

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

*Extinção das obrigações*

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<sup>(1)</sup>.

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 liberação 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 novacion de las obligaciones*, 1964; HERNANDEZ-GIL, *El ambito de la novacion objectiva modificativa*, na *Rev. Der. Priv.*, 1961, pág. 797 e segs.; BIGIARI, *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 obiettiva*, 1929; SCHLESINGER, *Mananza dell'effetto estintivo nella novazione tacita oggettiva*, na *Riv. Dir. rom.*, 1958, I, pág. 353; A. ELEFANTE, *Novazione (Dir. rom.)*, e RESCIGNO, *Novazione (Dir. civ.)*, no *Novissimo Dig. Ital.*; MAGAZZU, *Novazione (dir. civ.)*, na *Enc. del dir.*; GERNHUBER, *ob. cit.*, § 18 (*die Novation*); BROX, § 25.

mais tarde, a sociedade propõe e o interessado aceita, em troca da cedência do mesmo capital, uma outra *modalidade* de aplicação, por força da qual a sociedade assume outras obrigações perante o accionista.

Os empregados da empresa C, em lugar de receberem os ordenados directamente da entidade patronal, têm as suas contas de depósito no banco D creditadas, no primeiro dia de cada mês, pela importância correspondente à remuneração do mês anterior.

Em todos estes casos há uma obrigação que se extingue, ao mesmo tempo que se cria uma outra obrigação no lugar dela.

No primeiro caso, extingue-se a obrigação de restituir o automóvel, fundada na relação de trabalho, e nasce em lugar dela, por força da convenção posterior celebrada entre a empresa e o antigo empregado, a obrigação de pagar os 500 contos.

No segundo, extinguem-se o direito de ocupação temporária e o direito ao rendimento estipulado, e constitui-se, em vez deles, uma outra obrigação.

No terceiro, extingue-se no fim de cada mês a obrigação de pagamento dos salários a cargo da empresa, ao mesmo tempo que nasce, em substituição dela, a obrigação de restituição das quantias depositadas, com os juros a que houver lugar, a cargo do Banco, que passa pela obrigação de depósito assumida pela empresa.

*Noção.* A novação consiste na *convenção* pela qual as partes *extinguem* uma obrigação, mediante a *criação* de uma nova obrigação *em lugar dela* <sup>(1)</sup>.

A substituição da obrigação primitiva pelo novo vínculo obrigacional pode dar-se entre os mesmos sujeitos, como sucede nos

<sup>(1)</sup> «Novatio, diz-se na conhecida definição de ULPIANO (D. 46, 2, 1, pr.), *vest prorsus debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est cum ex procedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione.*»

A questão de saber se a novação pertence à categoria dos modos *satisfatórios* ou a dos modos *de extinção da obrigação não satisfatórios* (do interesse do credor), depende do sentido que se dê a satisfação do direito do credor, pouco interesse real assume. RESCIGNO, *est. cit.*, n.º 1.

dois primeiros exemplos, ou envolver também uma alteração nos sujeitos da relação creditória, como aconteceu no último dos exemplos referidos.

Na 1.ª variante (*novação objectiva*: art. 857.º), tanto pode haver uma substituição do *objecto* da obrigação (500 contos em vez do automóvel), como uma simples mudança de *causa* da mesma prestação (Banco que deve 500 contos a título de entidade patronal e passa, seguidamente, a dever a mesma importância, a título de depositário; comprador que, na altura em que devia entregar o preço, pede a respectiva soma emprestada e passa a devê-la a título de mutuário).

A 2.ª variante (*novação subjectiva*: art. 858.º) tanto pode envolver, por seu turno, a vinculação do devedor perante um novo credor, como traduzir-se na substituição do obrigado, exonerado pelo credor, por um novo devedor.

Essencial em qualquer dos casos, para haver novação, é que os interessados queiram realmente *extinguir* a obrigação primitiva por meio da contracção de uma nova obrigação <sup>(1)</sup>. Se a ideia das partes é a de manter a obrigação, alterando apenas um ou alguns dos seus elementos, não há *novação* (*Schuldersetzung* ou *Schuldumwandlung*, como mais explicitamente dizem os autores alemães) <sup>(2)</sup>, mas simples *modificação* ou *alteração da obrigação* (*Abänderungsvertrag* ou *Inhaltsänderung*) <sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> A novação, diz BARBERO (*ob. e vol. cit.*, pág. 241), reunindo num só conceito as duas modalidades distinguidas no texto, é um modo de extinguir as obrigações, que consiste em substituir à obrigação primitiva uma nova obrigação com objecto ou título diferente (*novação objectiva*) ou entre diferentes pessoas (*novação subjectiva*).

