

MANUEL INÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA

Magistrado federal aposentado, Lente de Direito Civil e Legislação Comparada
na Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro e advogado nos
auditórios da mesma capital

Doutrina e Prática
das
Obrigações
OU
Tratado Geral dos Direitos de Crédito

4.^a Edição

Aumentada e atualizada pelo juiz
JOSÉ DE AGUIAR DIAS

TOMO I

Edição
REVISTA FORENSE
Av. Erasmo Braga, 299
Rio de Janeiro
1956

Cumpre notar, porém, que os casos de imputação legal são suscetíveis de uma inteira modificação pela vontade dos sujeitos da obrigação. Ela é um meio de suprir a convenção expressa; é uma presunção estabelecida por lei acerca da vontade das partes; é, portanto, um *criterium* que o julgador pode aplicar unicamente na ausência de qualquer pacto que o derogue.

CAPÍTULO VI

DA DAÇÃO EM PAGAMENTO

SUMARIO: 332. O que é dação. 333. Elementos constitutivos da dação. 334. Extensão da dação. 335. Não se confunde com as obrigações alternativas, nem com as facultativas. 336. Não implica a novação. 337. Analogia da dação com a venda. 338. Quando equivale à cessão. 339. Evição sofrida pelo credor que recebe a coisa em dação.

332. Dação em pagamento — *datio in solutum* dos romanos, *Angabe an Zahlungsstatt* do direito germânico, ou *Leistung an Erfüllungsstatt* do moderno direito alemão — é um acôrdo liberatório convencionado entre o credor e o devedor, em virtude do qual aquêle aquiesce em receber dêste para exonerá-lo de uma dívida um objeto diferente do que constituía a prestação — *aliud pro alio*.¹

Daí deduz-se desde logo que tal acôrdo deve ser feito em ato posterior à formação do vínculo obrigatório e nas proximidades do pagamento.²

Os modernos Códigos, em geral, não tratam especialmente da dação e apenas a admitem como exceção à regra geral que o credor deve ser pago precisamente com aquilo que constitui o objeto da prestação. E dêste modo a colocam entre as regras relativas ao pagamento.

Outros mais geralmente só a compreendem como um acôrdo liberatório, restrito às prestações de dinheiro. Nosso direito pertence a esta classe. A cessão de bens, que é uma da-

¹ Inst. quib. mod. oblig. tollitur, pr.

² GIORGI, *Teoria delle obbligazione*, VII, 299.

ção de pagamento sem acôrdo do credor, é um instituto que se vai esvanecendo das modernas legislações e que, admitido em nossa legislação de falências, teve ali uma rápida passagem assinalada por efeitos práticos desastrados.

Falaremos da cessão de bens em outro lugar dêste trabalho.

333. A dação compõe-se de elementos intrínsecos e extrínsecos.

Entre aquêles o primeiro é a entrega feita pelo devedor ao credor da coisa dada com ânimo de realizar o pagamento; o segundo é o acôrdo do credor.

O elemento extrínseco consiste na diversidade da prestação oferecida em relação à devida.

Está bem claro que para êsse ato é essencial a capacidade das partes para alienar. De modo que o mandatário geral com poderes de administração não está habilitado para o exercer e sim somente quando tiver para isso especiais poderes.³

334. O credor pode consentir em receber coisa que não seja dinheiro em substituição da prestação que lhe era devida.^{4-4-a}

Os Códigos geralmente dispõem para os casos da prestação de coisa em vez de dinheiro — *rem pro pecunia* — e de um crédito do devedor em vez de seu débito para com o credor — *nomen juris pro pecunia*. Isso, porém, não impede que se estenda a dação em pagamento à prestação de uma coisa por outra — *rem pro re*, de uma coisa por fato — *rem pro facto*, de um fato por outro, de fato por dinheiro, etc. Tudo isso pode constituir objeto do acôrdo liberatório, o *aliud pro alio*, que é da essência da dação.⁵

³ Cód. Civil argentino, art. 782.

⁴ Projeto BEVILÁQUA, art. 998; Cód. Civil argentino, art. 779; Cód. Civil alemão, arts. 364, al. 1.ª, e 422; Cód. Civil do Urugual, art. 1.464; Cód. Civil francês, arg. do art. 2.033.

