

ANTUNES VARELA

PROFESSOR DA FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA
PROFESSOR HONORÁRIO DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

E
MEMBRO DA ACADEMIA DOS JURISPRIVATISTAS
EUROPEUS DE PAVIA (ITALIA)

DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL

7.ª EDIÇÃO

7.ª REIMPRESSÃO DA 7.ª EDIÇÃO DE 1997

VOLUME II


ALMEDINA

Das obrigações em geral

SECÇÃO I

DAÇÃO EM CUMPRIMENTO*

339. *Exemplos. Noção.* A obrigação não se extingue apenas por meio do cumprimento. Também se extingue, além de outras vias, pela *dação em cumprimento*. Para se apurar o conceito da dação em cumprimento, convirá principiar por alguns exemplos extraídos da realidade prática.

A empresa X forneceu ao seu fiscal de vendas A um automóvel, para este utilizar nas viagens de inspecção. Dois anos mais tarde o empregado despede-se, e entrega à empresa, por acordo com esta, a importância de 500 contos em lugar do automóvel, que prefere conservar em seu poder.

O empregado B recebeu da entidade patronal 600 contos por antecipação das comissões que contava ganhar nos três meses seguintes. É entretanto despedido por *justa causa*, e entrega ao patrão o automóvel usado, que era sua pertença, em lugar da importância que deveria restituir (por virtude do enriquecimento sem causa).

Há nestes dois casos, e em todas as situações semelhantes, uma *dação em cumprimento*.

(*) VAZ SERRA, *Dação em função do cumprimento e dação em cumprimento*, Sep. do Bol. Min. Just., 39^o; *Id.*, *Algumas questões sobre dação em cumprimento*, na R.L.J., 99^o, pág. 81 e segs.; RIBEIRO SIMÕES, *Algumas notas sobre a dação em pagamento*, no Suppl. V do Bol. Fac. Dir. de Coimbra, pág. 302; POIACCO, *Della dazione in pagamento*, 1888, I; SCHWARZ, *Haftung für Rechtsmangel bei Leistung an Erfüllungstati*, nos Festschriften HANS LEXAID, pág. 573; AMBROSETTI, *Datio in solutum*, Dig. Ital.; ALLARA (M.), *La prestazione in luogo di adempimento*, 1927; GRASSELLI, *Datio in solutum*, Novissimo Dig. Ital.; BARBERO, *Sist. istit. del dir. priv. ital.*, 3^a ed., II, 1951, n.º 622, pág. 31 e segs.; FERNÁNDEZ-NOVOA, *Naturaleza jurídica de la dación en pago*, no *Anuario de derecho civil*, 1957, pag. 753; HARDER, *Die Leistung an Erfüllungstati*, 1976; GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, Tübingen, §§ 10 e 11; pág. 176 e segs.; RODOTA, *Dazione in pagamento*, na *Luz del dir.*

Noção. A dação em cumprimento (*datio in solutum*), vulgarmente chamada pelos autores *dação em pagamento*⁽¹⁾, consiste na realização de uma prestação *diferente* da que é devida, com o fim de, mediante acordo do credor, extinguir imediatamente a obrigação (art. 837.º).

Dos termos em que o artigo 837.º a refere — prestação de coisa diversa da que for devida — poderia depreender-se que a dação só tem cabimento em relação às obrigações de prestação de coisa e que, dentro destas, só poderia ter por *objecto* a prestação de uma (outra) coisa.

Todavia, logo pela simples leitura do artigo 838.º se verifica que a dação pode ter por *objecto*, quer a transmissão (da propriedade) duma coisa, quer a transmissão de um (outro) direito⁽²⁾, costumando os autores indicar, entre os direitos cuja transmissão é capaz de integrar a figura da dação, tanto o usufruto, como o crédito que o devedor tenha sobre terceiro.

E desde que a lei estende abertamente a figura da dação aos casos em que o devedor transmita um usufruto ou um direito de crédito, nenhuma razão subsiste para que ela não possa ter por *objecto* uma prestação pecuniária (em lugar da prestação da coisa devida) ou uma prestação de coisa em lugar da prestação pecuniária, sendo esta, aliás, a modalidade que usualmente é referida pelos autores e dá lugar à aproximação, que muitos estabelecem, entre a *dação em cumprimento* e a *venda*.

