴ Pontes de Miranda Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XXV. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, PP. 72-73.

continua afirmando que “*consiste na convenção pela qual as partes extinguem uma obrigação, mediante a criação de uma nova obrigação em lugar dela*”.⁵

Francisco José⁶ diferencia dação em pagamento da novação da seguinte forma:

“Novação é a constituição de uma obrigação nova, substituindo a obrigação originária sem que se realize o pagamento. A diferença com a dação em pagamento é exatamente esta, pois na dação em pagamento, o que se substitui não é a obrigação, mas a coisa objeto desta e, com a substituição da coisa, o credor a recebe e dá por extinta a obrigação. A existência dessa nova obrigação é condição para a extinção a anterior. Na novação não existe pagamento e quitação, ou satisfação do crédito, pois este continua a existir pela nova obrigação contratada, totalmente desvinculada da anterior. Neste caso, ou seja, com a novação, se extingue a obrigação anterior, passando a existir uma nova obrigação. É importante esclarecer que a simples modificação de um prazo no contrato, ou de uma condição, não importa em novação. Na dação em pagamento se extingue a obrigação com a entrega da coisa em substituição à contratada.”

E diferentemente da compensação e do pagamento, a novação não se trata de espécie extintiva satisfativa, uma vez que na novação não haverá a satisfação do credor, seja pelo recebimento da dívida, seja pela desoneração em pagar.⁷

Hamid C. Bdine⁸ ao tratar sobre novação afirma que :

“Na novação, credor e devedor ajustam nova obrigação com intenção deliberada (ânimo de novar) de substituir a obrigação anterior. Nem a prestação original nem a nova prestação assumida são cumpridas, de modo que há substituição de uma obrigação pendente por outra igualmente pendente – vale dizer, ainda devida, o credor aceita que ela seja considerada extinta, porque só poderá exigir o adimplemento da obrigação que a substituiu.

Trata-se, portanto, de um modo extintivo, mas não satisfativo, da obrigação. Sua natureza é sempre contratual, pois não pode ser imposta pela lei.”

⁵ VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral. Volume II.** 7ª. Edição. Editora Almedina. Março, 2011.p. 229/230

⁶ SANTOS, Francisco José Rezende dos. A dação em pagamento e o novo código civil. Revista de Direito Imobiliário. Vol. 64, p.47. jan/2008. São Paulo. Revista dos Tribunais.

⁷ CASTRO FILHO, e outros. Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito das Obrigações (arts. 304 a 420). Vol. IV. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro. Forense. 2006. P. 256

⁸ BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. Arts. 233 a 420: obrigações. In: PELUSO, Cesar (Coord.) Código Civil comentado. 4ª. edição. Barueri: Manole. 2010.p. 366

O art. 360 do Código Civil brasileiro afirma que haverá a novação quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior (inc. I); quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor (inc. II); e quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este (inc. III).

A novação é um efeito do contrato, por ser decorrente de um negócio jurídico que visa a extinção da obrigação anterior, caracterizando-se assim, como modo extintivo de obrigações.⁹

A natureza jurídica da novação se consubstancia em um modo de extinção de obrigação, e conforme mencionado por Gabriel, “*trata-se de um modo especial não satisfatório, uma vez que não há adimplemento e a relação obrigacional se finda sem a satisfação do credor*”.¹⁰

Washington de Barros Monteiro e Orlando Gomes entendem que são 3 (três) os pressupostos da novação: a obrigação anterior, a criação de nova obrigação e o *animus novandi* que pressupõe o acordo entre as partes ou intenção de novar.¹¹

No entanto, Clóvis Beviláqua, Gabriel Figueiredo e Luis de Gasperi¹² entendem haver 4 (quatro) pressupostos a serem observados para que haja a configuração da novação, quais sejam, 1) acordo das partes; b) constituição da nova obrigação; c) *animus novandi*; e validade da segunda obrigação ¹³

⁹ VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A Novação**. SP: Revista dos Tribunais, 1979. P. 17

¹⁰ FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. **Novação. Obrigações**. Instituto de Direito Privado. Editora Atlas. São Paulo. 2011. p. 461.

¹¹ VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A Novação**. SP: Revista dos Tribunais, 1979. P. 18

¹² GASPERI, Luis de. Tratado de Derecho civil. Tradução de Blas Perez Gonzales e Jose Alguer. Barcelona: Bosch, 1954, v.1, t.2, p. 337-379 (§69 a §77) –p. 106 a 231 – tradução nossa: “Quatro são os requisitos essenciais de toda novação: 1) uma obrigação anterior valida e legalmente subsistente; 2) uma obrigação nova distinta da anterior que, por sua natureza, não pode estimar como mera modificação dela; 3) a capacidade das partes contratantes; e 4) o *animus novandi*, ou seja a intenção comum dos contraentes de extinguir a obrigação anterior. Sua aplicação supõe o conhecimento dos diferentes modos de efetuar a novação, ou seja suas espécies.”

¹³ FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. **Novação. Obrigações**. Instituto de Direito Privado. Editora Atlas. São Paulo. 2011. p. 461.

Verificaremos no decorrer deste artigo as espécies da novação, quais sejam.

1) novação objetiva; 2) novação subjetiva; e 3) outras espécies de novação, bem como seus efeitos, em especial em decorrência das garantias pessoais e reais.

II- HISTÓRICO

No direito obrigacional romano verificava-se que uma vez havida a obrigação *inter vivos*, não se admitia a substituição dos sujeitos, pois era imutável¹⁴

Conforme exposto por Rui Geraldo C. Viana foram nas Institutas de Justiniano que a novação foi catalogada como modo extintivo das obrigações e introduziu o conceito de Ulpiano afirmando que a “*novação é a transferência ou translação do débito anterior em outra obrigação, quer civil ou natural, isto é, em lugar da causa anterior constitui-se nova obrigação, a fim de extinguir a primeira.*”¹⁵

No entanto, com o progresso houve a necessidade de se criar uma forma de transferir os créditos ou débitos,¹⁶ o que acarretou na reforma justiniana do instituto, que já previa a criação e a extinção da obrigação, acrescentando também como requisito fundamental o *animus novandi*, ou seja, a intenção das partes de querer uma obrigação nova.

17

No Direito Brasileiro o instituto da novação foi previsto no Código Civil de 1916 (arts. 999 a 1.008) e foi mantido na estrutura do Código Civil de 2002 (arts. 360 a 367).

O Código Alemão não regulou a novação como figura autônoma e o Código Italiano não contemplou em seu atual código civil a novação subjetiva.¹⁸

¹⁴ FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. **Novação. Obrigações**. Instituto de Direito Privado. Editora Atlas. São Paulo. 2011. p. 461.