^{4-a} Cód. Civil brasileiro, art. 995.

⁵ DEINBURG, *Das Bürgerliche Recht*, vol. I, parte 1.ª, 118, n.º 1.

Desde o direito romano ela repousava no acôrdo decorrente da mais ampla liberdade das partes.⁶

335. Não é, pois, possível confundir a dação em pagamento nem com as obrigações alternativas, nem com as facultativas.

Se bem que em ambas estas possa variar o objeto da prestação, é isso em virtude da essência de tais modalidades e fundado no acôrdo concomitante ao contraimento do vínculo obrigatório e não posterior a êle.

O credor de uma obrigação alternativa, se não reservou para si a escolha, sabe que a regra legal a defere ao devedor.

O credor de uma obrigação facultativa sabe de antemão que ao devedor é livre a prestação de qualquer dos objetos.

Nada disso é comum com a mudança da prestação por acôrdo ocasional e expresso com o credor nas proximidades do pagamento.

A dação tem mais contatos reais com a delegação que muitos autores dizem ser mesmo um de seus modos.⁷

336. É doutrina corrente no direito francês que a dação implica novação. Apesar da quase unanimidade dos autores em França nesse sentido, o êrro é patente. Há quem ali afirme ser essa uma idéia moderna e inteiramente estranha ao Cód. Civil.⁸

Assim, porém, não é: o êrro é de origem e já existia entre os organizadores daquela legislação.⁹

Essa doutrina é de todo ponto insustentável.

Na novação substitui-se uma obrigação por outra; na dação substitui-se uma obrigação por uma coisa; nenhuma

⁶ L. 1, § 5, D. *de pecunia constituta*; l. 25, D. *de jure dolium*; l. 98, § 6, D. *de solut. et liberat.*; ls. 16, 17 e 24, C. *de solut.*; l. 9, C. *de rescind. vend.*, etc.

⁷ POTHIER, *Obligations*, ns. 564 e 569; SALEILLES, *Obligat.* n.º 43.

⁸ PLANIOL, *Traité Elém. de droit. civ.*, II, 550.

⁹ BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE, *Obligations*, n.º 1.635.

obrigação nova é contraída pelo devedor; êle só adquire do credor a faculdade de poder solver por outro meio.¹⁰

Veremos adiante as conseqüências da doutrina francesa.

337. Determinado o preço de uma coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regulam-se pelas normas do contrato de compra e venda.^{11-11.a}

Os romanos equiparavam a dação à permuta, quando se tratava de *rem pro re*, e à venda, quando de *rem pro pecunia*.

É esse o sentido do texto: "*ejusmodi contractus vicem venditionis obtinet*".¹² É êste ainda o modo de ver mais geral.¹³ Nosso direito sempre equiparou a dação à compra e venda para todos os efeitos.¹⁴

Por mais simples que pareça essa afirmação, é essencial que a tomemos em seus devidos termos. Na substituição da prestação de dinheiro pela de um objeto — que constitui a dação — êste não deve ser recebido pelo credor por certo e determinado preço e sim *aliquid pro alio*, transmitindo o devedor a propriedade e posse ao credor.¹⁵

É o caso mais simples do mundo. *A* deve a *B* a quantia de 500\$000.

Por acôrdo, ao tempo da prestação, convencionam ambos de modo tal que *B* recebe de *A* em pagamento daquela quantia o cavalo Abdalah, sem se fazer sôbre êste preço algum.

¹⁰ LAURENT, *Principes de droit civ.*, XVIII, 279; GIORGI, ob. cit., VII, 300-bis; SOROGNE, *De la datton en paiement en droit rom. et en droit fr.*, págs. 83-100; PLANIOL, lug. cit.

¹¹ Cód. Civil argentino, art. 781; Projeto BEVILÁQUA, art. 999.

^{11-a} Cód. Civil brasileiro, art. 996. *Dare in solutum est vendere*.

¹² L. 4, C. de *evictionibus*.

¹³ POTHIER, *Vente*, ns. 601-605; DEMOLOMBE, *Cont. et Oblig.*, IV, 230, e V, 279; TROPLONG, *Privil. et Hypothèques*, IV, 861; LAURENT, ob. cit., XVIII, 323; Cód. Civil francês, art. 1.595.