(1) Prefere-se a expressão *dação em cumprimento* pela mesma razão que leva a doutrina moderna a usar a designação *cumprimento* em vez do termo tradicional *pagamento*. É que a dação pode ter por *objecto*, não apenas dinheiro, mas também coisas de *outra natureza ou factos*, e pode referir-se não só às obrigações *pecuniárias*, mas também às obrigações de outro tipo.

(2) Com esse preciso alcance dispõe o § 365 do Código alemão que, sendo dada em cumprimento uma coisa, um crédito contra terceiro ou qualquer outro direito, responde o devedor por qualquer falta (defeito) no direito ou na coisa nos mesmos termos que o vendedor.

Já na doutrina romanista o conhecido passo de GAIO (Inst., 3, 168)⁽¹⁾, relativo à *datio in solutum*, é correntemente interpretado no sentido de que o *aliud pro alio solvere* tanto abrange a dação de uma coisa em lugar de outra, como a dação de uma coisa em lugar do dinheiro ou a dação de dinheiro em vez de uma coisa⁽²⁾. Controvertida era apenas a questão de saber se a *datio in solutum* deveria abranger também ou não a prestação dum *facere* em vez dum outro tipo de prestação (v. gr., prestação de certo número de dias de trabalho em substituição duma prestação pecuniária).

VAZ SERRA inclina-se para a orientação que atribui à *dação em cumprimento* o seu mais amplo sentido⁽³⁾; e nenhuma razão, seja de texto, seja tirada da *mens legis*, se pode invocar para que ela não seja aceite no plano do direito constituído⁽⁴⁾.

Essencial à dação é:

- 1.º Que haja uma prestação *diferente* da que é devida;
- 2.º Que essa prestação (diferente da devida) tenha por fim extinguir imediatamente a obrigação.

O primeiro requisito pode considerar-se expressamente consignado no artigo 837.º, ao definir os termos em que é admitida a dação.

O segundo resulta, não só do disposto no mesmo artigo (quando alude à *exoneração* do devedor como efeito da dação), mas

(1) A dação tem lugar, dizia GAIO, *«si quis consentiente creditore aliud pro alio solvente»*.

(2) ELIO LONGO, *Datio in solutum*, *Dir. romano*, no *Novissimo Dig. Ital.*

(3) No Código de 1867, a dação em cumprimento não aparecia regulada entre as causas de extinção das obrigações. Mas era expressamente referida, na regulamentação paradigmática da compra e venda, como excepção (que, aliás, se mantém no Código vigente: art. 1714.º, 3) à regra de que não são permitidas as vendas entre cavados (§ ún. do art. 1564.º, Cód. de 1867; cfr. ainda os arts. 786.º, n.º 3.º, 850.º e 1678.º do mesmo diploma).

Ligada deste modo à compra e venda, a dação em pagamento abrangia apenas, mas sem nenhum intuito limitativo por parte do legislador, a entrega de coisa em lugar da prestação pecuniária devida. Cfr., a propósito, o ac. do S.T.J., de 16-XI-1965 (R. L.J., 99.º, pág. 95).

(4) Essa era a orientação defendida por VAZ SERRA, já no domínio do Código velho (R. L.J., 99.º, pág. 97, nota 1).

também, conquanto indirectamente, dos termos em que no artigo 840.º se define a chamada «*dação pro solvendo*».

Uma vez verificado o duplo requisito que se desprende da lei, a *datio in solutum* terá todo o cabimento, seja qual for a natureza da prestação *debitória* inicial e seja qual for o *objecto* da prestação diferente levada a cabo, quer pelo devedor, quer por terceiro.

340. *Figuras próximas. Referência especial à dação «pro solvendo».* A *dação em cumprimento* distingue-se, tanto da *novação* (uma das outras causas extintivas da obrigação, além do cumprimento), como da *dação pro solvendo* (ou *dação em função do cumprimento*), que o Código Civil (art. 840.º) trata na mesma secção em que fixa o regime da *datio in solutum*.

A *novação*, como do próprio nome se desprende, consiste na extinção da obrigação mediante a criação duma nova obrigação.

Tem de comum com a *datio in solutum* o facto de extinguir imediatamente a obrigação (antiga) e de fazê-lo mediante um processo que não coincide com o comportamento exigível do obrigado através do dever de prestar.