Em termos mais incisivos, escreve VAZ SERRA (*ob. cit.*, n.º 1) que a novação «pode ser *objectiva* (quando se substitui a obrigação, mantendo-se os seus sujeitos) ou *subjectiva* (quando, substituindo-se o credor ou o devedor, a obrigação passa a ser outra)». Cfr. ainda S. REBULLIDA, *ob. cit.*, n.º 98 e MAGAZZÙ, *est. cit.*, n.º 1.

<sup>(2)</sup> LARENZ, § 7, II, pág. 88 e segs.

<sup>(3)</sup> Não falta, entretanto, na literatura jurídica alemã quem reserve o nome de *novação* para os casos em que a primitiva obrigação é substituída, segundo a intenção

365. *Figuras próximas.* A *novação* não se confunde com a *dação em cumprimento* (prestação de coisa diferente da devida), embora haja entre elas notório *parentesco* e até uma estreita zona de *sobreposição*.

Na generalidade dos casos de *dação em cumprimento*, a obrigação extingue-se por virtude da prestação diferente da devida, sem que haja contracção de qualquer nova obrigação. Assim sucede, quando o devedor ou terceiro entrega ao credor, com o assentimento deste, coisa determinada em lugar da prestação pecuniária devida, ou vice-versa, ou quando qualquer deles presta um serviço em lugar da coisa específica ou da prestação a que o devedor se encontrava adstrito.

Quando a prestação diferente da devida, que o obrigado efectuou com assentimento do credor, consista na contracção de uma nova obrigação, não há, por via de regra, uma *datio in solutum*, mas uma *dação pro solvendo*. E a *dação pro solvendo* não se confunde com a *novação*, porque não envolve a *extinção* da obrigação, mas apenas a criação de um novo título, ao lado dela, destinado a facilitar a satisfação do crédito <sup>(1)</sup>.

Quando, porém, a tal prestação diferente realizada pelo devedor consista na atribuição de um novo crédito ao credor e essa atribuição vise *extinguir* a primitiva obrigação (e não facilitar apenas a sua realização) haverá simultaneamente um caso de *novação* e de *datio in solutum*.

dos contraentes, por uma (nova) obrigação *abstracta*. No caso de haver substituição de uma por outra obrigação, mas tendo o novo vínculo carácter *causal*, haveria apenas *transformação* da dívida ou da relação obrigacional: ENNECERUS-LEHMANN, trad. esp. § 75, III.

<sup>(1)</sup> Cfr., a propósito, o ac. do S.T.J., de 28-VII-1972 (anot. na R.T., 91.º, pág. 61 e segs.).

A função puramente *instrumental* da *dação pro solvendo*, em face da relação fundamental subjacente, não deixa de abonar a tese de VAZ SERRA e da *Rev. Trib.*, segundo a qual a emissão de uma letra pela importância cedida ao aceitante através de um mútuo carecido da forma legal não pode sanar, no domínio das relações imediatas, a nulidade do negócio fundamental. Nesse ponto colhe indubitavelmente a crítica da *Revista à doutrina do acórdão*.

Mais difíceis de precisar, na prática, são os termos rigorosos da distinção entre a *novação* e a simples *modificação da obrigação*, a que faz expressa alusão o artigo 1231 do Código italiano.

A fixação da vontade das partes a esse respeito é evidente que reveste o maior interesse, pois a *substituição* da obrigação pressupõe, em regra, a eliminação das garantias e dos acessórios da dívida extinta, ao passo que na simples *modificação* da obrigação se mantêm todos os elementos que não foram alterados.

Mas nem sempre é fácil de levar a bom termo. Se a alteração resultante da convenção das partes se reflecte apenas em elementos *accessórios* da relação creditória (*prorrogação, encurtamento, aditamento* ou *supressão dum prazo*; mudança do lugar de cumprimento; estipulação, modificação ou supressão de juros; agravação ou atenuação da cláusula penal <sup>(1)</sup>, etc.), nenhuma dúvida se levantarão, em regra, acerca da *persistência* da obrigação e da manutenção dos seus elementos não alterados.