¹⁴ *Consol. das Leis*, arts. 510, nota 1, e 595, § 4; *Dir. Civ. Recopil.*, art. 936 e leis all citadas; BEVILÁQUA, *Obrigações*, § 40.

¹⁵ MOLITOR, *Obligattons*, n.º 980.

Eis o caso geral e típico da dação.

Admitamos, porém, que, chegada a época do pagamento, *A* entregue a *B* uma pequena propriedade que possui, no valor de 900\$000, a fim de que *B* compense êste valor no seu crédito.

Tem então lugar, nessa especialidade de dação, o aplicarem-se as regras da compra e venda.

Aquilo, porém que dos princípios de compra e venda se aplica à dação em pagamento é muito pouca coisa e reduz-se unicamente aos princípios gerais.

Assim, a dação efetuada por êrro dá lugar à repetição, quer consista o êrro em supor-se devedor não o sendo, quer recaia sôbre o *quantum* da dívida.

No primeiro caso, a repetição se fará sem mais conseqüências para o devedor suposto, pois trata-se de obrigação sem causa, puramente putativa. No segundo, havendo êrro sômente do *quantum*, o devedor só poderá repetir a coisa oferecendo-se a pagar aquilo que realmente deve.¹⁶

Em um e outro caso, porém, as deteriorações ou as melhoras da coisa dada só são suportadas pelo devedor ou em seu favor revertem.

Ao passo que isso se dá, não mais poderá o devedor repetir a coisa dada com preço fixado, ou melhor, quando a deu para compensar seu preço no débito suposto. Aí existe o símile da venda e esta se acha feita e acabada; só lhe resta ação para haver o preço total, se a dívida era putativa, ou a diferença, se era menor do que a supunha.¹⁷ Neste caso as deteriorações recaem sôbre o credor ou lhe aproveitam.

Se a dação é venda, na hipótese figurada, implica a obrigação de garantia pela evicção sofrida pelo credor?

Não devemos adiantar idéias que o método nos aconselha a pospor. Basta por enquanto lembrar que a obrigação de garantia não é peculiar ao contrato de compra e venda e é extensível a todo o contrato a título oneroso.^{18-18-a}

¹⁶ MOLITOR, ob. cit., n.º 982.

¹⁷ SOROGNE, ob. cit., págs. 91-97; PLANIOL, ob. cit., II, 555.

¹⁸ Vide adiante nosso n.º 696; Projeto BEVILÁQUA, art. 1.111.

^{18-a} Cód. Civil brasileiro, art. 1.107.

obrigação nova é contraída pelo devedor; êle só adquire do credor a faculdade de poder solver por outro meio.¹⁰

Veremos adiante as conseqüências da doutrina francesa.

337. Determinado o preço de uma coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regulam-se pelas normas do contrato de compra e venda.^{11-11.a}

Os romanos equiparavam a dação à permuta, quando se tratava de *rem pro re*, e à venda, quando de *rem pro pecunia*.

É esse o sentido do texto: "*ejusmodi contractus vicem venditionis obtinet*".¹² É êste ainda o modo de ver mais geral.¹³ Nosso direito sempre equiparou a dação à compra e venda para todos os efeitos.¹⁴

Por mais simples que pareça essa afirmação, é essencial que a tomemos em seus devidos têrmos. Na substituição da prestação de dinheiro pela de um objeto — que constitui a dação — êste não deve ser recebido pelo credor por certo e determinado preço e sim *aliud pro alio*, transmitindo o devedor a propriedade e posse ao credor.¹⁵

É o caso mais simples do mundo. *A* deve a *B* a quantia de 500\$000.

Por acôrdo, ao tempo da prestação, convencionam ambos de modo tal que *B* recebe de *A* em pagamento daquela quantia o cavalo Abdalah, sem se fazer sôbre êste preço algum.

¹⁰ LAURENT, *Principes de droit civ.*, XVIII, 279; GIORGI, ob. cit., VII, 300-bis; SORGOGNE, *De la dation en paiement en droit rom. et en droit fr.*, págs. 83-100; PLANIOL, *loc. cit.*

¹¹ Cód. Civil argentino, art. 781; Projeto BEVILÁQUA, art. 999.

