

EOS — Revista Jurídica da Faculdade de Direito / Faculdade Dom Bosco. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito. — v. 3, n. 5 (jan./jun. 2009) — Curitiba: Dom Bosco, 2009.

Semestral.

ISSN 1980—7430

1. Direito – Periódicos. I. Faculdade Dom Bosco. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito.

CDD 340

EOS

Revista Jurídica da Faculdade de Direito
ISSN 1980—7430

PRESIDENTE DO SISTEMA EDUCACIONAL
BRASILEIRO — SEB
Chaim Zaher

VICE-PRESIDENTE DO SISTEMA EDUCACIONAL
BRASILEIRO — SEB
Adriana Baptiston Cefali Zaher

DIRETOR-GERAL DO GRUPO DOM BOSCO
Duryal Antunes Filho

DIRETOR GERAL DA FACULDADE DOM BOSCO
Augusto César Tosin

COORDENADOR DO CURSO DE DIREITO
Prof. Msc. Evilásio Gentil de Souza Neto
Prof. Msc. Luciano Tinoco Marchesini

COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
Prof. Msc. Roggi Atílio Ercole Filho

COORDENADORA DO NÚCLEO DE PESQUISA DO
CURSO DE DIREITO
Prof. Msc. Cristiano Dionísio

COORDENADORA DO NÚCLEO DE MONOGRAFIA
Profa. Msc. Carmen Pick Schmidt

COORDENADORA DA REVISTA CIENTÍFICA DO CURSO
DE DIREITO — EOS
Profa. Msc. Melina Girardi Fachin

COMISSÃO EDITORIAL

Prof. Dr. Aloísio Surgik
Profa. Msc. Ana Carla Hamatiuk
Profa. Msc. Carmen de Fátima Pick Schmidt
Profa. Esp. Carolina Fátima de Souza Alves
Prof. Msc. Cristiano Dionísio
Prof. Msc. Cristina Leitão Teixeira de Freitas
Profa. Esp. Denise Cristina Brzezinski Mansur
Prof. Msc. Evilásio Gentil de Souza Neto

Profa. Dra. Gisela Maria Bester
Profa. Dra. Iglaire Terezinha Marquetto Chiamulera
Prof. Dr. Ignacio Ara Pinilla
Prof. Msc. José Antonio Z. Branco Garcia
Profa. Msc. Katya Isaguirre Torres
Prof. Msc. Maicon Guedes Hugo
Prof. Msc. Marcelo Miguel Conrado
Prof. Msc. Marcos Alves da Silva
Prof. Msc. Marcus Paulo Rycembel Boeira
Profa. Dra. Maria Benenice Dias
Profa. Dra. Marielda Ferreira Pryjma
Prof. Msc. Maurilúcio Alves de Souza
Prof. Msc. Melina Girardi Fachin
Prof. Dra. Raquel Dias da Silveira Motta
Profa. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro
Profa. Msc. Tais Martins
Prof. Msc. Walter Guandalini Junior
Prof. Dr. Zulmar Fachin

ANÁLISE DE LÍNGUA PORTUGUESA
Yara Wojslaw Pereira Dias

REVISÃO
Yara Wojslaw Pereira Dias

DIAGRAMAÇÃO
Marline Meurer Paítra

GERÊNCIA DE PRODUÇÃO
Heloisa Harue Takazaki

EDITORA DA REVISTA
CORRESPONDÊNCIA
Faculdade Dom Bosco
Coordenação do Núcleo de Pesquisa
Campus Marumby
Av. Wenceslau Braz, 1172
Guaíra 81010-000
telefone: 41 3213-5200
e-mail: melinafachin@dombosco.com.br

Tiragem
1 000 exemplares

SUMÁRIO

Artigo 1

Por uma Justiça Doce
Andréa Grzybowski

7

18

Artigo 2

Direito ao Trabalho das Minorias e as Medidas Compensatórias
Denise Cristina Brzezinski
Idovilde de Fátima Fernandes Vaz

Artigo 3

Cessão da Posição Contratual na Perspectiva do Direito
Brasileiro Contemporâneo: em Busca da Compreensão da
Relação Jurídica Obrigacional
Rosalice Fidalgo Pinheiro
Frederico Z. Glitz

24

45

Artigo 4

Apontamentos sobre Aspectos da Reforma
do Código Civil Alemão na Perspectiva de
um Novo Arquétipo Contratual
Luiz Edson Fachin
Uiara Andressa Brekailo

Artigo 5

Direito à Educação como Direito da Personalidade
Prof. Msc. Cristiano Dionísio

80

Cessão da Posição Contratual na Perspectiva do Direito Brasileiro Contemporâneo: em Busca da Compreensão da Relação Jurídica Obrigacional

Rosalice Fidalgo Pinheiro*
Frederico Z. Glitz**

**“A beleza de um verso não está no que diz,
mas no poder encantatório das palavras que diz:
um verso é uma fórmula mágica.” (Mário Quintana)**

1 Introdução. 2 Quebra do dogma da imobilidade das obrigações. 3 Desmaterialização de riquezas e contrato como objeto do tráfico negocial. 4 Concepção da relação jurídica obrigacional: de estática a dinâmica. 5 Tipicidade da cessão da posição contratual: da tipicidade social à tipicidade codificada. 6 Debate da cessão da posição contratual: sua natureza jurídica. 7 Reflexos desse debate. 8 Considerações finais: projeção do debate da cessão de contrato para o Direito Brasileiro. 9 Referências.

Resumo

A cessão da posição contratual é construção moderna que diverge da compreensão estritamente pessoal de obrigação. Sua compreensão contemporânea, contudo, exige que se vá além disso. Passa a ser indispensável que se leia a relação jurídica obrigacional

*Mestra e Doutora em Direito das Relações Sociais (UFPR). Professora adjunta de Direito Civil das Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil). Professora titular de Direito Civil do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Professora do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil. Professora convidada dos cursos de Especialização da PUC-PR, da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR (ESA) e da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (Fempar). Professora pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito Constitucional da UniBrasil – Nupeconst – e do Núcleo de Estudos em Direito Civil-Constitucional da UFPR (Projeto de Pesquisa “Virada de Copérnico”).