A firma *A* devia ao cliente *B* um frigorífico. Mas, porque entretanto passou a dedicar-se a um outro ramo de negócio e o cliente aceitou a sua sugestão, trocou a obrigação de entrega de um frigorífico pela obrigação de lhe fornecer uma máquina calculadora.

A primitiva obrigação *extinguiu-se*, tendo nascido uma outra em lugar dela.

Na dação em pagamento há também a extinção da obrigação, por meio de uma prestação diferente da que era devida. Mas não há a criação de nenhuma obrigação *nova*. A modificação operada na relação obrigacional *esgota-se* no próprio acto de *extinção* do vínculo, com a entrega de coisa diversa da que é devida, com a entrega do dinheiro ou com a prestação do facto. Nesse aspecto, é flagrante a semelhança ou afinidade da dação com o *cumprimento*.

Diferente, quer da dação em cumprimento, quer da *novação*, é a chamada *dação pro solvendo*⁽¹⁾. Esta também tem por *objecto* (tal como a *datio in solutum*) a realização de uma prestação diferente da que é devida. O seu fim não é, no entanto, o de *extinguir imediatamente* a obrigação, mas o de *facilitar* apenas o seu cumprimento⁽²⁾⁽³⁾.

A, pequeno retalhista, deve ao armazenista *B* cem contos, preço da mercadoria que este lhe forneceu. Como tem a vida um pouco embaraçada e o credor aperta com a liquidação da dívida, *A* cede-lhe um crédito que tem sobre *C*, não para substituir o seu débito ou criar outro ao lado dele, mas para que o credor *B* se cobre mais facilmente do seu crédito, visto *C* estar em melhor situação do que *A*.

Quando esta seja a intenção das partes, a obrigação não se extingue imediatamente. Mantém-se, e só se extinguirá *se e à medida* que o respectivo crédito for sendo satisfeito, à custa do novo meio ou instrumento jurídico para o efeito proporcionado ao credor⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Diferente também de qualquer das hipóteses versadas no texto é a do pagamento feito a favor da conta bancária indicada pelo credor. Trata-se de um verdadeiro cumprimento (cfr. JSELE, *Geldschuld und bargeldloser Zahlungsverkehr*, no AcP, 129, pág. 164 e segs.; ESSER, § 26, IV, 3; SIMITIS, *Bemerkungen zur rechtlichen Sonderstellung des Geldes*, no AcP, 159, pág. 449 e segs.; v. CAEMMERER, *Girozahlung*, na J. Z., 1953, pág. 446 e segs.), embora a opinião dominante seja a que considera esses casos como hipóteses de *dação em cumprimento*.

⁽²⁾ Tal como os juristas romanos, através da antítese *datio in solutum* — *datio pro solvendo*, também os autores alemães distinguem expressivamente, na sua terminologia, entre a prestação «*an Erfüllungsstatt*» e a prestação apenas «*erfüllungshalber*»: LARENZ, § 18, IV, pág. 250.

⁽³⁾ Tal, porém, como a dação em pagamento, também a dação *pro solvendo* depende manifestamente do consentimento do credor. No sentido da boa doutrina, o ac. do Sup. Trib. Just., de 23 de Julho de 1980 (B.M.J., 299, p. 310), segundo o qual o portador da livrança vencida e não paga é obrigado a receber em *dação pro solvendo* acções de empresas nacionalizadas. Cfr., porém, o artigo 10.º do Dec.-Lei n.º 528/76, de 7 de Julho e o acórdão do Sup. Trib. Just. de 7-5-1981, sobre a possibilidade da compensação provisória com certos créditos.

⁽⁴⁾ Vide, a propósito, o caso apreciado e decidido no ac. do Sup. Trib. Just., de 3 de Dezembro de 1981, publicado e por nós anot. na *Rev. Leg. Jurisp.*, 118, pág. 28 e segs.

Esta finalidade — de facilitar a satisfação do crédito, e não de o extinguir imediatamente — é, de facto, realizada a cada passo na prática, mediante a entrega de uma coisa (para que, vendendo-a, o credor se cobre do seu crédito⁽¹⁾), através da transmissão de um crédito do devedor sobre terceiro (por cessão do crédito, por endosso de letra ou por endosso de cheque⁽²⁾, para dar maior mobilidade ao crédito) e ainda por um outro expediente.