Quando, pelo contrário, a alteração convencional atinja os elementos essenciais da relação obrigacional (o *objecto, a causa, os sujeitos*), o seu sentido pode já ser radicalmente distinto.

Pode ser, mas não quer dizer que *necessária* ou *sistematicamente* o seja <sup>(2)</sup>.

Pode, na verdade, suceder que a *alteração* do próprio objecto da obrigação não traduza a intenção de a *extinguir*, substituindo-a por um novo vínculo obrigacional. Se a sociedade de investimentos turísticos, que prometeu vender dois apartamentos do 3.º andar, direito, ao cliente, acordar com este na substituição desses apartamentos por outros dois precisamente iguais, no 2.º andar ou no 3.º

<sup>(1)</sup> RESCIGNO, *est. cit.*, n.º 9.

<sup>(2)</sup> Cfr., a propósito da interpretação dos artigos 1203 e 1204 do Código Civil espanhol, o extenso e minucioso exame das decisões jurisprudenciais do Tribunal Supremo, tratando especialmente da *novação modificativa*, feito por S. REBULLIDA, *ob. cit.*, n.º 95.

andar esquerdo, não haverá provavelmente, por detrás da alteração convencional, nenhuma *intenção de novar* <sup>(1)</sup>.

Do mesmo modo, se o cliente deve ao dono do estabelecimento 500 contos de mercearia, e, a pedido deste, subscreve a seu favor uma letra de igual montante, não haverá, no geral, por detrás da emissão do título cambiário, nenhum propósito de extinguir a obrigação fundamental, mas apenas a intenção de facilitar a satisfação do direito do credor <sup>(2)</sup>.

Mas, se o objecto da alteração introduzida pelas partes não constitui um índice seguro da intenção de novar <sup>(3)</sup>, como distinguir na prática entre os casos de *novação* e os de simples *modificação* ou *alteração* da obrigação?

No entender de LARENZ, parece serem as concepções do comércio jurídico que ajudam, em último termo, a distinguir entre uns e outros <sup>(4)</sup>. Segundo VAZ SERRA, será lícito *presumir que houve intenção de novar, quando a relação obrigacional se apresente economicamente como uma relação por completo diferente da que existia*.

Trata-se, porém, de critérios extremamente vagos e imprecisos.

Mais firme e certo é o critério que procura directamente o *aliquid novi* da vontade dos contraentes, como elemento decisivo da qualificação <sup>(5)</sup>. O que importa saber é se as partes *quiseram* ou *não*, com a modificação operada, extinguir a obrigação, designada-

(1) Por maioria de razão faltará a intenção de *novar* nas modificações que não envolvem uma *substituição* do objecto da obrigação, embora se traduzam numa *alteração* de deveres principais de prestação (cfr. vol. I, n.º 27): elevação da renda do prédio; redução do preço de compra. Cfr. BROX, § 25, pág. 187.

(2) A própria modificação do tipo *contratual* (coisa comodada por cuja utilização se passa a pagar um aluguer; prestação convencional a título de mandato e que, depois, se converte em prestação remunerada de serviço) não envolve necessariamente uma substituição da obrigação: LARENZ, § 7, II.

(3) Nesse sentido, ENNECCERUS-LEHMANN, § 74, nota 4.

(4) LARENZ, § 7, II, pág. 90.

(5) DIEZ-PICAZO, n.º 954, pág. 783; RUGGIERO, *stit. dir. civ.*, 6.ª ed., III, págs. 210 e segs.; ENNECCERUS-LEHMANN, trad. esp., § 75, I.

mente as suas garantias ou acessórios. É para esse alvo prático (*animus novandi*) que o julgador deve apontar directamente, com os instrumentos facultados pela interpretação e integração da declaração negocial. E é nesse sentido que os artigos 859.º e 840.º encaminham a resolução das dúvidas que as várias espécies concretas possam suscitar ao intérprete.

366. *Interesse legislativo do instituto.* A *novação* tinha no direito romano um vastíssimo campo de aplicação, dado o carácter formal e solene da *stipulatio* e atenta a natureza acentuadamente pessoal da *obligatio* <sup>(1)</sup>.

Como não se concebia a possibilidade de a obrigação mudar de sujeitos ou de objecto, sem perda da sua identidade, só através da *novatio* se poderia criar entre sujeitos diferentes uma obrigação com o mesmo conteúdo da anterior ou modificar entre os mesmos sujeitos o *objecto* ou a *causa* da obrigação anterior.