**Advogado. Mestre e Doutorando em Direito das Relações Sociais (UFPR). Especialista em Direito e Negócios Internacionais (UFSC) e em Direito Empresarial (Ibej). Professor de Direito das Obrigações, Direito Internacional Privado e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica das Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil). Professor convidado da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR (ESA) e da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Professor pesquisador do Núcleo de Estudos em Direito Civil-Constitucional da UFPR (Projeto de Pesquisa “Virada de Copérnico”). Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Pesquisador do Coextra (projeto europeu sobre coexistência e rastreabilidade de transgênicos). Membro do Conselho de Comércio Exterior da Associação Comercial do Paraná.

de forma mais dinâmica, com vistas a compreendê-la para além de um mero vínculo entre credor e devedor, mas como verdadeiro “processo”, complexo em essência. Para tanto, o princípio da boa-fé assume papel central, na medida em que se mostra capaz de “subverter” a obrigação e transformá-la numa relação de cooperação. Embora o instituto não tenha sido consagrado pela atual codificação civil brasileira, seu relevo social conduz à necessidade de entendimento de sua natureza jurídica e dos reflexos desse debate que perpassa pela sua distinção de figuras afins e pela necessidade de sua visualização unitária. Recolhem-se dos tribunais brasileiros pronunciamentos que refletem esse debate e rendem-lhe contornos jurisprudenciais. O trabalho divide-se em seis partes: partindo da quebra do dogma da imobilidade das obrigações, deposita no movimento de desmaterialização de riquezas a valorização da posição contratual como elemento do patrimônio do credor que, inicialmente, encontra lugar no tráfico negocial, para, posteriormente, ingressar nas codificações. Contudo, o silêncio da recodificação brasileira de 2002 acerca da nova figura anuncia sua natureza jurídica, em torno da qual se promove um debate que encontra reflexos da jurisprudência.

Palavras-chave: Cessão; Contrato; Relação jurídica obrigacional; Boa-fé objetiva.

Abstract

The assignment of contractual position is a modern construction that differs from purely personal understanding of obligation. Her contemporary understanding, however, requires us to go further. It's necessary to read the legal relationship of obligation in a more dynamic way, understanding it beyond a mere link between creditor and debtor, but as real “process,” in essence complex. Thus, the principle of good faith is central to the extent that is able to “subvert” the obligation, and transform it into a cooperative relationship. Although the institute has not been set by the current Brazilian civil code, its social relief leads to the need for understanding of its legal nature and consequences of this debate that involves other similar figures and the related need for a unit display. Some statements were collected from the Brazilian courts to demonstrate her jurisprudential contours. The work is divided into six parts: from the fall of the dogma of the immobility of the bonds, based in the movement of dematerialisation of wealth and valorization of the contractual position of the creditor's, which, initially, finds place in the trade negotiations, and, later, enters the legislation. However, the silence of Brazilian civil code of 2002, about the new figure, announced its legal nature, around which is promoting a debate that is reflected in case law.

Keywords: Assignment; Contract; Obligation legal relationship, Good faith.

1 Introdução

Dentre as diversas formas de transferência do conteúdo obrigacional, uma chama especial atenção. Trata-se da cessão da posição contratual, negócio por meio do qual o contratante transfere a terceiro o amplo espectro de créditos e débitos que, em razão da posição que ocupa na relação jurídica obrigacional, é titular¹.

O objeto de interesse nesse tipo de negócio é justamente sua distinção para as demais figuras típicas de transmissão das obrigações (cessão de crédito e assunção de débito) e a particularidade de o cessionário assumir todo o conjunto de direitos e obrigações que pertenciam ao cedente.

Frise-se, ainda, que o cedente, por sua vez, deve garantir existência, validade e legitimidade da relação contratual, não garantindo, contudo, a solvabilidade nem o cumprimento do contrato.

Embora essa figura seja estranha às raízes romanistas do Direito Continental Europeu, atende a necessidades modernas e contemporâneas, motivo pelo qual passa, paulatinamente, a ser admitida.

O atual Direito codificado brasileiro, contudo, apesar de consagrar outras formas de preservação do vínculo obrigacional por meio da substituição de um dos sujeitos da relação², não se refere expressamente à possibilidade de as partes transferirem sua condição de contratante.

Apesar disso, a consagração do princípio da autonomia privada e o posicionamento de parte da jurisprudência brasileira parecem indicar não só a viabilidade desse tipo de negócio como, em termos mais pragmáticos, sua recepção.

É nesse contexto que se discute acerca da natureza jurídica do negócio de cessão da posição contratual, apontando-se para além da mera soma da transmissão do crédito e do débito. Para tanto, comparece a relação jurídica obrigacional não mais como mero vínculo que liga credor e devedor, mas, sob contornos finalísticos, como um “processo”, sinalizando para compreender a cessão da posição contratual como uma figura autônoma. Ou seja, trata-se da transposição para a seara obrigacional daqueles ditames constitucionais da solidariedade e funcionalidade.

Eis, no entanto, que surge a complexidade conceitual a impor algo mais que a mera reafirmação dos princípios e concepções tradicionais do Direito³. Passou-se a depender da chamada constitucionalização do Direito Civil.

Isso porque foi na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que o intérprete se aproximou das aspirações da sociedade brasileira contemporânea. Tal tarefa, extremamente difícil, dependeu, por certo, da ponderação de princípios, de modo a não se perder no conjunto de interesses coletivos e individuais, econômicos, assistenciais e corporativos que ecoam no texto constitucional, exigindo do hermenêuta sua parcela de aplicação na solução do caso concreto.

Compreender o alcance e significado desse debate no cenário jurídico nacional apresenta-se como a pedra de toque deste trabalho: parte-se do dogma da imobilidade das obrigações, para delinear a tipicidade social da nova figura como parte de um processo de desmaterialização de riquezas, já consagrado pela práxis contratual brasileira.

2 Quebra do dogma da imobilidade das obrigações

Amparada na solenidade da *stipulatio*, a *obligatio* foi delineada pelo direito romano como um vínculo de caráter pessoal. Tal vinculação, entretanto, não se traduzia numa “situação puramente ideal”, senão numa situação de catividade, na qual uma pessoa se fazia prisioneira de outra.⁴ Por conseguinte, conferia-se ao credor uma ação cujo alcance permitia-lhe exercer a vingança privada, ou reduzir o devedor à condição de escravo ou, ainda, matá-lo. Nesses termos, a responsabilidade era nitidamente pessoal, revelando a *solutio* não como cumprimento de um dever, mas como “resgate da própria liberdade”.⁵

Se a responsabilidade pessoal do devedor não foi um fenômeno frequente na comunidade primitiva romana, o crescimento das *civitas* conferiu-lhe contornos de problema social. Em resposta, a *Lex Poetelia Papiria* afastou a responsabilidade pessoal do devedor.

Ocorre que desse caráter pessoal, impresso à *obligatio*, resultou no princípio de sua intransmissibilidade, pois inconcebível aos romanos qualquer mudança dos sujeitos da obrigação a título singular. Eis que, sob a égide dos efeitos relativos da obrigação, ninguém poderia se obrigar em favor de outrem.