^{11-a} Cód. Civil brasileiro, art. 996. *Dare in solutum est vendere.*

¹² L. 4, C. de *evictionibus*.

¹³ POTHIER, *Vente*, ns. 601-605; DEMOLOMBE, *Cont. et Oblig.*, IV, 230, e V, 279; TROPLONG, *Privil. et Hypothèques*, IV, 861; LAURENT, ob. cit., XVIII, 323; Cód. Civil francês, art. 1.595.

¹⁴ *Consol. das Leis*, arts. 610, nota 1, e 595, § 4; *Dir. Civ. Recopil.*, art. 936 e leis all citadas; BEVILÁQUA, *Obrigações*, § 40.

¹⁵ MOLITOR, *Obligations*, n.º 980.

Eis o caso geral e típico da dação.

Admitamos, porém, que, chegada a época do pagamento, *A* entregue a *B* uma pequena propriedade que possui, no valor de 900\$000, a fim de que *B* compense êste valor no seu crédito.

Tem então lugar, nessa especialidade de dação, o aplicarem-se as regras da compra e venda.

Aquilo, porém que dos princípios de compra e venda se aplica à dação em pagamento é muito pouca coisa e reduz-se unicamente aos princípios gerais.

Assim, a dação efetuada por êrro dá lugar à repetição, quer consista o êrro em supor-se devedor não o sendo, quer recaia sôbre o *quantum* da dívida.

No primeiro caso, a repetição se fará sem mais conseqüências para o devedor suposto, pois trata-se de obrigação sem causa, puramente putativa. No segundo, havendo êrro sômente do *quantum*, o devedor só poderá repetir a coisa oferecendo-se a pagar aquilo que realmente deve.¹⁶

Em um e outro caso, porém, as deteriorações ou as melhoras da coisa dada só são suportadas pelo devedor ou em seu favor revertem.

Ao passo que isso se dá, não mais poderá o devedor repetir a coisa dada com preço fixado, ou melhor, quando a deu para compensar seu preço no débito suposto. Ai existe o simile da venda e esta se acha feita e acabada; só lhe resta ação para haver o preço total, se a dívida era putativa, ou a diferença, se era menor do que a supunha.¹⁷ Neste caso as deteriorações recaem sôbre o credor ou lhe aproveitam.

Se a dação é venda, na hipótese figurada, implica a obrigação de garantia pela evicção sofrida pelo credor?

Não devemos adiantar idéias que o método nos aconselha a pospor. Basta por enquanto lembrar que a obrigação de garantia não é peculiar ao contrato de compra e venda e é extensível a todo o contrato a título oneroso.^{18-18-a}

¹⁶ MOLITOR, ob. cit., n.º 982.

¹⁷ SORGOGNE, ob. cit., págs. 91-97; PLANIOL, ob. cit., II, 555.

¹⁸ Vide adiante nosso n.º 696; Projeto BEVILÁQUA, art. 1.111.

^{18-a} Cód. Civil brasileiro, art. 1.107.

338. Se a dação em pagamento é realizada com um título de crédito do devedor, equivale à cessão.^{19-19.a}

Já o direito romano admitia que um direito de crédito fôsse dado em pagamento.²⁰ É o que se dizia ali *nomen juris pro pecunia*, ou *Abtretung von Rechten* dos juriconsultos alemães modernos.

A cessão não figura então na espécie como um contrato aleatório, cujos riscos corra o cessionário, como se dá em algumas legislações.²¹ Ela é realizada *natura materiae*, a título oneroso, e, portanto, o devedor cedente é responsável para com o credor cessionário pela existência do crédito ao tempo da cessão, ainda quando por isso não se responsabilize.^{22-22.a}

Deve garantir o *quantum* do crédito até o montante da dívida que com ele pagou, com os respectivos juros, e a indenizar as despesas da cessão e as que o credor fizer para a cobrança.^{23-23.a}

339. Se o credor sofrer a evicção da coisa recebida em pagamento, fica restabelecida a obrigação primitiva e sem efeito a quitação dada.^{23-b} Esta solução é contrária à que tem sido adotada pela maioria dos Códigos e civilistas;²⁴ mas nem é sem apoio e, o que é mais, e a que mais se coaduna com os princípios de direito pátrio.²⁵

¹⁹ Cód. Civil argentino, art. 780; Cód. Civil alemão, art. 365; Projeto BEVILÁQUA, art. 1.000.