Hoje, porém, que os sistemas legislativos reconhecem abertamente, graças à crescente despersonalização do vínculo, a possibilidade de as obrigações mudarem de *sujeito*, sem perda da sua identidade (quer através da cessão de créditos, quer da assunção de dívida), e mudarem igualmente de *objecto* (art. 406.º, 1) <sup>(2)</sup>, a *novação* tem um interesse prático bastante mais reduzido.

A tal ponto, que o Código alemão não trata da *novação*, deixando a sua disciplina inteiramente entregue ao jogo da liberdade contratual <sup>(3)</sup> e às regras da interpretação e integração das declarações negociais. Menos drástica é a atitude do Código italiano, que não deixa, em todo o caso, de remeter para o capítulo que trata da *assunção de dívida* a disciplina dos casos de *novação* subjectiva, por substituição do devedor (arts. 1235.º e 1268.º e segs.),

(1) MASI, *Novazione (dir. rom.)*, na *Enc. del dir.*, n. 4.

(2) A possibilidade de se modificar, por meio de contrato, o conteúdo da obrigação resulta inequivocamente do princípio da liberdade contratual (art. 405.º, 1) e da modificabilidade do contrato, por meio de acordo das partes (art. 406.º, 1).

(3) ENNECCERUS-LEHMANN, § 75, III.

como que aceitando a velha máxima «*in delegatione semper inest novation*» (1).

Simplesmente, além de não devermos confundir a *novação* subjectiva com qualquer forma de *transmissão* das obrigações (2), há aspectos do regime geral da *novação*, que convém definir na lei, por não encontrarem resposta no campo restrito da interpretação ou da integração das declarações negociais. Trata-se, designadamente, das questões de saber: em que termos pode ser feita a prova da intenção da *substituir* a obrigação; se a *novação* funciona como um negócio *causal* ou *abstracto*; que efeitos tem sobre a antiga obrigação, suas garantias e acessórios, a invalidade da nova obrigação; se podem ser mantidas, no caso de *novação*, as garantias do antigo crédito; em que termos são oponíveis à nova obrigação os meios de defesa que procediam contra a antiga, cuja extinção é causa determinante da constituição daquela.

São precisamente estas as dúvidas a que procuram dar resposta os artigos 859.º e seguintes.

367. *Regime: a) Existência e prova do animus novandi.* A primeira questão a examinar, na fixação do regime da *novação*, respeita naturalmente à existência e prova do seu elemento fundamental, que é a vontade de *extinguir* a obrigação e de constituir, *em lugar dela*, uma outra.

(1) Além da dificuldade de distinguir, na prática, as espécies que integram a *novação subjectiva* das que visam uma simples *assunção de dívida*, tem-se invocado em abono da orientação adoptada pelo Código italiano o facto de a distinção não ter grande valor prático, visto as garantias da obrigação tenderem a extinguir-se, quer num caso, quer no outro. Cfr. VAZ SERRA, *ob. cit.*, pág. 20 e segs. e ainda o disposto no artigo 599.º, 2 (quanto à transmissão das garantias no caso de *assunção de dívida*) e no artigo 861.º (quanto à extinção das garantias no caso de *novação*).

(2) A eliminação da *novação* como causa típica da extinção das obrigações poderia levar a supor que se tinha pretendido assimilar a *novação* subjectiva por *substituição do devedor à assunção de dívida*, à qual a generalidade das legislações modernas dedica um lugar próprio no capítulo da transmissão das obrigações. Cfr., a propósito, o Relatório (n.º 6 e 13) do Anteprojecto do Código brasileiro das obrigações (parte geral), de 1941 e VAZ SERRA, *ob. cit.*, n.º 2, pág. 38.

Diz a esse propósito o artigo 859.º, numa fórmula modelar pela sua concisão, que «a vontade de contrair a nova obrigação em substituição da antiga deve ser expressamente manifestada».

Cotejando a fórmula legal com os trabalhos preparatórios, onde principalmente se tratou, neste aspecto introdutório, da distinção entre a *substituição* da dívida, própria da *novação*, e a simples *modificação* da relação obrigacional, fácil será concluir que a exigência do artigo 859.º se reporta menos à *vontade de contrair a obrigação* do que à ideia de que esta contracção da dívida se faz em *substituição* da antiga.

É sobretudo a vontade de *substituir* a antiga obrigação, mediante a contracção de novo vínculo, que há-de resultar de declaração *expressa* (1).