A deve 4000 contos a B (empregado) pelas reparações que este lhe fez no prédio; e assina em certo momento, por exigência do credor, uma letra de montante correspondente, para facilitar à outra parte a negociação do crédito com um banco, ou a execução da dívida em juízo, se necessário. Quando assim suceda, ficará a existir ao lado da obrigação *primitiva (fundamental)*, proveniente do contrato de empreitada celebrado entre A e B, uma outra obrigação (*cambiária*), resultante da subscrição do título de crédito por parte do aceitante. O credor terá então à sua disposição *dois* créditos apontados ao *mesmo fim*⁽³⁾.

A *assunção* da segunda obrigação não é feita, normalmente, com a intenção de apagar ou extinguir imediatamente a primeira⁽⁴⁾. Mas também se não trata, como é evidente, de *acrescentar*

⁽¹⁾ Vide o caso apreciado no ac. da Rel. de Lisboa, de 13 de Maio de 1993 (pub. na *Col. Jurisp.*, XVIII (1993), III, pág. 102).

⁽²⁾ Se com a cessão do crédito sobre terceiro, com o endosso da letra ou do cheque, ou com a transmissão de outro direito, as partes visam a extinção imediata da dívida, já não há pura dação *pro solvendo*, mas dação em cumprimento: VAZ SERRA, *est. cit.*, na R.L.J., 99.º, pág. 98.

Porém, as mais das vezes um credor prudente não aceitará a operação com semelhante intenção.

Não quererá extinguir o seu crédito antigo pelo simples facto da dação. Só aceitará que ele se extinga, se conseguir satisfazer o seu direito e *à medida que o consiga* com a venda da coisa ou a cobrança do crédito cedido. Vide, neste preciso sentido, VAZ SERRA, na R.L.J., 101.º, pág. 349.

⁽³⁾ Nesse sentido, cfr., por todos, o ac. do S.T.J., de 21-I-1969 (R.L.J., 103.º, pág. 117).

⁽⁴⁾ Por essa razão se devia considerar menos feliz, já na altura em que foi proferido, o assento do S.T.J., de 8-V-1928, vivamente criticado por vários autores (J. G. PINTO COELHO, *Lições de dir. com.*, II, fasc. II, 1943, n. 28 e FERRER CORREIA,

um outro crédito ao crédito já existente no património do credor, por modos que ele fique com direito a obter 8000 contos, e não apenas os 4000 que anteriormente tinha o direito de exigir.

Do que se trata é apenas de *facilitar* a satisfação do crédito, dando ao credor um meio ou instrumento bastante mais expedito de o conseguir, por virtude dos caracteres específicos dos títulos de crédito (cambiários). Como a constituição do novo direito se faz aparentemente no interesse do credor, nada impedirá em princípio que este, renunciando ao benefício, opte pelo cumprimento da obrigação *fundamental*⁽¹⁾.

Se for possível provar ou for lícito presumir, porém, como muitas vezes acontecerá, que a assunção da dívida ou a cessão do crédito foi feita *também* no interesse do devedor, o credor só poderá recorrer à obrigação primitiva, no caso de falhar o recurso à nova via do seu crédito⁽²⁾.

Diferente da dação em cumprimento, que assenta numa troca da prestação acordada pelas partes no momento da satisfação do crédito, é o caso da obrigação com *facultas alternativa*.

Lições de dir. com., III, n. 14), segundo o qual o aceite da letra importaria novação da obrigação subjacente.

Outra é a doutrina hoje proclamada no n.º 2 do artigo 840.º, relativamente à *assunção de dívida*, em termos que aproveitam, não só ao caso de o *assuntor* ser em terceiro, como (talvez por maioria da razão) ao de o *assuntor* ser o próprio devedor. Cfr., no mesmo sentido, em tese geral, as observações de VAZ SERRA, na anot. ao ac. do S.T.J., de 9-I-1968 (R.L.J., 101.º, pág. 347 e segs.), com largas citações de doutrina e de legislação em abono do mesmo ponto de vista.