¹⁵ Ulpiano (L.1.D. Liv.46, Tít.2): “*novatio est priorius debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio: hoc est, cum ex precedenti causa ita nova constituatur ut prior perimatur*”. VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A Novação**. SP: Revista dos Tribunais, 1979. P. 7

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume II – Teoria Geral das Obrigações**. SP: Saraiva, 2004.p. 315.

¹⁷ BETTI, Emilio. **Teoria Geral das Obrigações**. Tradução: Francisco José Galvão Bruno. 1ª. Edição. Campinas/SP: Bookseller. 2006.p. 657.

¹⁸ CASTRO FILHO, e outros. **Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito das Obrigações** (arts. 304 a 420). Vol. IV. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro. Forense. 2006.p. 253

III- PRESSUPOSTOS

3.1. Obrigação anterior e suas características

A primeira hipótese para caracterizar a novação é a existência de obrigação jurídica anterior (*obligatio novanda*), obrigação esta que deverá ser válida e não passível de nulidade ou extinção, conforme disposto no art. 367 do Código Civil, que afirma “*Salvo as obrigações simplesmente anuláveis, não podem ser objeto de novação obrigações nulas ou extintas*”.

Para que haja a novação a obrigação deverá ser válida, pois se nula ou inexistente¹⁹, como as que resultam da violação do disposto no art. 166, do Código Civil²⁰, a nova obrigação ficará sem efeito, fato este que se justifica pelo fato duplo efeito que a novação produz, a de criar e extinguir a obrigação simultaneamente, pois seus efeitos são cumulativos e interdependentes, ou seja, se a obrigação anterior for nula, a obrigação nova não existirá.^{21 22}

Em relação as obrigações anuláveis, somente serão válidas se obedecidas as regras dos arts. 172 e 173, do Código Civil²³, ou seja, deverá ser confirmado pelas partes, para

¹⁹ “Se o contrato de novação é efetivado sob o domínio exclusivo de uma das partes contratantes, deverá ser considerado nulo de pleno direito, à luz do disposto no Código de Defesa do Consumidor, por não respeitar o princípio da bilateralidade, subsistindo para tanto a análise do contrato de compra e venda o qual originou a novação nula, devendo o mesmo ser adequado de forma a respeitar as normas gerais de ordem pública nas relações contratuais. Na previsão de cláusula penal no contrato, deve o contratante que não adimpliu o mesmo perder o valor correspondente ao prejuízo sofrido pela empresa imobiliária, respeitado o equilíbrio contratual entre as partes. Improvimento dos recursos. (TJRJ – ApCiv 8.006/95 – 6ª. Câmara – j. 20/2/1997 – rel. Luiz Zveiter) – Revista de Direito Imobiliário. Vol. 42, p. 189, set/1997.

²⁰ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

²¹ VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A Novação**. SP: Revista dos Tribunais, 1979. P. 20

²² “CONTRATOS BANCÁRIOS. Revisão judicial. Novação. Os contratos bancários são passíveis de revisão judicial, ainda que pagos. A novação não convalida cláusulas nulas (art. 1007 do CCivil). Recurso conhecido e provido”. (STJ. REsp n. 469.522, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.02.2003).

²³ Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

que assim possa se dar a novação²⁴, portanto enquanto não houver a confirmação, a obrigação anulável permanecerá em suspensão.

A reflexão de Hamid Charaf Bdine Jr. ao tratar das obrigações prescritas afirma que a dívida prescrita torna-se inexigível, porém nada impede que o devedor renuncie à prescrição de modo expresso ou tácito²⁵, o que faz com que a novação seja uma forma de renúncia tácita ao prazo prescricional²⁶, no entanto caso haja a quitação do título de crédito prescrito e sua respectiva entrega, não configura a intenção de novar.²⁷

Carlos Roberto Gonçalves²⁸ e Rui Viana²⁹ ao tratarem das obrigações sujeitas a termo (art. 131)³⁰ ou a condição(art. 125)³¹ afirmam serem passíveis de novação, pois na primeira, poder-se-ia adiantar ou retardar o efeito do contrato de forma a extirpar ou incluir o termo no negócio e na última, dependerá da condição estabelecida, resolutive ou suspensiva.

3.2. Criação de Nova Obrigação

O segundo requisito é a criação de nova obrigação (*aliquid novi*), que acarretará na extinção da obrigação anterior, porém para sua constituição deverá ser observado o que anteriormente exposto, a validade da obrigação anterior.

Luis de Gasperi afirma que o “*segundo requisito de la novación es la constitución de una obligación nueva, válida y legalmente subsistente, porque solo bajo este*

Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo.

²⁴ “Renegociação agrupando débitos anteriores. Questionamento dos encargos extintos na novação, para desconstituir o pacto em vigor. Inadmissibilidade. Cláusulas anuláveis. Convalescimento pela transação. (TJSP, AP. n. 7.169.253-4, rel. Des. Luiz Sabbato, j. 17.10.2007).

²⁵ Cf. art. 191 do Código Civil: “A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.”

²⁶ Cf. BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. Arts. 233 a 420: obrigações. In: PELUSO, Cesar (Coord.) Código Civil comentado. 4ª. edição. Barueri: Manole. 2010. p.381

²⁷ Cf. CAMBLER, Everaldo Augusto. Curso Avançado de direito civil. V.II. São Paulo. Revista dos Tribunais.2002. p. 172

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume II – Teoria Geral das Obrigações**. SP: Saraiva, 2004. P. 317

²⁹ VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A Novação**. SP: Revista dos Tribunais, 1979. P. 23/24

³⁰ Art. 131. O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito.

*supuesto se explica que el acreedor haya dado por extinguida la obligación primitiva y que haya liberado al deudor.”*³²

Não pode se olvidar que a nova obrigação deverá atender aos requisitos do art. 104, do Código Civil.³³

Para que ocorra esta nova obrigação o objeto ou os sujeitos, ativo ou passivo, deverão ser alterados, pois se somente alterar questões secundárias, tais como, formas de parcelamento da dívida³⁴, alteração dos juros³⁵, não ficará configurada a novação.

Na hipótese de haver uma renegociação de dívida, poderemos afirmar que ficará consubstanciada a novação, pois haverá a extinção e a substituição da dívida anterior, por uma nova.³⁶

Complementa o Prof. Renan Lotufo que:

³¹ Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

³² GASPERI, Luis de. Tratado de Derecho civil. Tradução de Blas Perez Gonzales e Jose Alguer. Barcelona: Bosch, 1954, v.1, t.2, p. 337-379 (§69 a §77) –p. 181. – tradução nossa: “*Segundo requisito da novação é a constituição de uma obrigação nova, válida e legalmente subsistente, porque assim se explica que o credo tenha dado por extinta a obrigação primitiva e tenha liberado o credor.*”.