A lei não se contentou com a exigência de uma declaração clara do *animus novandi*, sugerida no Anteprojecto VAZ SERRA, nem aceitou a presunção (formulada no mesmo texto) que aponta para a fisionomia *económica* da relação obrigacional, antes e depois da alteração convencionada entre as partes.

A opção deliberada pela fórmula constante do artigo 859.º (declaração *expressamente* manifestada), reforçada pela delimitação da presunção sugerida por VAZ SERRA e pela aceitação da presunção exarada no n.º 2 do artigo 840.º, revela que só haverá *novação*, no entender da lei, quando as partes tenham *directamente* manifestado a vontade de *substituir* a antiga obrigação pela criação de uma outra em seu lugar (art. 217.º, 1) (2). Não bastam os simples *facta*

(1) Sobre a essencialidade da vontade de *substituir* uma das obrigações (a antiga) por uma outra (a nova obrigação), vide as desenvolvidas considerações de MAGAZZÙ (*est. cit.*, n. 10).

(2) Segundo o artigo 1204 do Código espanhol (cuja 1.ª parte se aproxima do texto do Código português), «para que uma obrigação seja extinta por outra que a substitua, é preciso que assim se declare *terminantemente* ou que a antiga e a nova (obrigações) sejam de todo o ponto incompatíveis». Esta declaração *terminante*, que afasta o simples recurso a *presunções*, equivale à declaração *expressa* exigida pelo Código português vigente. Cfr. HERNANDEZ-GIL, *est. cit.*, pág. 798 e segs.

*concludentia*, em que as declarações tácitas se apoiam<sup>(1)</sup>, assim se explicando ainda que a lei tenha prescindido de afastar a presunção da novação, como fazia o Anteprojecto VAZ SERRA, nos casos de simples alteração de elementos acessórios da obrigação e de inclusão do crédito numa conta corrente<sup>(2)</sup> ou de reconhecimento do saldo num negócio de liquidação de contas.

368. *b) Existência e validade da obrigação primitiva.* Depois do *animus novandi*, os requisitos essenciais da novação, por interessarem ao cerne da figura, são a existência e a validade da obrigação primitiva e a validade do vínculo contraído em lugar dela.

Destinando-se a novação a substituir uma obrigação pela criação de uma outra em lugar dela, a falta de uma ou outra há-de naturalmente repercutir-se na validade ou eficácia da operação celebrada entre as partes.

Se é a obrigação antiga que falta (por já não existir à data da novação, ou por vir entretanto a ser declarada nula ou anulada)<sup>(3)</sup>, diz o artigo 860.º, 1, que «fica a novação sem efeito»<sup>(4)</sup>.

(1) E compreende-se a orientação da lei.

Em princípio, não parece razoável presumir, nem que o devedor queira renunciar, sem fundamento plausível, aos meios de defesa de que dispõe contra a pretensão do credor, nem que o credor se disponha, sem mais, a abdicar das garantias que asseguram o cumprimento da obrigação. Cfr. BROX, § 25, pág. 188. Outra era, porém, a orientação fixada no artigo 803.º do Código velho, cuja parte final admitia francamente as declarações tácitas. Cfr., a propósito, os ac. do S.T.J., de 22-V-1956 (R.L.J., 89, pág. 286) e de 18-VI-1957 (B.M.J., 68.º, pág. 598).

(2) Cfr. artigo 345.º, n.º 2.º, e § único do Código Comercial.

(3) Se a obrigação primitiva é anulável e o devedor contraíu novo vínculo com conhecimento do vício de que aquela padecia, a novação constituirá, em regra, uma confirmação tácita da relação viciada: VAZ SERRA, *ob. cit.*, n.º 6, pág. 57.

(4) E, se a obrigação primitiva for uma obrigação natural, poderá ser validamente substituída por uma obrigação civil?

Não pode. Tratando-se de obrigação natural, à lei repugna aceitar qualquer forma de coerção jurídica sobre o devedor, apenas reconhecendo eficácia ao cumprimento espontâneo ou a actos satisfatórios análogos. Em sentido diferente, VAZ SERRA, *ob. cit.*, pág. 58. Cfr. ainda S. REBULLIDA, *ob. cit.*, n.º 104 e G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, 1947, n.ºs 85 e 86.

A sanção legal procede, mesmo que a novação se tenha dado por substituição do credor, sinal de que a novação não constitui, por si própria, nenhum negócio abstracto.