⁽¹⁾ Quando assim suceda, o devedor que subscreveu a letra *pro solvendo* não será, em princípio, obrigado a cumprir a obrigação *fundamental* ou *originária*, senão contra a restituição do título cambiário. Se não resulta directamente do disposto no artigo 788.º, é doutrina que pode abonar-se no princípio geral da *boa fé*, com a amplitude que intencionalmente lhe dá o artigo 762.º, 2.

⁽²⁾ Cfr. VAZ SERRA, *Dação...*, n. 1; BROX, § 22, pág. 173. Sobre a controvertida questão de saber se a prescrição da obrigação cambiária, assumida *pro solvendo*, arrasta consigo a prescrição da obrigação originária, veja-se, no sentido da boa doutrina, VAZ SERRA, *anot. cit.* ao ac. do S.T.J., de 9-I-1968 (R.L.J., 101.º, pág. 351).

Neste caso, o obrigado também realiza uma prestação diferente da devida. Fá-lo, porém, por sua iniciativa individual, no exercício de uma faculdade que lhe estava reservada.

Nas hipóteses da *dação em cumprimento*, o devedor não goza desse poder de modificação *unilateral* da prestação. Por isso mesmo, em obediência ao princípio da imodificabilidade unilateral da obrigação (cfr. art. 406.º, n.º 1), só mediante acordo das partes a dação (em cumprimento) é legalmente viável. Na prática, torna-se algumas vezes particularmente difícil saber se em determinada convenção negocial há uma novação, uma dação em cumprimento ou uma dação *pro solvendo*, visto que a cessão (ao credor) de um crédito do devedor sobre terceiro, por exemplo, tanto pode integrar uma, como qualquer outra dessas figuras jurídicas, consoante a intenção dos contraentes.

Conhecido, porém, o verdadeiro recorte jurídico de cada uma delas, absolutamente distintas entre si, as dúvidas de qualificação das diferentes situações só podem resultar das hesitações relativas à vontade real ou presumível dos contraentes (¹). Trata-se, por conseguinte, de puros problemas de *interpretação* ou de *integração* das declarações dos outorgantes e não de questões específicas do direito das obrigações (²).

(¹) As dificuldades de ordem prática, na qualificação das situações descritas no texto, são bastante aplanadas pela presunção constante do n.º 2 do artigo 840.º.

Tendo a dação por objecto a cessão de um crédito ou a assunção de uma dívida, presume-se, nos termos desse preceito, que se trata de uma dação *pro solvendo*. É disposição paralela à do § 364 do B.G.B., mas mais explícita e mais ampla.

(²) BROX, § 22, pág. 173. No âmbito do direito obrigacional, interessa ainda frisar, porém, que a *novação* e a *dação em cumprimento* são figuras distintas, mas não incompatíveis entre si. Na maior parte das modalidades da *dação* (por entrega de coisa, por cedência de um outro direito real, por prestação de facto), extingue-se a obrigação e não há criação nem manutenção de nenhuma outra obrigação. Mas pode suceder que as partes queiram, de facto, extinguir *imediatamente* a antiga obrigação (com as suas garantias e acessórios) através da *assunção* de uma nova obrigação (pelo devedor ou por terceiro) ou da transmissão de um outro crédito (do devedor sobre terceiro). E, nesse caso, haverá simultaneamente *dação em cumprimento* e *novação*.

341. *Regime*: a) *Efeito extintivo do vínculo obrigacional, aceite pelo credor.*

O principal efeito da *dação em cumprimento* é a extinção da obrigação. E, uma vez extinta a obrigação, com ela se extinguem as garantias e acessórios do crédito.

Simplemente, como a *dação* envolve a realização de uma prestação diferente da devida, ela só extinguirá o crédito, se o devedor lhe der o seu assentimento (¹). É o ensinamento que remonta já ao direito romano clássico (*aliud pro alio invito creditori solvi non potest*: 2, 1, D., 12, 1) (²) e se encontra expressamente consagrado no artigo 837.º do Código vigente.

Tratando-se, por exemplo, de *credores solidários*, e não havendo consentimento de todos, bastará o consentimento daquele que recebe a dação, para que o devedor fique exonerado em relação a todos eles (art. 532.º). Porém, nas relações internas, a dação aproveitará aos restantes, mas não pode ser imposta àqueles que não lhe tenham dado o seu assentimento (³).