³³ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

³⁴ “Novação. Descaracterização. Prorrogações do prazo para pagamento de empréstimos com a confecção de novos títulos, amortizados os valores pagos. Possibilidade da discussão da legalidade dos títulos substituídos a todos tempo” (RT, 762/363).

³⁵ “Novação. Inocorrência. Simples amortização do *quantum debeatur* que não constitui fato hábil à caracterização do *animus novandi*” (RT, 792/349)

³⁶ “PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO – COBRANÇA DE FATURA ORIUNDA DE CONTRATO SUBSTITUÍDO POR NOVA CONTRATACÃO - INDAMISSIBILIDADE – NOVAÇÃO CARACTERIZADA – PROCEDÊNCIA MANTIDA - APELO DESPROVIDO”.

Voto: “A renegociação da dívida implica a extinção e a substituição da dívida anterior, como também de seus efeitos:

Extrai-se da obra de Nelson Nery Jr. E Rosa Maria de Andrade Nery: “**A novação é o negócio jurídico por meio do qual se cria uma nova obrigação, com o objetivo precípuo de extinguir-se a obrigação anterior (Lacerda de Almeida, Novação, verbete in REDB v. 34, p. 275). Por isso a novação é operação liberatória; vale dizer, uma das causas de extinção de obrigação, colocando-se no lugar da extinta, uma nova obrigação (Fulgêncio, Obrigações, pág. 227).**” (in “Código Civil Comentado”, 3a ed. revista e atualizada, Editora RT, pág. 345).”(TJSP, 37ª Câmara Cível, Apelação nº 990.10.281019-4, Rel. Des. Dimas Carneiro, j. 30/09/2010)

*“a moratória não se considera novação, na medida em que a obrigação continua sendo a mesma, só se alterando o termo do vencimento. Não se extingue a obrigação original para criar outra. A mesma obrigação continua existindo, somente não se considerando o termo prefixado como o da exigibilidade. Por isso mesmo não se tem alteração, exceto previsão expressa de lei, ou das partes, como ocorre com o art. 838, I, quando ao fiador que desconhece a concessão de moratória para o devedor”.*³⁷³⁸

3.3. *Animus Novandi* e acordo entre as partes

A última das hipóteses é o *animus novandi*, que pressupõe um acordo de vontades, a teor do art. 361, do novel Código Civil, que dispõe “*Não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira.*”

Silvio Rodrigues define o “*animus novandi*” como um elemento psicológico do negócio, e continua afirmando que “*para que haja a novação é mister que as partes, conscientemente, além de desejarem extinguir uma obrigação e criar outra, queiram também que a criação desta última seja a causa da extinção da primeira*”.³⁹

Renan Lotufo afirma que o ânimo novativo deve decorrer da explícita vontade das partes e que a caracterização do ânimo de novar advém da criação de uma obrigação substancialmente diversa.⁴⁰

Podemos afirmar que o ânimo de novar advém da intenção das partes em extinguir a obrigação anterior e criar uma nova obrigação, no entanto não haverá novação se resultante de imposição legal.^{41 42}

³⁷ LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado. Volume 2 – Obrigações Parte Geral (arts. 233 a 420)**. SP: Saraiva. 2003.p. 345

³⁸ “Recurso Especial. Execução de cédula de crédito industrial. Avalista. Acordo havido entre credor e devedor principal nos autos da execução. Suspensão desta. Art. 1.503, I, do CC.

I – Não tem caráter de moratória ou novação acordo celebrado entre credor e devedor nos autos da própria execução, com pedido de suspensão do processo e cujo descumprimento gera o prosseguimento da execução do título executivo originário.

II – Recurso especial não conhecido” (STJ, 3ª. T., REsp 53352-SP, rel. Min. Cláudio Santos, DJU 26.02.1996).

³⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Parte Geral das Obrigações. Volume 2**. 30ª. edição. SP: Saraiva. 2002.p. 206

As formas de expressão da intenção das partes em novar a obrigação podem ser expressas, escritas e resultar inequivocadamente das circunstâncias⁴³ ou tácitas, porém esta última não poderá jamais ser presumida, deverá ser certa, de forma a não ensejar quaisquer dúvidas⁴⁴, e também não poderá ser por declaração presumida e nem por silêncio.^{45 46}

No entanto, poderemos afirmar que em algumas circunstâncias poderá ser caracterizada a novação tácita, quando por exemplo houver acordo verbal e posteriormente seu pagamento mediante depósito bancário ou cessão de crédito representada por duplicata mercantil⁴⁷, e também quando houver transação, fixando as partes, além do parcelamento, novos prazos de vencimento, novo valor do débito e encargos diversos dos até então incidentes, isso representa efetiva concordância do credor em pôr termo à dívida precedente, constituindo a novação.⁴⁸

⁴⁰ LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado. Volume 2 – Obrigações Parte Geral (arts. 233 a 420)**. SP: Saraiva. 2003. P. 353

⁴¹ “Não constitui novação o acordo de vontades, através do qual os contratantes quantificam o valor da dívida em atraso, abrangendo principal, correção monetária e juros, pactuam o pagamento da soma fixada em parcelas periódicas, entregando o devedor, ao credor, na oportunidade, notas promissórias representativas do valor principal e dos acessórios” (TJRJ, 4ª. CC, Ap. Cível n. 7897/96, Rel. Des. Wilson Marques, j. 18.11.1997)

⁴² “Despesas de condomínio. Cobrança. Novação. Caracterização. Ajuste firmado entre as partes para reduzir o valor objeto do primitivo acordo. Reconhecimento. Sentença mantida. Recurso improvido. A novação, que constitui a conversão de uma dívida por outra para extinguir a primeira, pressupõe o ânimo de novar, expresso ou claramente deduzido dos termos da nova obrigação, porque, na falta dessa intenção, subsistem as duas obrigações, vindo a segunda a reforçar e confirmar, simplesmente, a primeira, nos termos do disposto no artigo 361 do Código Civil. (TJSP, Ap. Cível. N. 992.090.534491, rel. Orlando Pistorresi, j. 02.09.2009).

⁴³ “A novação só pode ser demonstrada por escrito: JTA 162/39, 157/126 e 145/135, I TAC, Ap. n. 856.997-3, 8ª. Câ., rel. Juiz Luiz Burza, j. 10.03.2004; Ap. n. 561.977-8, 1ª. Câ., rel. Juiz Ademir Carvalho Benedito, j. 13.11.1995; Ap. n. 541.538, 6ª. Câ. Especial de janeiro de 1994, rel. Juiz Carlos Roberto Gonçalves, j. 11.01.1994; Ap. 395.021, 1ª. Câ., rel. Juiz Silvio Marques, j. 25.10.1988; TJ, Ap. n. 123.501, 1ª. Câ., rel. Des. Renan Lotufo, j. 16.03.1990.