Na concretização do regime fixado pelo n.º 1 do artigo 860.º, importa distinguir duas hipóteses: a de a nova obrigação ainda não estar cumprida e a de já o ter sido.

No primeiro caso, ficar a novação sem efeito significa ser lícito ao devedor recusar o cumprimento da nova obrigação como se ela não existisse, sem necessidade, portanto, de vir a juízo arguir previamente a nulidade ou a anulabilidade do negócio<sup>(1)</sup>.

No caso de a nova obrigação já ter sido cumprida, quando se apura a inexistência da obrigação primitiva ou quando esta é declarada nula ou anulada, as consequências variam consoante a natureza de falta.

Se a obrigação primitiva não existir, cabe ao *solvens* o direito de exigir a repetição do indevido (arts. 476.º e segs.); se for nula ou anulada, a restituição da prestação operada em obediência ao novo vínculo far-se-á nos termos dos artigos 289.º e seguintes<sup>(2)</sup>.

369. *c) Validade da nova obrigação.* Se é a nova obrigação que falha (por ser declarada nula ou por ser anulada), renasce naturalmente a obrigação primitiva (art. 860.º, 2), visto caducar a causa da sua extinção, que foi a constituição da nova obrigação<sup>(3)</sup>. O renascimento da obrigação pode afectar os interesses de terceiros, que,

(1) Em sentido diferente, considerando a expressão «ficar sem efeito» equivalente a «ser nula», RESCIGNO, *est. cit.*, n.º 11.

(2) O Código vigente não prevê directamente a hipótese de a obrigação primitiva ser condicional e de o não ser a nova obrigação, hipótese prevista no artigo 811.º do Código de 1867.

O caso terá hoje que ser regulado por interpretação das declarações de vontade, que integram o contrato de novação.

(3) No mesmo sentido dispunha já o artigo 813.º do Código de 1867: «Se a novação for nula, subsistirá a antiga obrigação».

tendo garantido o cumprimento dela com o seu património ou com alguns dos seus bens, houvessem compreensivelmente contado com a extinção dessas garantias.

Dai que, sendo a causa da nulidade ou da anulação imputável ao credor (por hipótese, autor da coacção ou do dolo que serviu de fundamento à anulação do novo vínculo), não renasçam com a antiga obrigação as garantias prestadas por terceiro, a não ser que este conhecesse o vício da nova relação, na altura em que se operou a novação<sup>(3)</sup>.

370. *d) Efeitos da extinção da antiga obrigação.* Tendo a constituição do novo vínculo por fim, dentro do instituto da novação, a extinção da primitiva obrigação, com esta caducarão logicamente as garantias (*personais* ou *reais*) que asseguravam o seu cumprimento, quer se trate de garantias prestadas por terceiro, quer de garantias dadas pelo devedor<sup>(1)</sup> ou resultantes da própria lei (art. 861.º).

Quanto a terceiros, não poderia de modo nenhum aceitar-se que a garantia prestada para assegurar o cumprimento de certa dívida passasse a cobrir uma dívida diferente, sem o consentimento de quem prestou a garantia.

Relativamente às garantias prestadas pelo devedor, também não é de presumir a sua manutenção, desde que possa dar-se como assente a intenção de *novar* (*substituir* a antiga por uma nova obrigação). As garantias resultantes da lei estão ligadas, na sua origem, à natureza da primitiva obrigação; por isso mesmo, extinta tal obrigação, também elas devem caducar, visto não ter justificação a sua manutenção, do ponto de vista da lei, ao serviço da nova obrigação.

<sup>(1)</sup> É doutrina análoga à consignada nos artigos 766.º (cumprimento), 839.º (dação em cumprimento), 856.º, n.º 3 (remissão) e 873.º, 2 (confusão).

<sup>(2)</sup> Se a dívida primitiva, proveniente da compra de certa coisa, estiver garantida por um penhor (quer este recaia sobre coisa do comprador, quer incida sobre móvel pertencente a terceiro), este não aproveitará, em princípio, à obrigação de restituir nascida do mútuo que, por hipótese, substituiu a compra.

Pode excepcionalmente suceder, porém, que, apesar de quererem constituir uma nova obrigação e não modificar apenas a obrigação pendente, as partes pretendam manter a favor do novo crédito as garantias que asseguravam o cumprimento do anterior.