^{19.a} Cód. Civil brasileiro, art. 997.

²⁰ Ls. 5 e 8, §§ 3 e 5, D. *ad Sc. Velleian.*; l. 37, § 4, D. *de operis libert.*; l. 7, D. *de fidej. et mandat.*

²¹ Cód. Federal suíço, art. 193; ROSSEL, ob. cit., n.º 234.

²² Projeto BEVILÁQUA, art. 1.076.

^{22.a} Cód. Civil brasileiro, art. 1.073. O cedente garante, não só a existência e legitimidade da própria dívida, como as dos acessórios.

²³ Projeto BEVILÁQUA, art. 1.078.

^{23.a} Cód. Civil brasileiro, art. 1.075.

^{23-b} Cód. Civil brasileiro, art. 998.

²⁴ Cód. Civil argentino, art. 783; alemão, arts. 365, 433 e 459; italiano, art. 1.929; francês, art. 2.038; MOLITOR, ob. cit., n.º 980. VENZI, notas a PACIFICI MAZZONI, vol. IV, pág. 602, nota g.

²⁵ Cits. SORGOGNE e PLANIOL; BEVILÁQUA, ob. e lug. cits.; Projeto BEVILÁQUA, art. 1.001.

Examinemos a questão no direito romano.

Os proculianos distinguiam o pagamento da dação em pagamento, como distinguiam a permuta da venda.

Os sabinianos assimilavam em absoluto o pagamento e dação em pagamento, como confundiam nos mesmos princípios a venda e a permuta.

Quanto à permuta prevaleceu na codificação de JUSTINIANO a opinião dos proculianos; quanto à dação ali dominou a dos sabinianos.²⁶

Dessa divergência de escolas resultou a incorporação de dois textos antinômicos na legislação romana. Um de MARCIANO, partidário de PROCULUS,²⁷ afirmava que a dação em pagamento não extingue a obrigação *ipso jure*: "*Si quis liam rem pro alia volenti solverit, et evicta fuerit res, manet pres-tina obligatio. Et si pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat; nam non ea accepisset re integra creditor, nisi pro solido ejus fuerit*".

Conseqüentemente, sendo evicta a coisa dada em pagamento, em todo ou em parte, a obrigação primitiva continua a subsistir.

O texto de ULPIANO, pertencente à escola adversa,²⁸ afirma, ao contrário, que, em tal hipótese, a obrigação se extingue restando ao credor apenas a *utilis actio ex empto* contra o devedor para ser indenizado, *ad instar* do comprador, por ter-lhe aquêle transmitido objeto de que não era proprietário. "*Imo utilis ex empto accommodata est quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum ejus intersit*".

Inúmeras têm sido as explicações tentadas para conciliar os textos antinômicos. Para uns os dois textos eram aplicáveis ao mesmo tempo, sendo o de ULPIANO à dação de *rem pro pecunia*, e o de MARCIANO à de *rem pro re*.²⁹

²⁶ GAJUS, III, 168; Inst. *quib. mod. oblig. toll. pr.*; l. 29, §§ 4, 5 e 6, D. *de cond. indeb.*; l. 17, D. *cond. furt.*; l. 1, § 5, D. *de pecun. const.*; l. 25, D. *jure dot.*; l. 98, § 6, D. *de solut. et liberat.*; l. 17, C. *de solut.*

²⁷ L. 46, pr., D. *de solut. et liberat.*

²⁸ L. 24, pr., D. *de pign. act.*

²⁹ CUJACIUS, *Observationes*, XIX, cap. 38.

Para outros, o credor podia à vontade escolher entre os dois recursos.³⁰

Entendem ainda outros que o texto de MARCIANO tem aplicação tôdas as vêzes que, usando de uma ação pessoal *in rem*, um terceiro reivindicar a coisa por não ter a propriedade dela o devedor que a prestou. Então a obrigação continua; a dação não a extingue.