⁴⁴ “A novação objetiva, prevista no Código Civil, art. 999, I, tem como um de seus requisitos a intenção ou o ânimo de novar, que pode ser expresso ou tácito. Para se verificar se houve ou não a novação da obrigação locatícia fora das premissas postas no acórdão recorrido se faz imprescindível o reexame das provas dos autos, o que não é cabível ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ (STJ, REsp n. 167.709, rel. Min. Edson Vidigal, j. 20.02.1998).

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume II – Teoria Geral das Obrigações**. SP: Saraiva, 2004.p. 319

⁴⁶ “Novação. Presunção. Inadmissibilidade. Necessidade da comprovação do ânimo de novar”. (RT, 759/327).

⁴⁷ “**AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO (CHEQUE)**. Cheque dado em pagamento de compra e venda de mercadorias. **Título pago mediante depósito bancário e cessão de crédito representada por duplicata mercantil, fruto de acordo verbal. Novação caracterizada**. Provas convincentes produzidas pelo demandante. Sentença confirmada. Apelação improvida. (v.u.)” (TJSP, 4ª Câmara Cível, Apelação 9179454-84.2000.8.26.0000, Rel. Des. Manoel Justino Bezerra Filho, j. 21/11/2006) (grifo nosso)

⁴⁸ “**Ação de Indenização - Danos materiais e morais - Contrato de Prestação de Serviços Educacionais - Inadimplência de mensalidades - Execução de parte da dívida - Posterior acordo para pagamento total - Novação caracterizada, com integral cumprimento - Prosseguimento, entretanto, da execução, com conseqüente bloqueio de ativos da autora - Procedência – Pretendido descabimento da reparação - Alegada desídia desta, ao não comunicar, na execução, o acordo - Pretendido excesso na condenação - Acolhimento parcial - Presença dos elementos etiológicos da responsabilidade civil - Dever do exequente de comunicar, no mínimo, a satisfação da dívida - Dano moral notório - Indenização cabível - Excesso,**

Ao afirmarmos que a novação deverá ser de forma expressa, devemos ressaltar que a legislação admite como prova documental da aceitação das partes num processo com fundamento no artigo 332 do Código de Processo Civil ao estabelecer que todos os meios legítimos, ainda que não especificados no Código, são hábeis à comprovação da verdade dos fatos, e o artigo 374, do mesmo diploma legal, ao estabelecer que “*o telegrama, o radiograma ou qualquer outro meio de transmissão tem a mesma força probatória do documento particular*”, não obstante poderemos fazer uma interpretação extensiva deste artigo e incluir como meio de comprovação o correio eletrônico, pois esta forma atualmente difundida, faz com que os atos e contratações atuais se formalizam através de um simples aceite manifestado através do correio eletrônico, sendo certo que a partir deste “ *aceite*” já começam a surtir os efeitos desta nova obrigação.

3.4. Capacidade das partes

Silvio Rodrigues⁴⁹ e Maria Helena Diniz entendem que se não houver a capacidade e a legitimação das partes não ocorrerá a extinção da obrigação antiga e por conseqüência não haverá a nova obrigação, pois deverá ser observado que: (1) se a parte for incapaz, deverá ser representada por meio de seu representante legal; (2) o procurador deverá ter poderes no mandato de forma expressa para poder realizar a nova obrigação e até mesmo para poder transigir.⁵⁰

porém, no valor arbitrado, diante das características do caso e o âmbito de sua repercussão – Redução necessária - Recurso parcialmente provido.

Da essência da novação o efetivo desejo, bilateral, dos contratantes de criar uma obrigação nova destinada a dar cabo da precedente e substituí-la, estabelecendo-se novas condições para a segunda. Se, para recebimento da dívida, em transação, fixam as partes, além do parcelamento, novos prazos de vencimento, novo valor do débito e encargos diversos dos até então incidentes, isso representa efetiva concordância do credor em pôr termo à dívida precedente, constituindo, em substituição, uma nova, com condições de pagamento e encargos diferentes. *Cumprido-lhe, daí, noticiar o fato no juízo da execução promovida com base na antiga, para que suspenso o processo até o adimplemento de todas as parcelas e para a extinção, depois disso. O indevido bloqueio judicial dos ativos financeiros do devedor, pelos evidentes constrangimentos que provoca, é bastante para configurar um dano de natureza moral por ele experimentado, sendo notório e não dependendo de qualquer comprovação (art. 334, inc. I, do C.P.C.). A reparação pelo dano moral, além de carregar cunho educativo àquele causador do dano, a fim de que aja de modo a evitar novas vítimas e ocorrências assemelhadas, destina-se a, parcialmente, ser lenitivo ao sofrimento experimentado pelos ofendidos. Não pode ser de tal modo diminuta que não provoque qualquer esforço ao devedor para adimpli-lo, porém, não deve, jamais, ser fonte de enriquecimento sem causa do devedor, fixada em montantes excessivos, sob pena de desvirtuarem-se suas finalidades e ser estimulada a indústria das indenizações milionárias, muito em voga alhures.”* (TJSP, 11ª Câmara, Apelação nº 991.09.083034-3, Rel. Des. Vieira de Moraes, j. 20/05/2010) (Grifos do original e nossos)

⁴⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Parte Geral das Obrigações. Volume 2.** 30ª. edição. SP: Saraiva. 2002. P. 207.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos.** V.1. São Paulo. Editora Saraiva. 2003.p. 297

Portanto, podemos concluir que a ausência de quaisquer dos requisitos acima elencados acarretará na impossibilidade do reconhecimento da obrigação nova ou novação.⁵¹

IV- ESPÉCIES

4.1. Novação Objetiva ou Real

Neste tipo de novação, verifica-se que há a mudança somente do objeto da prestação, portanto as partes, credor e devedor, continuam as mesmas, sem alteração, conforme previsão do art. 360, inciso I, do Código Civil atual (art. 999, inciso I, do Código Civil de 1916).