Para Carlos Alberto da Mota Pinto, essa rejeição radical, decorrente do caráter formalista do direito romano, foi lentamente mitigada por exigências práticas. Num contexto de intensificação do comércio e influxo do *jus gentium*⁶, os romanos alcançaram resultados equivalentes, com a procuração *in rem suam*. Esta permitia a outrem agir como substituto processual do credor, exigindo em nome próprio

¹“Constitui esse tipo de contrato o meio dirigido à circulação da relação contratual, isto é, à transferência *ex negotio* por uma das partes contratuais (cedente), com o consentimento do outro contraente (cedido), para um terceiro (cessionário), do complexo de posições activas e passivas criadas por um contrato”. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 71-72.

²A saber: cessão de crédito (arts. 286 e seguintes do Código Civil brasileiro), assunção de débito (arts. 299 e seguintes do Código Civil brasileiro) e subrogação pessoal (arts. 346 e seguintes do Código Civil brasileiro).

³LOBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e Mudança Social. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 84, v. 722, dez. 1995. p. 40-45.

⁴DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. 5. ed. v. 2. Madrid: Civitas, 1996. p. 50-51

⁵*Ibid.*, p. 51.

⁶MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. XXII. Campinas: Bookseller, 2003. p. 264.

o crédito deste último, o que mais tarde ganhou caráter irrevogável. Semelhante efeito era alcançado pela figura da *novatio necessaria*, que operava a substituição do devedor. Tais figuras, porém, não acarretavam a transmissão obrigacional, restando os inconvenientes da extinção do crédito e do débito: a consequente extinção de seus acessórios e garantias.

A transmissibilidade da obrigação somente se afirmou como princípio diante de um novo contexto de desenvolvimento do tráfico mercantil. Nos séculos XIV e XV, o renascimento das cidades e de uma economia de troca levou os direitos locais a criarem títulos que possibilitassem a circulação dos créditos, “a primeira brecha aberta no dogma da intransmissibilidade das obrigações”.⁷

Desenvolveu-se o mecanismo da cessão de crédito pela *traditio*, sem necessidade de cooperação do devedor, delineada pelo *coutume* de Paris. Por outro lado, a revolução conceitual da Pandectística germânica construiu um mecanismo de assunção cumulativa de dívidas, que mais tarde ingressou no BGB.⁸

Ainda restava dar um último passo com vistas a romper com o dogma da imobilidade obrigacional: a transmissão da posição contratual. Característica de economias bastante desenvolvidas, a cessão da posição contratual somente se torna possível num contexto de desmaterialização de riquezas, e compreensível diante da superação da concepção estática de obrigação.

3 Desmaterialização de riquezas e contrato como objeto do tráfico negocial

Os sistemas jurídicos localizam as obrigações num contexto dinâmico, por oposição a um contexto de estática patrimonial ocupado pela propriedade. Eis que as obrigações disciplinam o tráfico econômico, propiciando a circulação de bens entre os indivíduos.

Nas entrelinhas dessa função socioeconômica, encontra-se o papel ideologicamente traçado pelas codificações oitocentistas ao contrato: desempenha papel instrumental, servil, subordinado à propriedade, como salienta Enzo Roppo. Nessa perspectiva, a obrigação resulta como meio de transmissão do patrimônio, e não seu objeto.⁹

Com o desenvolvimento do capitalismo nas sociedades pós-industrializadas, abre-se um processo de “mobilização e desmaterialização de riquezas”, no qual se subtrai da propriedade sua supremacia entre os instrumentos de controle e gestão de riquezas para conferi-la aos bens imateriais.¹⁰

⁷VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. v. 2. Coimbra: Almedina, 1996. p. 388.

⁸MOTA PINTO. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 112-113.

⁹ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. *Passim*.

¹⁰*Ibid.*, p. 64.

Por conseguinte, esses bens tornam-se assimiláveis a coisas, encaixando-se no paradigma da propriedade. Há nisso uma coisificação do crédito, que se torna objeto do patrimônio do credor, passível de transmissão. Para além disso, o contrato não se limita a transmitir a propriedade, mas, antes, ele constitui o crédito. Despe-se de um papel instrumental, meramente servil e subordinado, para se caracterizar como gerador de riquezas, pois “parece ser o contrato, e já não a propriedade, o instrumento fundamental de gestão de recursos e de propulsão da economia”.¹¹

É nesse contexto de mobilidade obrigacional que as formas de transmissão de obrigações tornaram-se possíveis e se aperfeiçoaram: a cessão de crédito e a assunção de dívidas são ultrapassadas pela cessão da posição contratual.

Antes de ser exigido, o crédito revela-se como parte integrante do patrimônio do credor; dotados de valor próprio e autônomo, os créditos se mostram “como bem da vida econômica, podendo circular e ser transmitidos para outra pessoa”.¹²

No contexto de desmaterialização de riquezas, essa patrimonialidade estende-se ao contrato: não se reduz a mero papel instrumental, mas passa a ser transmitido, adquirindo mobilidade. O contrato torna-se objeto do tráfico econômico, e os juristas passam a falar de “venda do contrato” e, mais tarde, em cessão de contrato, com vistas a designar essa nova realidade.

Essa realidade exige a superação da concepção estática de obrigação. Para além de mero vínculo de sujeição do devedor ao credor, torna-se indispensável compreendê-la como uma relação dinâmica.

4 Concepção da relação jurídica obrigacional: de estática a dinâmica

Ainda que pertinente à dinâmica jurídica, tradicionalmente se encarava a obrigação de forma estática (rígida), espelhando-se na noção de sujeição de um indivíduo à vontade de outro. O próprio termo obrigação parece ressaltar a situação de sujeição, de vínculo.

Tal concepção encontrava amparo no formalismo e na abstração da Pandectística que, comprometida com o liberalismo econômico oitocentista, encerrava a obrigação numa concepção atomística.¹³ A relação jurídica obrigacional não seria mais do que a soma de seus elementos, restando visualizada em seu aspecto externo: o vínculo que submete o devedor ao poder do credor, isolados em sua livre vontade, sob os contornos do individualismo.¹⁴

¹¹ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 66.

¹²SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 26.

¹³MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 384.

¹⁴*Ibid.*, p. 387.

Em outros termos, a obrigação assumia papel descritivo: revelava, tão somente, uma situação de poder. O credor, detentor da pretensão, exerceria seu crédito em face do devedor, obrigado e sujeito, em razão de sua liberdade.

Ocorre, contudo, que esse quadro não explica a realidade. A relação jurídica obrigacional não é, pois, apenas, o vínculo entre credor e devedor, isso porque este vínculo representa tão somente um momento da relação. Esse modelo, então, revelava-se incapaz de explicar a complexidade inserta em obrigações duradouras,¹⁵ presentes no trânsito econômico.¹⁶

Antes de se identificar o vínculo obrigacional (parte do todo que compõe a obrigação), é necessário identificar os sujeitos e interesses creditícios tutelados, a tal ponto que se concluirá que nem sempre o interesse creditício está identificado com o mesmo sujeito da relação jurídica obrigacional. Em outros termos, numa relação jurídica obrigacional representada, por exemplo, por um contrato de compra e venda, nem sempre o comprador ou o vendedor são credores ou devedores individualmente. A depender do interesse creditício tutelado (prestação), identificar-se-á o sujeito ativo da relação jurídica obrigacional.