Se, porém, um credor hipotecário realizar a evicção, o credor evicto somente teria a ação útil que lhe concede o texto de ULPIANO.³¹

Os romanistas alemães anteriores ao Cód. Civil, conciliando as duas opiniões romanas, deferiam ao credor o direito de escolha: ou fazer reviver seu crédito, ou exigir do devedor a indenização como comprador.

Para êstes o primeiro direito referido decorre do fato de ter o credor dado fôrça de adimplemento à tradição da propriedade. O segundo decorre do compromisso implícito assumido pelo devedor ao entregar a coisa, de transeferir a plena propriedade.³²

Sendo corrente em França, como vimos, a doutrina que a dação encerra novação, a lógica conduziu seus partidários a só admitirem para o credor as ações de garantia contra o devedor, se êste não lhe transmite a propriedade plena, porque realmente é da essência da novação extinguir os acessórios e garantias da dívida.

No moderno Cód. Civil alemão, a solução é, como na maioria dos Códigos, em favor de ULPIANO. Pôsto que não considere a operação como uma venda, êle dá ao credor que sofre a evicção todos os direitos que em idênticas circunstân-

³⁰ VOET, *ad Pandectas*, XLVI, 3, 13; POTHIER, *Vente*, n.º 605.

³¹ ROMUSSI, *De datione in solutum*, *Disc.*, XXVIII, ns. 24 e 25.

³² WINDSCHEID, *Pandekten*, § 342, nota 14; BRINZ, *Pandekten*, § 280, nota 12; RÖMER, *Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht*, pág. 54.

cias caberiam ao comprador evicto, tôdas as ações de garantia, mas a dívida fica extinta para todos os efeitos.³³

Apesar de tôdas essas opiniões, colocamo-nos francamente ao lado do texto de MARCIANO.

Se a dação é uma forma de pagamento, não se compreende que êste se possa fazer senão de modo a liberar o devedor e satisfazer plenamente aos interesses do credor. Ora, se o que aquêle prestou não era seu, não se pode ver de que modo êle possa se exonerar.

Por outro lado, se o credor pode ser ainda incomodado por terceiro, se aquilo que recebeu como uma prestação que lhe era devida deixa de o ser de fato, a que ficaria reduzido seu direito creditório?

Dir-se-á que, recebendo em dação um pagamento diverso daquele que lhe era devido, não recebeu o credor a prestação a que lhe dava direito seu título creditório. Sim; mas por isso mesmo deve êle ter direito a voltar a ela, se aquela que a substituiu veio a ser anulada por fato do devedor.

Demais, a venda de coisa alheia é proibida e nula entre nós, ao invés do que se dava na legislação romana,³⁴ mas de conformidade com as legislações modernas.³⁵

Ora, se não se pode válidamente vender coisa alheia, não vemos como se a possa dar em pagamento. Se a coisa não é propriedade do devedor, a dação não é legítima,³⁶ o pagamento não se realizou e, portanto, a dívida subsiste.

Essa noção tão lógica que parece se impor sem deixar dúvidas, decorre da própria noção da dação em pagamento.

"*Quædam remissio quæ a debitore de re propria fit creditori, ut ex ea illi satisfiat, dominiumque ab illo in hunc transeat, traditione accedente, nisi aliter actum sit*".³⁷

³³ Cit. art. 365 do Cód. Civil alemão; SALEILLES, *ob. cit.*, n.º 48.

³⁴ L. 23, D. *de contrah. emptione*.

³⁵ BEVLÁQUA, *Obrigações*, § 132; Cód. Civil frances. art. 1.599; Cód. Civil italiano, art. 1.459; Cód. Civil argentino, art. 1.239; Cód. Civil português, art. 1.555.

³⁶ MOLITOR, *ob. cit.*, n.º 980.

³⁷ ROMUSSI, *ob. cit.*, *Disc.*, I, principio.

Dada a evicção e restabelecida a obrigação primitiva, não revigora a fiança da dívida.^{38,39-a} Isso não é uma disposição que consagre uma consequência da dação e só se funda num princípio de equidade em favor do fiador.