Hamid Charaf Bdine Jr afirma que para que haja a novação objetiva esta deverá consistir em uma modificação substancial do objeto ou em sua natureza, pois caso seja de pouca significância, não ocorrerá a novação.⁵²⁵³

Betti ao tratar sobre o tema dispõe que a novação objetiva “*é movida pelo interesse na cooperação de um terceiro, seja com a liberação de um débito mediante a assunção por outrem, seja com a utilização de um crédito (como na delegação); liberação ou*

⁵¹ “Recurso de apelação cível – Ação de Execução – Acordo não cumprido – Ausência de novação – Extinção da ação pelo juízo a quo – Impossibilidade – Prosseguimento do feito – Sentença cassada – recurso provido. O acordo avençado entre as partes na ação de execução não implica o instituto da novação, não podendo o feito ser extinto, mesmo porque a intenção de novar deve ser expressa e não presumida. Na hipótese do descumprimento da obrigação ajustada nos autos de execução, a relação jurídica deve voltar ao seu status quo ante, nos termos do art. 792, par. Ún., do CPC. (TJMT – 1ª. Cam. Cív. – Recurso de ApCiv 36353/2007 – Classe II – Comarca de Tangará da Serra. Rel. Jurandir Florêncio de Castilho – j. 23/7/2007) – RT vol. 866, p. 261. Dez/2007.

⁵² BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. Arts. 233 a 420: obrigações. In: PELUSO, Cesar (Coord.) Código Civil comentado. 4ª. edição. Barueri: Manole. 2010. p.366

⁵³ “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 pactuado, tornado necessária a retoração 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” (STJ, REsp 132565/RS. 4ª. Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, Dj 12.09.00).

utilização que podem ser por sua voltada atuação (como na cessão) de variados complexos de interesses: adimplemento, mútuo, doação, transação, etc.”⁵⁴

Geraldo Fonseca de Barros Neto afirma que na hipótese de recuperação judicial haverá uma novação objetiva imposta por lei, sendo esta prescindida de animus novandi, no entanto será condicionada ao cumprimento das obrigações vencidas até dois anos da concessão da recuperação e continua ao citar Fábio Ulhoa que será condicionada a implementação ao plano de recuperação e ao seu êxito.⁵⁵

No direito português e no francês, a novação objetiva é conceituada nos artigos 857⁵⁶ e 1.271⁵⁷, respectivamente.

4.2. Novação Subjetiva ou pessoal

A novação subjetiva poderá ser ativa, quando houve substituição do credor (art. 360, inciso III), ou passiva, quando houver a substituição do devedor (art. 360, inciso II). No código civil português a novação subjetiva está prevista no art. 858.⁵⁸

Luis de Gasperi afirma que a novação subjetiva poderá se concretizar por dois modos, quais sejam: 1) “*contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero y declarándole, em consecuencia, el primer acreedor libre de la obligación primitiva*”; 2) “*substituyéndose um nuevo deudor AL antiguo, que em consecuencia queda libre*”.⁵⁹

⁵⁴ BETTI, Emilio. **Teoria Geral das Obrigações**. Tradução: Francisco José Galvão Bruno. 1ª. Edição. Campinas/SP: Bookseller. 2006.p. 663

⁵⁵ BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. A suspensão das execuções pelo processamento de recuperação judicial. Revista de Processo. vol. 184. p. 67. Jun/2010.

⁵⁶ “Dá-se a novação objectiva quando o devedor contrai perante o credor uma nova obrigação em substituição da antiga.”

⁵⁷ La novation s’opère de trois manières :

1o Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l’ancienne, laquelle est éteinte ;

2o. Lorsqu’un nouveau débiteur est substitué à l’ancien qui est déchargé par le créancier ;

3o. Lorsque, par l’effet d’un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l’ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé.

⁵⁸ Artigo 858.

A novação por substituição do credor dá-se quando um novo credor é substituído ao antigo, vinculando-se o devedor para com ele por uma nova obrigação; e a novação por substituição do devedor, quando um novo devedor, contraindo nova obrigação, é substituído ao antigo, que se exonerado pelo credor.

⁵⁹ GASPERI, Luis de. Tratado de Derecho civil. Tradução de Blas Perez Gonzales e Jose Alguer. Barcelona: Bosch, 1954, v.1, t.2, p. 337-379 (§69 a §77) –p. 175

Na novação subjetiva ativa, que seria a substituição do credor em virtude do acordo entre as partes, diferentemente do que ocorre na cessão de crédito ou sub-rogação, pois nestas a obrigação anterior permanece com suas características e naquela haverá a extinção de um vínculo para a criação de outro.⁶⁰

Na novação subjetiva passiva⁶¹, ao contrário da ativa, nesta haverá a substituição do devedor, que poderá ocorrer de duas formas, quais sejam: expromissão ou delegação.

Na expromissão, a relação será somente entre o novo devedor e o credor, independentemente do consentimento do antigo devedor, podendo até seu contra sua vontade⁶², conforme dispõe o art. 362, do Código Civil⁶³, devendo restar evidente o *animus novandi*, sob pena de configurar o novo devedor, como um segundo devedor, acarretando na possibilidade do credor poder cobrar de ambos os devedores de forma solidária.^{64 65}

Em relação a novação subjetiva passiva por delegação, esta tem como característica a anuência de três partes, o antigo devedor, o devedor indicado e o credor, pois nesta modalidade, o devedor aponta alguém para substituí-lo na parte passiva da relação, porém dependerá da aceitação da indicação pelo credor.⁶⁶

⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 5ª. Edição. RJ: Lumen Juris. 2011. P. 489/490.

⁶¹ “ilegitimidade *Ad Causam*. Assunção de dívida por terceiro sem anuência do devedor. Pagamento através de cheques pré-datados. Hipótese de verdadeira novação passiva. Art. 362 do Código Civil. Apelação desprovida. (TJSP, Ap. sumariíssima n. 7.235.917.000, 22ª. Câm. De Direito Privado, rel. Andrade Marques, j. 29.04.2008).

⁶² VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A Novação**. SP: Revista dos Tribunais, 1979. P. 50

⁶³ Art. 362. A novação por substituição do devedor pode ser efetuada independentemente de consentimento deste.

⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 5ª. Edição. RJ: Lumen Juris. 2011. P. 488/489.

⁶⁵ “embargos do devedor. Execução. Notas Promissórias. Instrumento de confissão de dívida celebrado entre o credor e o filho do devedor. Declaração do credor se comprometendo a devolver as cópias objeto da presente execução. Novação caracterizada independente do consentimento do devedor. Art. 362 do NCC. Embargos procedentes. Apelação desprovida. Sentença mantida. (TJSP, Ap. n. 7.044.956.200, 21ª. Câm. De Direito Privado, rel. Ademir Benedito, j. 20.08.2008).