Disso se extrai claramente a necessidade de se encarar a relação jurídica obrigacional como algo muito mais complexo que a mera descrição de vinculação entre um credor e um devedor.

Para explicar essa realidade, avultam as locuções de “organismo” tomadas por Heinrich Siebert do pensamento savignyano; de “relação-quadro” com Feliz Herholz; de “sistema” com Fernando de Noronha¹⁷; de “processo” com Clóvis do Couto e Silva; de “complexidade” com Josef Esser, e de “estrutura” com Karl Larenz; designando uma nova compreensão do vínculo obrigacional: como totalidade.

Sob o ângulo da totalidade, afirma Clóvis do Couto e Silva, “a relação obrigacional é um sistema de processos”¹⁸ que não se esgota na mera soma de posições antagônicas, mas antes se traduz numa relação de cooperação entre credor e devedor, projetando, ao lado de deveres principais e secundários, deveres acessórios, afetos ao comportamento concreto dos sujeitos. Por conseguinte, a posição do credor resta relativizada, sem, contudo, destituí-lo do lugar de sujeito ativo da obrigação.¹⁹

Há nisso a superação da concepção estática de obrigação, como revela Judith Martins-Costa: a obrigação não é um conjunto de fatos do mundo exterior apreendido pelos sentidos, mas um feixe de “consequências jurídicas” destes últimos, englobando, “constante e progressivamente, os elementos de todas as relações obrigacionais concretas que se apresentam na prática jurídico-social”.²⁰

Passa a boa-fé a assumir contornos de superação dos limites estreitos da compreensão da relação jurídica obrigacional, reconhecendo dinamicidade onde, até então, imperava a estática.

A recodificação de 2002 positiva no cenário jurídico a cláusula geral de boa-fé no artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Porém, é na Constituição da República que se encontram os valores para preenchimento dessa cláusula geral: igualdade e solidariedade emanam no princípio da dignidade da pessoa humana.

Como tradução desse personalismo ético, inscrito na Constituição, a leitura constitucional preside as relações obrigacionais: a tutela inserida nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, protege a pessoa humana.²¹ Em atenção a essa ideia, a boa-fé ingressa no universo obrigacional, “princípio de repersonalização da relação contratual”.²²

A boa-fé objetiva age como um “topo subversivo”, pondera Judith Martins-Costa, projetando novos contornos para a relação jurídica obrigacional, de estática a dinâmica.²³ Tal concepção de obrigação assume que o esquema obrigacional não se esgota na soma de posições antagônicas – antes, encontra tradução numa relação de cooperação entre credor e devedor, projetando ao lado dos deveres principais e secundários de prestação, deveres acessórios de conduta. Traduzidos na tríple classificação lealdade, informação e proteção, tais deveres anexos ou instrumentais não decorrem da lei ou da vontade, mas da boa-fé.

Com efeito, ganha sentido a “obrigação como processo”, idealizada por Clóvis do Couto e Silva, na qual se destaca um “nexo finalístico [...] de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”.²⁴ Diga-se, ainda, que essa compreensão se preenche e completa com a noção de funcionalização da relação obrigacional.

¹⁵MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 387.

¹⁶FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 41.

¹⁷“De nossa parte, apenas observamos que talvez fosse mais correto falar em ‘sistema’ do que em ‘conjunto’ ou ‘processo’; por isso, temos falado em relação obrigacional complexa, sistêmica ou sistema obrigacional”. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais* (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 159.

¹⁸COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 6.

¹⁹*Ibid.*, p. 120.

²⁰MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 393.

²¹Tal leitura deve presidir o “microsistema” das relações de consumo, afastando-se de sua concepção a autossuficiência esboçada por Natalino IRTI: dotado de princípios próprios e de uma hermenêutica afeta à “tábua de valores setoriais” (TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: —. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 211). Rendendo-se às críticas esboçadas por Gustavo TEPEDINO, semelhante autossuficiência não poderia ser aceita, eis que a interpretação do sistema consumerista à luz de valores constitucionais mostra-se como fator de ampliação daquela disciplina jurídica.

²²MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais ano 11, v. 43, p. 215-257, jul.-set. / 2002. p. 218.

²³MARTINS-COSTA. *Id.* p. 384.

²⁴COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p.10-11.

5 Tipicidade da cessão da posição contratual: da tipicidade social à tipicidade codificada

Atentos às exigências do tráfico mercantil, o princípio da transmissibilidade das obrigações ancorou nos códigos oitocentistas sob a forma de cessão de crédito no *Code* e no BGB; da assunção de dívidas, no BGB; e sob a forma de um antecedente, que não teria por escopo a transferência do crédito, surgindo esta como efeito lateral do pagamento: a subrogação.

Quanto à cessão da posição contratual, silenciaram as codificações burguesas. O *Code* e o BGB omitem uma disciplina genérica pela qual um dos contratantes pudesse transmitir em bloco o conjunto de direitos e deveres que lhes resultam do contrato a um terceiro. Não obstante a falta de uma disciplina genérica, dispositivos isolados consagraram a cessão de contrato naquelas codificações,²⁵ revelando a recusa em conferir autonomia ao instituto.

Justifica-se que semelhante figura não fosse afeta aos romanos, porquanto resultava inimaginável a transmissão para outrem de uma qualidade estritamente pessoal: a de contratante. Indaga-se, no entanto, o porquê dessa omissão, no direito moderno, diante da recepção do princípio da mobilidade das obrigações. Menezes Cordeiro responde:

O dogma da vontade, empolado pelos ventos teóricos do liberalismo, mal compreendia que uma situação eminentemente voluntária pudesse, sem quebra de identidade, desligar-se da vontade inicial para vir a ser encabeçada por vontade diferente.²⁶

À falta de uma autonomia codificada, ela passa a ser delineada pelos tribunais. Na jurisprudência francesa, em atenção ao princípio da liberdade contratual, a cessão de contrato erigiu-se como figura autônoma, tomando-se como fundamento as disposições previstas no *Code*.²⁷ Do outro lado do Reno, os tribunais alemães pronunciaram-se afirmando ser admissível a cessão da posição contratual, com amparo em regras especiais como o § 571, sobre transmissão da posição de senhorio do contrato de arrendamento.²⁸ O mesmo se observa nas jurisprudências italiana e portuguesa, antes mesmo do acolhimento de sua disciplina genérica em suas codificações.²⁹

²⁵No Código Civil francês, encontram-se diversos dispositivos sobre cessão de contrato: art. 1.717: cessão da locação; art. 1.601-4: cessão dos direitos de um comprador de um imóvel a ser construído; art. 1.831-3: direitos do mestre da obra sobre o projeto de construção em virtude de um empreendimento imobiliário; Lei 132, art. 16: cessão em contratos de edição; Lei 8 de julho de 1989: cessão pelo locatário do uso do imóvel.