Pela mesma razão de se tratar de uma *alteração* da prestação debitória, e não do estrito cumprimento do dever de prestar, o *solvens* terá de ser capaz, nos termos do artigo 764.º, 1.

Paralelamente ao regime da solidariedade activa, também a dação efectuada por um dos devedores solidários aproveitará aos restantes (art. 523.º), mas não pode ser imposta àqueles que não lhe tenham dado o seu assentimento.

Porque pode haver diferença de *valor* entre a prestação devida e a prestação efectuada, a dação deve ainda considerar-se exposta à impugnação pauliana, a despeito da prescrição do artigo 615.º, 1.

(¹) O consentimento do credor é dado, em regra, no momento em que a dação se realiza. Mas pode ser prestado anteriormente, embora se não deva confundir, como vimos, a dação em cumprimento com o cumprimento da obrigação com faculdade alternativa, em que o devedor use desta faculdade.

(²) Tal como o credor não pode obrigar o devedor a efectuar uma prestação diferente da devida (*aliud pro alio invito debitore peti non potest*).

(³) Vid. vol. I, n. 222, pág. 823, nota 1.

Para que haja, porém, uma *pura dação em cumprimento*, é essencial que, a despeito da diferença de valor objectivo eventualmente existente entre as prestações, estas tenham sido *queridas* pelas partes como *equivalente* ou *correspectivo* uma da outra.

De contrário, haverá um *negotium mixtum cum donatione* ou *dação mista*, tendo por base de apoio uma *dação em cumprimento*⁽¹⁾.

Se a obrigação que as partes visavam extinguir com a dação em cumprimento *não existir*, o *solvens* terá o direito de exigir a restituição da coisa ou direito transmitido, nos termos da repetição do indevido (art. 476.º)⁽²⁾.

342. b) *Vícios da coisa ou do direito transmitido*. Efectuada a dação, com o assentimento do credor, e tendo o devedor a necessária capacidade, poderiam levantar-se dúvidas sobre o seu regime, no caso de a coisa ou o direito transmitido padecer de vícios que afectem a sua substância ou o seu valor.

Por um lado, sendo a dação uma forma de extinção da obrigação, os defeitos ou os ónus essenciais da coisa ou do direito transmitido deveriam provocar, em princípio, a anulação da operação e, conseqüentemente, o renascimento da obrigação primitiva.

Por outro lado, é notória a analogia existente entre as modalidades mais correntes da dação (entrega de uma coisa, cedência de um direito de usufruto do devedor ou cessão de um direito do devedor sobre terceiro) e o contrato de compra e venda (principalmente com a nova fisionomia que este reveste no código vigente: art. 874.º).

Se *A* deve a *B* 1500 contos e se desonera, por acordo com o credor, mediante a entrega de um automóvel, tudo se passa, praticamente, como se *B* tivesse *comprado* o automóvel a *A* pela impor-

(1) VAZ SERRA, *est. cit.*, na R.L.J., 99.º, pág. 130.

(2) SCUTO, *Istituzioni di dir. priv.*, 6.ª ed., II, parte 1.ª, 1952, n. 216, pag. 101

doutrina coincide com a dos lugares paralelos, que são os artigos 766.º (cumprimento), 856.º (compensação), 860.º, 2 (novação), 866.º, 3 (remissão) e 873.º (confusão).

Em todos eles «se dá expressão às duas mesmas ideias: renascimento da obrigação, por um lado; protecção aos terceiros de boa fé, por outro.»

344. *Natureza jurídica*. A natureza jurídica da *dação em cumprimento* não é definida em termos uniformes pelos autores⁽¹⁾, poucos sendo aqueles que a retratam com inteira precisão.

Há quem considere a dação como uma modalidade do *pagamento*. É a tese de quem, como LEONHARD, BLOMEYER e ESSER⁽²⁾, desdobra a *operação dativa* num contrato modificativo da obrigação e no acto subsequente de cumprimento da obrigação alterada ou modificada.

Outros, considerando também a *dação* como uma operação complexa, dividem-na teoricamente numa *novação*, seguida dum *pagamento*. Por acordo entre as partes, extingue-se a obrigação primitiva mediante a constituição de uma *nova* obrigação, a qual também se extingue imediatamente com o acto de cumprimento. Na dação haveria, assim, uma *novação* tácita, por alteração do objecto, seguida da execução imediata da nova obrigação.