Este não deve sofrer prejuízo com o arranjo que o credor fizer com o devedor principal acêrca do débito afiançado.³⁹

Se essa disposição é extensiva às hipotecas ou a quaisquer outras garantias acessórias do crédito, é questão diversamente decidida. Já vimos a solução negativa em absoluto do moderno direito alemão.⁴⁰

A maioria dos autores franceses decide que a hipoteca, como a fiança, cessa com a evicção e ainda nisso são lógicos com os princípios professados e acima expostos.⁴¹

Em nosso direito a solução é outra: restabelecida a dívida principal, subsistem as hipotecas que a garantiam.^{42,42-a}

Se a dação é anulada de fato pela evicção, nulo e nenhum é o pagamento a que ela visava e a hipoteca subsiste.

Quem dá em pagamento bens gravados de hipoteca não se presume ter tido *animus solvendi*.⁴³

De resto, é este um princípio antigo em direito pátrio.⁴⁴

³⁸ Cód. Civil francês, art. 2038; Cód. Civil Italiano, art. 1929; Projeto BEVILÁQUA, art. 1.508, n.º III. O direito alemão decide em sentido contrário. "War die Leistung an Erfüllungstatt nichtig... so bleibt selbstverständlich die Forderung als nur scheinbar getilgt bestehen und die Befreiung der Bürgen wie anderer Accessionen ist nicht erfolgt", DERNBURG, ob. cit., § 118, n.º II.

^{38-a} Cód. Civil brasileiro, art. 1.503, n.º III.

³⁹ POTHIER, *Obligations*, n.º 407; ZACHARIAE-CROME, ob. cit., § 408, nota 5 e texto correspondente; DURANTON, III, 762; GUILLOUARD, *Vente*, 255 e outros.

⁴⁰ Vide nota 38, *supra*.

⁴¹ DEMOLOMBE, ob. cit., V, 290 e 292; LAROMIÈRE, ob. cit., 1.278, 6; DURANTON, ob. cit., XII, 82.

⁴² *Dir. Civ. Recopil.*, art. 801, n.º 1; Projeto BEVILÁQUA, arts. 853, n.º 1, 396 e 1.001, combinados.

^{42-a} Cód. Civil brasileiro, arts. 849, n.º I, 933 e 998, combinados.

⁴³ TROPLONG, ob. cit., III, n.º 726-bis.

⁴⁴ LAFAYETTE, *Dir. das Coisas*, § 276 e notas; DOMAT, *Lois Civiles*, parte 1.ª, liv. 1.º, seq. VII, n.º 6; TROPLONG, ob. e lug. cit.

CAPÍTULO VII

DA NOVAÇÃO

SUMARIO: 340. Decréscimo da importância deste instituto e suas relações com a cessão. 341. Definição e caracteres. 342. Divisão e nomenclatura. 343. A novação não se presume. 344. É essencial uma obrigação anterior. 345. Requisito na capacidade. 346. Novação real ou objetiva e questões que a ela se prendem. 347 e 348. Novação subjetiva. 349. Novação entre o credor e um dos devedores solidários. 350. Novação com o devedor principal sem o concurso do fiador. 351. Efeitos da novação.

340. Exercia a novação no direito romano um papel importantíssimo no conjunto dos direitos de crédito, pois que, uma vez contraída uma relação obrigatória, não mais podia ser alterada entre as partes, salvo por uma nova que viesse se colocar no lugar da antiga.¹

Nos Códigos modernos, ao contrário, vai esse instituto perdendo a primitiva importância e vimos ainda ultimamente um dos mais bem elaborados deixar de lhe consagrar um título especial para deslocar tôdas as operações que êle regia para o transporte de créditos e de dívidas.²

A intransmissibilidade primitiva desapareceu e a novação — seu natural corretivo no direito antigo — foi paralelamente perdendo sua importância inicial.³

¹ DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, vol. I, parte I, § 119.

² *Uebertragung der Forderung und Schuldübernahme* do Cód. Civil alemão. Vide as razões em SALEILLES, *Obligations*, ns. 37 e 38, e em PLANK, *Das Bürg. Gesetzbuch*, 144. Vide também VENZI, nota 11 a PACIFICI MAZZONI, IV, pág. 619.

³ SALEILLES, ob. cit., n.º 75.