²⁶MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Direito das obrigações*. v. 1. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999. p. 122.

²⁷MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. 84.

²⁸*Ibid.*, p. 83.

²⁹A *Common Law* não conhece formas semelhantes de transmissão da posição contratual, compostas por elementos ativos e passivos, segundo Franco Anelli. (ANELLI, Franco. *Cessione del contratto*. *Rivista di diritto civile*, Padova: CEDAM, ano XLII, n. 2, mar-apr. 1996. p. 261-299).

Trata-se de uma recepção tardia, antecedida de uma tipicidade social: a cessão de contrato já desempenhava papel importante no tráfico econômico, sendo amplamente reconhecida pela jurisprudência.³⁰

Desse panorama, é possível recolher duas observações:

a) O contrato revela-se como objeto do tráfico, passível de transmissão. Tomado em sua tipicidade social, isso assenta o princípio da mobilidade contratual no direito moderno. Por conseguinte, caem por terra os argumentos daqueles que se opõem à cessão de contrato, alegando que a posição contratual não é um valor patrimonial, e tão somente uma relação pessoal, segundo a qual não se pode pretender mais do que a substituição de uma pessoa: “o contrato é um vínculo, e não um bem”.³¹ Essa obrigação de contornos nitidamente modernos desconsidera a desmaterialização de riquezas, característica das sociedades pós-industrializadas.

b) Ater-se a uma disciplina mitigada de cessão de contrato, encontrada nas codificações, é, implicitamente, negar autonomia à figura. Isso se deve à projeção de uma racionalidade codificada para a jurisprudência, uma vez que aquela não desenha a cessão de contrato como figura autônoma.

Somente com o movimento de recodificação de meados do século XX a cessão de contrato ingressou nos códigos, pela via de uma “generalização indutiva” que traçou o percurso do contrato de instrumento ao objeto do tráfico econômico.³² No *Codice* de 1942, os italianos reservaram lugar autônomo para a *cessione del contratto*, dos artigos 1406 ao 1410; já no Código de 1966, o rigor do legislador português optou pela terminologia cessão da posição contratual, entre os artigos 424 ao 427, ao tomá-la como transferência, não do próprio negócio, mas dos direitos e obrigações que deste último resultam.

Essa consagração, ao seu turno, instaura uma nova fase de discussão, o debate acerca de sua natureza jurídica.

6 Debate da cessão da posição contratual: sua natureza jurídica

Várias teorias procuraram explicar a natureza jurídica da cessão de posição contratual:

a) a teoria da decomposição (Galvão Telles), que insiste em visualizar a cessão de contrato como mera combinação de uma cessão de crédito e uma assunção de dívida, seguindo suas regras;

³⁰MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 77.

³¹FLOUR, Jean-Luc Aubert Jacques. *Les obligations: le rapport d'obligation*. 2. ed. v. 3. Paris: Armand Colin, 2001. p. 251. (Série Droit Privé)

³²DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. 5. ed. v. 2. Madrid: Civitas, 1996. p. 50-51.

b) a teoria da *renovatio contractus* (Nicolò), em que a cessão da posição contratual leva à extinção do primeiro contrato e à celebração de novo contrato entre cedente e cessionário;

c) a teoria unitária, segundo a qual a cessão de contrato opera a transmissão, em bloco e com autonomia, da posição de um contratante para terceiro.

Restringindo o debate às teorias da decomposição e unitária, resta considerar a cessão da posição contratual como figura autônoma ou não.

Nas entrelinhas da teoria da decomposição, vigora uma fundamentação de índole positivista, que acaba por negar autonomia à cessão de contrato. Resolve-se como mero problema lógico-formal, restando, esse negócio, como combinação entre cessão de crédito e assunção de dívida.³³ Trata-se de dizer, com Pontes de Miranda: ela “debulha a espiga de milho”, mas não “pode debulhá-la toda”.³⁴ Não se trata de reduzir a cessão da posição contratual a um “impossível jurídico”,³⁵ mas, ainda que numa versão mais abrandada, considerá-la um contrato misto, resultante da combinação de notas típicas de cessão de crédito e assunção de dívida.

Negar autonomia à cessão da posição contratual, considerando-a como mera soma da cessão de crédito e assunção de dívida, corresponde a uma concepção singular e estática de obrigação. Impulsionada pela concepção romana de *obligatio*, a obrigação é reduzida ao mero direito à prestação e seu correlativo dever. Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto, essa concepção integra-se perfeitamente no ambiente racionalista moderno, pois expressa o grau de generalidade e abstração que se inicia na Idade Média, passa pelo mecanismo classificatório cartesiano, nos moldes das ciências naturais e aperfeiçoa-se com o formalismo kantiano.³⁶

Ocorre que a cessão de todos os créditos e a assunção de todas as dívidas não exaurem o conteúdo (Pontes de Miranda) ou o objeto (Mota Pinto) da cessão de contrato. Além disso, transferem-se direitos potestativos, ônus, faculdades, não visualizados por aquele conceito estrito de obrigação ou, nos termos de Pontes de Miranda, fica de fora a “relação jurídica fundamental”.³⁷

Isso significa que a cessão da posição contratual escapa a uma racionalidade lógico-formal, reduzida a esquemas matemáticos, que dividem a totalidade em partes que se somam.³⁸ A totalidade do objeto da transmissão não pode ser captada pela racionalidade positivista, restando reduzi-la às *fattispécies* típicas encontradas na codificação.

³³MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 55.

³⁴MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. XXII. Campinas: Bookseller, 2203. p. 454. *Id.* p. 454.

³⁵MOTA PINTO. *Op cit.*, p. 169.

³⁶Amparando-se em Kant, Savigny desenvolve o conceito de relação jurídica como um organismo, e a prevalência do direito subjetivo nela inserida deve-se a Widescheid. É o retorno da Escola Histórica aos textos justinianus.

(MOTA PINTO. *Op cit.*, p. 264-269.)

³⁷MIRANDA. *Id.* p. 454.

³⁸MOTA PINTO. *Op cit.*, p. 265.

Por isso, as doutrinas atomísticas são consideradas como mera “utilização conceitual deficiente” por Carlos Alberto da Mota Pinto:

Forçoso é concluir pela insuficiência duma mera combinação dos dois negócios, respeitantes à mudança de titularidade (ativa ou passiva) da obrigação singular, para realizar a substituição do sujeito de todos os liames emergentes dum contrato. Não pode, destarte, manter-se de pé a concepção conhecida na doutrina por teoria atomística ou fragmentadora.³⁹

Considerá-la como mera combinação entre cessão de crédito e assunção de dívida é negar-lhe autonomia, ao reservar-lhe uma disciplina esparsa que encontra lugar somente em disposições específicas do código. Trata-se de uma transmissibilidade mitigada que, em última instância, preserva o dogma da imobilidade obrigacional.