⁶⁶ FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. **Novação. Obrigações**. Instituto de Direito Privado. Editora Atlas. São Paulo. 2011. p. 473

O art. 363, do Código Civil ⁶⁷ trata da possibilidade da ação regressiva, quando o credor houver aceitado a substituição pelo novo devedor, e o mesmo for insolvente, decorrente da má-fé do antigo devedor.⁶⁸

João Luiz Alves afirma que “*anulável a novação e verificada a insolvência do novo devedor, revive a primeira dívida, por meio de ação regressiva contra o primitivo devedor*”; é também este o entendimento de Clóvis Beviláqua, Soriano Neto e Washington de Barros Monteiro.⁶⁹

Aqui, deve-se dizer que a insolvência civil não se caracteriza pela impontualidade ou falta de pagamento, mas a inferioridade do patrimônio ativo em comparação ao passivo.⁷⁰

Para que haja a possibilidade de ação regressiva, deverá restar configurada a má-fé do devedor antigo, se o mesmo tiver conhecimento da insolvência do novo devedor, caracterizando a má-fé a obrigação deverá voltar ao *status quo ante*.⁷¹

4.3. Outras Espécies

⁶⁷art. 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.

⁶⁸ “Recurso. Apelação. Vício contratual. Dolo. Questão só agitada em sede apelatória. Exame obstado. Art.515, §1º., do CPC. Recurso não conhecido, nessa parte. Monitória. Contrato de prestação de serviços para negociação de dívidas da ré. Recebimento, pelo autor, de cheques *pro solvendo*, que restaram apresentados, devolvidos pelo sacado, protestados e não pagos. Necessidade de demonstração clara e inequívoca do impresumível *animus novandi*. Novação incorrida (art.360 do CC). Incidência do art. 61 e incidência do art. 363, ambos do CC. Incolumidade da obrigação primitiva. Validade da multa convencionada como cláusula penal, mantida por maioria da Turma Julgadora a multa de 10% por inaplicabilidade do CDC à espécie, abatido o valor correspondente aos cheques recebidos pelo auts, observado o reajuste clausulado sub 10, incidentes juros de mora da citação (art.406, CC). Valor devido a recalcular-se segundo tais parâmetros. Sucumbência recíproca, observado o art. 11 da Lei n. 1.060/50, quanto ao autor. Recurso, na parte conhecida, provido em parte (TJSP, Ap. n. 7.153.817.100, 22ª. Câ. De Direito Privado, rel. Thiers Fernandes Lobo, j. 12.02.2008).

⁶⁹ Apud VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A Novação**. SP: Revista dos Tribunais, 1979. P. 55/56.

⁷⁰ CASTRO FILHO, e outros. Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito das Obrigações (arts. 304 a 420). Vol. IV. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro. Forense. 2006.p. 276.

⁷¹ JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – Questão de direito e de fato – Admissibilidade – Prova desnecessária – feito de solução imediata – Cerceamento de defesa não caracterizado – Aplicação dos arts. 330, I, e 400 do CPC.

NOVAÇÃO – Caracterização – Obrigação de novo devedor com o credor por indicação do primitivo obrigado – Existência de relação jurídica – Denúnciação da lide ao antigo devedor inadmissível – Desoneração deste. (TJSP – Ap. 117.597-2 – 9ª. Câmara – j.7/5/1987 – rel. Camargo Viana.) – Revista dos Tribunais. Vol. 624, p. 93. Out/1987.

Pablo Stolze Gagliano e Hamid Charaf Bdine Jr. afirmam que poderá haver a novação mista, na qual haverá tanto a substituição das partes, ativa e/ou passiva, e do objeto da relação obrigacional⁷², e que devido a fusão da novação objetiva e subjetiva, esta forma de novação guardará as características de ambas.⁷³

Nesta hipótese, caso não ocorra uma modificação substancial poderá acarretar não em novação, mas sim em assunção de dívida ou cessão de crédito.

Luis de Gasperi apresenta a novação causal, afirmando que haverá quando “*supone un cambio em la intención de obligarse*”⁷⁴, e melhor explicita afirmando que :

“Hay cambio de causa quando por ejemplo: las partes convienen em que lo que se debía ex vendito se deba em adelante por causa de depósito. Las dos relaciones obligatoris son inconciliables y por consiguiente no pueden contemporáneamente subsistir. Em efecto, la voluntad creativa de deber por depósito de la nueva convención es incompatible com la voluntad de persistir em la voluntad de deber em concepto de precio de alguna cosa comprada, porque sería absurdo que el propietario de una cosa se obligase AL mismo tiempo a devolverla a su dueño.

*Lo que se cambia es la causa debendi o sea la “intención” (...), es la causa de la respectiva obligación contractual de que se trata.”*⁷⁵

No entendimento apresentado por Rui Viana a novação pela mudança da causa jurídica, advém da cambial, ou seja, por uma promessa abstrata de prestação, no entanto, concluiu seu raciocínio afirmando que “*a renovação do título cambial não caracteriza novação*”, somente dilação do prazo do cumprimento da obrigação.⁷⁶

V- EFEITOS

De todo o exposto acima, podemos afirmar que os efeitos principais da novação são, a constituição de uma nova obrigação e a extinção da antiga, e,

⁷² BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. Arts. 233 a 420: obrigações. In: PELUSO, Cesar (Coord.) Código Civil comentado. 4ª. edição. Barueri: Manole. 2010. p.366

⁷³ GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Obrigações. Vol.II. 7ª. edição. São Paulo. Saraiva. 2006.p. 188

⁷⁴ GASPERI, Luis de. Tratado de Derecho civil. Tradução de Blas Perez Gonzales e Jose Alger. Barcelona: Bosch, 1954, v.1, t.2, p. 337-379 (§69 a §77) –p. 176

⁷⁵ GASPERI, Luis de. Tratado de Derecho civil. Tradução de Blas Perez Gonzales e Jose Alger. Barcelona: Bosch, 1954, v.1, t.2, p. 337-379 (§69 a §77) –192/193

⁷⁶ VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A Novação**. SP: Revista dos Tribunais, 1979. P. 49/50

consequentemente, acarretará a extinção das garantias acessórias, pois da obrigação antiga nada poderá ser conservado, desde que não houver estipulação em contrário, conforme disposto no art. 364 do Código Civil.^{77 78}

Caso esteja o devedor em estado de mora, podemos afirmar que como a novação extinguirá a obrigação antiga, haverá a paralisação da contagem dos juros e da correção monetária.⁷⁹

No entanto, na segunda parte do art. 364, o texto codificado ressalva a impossibilidade do credor exigir que, com a novação, continue a prevalecer o penhor, a hipoteca ou a anticrese, na hipótese dos bens pertencerem a terceiro que não fez parte desta nova obrigação.⁸⁰

Rui Viana arrola as seguintes conseqüências, “*a) não fluência dos juros e extinção dos já vencidos; b) cessação dos efeitos da mora; c) extinção dos efeitos da cláusula penal; d) as exceções, que disserem respeito ao crédito anterior, não podem ser opostas ao posterior; e) extinção dos privilégios, hipotecas, anticreses, penhores e fianças.*”⁸¹

Desses efeitos trataremos a seguir.