E há, por último, quem entenda que a dação em cumprimento é equiparável a uma compra e venda ou a uma troca⁽³⁾, consoante o devedor entregue uma coisa em substituição de dinheiro (que funciona como o preço dela) ou uma coisa em substituição de outra⁽⁴⁾.

(1) Cfr. ALLARA, *est. cit.*, págs. 39 e segs.; FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Natureza jurídica de la dación en pago*, no *Anuario de derecho civil*, 1957, pág. 753 e segs.

(2) LARENZ, § 18, IV. Cfr., além dos referidos no texto, os autores citados por FERNANDEZ RODRIGUEZ, *est. cit.*, pág. 778.

(3) Cfr. GUILHERME MOREIRA, n. 86; ENNECCERUS-LEHMANN, 13.ª ed., § 65, 1. E ainda, mas registando as diferenças existentes entre a dação, de um lado, e a venda, do outro, POTHIER, *Traité du contrat de vente*, n. 600.

(4) VAZ SERRA, *est. cit.*, na R.L.J., 99.º, pág. 100.

Nenhuma das concepções se adapta, porém, à verdadeira estrutura da figura jurídica em exame, nem à disciplina expressamente consagrada na lei para os problemas que a dação suscita.

A primeira doutrina, que equipara a dação ao cumprimento da obrigação, nem explica a possibilidade de restauração da prestação primitiva (art. 838.º, *in fine*), que teria sido definitivamente substituída pela nova prestação convencionada entre as partes, nem dá a menor cobertura lógica ao direito de garantia que a primeira parte do mesmo preceito legislativo confere ao credor (1).

A segunda tem o defeito grave de não retratar com fidelidade o perfil psicológico-jurídico das espécies de facto que integram a dação.

Efectivamente, não há nelas a intenção, por parte dos contraentes, de *criarem* ou *constituírem* uma nova obrigação, mas apenas a de *extinguírem* a obrigação com uma prestação diferente da devida (2). De contrário, também se não compreenderia que, tendo a coisa entregue quaisquer vícios ou limitações, o devedor não ficasse apenas obrigado a entregar uma outra coisa do mesmo género ou a reparar os vícios da coisa, quando é certo que o artigo 838.º admite que o credor opte pela prestação primitiva, com a reparação dos danos entretanto sofridos (3).

Crítica semelhante a esta última começa por suscitar a tese que equipara a dação em cumprimento a uma compra e venda.

(1) Cfr., para a refutação da doutrina, FERNANDEZ RODRIGUEZ, *est. cit.*, pág. 779 e segs.

(2) FERNANDEZ RODRIGUEZ, *est. cit.*, pág. 771 e segs.

(3) Além disso, a tese da *novação* parece conduzir à solução de, mesmo no caso de a obrigação originária proceder de uma *doação*, o doador (ou os herdeiros do doador) responder perante o donatário segundo as regras próprias da compra e venda, se a coisa entregue tiver vícios ou for alheia.

E não é essa a boa doutrina. Apesar dos seus termos bastante latos, o artigo 838.º tem de ser interpretado *restitivamente*, de modo a só abranger os casos de dação em cumprimento de uma obrigação nascida de acto a título oneroso. Ou *rectius*: de modo a não abranger a dação para extinção de uma obrigação nascida de acto a título gratuito.

Além de manifestamente não cobrir algumas das hipóteses típicas da dação (todas aquelas em que não há *entrega de uma coisa* ou *cessão* de um direito em substituição de uma *prestação pecuniária*), essa doutrina levanta, de facto, os seguintes reparos:

1) Não explica a possibilidade de renascimento da obrigação primitiva, nos termos em que a admite o artigo 838.º, *in fine*;

2) Também não explica que, na hipótese de a dívida (primitiva) não existir, o *solvens* possa exigir, com base no enriquecimento sem causa, a restituição da coisa dada em cumprimento (1).

A concepção exacta e completa da dação é a que retrata, no único momento em que o acto se esgota, o *duplo* aspecto que ele envolve.