A pedra de toque, que explica a natureza jurídica da cessão da posição contratual, encontra-se no seu objeto, eis que abrange para além de “créditos e débitos, direitos potestativos, sujeições, deveres laterais de comportamento, independentes do dever principal de prestação, exceções, expectativas, ônus, etc., (...) todas as posições subjetivas em que uma parte contratual estava constituída por força do contrato.”⁴⁰

E, para tanto, surgem as teorias unitárias, que configuram a transmissão contratual como unidade autônoma, incomparável à mobilidade da cessão de crédito ou do débito. A cessão da posição contratual ganha autonomia, cujos contornos são balizados por uma disciplina jurídica genérica, delineando-se como tipo contratual. O contrato de cessão revela-se como instrumento do contrato-base, que é objeto de transmissão. A rigor, não se transfere o contrato, mas sua posição contratual a cargo de uma das partes, ora compreendida em sua totalidade. Eis que a finalidade é transmitir globalmente os direitos e obrigações que compõem a posição contratual. Isso coloca a descoberto a complexidade obrigacional.

Recorre-se à figura do organismo para designar a obrigação, mostrando-a como um “tecido da vida social, que aparece organizado de conformidade com alguns princípios jurídicos e com a especial função econômica ou social que está chamada a realizar.”⁴¹ Desse modo, a justificação da cessão de contrato como figura autônoma insere-se numa racionalidade finalista que atenta para os valores.

A cessão da posição contratual desempenha uma função socioeconômica que, para além de possibilitar que uma relação contratual seja desenvolvida ou desfrutada por terceiros, permite, segundo Díez-Picazo, que a relação contratual continue produzindo

³⁹MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 234.

⁴⁰*Ibid.*, 236.

⁴¹DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. 5. ed. v. 2. Madrid: Civitas, 1996. p. 50-51.

utilidade e desenvolvendo seu fim, independente dos sujeitos que se servem dela. Torna desnecessária sua retirada do mundo jurídico com a finalidade de transmitir suas posições a terceiros, preservando-o em sua utilidade.⁴² Portanto, resta dizer: a tipicidade social da figura remete para realização do princípio da conservação do contrato.⁴³

7 Reflexos desse debate

Da definição, traçada por Antunes Varela, é possível delinear a cessão de contrato em sua autonomia, como distinta de outras figuras afins: "A cessão de contrato consiste no negócio pelo qual um dos outorgantes em qualquer contrato bilateral ou sinalagmático transmite a terceiro, com o necessário assentimento de outro contraente, o conjunto de direitos e obrigações que lhe advêm desse contrato."⁴⁴

Mencionado tanto pelo art. 424 do Código Civil português, como pelo art. 1406 do Código Civil italiano, o contrato de cessão requer a bilateralidade do contrato-base, sob pena de desfigurar sua autonomia. A prescindibilidade desse requisito caracterizaria a cessão de contrato como mera *fattispecie* típica, e não como um contrato típico, restando como mera substituição das partes no crédito ou no débito, em clara opção à teoria da decomposição.⁴⁵

⁴²DIEZ-PICAZO. *Id.* p. 874.

⁴³Cf. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedit. **Contrato e sua conservação**. Lesão e cláusula de hardship. Curitiba: Juruá, 2008.

⁴⁴**Cessão de crédito e assunção de dívida**: o que diferencia a cessão de contrato da cessão de crédito e assunção de dívida é o fato de a transmissão abranger simultaneamente direitos e deveres de prestar (créditos e débitos), enquanto a cessão de crédito transmite apenas um crédito e a assunção de dívida somente um débito. Nos termos de Darcy Bessone: "O problema jurídico é obviamente diverso: na cessão de crédito, opera-se substituição apenas no lado ativo, mantendo-se inalterado o lado passivo da relação obrigacional; na cessão do contrato, envolve-se um complexo, um todo unitário, em que se interligam direitos e obrigações." BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 181.

Contrato derivado ou subcontrato: contrato derivado é aquele em que uma pessoa celebra com terceiro, utilizando posição que lhe advém de um contrato anterior de mesma natureza. Em ambos há um contraente que aproveita a posição jurídica resultante de um contrato anterior. Mas, enquanto na cessão do contrato o cedente demite-se de sua posição contratual, pois a transmite terceiro, no contrato derivado ou subcontrato, o contraente mantém sua posição contratual, criando apenas um novo contrato da mesma natureza com terceiro. Na cessão de contrato há uma modificação subjetiva, em um novo titular, o cessionário, que assume o lugar do anterior, o de contrato derivado há criação de uma segunda relação contratual, sem alteração dos sujeitos da primeira, sendo que um deles é, ao mesmo tempo, titular de uma e de outra.

Subrogação legal no contrato: ocorre quando uma pessoa substitui outra na posição jurídica nascida de um contrato bilateral. Ex.: A, locador de um imóvel a B, vende-o a C. Trata-se de um novo proprietário obrigado a aceitar a locação. O novo proprietário sucede nos direitos e obrigações do locador, ficando subrogado em seu lugar. Há outros casos, como o adquirente que, por sucessão legítima ou testamentária, ou em hasta pública, adquire a propriedade loteada e inscrita, e subroga-se nos direitos e obrigações dos alienantes – artigo 9º, DL 58/37. Enquanto a subrogação tem por fonte direta a lei, sem necessidade de consentimento do cedido, a cessão do contrato nasce do acordo entre as partes e necessita do consentimento do contraente cedido. Nos efeitos, ambas se identificam, pois se constituem na substituição de uma pessoa por outra, na titularidade da posição jurídica resultante de um contrato bilateral.

Adesão ao contrato: nesta, há um terceiro que assume a posição jurídica que tem uma pessoa num contrato, mas ao lado dela, e não em substituição dela. Enquanto a cessão do contrato aproxima-se da cessão de crédito e da cessão de débito, a adesão de contrato aproxima-se da assunção de débito cumulativa.

⁴⁵PESCATORE, Valério. *Cessione del contratto ed interpretazione*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, ano LIII, Milano: Giuffrè, 1999. p. 583-604. p. 587.

Discute-se acerca do consentimento do cedido como requisito da cessão de contrato, tal como dispõem os artigos referidos.

Para aqueles que a consideram imprescindível, a cessão de contrato revela-se como contrato trilateral, que se forma com o encontro de três declarações de vontade: cedente, cessionário e cedido. Nesse sentido posiciona-se parte da doutrina brasileira⁴⁶.