5.1. Efeitos sobre as garantias

⁷⁷ 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.

⁷⁸ “A quitação constante da escritura de compra e venda, concedida para obtenção de financiamento, não afasta o débito confessado pelo adquirente do imóvel, bem como o acordo celebrado posteriormente em decorrência de sua inadimplência. A novação cria uma nova obrigação para extinguir a anterior, inadmitindo discussão a respeito das cláusulas e condições da avença inicial. (TJDFT – EI 47.535/2004 – 3ª.Câmara – j. 9/6/2004, rel. Haydevalda Sampaio – DJU 14/10/2004) – Revista dos Tribunais, vol. 834, p.323, abr/2005.

⁷⁹ VENOSA, Silvío de Salvo. Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. Volume 2. 2ª. edição. São Paulo. Editora Atlas. 2002. P. 295

⁸⁰ “Novação. Empreiteiras. Contratos celebrados com o DER. Valor da dívida consolidado e pagamento com títulos de emissão de empresa pública. Companhia Paulista de Administração de Ativos. Novação operada extinguindo os acessórios e garantias da dívida anterior. Ação de cobrança dos juros improcedente. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. Cível c/ revisão n. 3.147.205.900, rel. Antônio Carlos Malheiros, j. 13.01.2009).

⁸¹ VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A Novação**. SP: Revista dos Tribunais, 1979. P. 58

5.1.1. Hipoteca, penhor e anticrese

As hipóteses das garantias acessórias reais, quais sejam, hipoteca⁸², penhor e anticrese⁸³ estão previstas no art. 364 do Código Civil, que explicita, conforme antes referido, que esses privilégios ficarão excluídos da nova obrigação, caso não haja a manifestação expressa da concordância pelo terceiro da nova obrigação, ou seja, essas garantias acessórias extinguirão com a obrigação principal.

Ademar Fioranelli e Jersé Rodrigues da Silva ao tratar em artigo específico da hipoteca elucidam que haverá a extinção da hipoteca na hipótese de novação, pois a sua subsistência se tornaria insustentável.^{84 85}

Também poderemos sublinhar que se aplica o art. 364 à fiança, garantia pessoal, e à propriedade fiduciária, garantia real, pois não havendo o consentimento do fiador, este ficará exonerado da garantia acessória com a obrigação nova.^{86 87}

Deve ser observado que em relação ao parágrafo anterior, o art. 366⁸⁸, também trata da exoneração do fiador na novação quando não houver expresso consentimento

⁸² “Hipoteca. Extinção da garantia pelo desaparecimento da obrigação principal em contrato de novação. Art.849 do Código Civil de 1916. Desnecessidade de menção à garantia. Necessidade da averbação prevista pelo. 817, primeira parte, daquele Estatuto. Aplicação dos arts. 1.003 e 1.004 do Código Civil anterior. Manutenção dos honorários fixados no patamar mínimo de 10% (dez por cento), incidentes sobre o valor da causa. Recurso não provido. (TJSP, Ap. 581.404.4/0-00, rel. Des. Urbano Ruiz, j. 22.10.2007).

⁸³ Art. 1.424. Os contratos de penhor, anticrese ou hipoteca declararão, sob pena de não terem eficácia:

I - o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo;

II - o prazo fixado para pagamento;

III - a taxa dos juros, se houver;

IV - o bem dado em garantia com as suas especificações.

⁸⁴ “A extinção da hipoteca é efeito obrigatório da novação: seria insustentável a subsistência da garantia - acessório diante do desaparecimento do principal, a obrigação. A única hipótese em que sobrevive a hipoteca é aquela que prevê a reserva (art. 1.003 do CC), a qual exige declaração expressa, feita no próprio ato da novação e limitada ao mesmo valor da dívida primitiva (cf. Serpa Lopes, *Tratado dos Registros Públicos*, vol. II, p. 388)”.FIORANELLI, Ademar, e SILVA, Jersé Rodrigues da. A Hipoteca: Doutrina – Jurisprudência Legislação – Aspectos práticos no registro imobiliário - Revista de Direito Imobiliário. vol. 33. p. 7. Jan / 1994.

⁸⁵ “Execução contra devedor falido. Garantia hipotecária. Decisão que afasta a execução contra o devedor da hipoteca, em virtude da novação subjetiva. Dispositivos do Código civil não prequestionados. Coisa julgada. Inocorrência da alegada violação, uma vez que no acórdão prolatado nos embargos infringentes só se cuidou da questão do crédito hipotecário, não se cogitando do direito da credora de prosseguir contra os avalistas da falida. Recurso não conhecido. (STF – RE 109.371-4 – 2ª. Turma, j. 5/9/1986 – rel. Carlos Madeira) – Revista dos Tribunais. Vol. 614, p. 238. Dez/1986.

⁸⁶ “a novação da obrigação sem o consentimento do fiador, exonera-o da garantia acessória. (II TAC, Ap. n. 787.651-00/0, rel. Juiz José Malerbi, j. 30.06.2003)

⁸⁷ Locação de imóveis. Embargos à execução. Moratória. Novação. Extinção da fiança. Ao firmar acordo com os locatários, no curso da locação, para renegociação e parcelamento da dívida, sem o consentimento da fiadora, resta caracterizada a moratória além da novação, por estar presente o *animus novandi*, extintivo e substitutivo da

do garantidor, pois como haverá uma prestação entre sujeitos definidos, poderá ser imposto ao fiador aumento de responsabilidade, devido a este fato, é que a obrigação acessória, fiança, extingue com a principal, exceção somente ao fato do fiador autorizar e assim confirmar a sua garantia na nova obrigação.

Silvio Rodrigues afirma que a concordância pelo fiador com a novação equivale a prestar nova fiança.⁸⁹

A título de direito comparado, no direito português, Varela retrata que no atual Código Português, o art. 861⁹⁰, exige a declaração expressa quando se tratar da manutenção da garantia, e não de constituição de uma nova obrigação, deverá constituir o simples averbamento a inscrição anterior⁹¹, também é previsto no direito francês nos artigos 1278⁹² e 1279⁹³.

5.2. Da Solidariedade

O art. 365, do Código Civil dispõe que *“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”*.

dívida anterior. Inteligência dos arts. 838, I, e 364, do Código Civil. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP, Ap. com revisão. N. 1.022.395.002, 26ª. Câm. De Direito Privado, rel. Felipe Ferreira, j. 01.10.2007).

⁸⁸ Art. 366. Importa exoneração do fiador a novação feita sem seu consentimento com o devedor principal.