O artigo 807.º do Código velho admitia já essa possibilidade, que, todavia, subordinava à observância de dois requisitos: *a)* a de ser *expressa* a reserva das garantias ou acessórios a manter; *b)* a de haver consentimento do terceiro, sempre que a reserva lhe dissesse respeito.

O artigo 861.º do Código vigente manteve a mesma doutrina<sup>(1)</sup>, não obstante o sentido preciso que passou a ter a exigência de *declaração expressa*, por se não considerar razoável a solução de forçar os interessados à constituição de novas garantias correspondentes às anteriores, quando a sua intenção é apenas a de manter as já existentes, embora ao serviço duma nova obrigação<sup>(2)</sup>.

Ficou entretanto bem explícito na lei que a necessidade de *reserva expressa*, para manutenção das garantias que asseguravam o cumprimento da obrigação anterior, se aplica tanto às garantias prestadas pelo antigo ou novo devedor, como às constituídas por outra pessoa, não bastando para o efeito o simples consentimento desta pessoa, como poderia deprender-se, no domínio da legislação anterior, do texto do § único do artigo 807.º do Código de 1867.

<sup>(1)</sup> Essa doutrina aproxima-se bastante da consagrada no artigo 599.º, 2.º para a transmissão das garantias no caso de assunção da dívida, pois também nesta hipótese, a despeito da *transmissão* da obrigação, caducam as garantias prestadas por terceiro ou pelo antigo devedor, que não haja consentido na transmissão da dívida.

Mas há, apesar da semelhança de regime, algumas diferenças importantes. No caso de assunção de dívida, não caducam as garantias prestadas pelo novo devedor ou pelo antigo que haja consentido na obrigação. Não se exige nenhuma reserva *expressa*, quanto ao terceiro disposto a manter a garantia. E não se prescreve a caducidade das garantias resultantes da lei. Cfr. VAZ SERRA, *ob. cit.*, pág. 25 e segs.

<sup>(2)</sup> Exactamente por se tratar da *manutenção* da garantia, e não da *constituição* de uma nova segurança, é que, tratando-se de hipoteca, a manutenção deve constituir objecto de simples *averbamento* à inscrição anterior, e não de uma nova inscrição. VAZ SERRA, *ob. cit.*, nota 43.

Nada impede que a *reserva* (do devedor quanto às garantias dadas por ele, ou do terceiro, no tocante às prestadas por este) seja feita logo no documento constitutivo da primitiva obrigação ou da própria garantia. Essencial, como resulta da nova lei (art. 861.º, n.ºs 1 e 2), é que, em qualquer caso, haja reserva *expressa* (cfr. art. 217.º).

Sendo a novação uma forma de extinção da obrigação, ter-se-á de concluir que a novação convencionada com um dos devedores solidários libera todos os outros devedores (art. 523.º), tal como o acordo *novativo* celebrado com um dos credores solidários libera o devedor em face de todos os restantes credores (art. 532.º).

Outro corolário da extinção da obrigação primitiva, que envolve a novação, é a formulada no artigo 862.º: «o novo crédito não está sujeito aos meios de defesa oponíveis à obrigação antiga, salvo estipulação em contrário».

Por consequência, a *exceptio non adimpleti contractus* ou a compensação, que o devedor pudesse invocar, relativamente à primitiva obrigação, não aproveitarão, salvo estipulação em contrário<sup>(1)</sup>, ao devedor que, por hipótese, contraiu a nova obrigação em lugar daquela.

Apesar de a nova obrigação *substituir* a antiga, não se encontra sujeita aos meios de defesa que procediam contra esta.

#### SECÇÃO V

#### REMISSÃO\*

371. *Noção*. As causas extintivas da obrigação, estudadas nas secções anteriores, embora se distingam do cumprimento na sua *estrutura*, aproximam-se bastante dele no seu aspecto *funcional*. Satisfa-

(1) Para que exista estipulação em contrário, nos termos da parte final do artigo 862.º, não basta a simples referência à antiga obrigação. É necessário que as partes tenham convencionado a oponibilidade à nova obrigação dos meios de defesa (ou de algum deles) invocáveis contra a antiga: VAZ SERRA, *ob. cit.*, pág. 36 e segs.

\* VAZ SERRA, *Remissão, reconhecimento negativo de dívida e contrato extintivo da relação obrigacional bilateral*, no *Bol. Min. Just.*, 43, pág. 5; PIRES DE LIMA e A. VARELA, *ob.*