Assim a consideram os partidários da teoria unitária: para Carlos Alberto da Mota Pinto, o consentimento do cedido é constitutivo da cessão de contrato, não se limitando a um negócio jurídico bilateral. Para tanto, justifica: a declaração do cedido não aparece na lei como mera adesão, aprovação ou ratificação, mas consentimento; é o que mais se conforma com a função econômico-social da figura; e ajusta-se à concepção de complexidade obrigacional, resultando a cessão em negócio de formação *in itinere*, cujo aperfeiçoamento subordina-se ao consentimento do cedido. Nesse caso, a falta de consentimento geraria nulidade da cessão.⁴⁷

A solução preferida pela teoria da decomposição, entretanto, é aquela que prescinde do consentimento do cedido: a falta de consentimento prejudicaria apenas a transmissão das dívidas compreendidas na posição contratual cedida, mas não obstaría a transmissão dos créditos abrangidos. Portanto, a recusa não gera nulidade do contrato, mas sua conversão em cessão de crédito e assunção de dívida, ou uma adesão ao contrato, ou cessão de contrato sem liberação do cedente. Nessa perspectiva, surgem duas modalidades de cessão de contrato:

a) Cessão de contrato com liberação do cedente: o cedente libera-se quando há consentimento do credor, ou quando a lei dispensa tal consentimento;

⁴⁶BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 181. DEQUECH, Luciano. A cessão da posição contratual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. TARTUCE, Flávio (coord.). **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007. p. 443-462, p. 447. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 227. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: obrigações. 9. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 257. GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 213. RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: parte geral das obrigações. 30. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 111. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: obrigações. São Paulo: Atlas, 2008. p. 448. RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 277. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5. ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2005. p. 189-190. Alguns autores advertem, no entanto, que existiriam situações em que a própria legislação dispensaria a anuência do cedido – tratar-se-ia da chamada cessão imprópria. Seriam exemplos desta última: incorporação e fusão societária (arts. 227 e 228 da Lei n.º 6.404/1976), compromisso de compra e venda de imóvel loteado (art. 31, parágrafo único da Lei n.º 6.766/1979). Adverte Bdine Júnior que a anuência do cedido é essencial à validade do contrato, embora sua recusa não possa ser exercida de forma abusiva (BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Cessão da posição contratual**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 127-128).

Minoritário é o posicionamento de Débora Gozzo que entende não ser o contrato plurilateral vez que o cedido não seria parte do contrato, embora sua concordância seja indispensável (GOZZO, Débora. **Cessão de direitos**. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 361-383, p. 381-382). Betti, ao seu turno, esclarece que o consentimento do cedido é indispensável, ainda que a declaração de sua vontade seja estranha à causa do contrato (BETTI, Emilio. **Teoria geral das obrigações**. Tradução de: Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006. p. 579.).

⁴⁷MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 165.

b) Cessão de contrato sem liberação do cedente: o cedente continua vinculado ao contrato, não apenas como garante, mas como principal pagador.

A repercussão do debate acerca da autonomia da nova figura, ponderada entre as teorias da decomposição e unitária, ainda pode ser apreendida pela sua abstração ou causalidade.

Num primeiro momento, indaga-se acerca da causalidade entre o negócio jurídico da cessão de contrato e o contrato-base. A esse respeito, Pontes de Miranda afirma categoricamente tratar-se de negócio abstrato, pois a cessão não se constitui como a compra e venda, doação, ou qualquer outro negócio causal.

Já para Antunes Varela, a cessão de contrato, tal qual a cessão de crédito, é um negócio policausal. Não é um negócio abstrato, pois a estipulação das partes acerca do fim econômico-social imediato visado com a transmissão da posição contratual é parte integrante do contrato de cessão e completa a sua causa.⁴⁸

As consequências dessas concepções resultam na completa abstração do contrato-base, cuja inexistência não interfere na cessão, no primeiro caso; ao contrário da causalidade, expressa no segundo, cuja validade do negócio-base influencia na invalidade da cessão de contrato.

Para além disso, as discussões ainda se movem, nessa seara, para indagar acerca do fim socioeconômico da cessão de contrato, a partir de um exemplo delineado por Carlos Alberto da Mota Pinto:

A concluiu com B um contrato pelo qual se obrigou a entregar-lhe mensalmente, durante certo período, determinada quantidade de mercadorias, mediante o pagamento mensal de certa importância. Em dada altura cede a C os seus créditos pecuniários, presentes e futuros, ao preço das mercadorias, contra a transferência da propriedade de um automóvel pertencente ao mesmo C. Este, mais tarde, assume, ficando exonerado o devedor, a dívida de A para com B, isto é, a obrigação de entregar mensalmente certa quantidade de mercadorias, contra a aquisição do direito de propriedade sobre um prédio pertencente a A. C torna-se, assim, credor do direito ao preço e devedor da obrigação de entregar as mercadorias, direito e obrigação derivados do contrato entre A e B.⁴⁹

Em tal caso, houve cessão de crédito, assunção de dívida ou cessão da posição contratual? É possível compreender que houve uma cessão de contrato à luz da teoria da decomposição ou à luz da teoria unitária? E, por conseguinte, ainda indaga o autor referido: “Se B não pagar o preço, poderá C recusar-se a cumprir a sua obrigação de entregar as mercadorias, exercendo o direito de resolução que cabia a A?”⁵⁰

⁴⁸VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. 9. ed. v. 2. Coimbra: Almedina, 1996. *Passim*.

⁴⁹MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 245.

⁵⁰*Ibid.*, p. 246.

A resposta a tais questionamentos dependeria do objeto da cessão de contrato, segundo a tese de Carlos Alberto da Mota Pinto. Indaga-se, porém, acerca da causa como elemento para delimitar no caso concreto a cessão de contrato.

No contexto da teoria da decomposição, a causa da cessão de contrato é a troca entre cessão de crédito e assunção de dívida. Já para a teoria unitária seria correto visualizar a causa da cessão de contrato como a transmissão da posição contratual, fazendo-se referência à noção objetiva de causa: sua função socioeconômica.

Carlos Alberto da Mota Pinto considera, entretanto, que a causa não é elemento autônomo do negócio jurídico, restando abrangido pelo seu conteúdo. Por isso sua investigação concentra-se no objeto mediato da cessão de contrato, e recorre à vontade das partes para determinar o negócio resultante da situação anteriormente descrita:

...se não houve o claro intuito de transferir a posição da parte contratual. Se houve esse claro intuito, pois, então haverá uma autêntica cessão de contrato unitária, pese embora à fórmula que as partes empregaram; se não esteve presente essa intenção, verificam-se apenas os efeitos da cessão de créditos e da assunção de dívidas, entre os quais não está a transmissão dos direitos potestativos atribuídos aos contraentes em função do fim do contrato.⁵¹

Indaga-se: num contexto da “obrigação como um processo”, capaz de delinear a autonomia da cessão da posição contratual, recorrer a uma interpretação restrita à intenção das partes não seria, em última instância, render-se a um voluntarismo jurídico já superado?