⁸⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Parte Geral das Obrigações. Volume 2.** 30ª. edição. SP: Saraiva. 2002.p.208

⁹⁰ Artigo 861.

1. Extinta a obrigação antiga pela novação, ficam igualmente extintas, na falta de reserva expressa, as garantias que asseguravam o seu cumprimento, mesmo quando resultante da lei.

2. Dizendo a garantia respeito a terceiro, é necessária também a reserva expressa deste.

⁹¹ VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral. Volume II.** 7ª. Edição. Editora Almedina. Março, 2011.p. 241

⁹² Article 1278.

Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés.

⁹³ Article 1279

Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, les privilèges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur. Les privilèges et hypothèques primitifs de la créance peuvent être réservés, avec le consentement des propriétaires des biens grevés, pour la garantie de l'exécution de l'engagement du nouveau débiteur.

Na hipótese aventada quando houver pluralidade de devedores solidários que não participarem da nova obrigação, não figurarão como parte, portanto estarão exonerados da nova obrigação, acarretando também na extinção das garantias incidentes sobre os seus respectivos bens.⁹⁴

Eis uma observação relatada por Hamid que a obrigação prevista no art. 365, diferencia-se da prevista do art. 364, porque a obrigação dos demais devedores solidários não é acessória, mas principal.⁹⁵

Os efeitos da novação realizada entre o devedor solidário e credor haverá a impossibilidade de dividir decorrente da natureza da prestação, diferenciando da obrigação divisível, que poderá ser considerada pela unidade ou pela pluralidade de sujeitos.

Na obrigação divisível, cada devedor é responsável pela sua quota-parte, a contrário do que ocorre com a obrigação indivisível, pois nesta o credor terá o direito de receber o que deu origem a obrigação de forma integral, ou seja, cada devedor é responsável por toda a dívida.⁹⁶

Conclui-se, como Pontes de Miranda e Renan Lotufo, que haverá a liberação de todos os co-devedores em face da nova obrigação que extinguiu a garantia ou dada a preferência pelos co-devedores.⁹⁷

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho citando Silvio de Salvo Venosa relatam que na hipótese de solidariedade ativa, ou seja, quando houve pluralidade de credores, ocorrendo a novação, haverá a extinção da dívida e os demais credores que não

⁹⁴ “Novação. Configuração. Confissão de dívida subscrita pelas pelo devedor principal e a codevedora solidária. Ausência do outro garante solidário ao ato. Majoração da dívida. Prosseguimento da execução pelo montante confessado no instrumento particular, sem anuência do cogarante. Manifesta intenção de substituir a dívida anterior. Animo de novar caracterização ao autor. Rescisória procedente. (TJSP, Ação Rescisória n. 7.109.617-0, rel. Des. Ricardo Negrão, j. 04.09.2007).

⁹⁵ BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. Arts. 233 a 420: obrigações. In: PELUSO, Cesar (Coord.) Código Civil comentado. 4ª. edição. Barueri: Manole. 2010. p. 377.

⁹⁶ CASTRO FILHO, e outros. Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito das Obrigações (arts. 304 a 420). Vol. IV. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro. Forense. 2006.p. 291/292

⁹⁷ LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado. Volume 2 – Obrigações Parte Geral (arts. 233 a 420)**. SP: Saraiva. 2003. P. 363

participaram da negociação deverão se entender com o credor que promoveu a novação⁹⁸, nos moldes do art. 262 do Código Civil⁹⁹.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Ana Lúcia Porto de. Arts. 286 a 420. In: MELLO, Cleyson de Moraes e FRAGA, Thelma Araújo Esteves (Coord.) **Código Civil Comentado**. 2ª.edição rev. e atual. RJ: Freitas Bastos. 2004.

BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. **A suspensão das execuções pelo processamento de recuperação judicial**. Revista de Processo. vol. 184. p. 67. Jun/2010. São Paulo. Revista dos Tribunais.

BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. Arts. 233 a 420: obrigações. In: PELUSO, Cesar (Coord.) **Código Civil comentado**. 4ª. edição. Barueri: Manole. 2010.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral das Obrigações**. Tradução: Francisco José Galvão Bruno. 1ª. Edição. Campinas/SP: Bookseller. 2006.

CAMBLER, Everaldo Augusto. **Curso Avançado de direito civil. V.II**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002.

CASTRO FILHO, e outros. **Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito das Obrigações (arts. 304 a 420). Vol. IV**. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro. Forense. 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 4ª. edição. São Paulo. Saraiva. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos. V.1**. São Paulo. Editora Saraiva. 2003.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro. 2. Teoria Geral das Obrigações**. 22ª. edição rev. e atual. São Paulo. Saraiva. 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 5ª. Edição. RJ: Lumen Juris. 2011

FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. **Novação. Obrigações**. Instituto de Direito Privado. Editora Atlas. São Paulo. 2011. p. 460/483

⁹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Obrigações. Vol.II. 7ª. edição. São Paulo. Saraiva. 2006.p. 189 apud Silvio de Salvo Venosa, Direito Civil – Teoria geral das obrigações e Teoria geral dos contratos, 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 295.

⁹⁹ 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.

- FIORANELLI, Ademar, e SILVA, Jersé Rodrigues da. **A Hipoteca: Doutrina – Jurisprudência Legislação – Aspectos práticos no registro imobiliário**. Revista de Direito Imobiliário. vol. 33. p. 7. Jan / 1994. São Paulo. Revista dos Tribunais.
- GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Obrigações. Vol.II**. 7ª. edição. São Paulo. Saraiva. 2006.
- GASPERI, Luis de. **Tratado de Derecho civil**. Tradução de Blas Perez Gonzales e Jose Alguer. Barcelona: Bosch, 1954, v.1, t.2, p. 337-379 (§69 a §77) –p. 106 a 231
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume II – Teoria Geral das Obrigações**. SP: Saraiva, 2004.
- LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado. Volume 2 – Obrigações Parte Geral (arts. 233 a 420)**. SP: Saraiva. 2003.
- MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XXV**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado e legislação extravagante**. 3ª. edição rev. E ampliada. SP: Revista dos Tribunais. 2005
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Parte Geral das Obrigações. Volume 2**. 30ª. edição. SP: Saraiva. 2002.
- SANTOS, Francisco José Rezende dos. **A dação em pagamento e o novo código civil**. Revista de Direito Imobiliário. Vol. 64, p.47. jan/2008. São Paulo. Revista dos Tribunais.
- VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral. Volume II**. 7ª. Edição. Editora Almedina. Março, 2011.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. Volume 2**. 2ª. edição. São Paulo. Editora Atlas. 2002.
- VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A Novação**. SP: Revista dos Tribunais, 1979.