Trata-se de um acto *solutório* da obrigação, assente sobre uma *troca* ou *permuta* convencional de prestações (2). A *dação* pressupõe assim a realização de um *aliud*, por acordo entre as partes, para cumprir a obrigação (3).

Só assim, mediante a inclusão do *fim* e do *meio* do acto, se obtém um retrato em corpo inteiro da dação em cumprimento.

O *fim* da dação consiste na *extinção* da obrigação (da única *obrigação* que persiste nas relações entre as partes); o *meio* dessa extinção, sendo diferente da prestação debitória (*aliud pro alio*), pressupõe uma *troca* concertada entre as partes — *troca* que se efectua no próprio momento da *datio*.

Vista sob este duplo ângulo de observação, a dação já se adapta perfeitamente à disciplina condensada nos artigos 838.º e 839.º.

(1) JOSSELAND, *Cours de droit civil positif français*, II, n. 927; no mesmo sentido do texto, considerando *superficial* a equiparação entre a dação e a venda, DIEZ-PICAZO, n. 788, e ainda a minuciosa crítica de FERNANDEZ-RODRIGUEZ, *est. cit.*, pág. 761 e segs. Segundo a concepção em exame, a inexistência da dívida, com a qual o preço da coisa se teria compensado, daria logicamente lugar apenas a que o devedor pudesse exigir da contraparte (comprador) a entrega do preço.

(2) Cfr., na mesma linha de orientação, BARBERO, *ob. e loc. cit.*; FERNANDEZ-RODRIGUEZ, *est. cit.*, pág. 792 e segs.

(3) Essa é, no essencial, a tese do contrato de cumprimento (*Theorie des Erfüllungsvertrages*), assim designada e sustentada por HARDER (*ob. cit.*).

créditos *futuros*), com a simples *promessa* de compensação, nem sequer com o contrato em que as partes reservam para uma delas ou para ambas o *direito potestativo* de compensarem determinados créditos⁽¹⁾.

SECÇÃO IV

NOVAÇÃO*

364. *Noção. Modalidades.* A *novação* é uma outra das causas extintivas da obrigação, diferentes do *cumprimento*, mas muito próxima da *dação em cumprimento*.

São fáceis de extrair da prática negocial alguns exemplos que ajudam a fixar o recorte conceitual dessa figura.

O empregado *A*, a quem a entidade patronal fornecera automóvel para as frequentes deslocações a que obrigava o exercício da sua função, é prematuramente despedido. Querendo, porém, conservar em seu poder o veículo que à empresa não interessa recuperar, obriga-se a entregar 500 contos em vez de restituir o veículo.

B, interessado em aplicar algumas economias numa sociedade de investimentos turísticos, adquire alguns títulos de *ocupação temporária*, com direito a certo rendimento sobre a soma aplicada. Pouco

(1) Para maiores desenvolvimentos, LARENZ, § 18, VI, pág. 265 e segs. e GERNHUBER, *ob. e loc. cit.*

* VAZ SERRA, *Novação, expromissão, promessa de libertação e contrato a favor do credor, delegação, assunção de dívida*, 1958; PIRES DE LIMA e A. VARELA, *ob. cit.*, anot. aos arts. 857.º e segs.; S. REBULLIDA, *La novación de las obligaciones*, 1964; HERNANDEZ-GIL, *El ámbito de la novación objectiva modificativa*, na *Rev. Der. Priv.*, 1961, pág. 797 e segs.; BIGIAVI, *Novazione e successione particolare nel debito*, in *Dir. e pratica comm.*, 1942, pág. 71 e segs.; BONIFACIO, *La novazione nel diritto romano*, 1950; PELLEGRINI, *Della novazione*, com. de D'AAMELIO e FINZI, 1948, I, pág. 117 e segs.; M. ANDREOLI, *La novazione tacita obiectiva*, 1929; SCHLESINGER, *Mancaza dell'effetto estintivo nella novazione tacita obiectiva*, na *Riv. Dir. civ.*, 1958, I, pág. 353; A. ELEFANTE, *Novazione (Dir. rom.) e rescigno, Novazione (Dir. civ.)*, no *Novissimo Dig. Ital.*; MAGAZZÙ, *Novazione (dir. civ.)*, na *Enc. del dir.*; GERNHUBER, *ob. cit.*, § 18 (*die Novation*); BROX, § 25.