8 Considerações finais: projeção do debate da cessão de contrato para o Direito Brasileiro

A cessão da posição contratual não encontra disciplina expressa no Código Civil brasileiro, porém é admitida por força do princípio da liberdade contratual, art. 425, do Código Civil. Isso significa que o Código Civil de 2002 não recepcionou a cessão da posição contratual como figura autônoma, acolhendo o princípio da mobilidade das obrigações de forma mitigada.

Poder-se-ia mesmo indagar-se algumas figuras positivadas não corresponderiam a essa consagração: subestabelecimento com anuência do subestabelecido (art. 667, *fine*, do Código Civil), trespasse empresarial (art. 1143 do Código Civil), fusão e incorporação societária (arts. 227 e 228 da Lei n.º 6.404/1976), compromisso de compra e venda de imóvel loteado (art. 31 e parágrafo único da Lei n.º 6.766/1979), da locação de imóvel urbano (art. 13 da Lei 8.245/1991), transferência de concessão celebrada

⁵¹MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 247.

com a Agência Nacional de Petróleo (art. 29 da Lei nº 9.478/1997) e cessão de quotas ou ações como forma de preservação da sociedade (art. 50, II, da Lei nº 11.101/2005).

A falta de uma disciplina genérica para a figura revela a opção pela teoria da decomposição, que concebe a cessão de contrato como contrato misto de cessão de crédito e assunção de dívida⁵². Não revela a transmissão da posição contratual como unidade. Não se acolhe, portanto, a obrigação como relação jurídica complexa, capaz de explicar a natureza unitária da cessão de posição contratual.

Interessante notar, no entanto, que parte da doutrina já salientava sua unidade quando analisando o Código Civil de 1916. Nesse sentido é a opinião de Darcy Bessone, que afirmava: “Realmente, não parece necessário fragmentar a entidade contratual, dissociando os direitos e obrigações, para explicar-se a cessão da posição contratual, tão frequentemente praticada e até mencionada pela lei (art. 1.201, parágrafo único, do CC, e art. 2º da Lei nº 1.300, de 28-12-1950).”⁵³ Por outro lado, o art. 1.078 do Código Civil de 1916 previa a aplicação, por analogia, das regras concernentes à cessão de crédito.

Na jurisprudência, a falta dessa autonomia e a opção pela teoria da decomposição revelam-se em decisões que atribuem à cessão de crédito efeito próprio de cessão de contrato:

Civil. Cessão de crédito. Rescisão do contrato que o gerou. A ação de rescisão contratual é de quem participou do contrato – não do cessionário dos créditos decorrentes desse ajuste; acórdão que atribuiu à cessão de crédito efeito próprio de cessão de contrato. Recurso especial reconhecido e provido.⁵⁴

Parte da doutrina também segue essa linha de raciocínio quando afirma a combinação da cessão de crédito e assunção de dívida para formação da cessão contratual⁵⁵ ou mesmo a aplicação analógica das regras atinentes à cessão de crédito⁵⁶.

⁵²“Enquanto isso não ocorre [tipificação da cessão de posição contratual], o que se observa é que os tribunais deverão seguir a tendência de aplicar à cessão da posição contratual as regras atinentes à cessão de crédito e assunção de dívida que, conforme se tentou demonstrar neste trabalho, são negócios jurídicos semelhantes mas distintos.” (DEQUECH, Luciano. A cessão da posição contratual. In: Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.) *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 462.).

Já Hamid Bdine Júnior não concorda que tenha havido opção pela decomposição “na medida em que o fato de admitir recurso às regras da transmissão das obrigações para a cessão da posição contratual não implica, obrigatoriamente, reduzi-la a uma mera somatória da cessão de crédito e assunção de dívida.” (BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 123.).

⁵³BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 181.

⁵⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 97.554-SP, rel. Min. Ari Pargendler. Jul. 25.4.2000.

⁵⁵LOBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 186. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 206-207.

⁵⁶RODRIGUES, Sílvia. *Direito civil: parte geral das obrigações*. 30. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 117. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 447.

Nossos tribunais, entretanto, não ignoram a teoria unitária, que se revela em julgados que, ao visualizar a cessão de contrato como fonte de uma relação jurídica complexa, conferem autonomia à figura. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

Cessão de contrato de arrendamento mercantil. Direitos e obrigações que lhe são anteriores. Cessionário que pleiteia a revisão do contrato. Abrangência das prestações anteriores adimplidas pelo cedente. Legitimidade do cessionário reconhecida. Recurso provido.

A celebração entre as partes de cessão de posição contratual, que englobou créditos e débitos, com participação da arrendadora, da anterior arrendatária e de sua sucessora no contrato, é lícita, pois o ordenamento jurídico não coíbe a cessão de contrato que pode englobar ou não todos os direitos e obrigações pretéritos, presentes ou futuros, inclusive eventual saldo credor remanescente da totalidade de operações entre as partes envolvidas.

A cessão de direitos e obrigações oriundos de contrato, bem como os referentes a fundo de resgate de valor residual, e seus respectivos aditamentos, implica a transferência de um complexo de direitos, de deveres, débitos e créditos, motivo pelo qual se confere legitimidade ao cessionário de contrato (cessão de posição contratual) para discutir a validade de cláusulas contratuais com reflexo, inclusive, em prestações pretéritas já extintas.

A extinção do dever de pagamento da prestação mensal não se confunde com a possibilidade de revisão de cláusulas contratuais, pois esta decorre do direito de acesso ao Poder Judiciário e habilita a parte interessada a requerer o pagamento de diferenças pecuniárias incluídas indevidamente nas prestações anteriores à cessão contratual, pois foram cedidos não só os débitos pendentes como todos os créditos que viessem a ser apurados posteriormente.⁵⁷

No mesmo sentido o E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Agravo de instrumento – Ação de indenização por ato ilícito com pedido de tutela antecipada para a recorrida fornecer carta de liberação do veículo negociado – Liminar não concedida – Cessão de contrato que engloba a totalidade dos direitos e obrigações – Autor que figura como cessionário em ajuste de transferência de quota de consórcio – Pagamento de todas as prestações – Existência de saldo devedor decorrente do atraso do adimplemento das parcelas causado pelo cedente – Dever do recorrente em arcar com o pagamento do aludido quantum – Recurso não provido.⁵⁸

Em contratos do sistema financeiro habitacional, a falta de anuência do credor hipotecário é suprida pelo recebimento das prestações, deixando-se de declarar

⁵⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 356.383-SP, rel. Min. Nancy Andrighi. Jul. 5.2.2002.

⁵⁸SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2001.020022-8, rel. Des. Gastaldi Buzzi. Jul. 6.5.2004.

a nulidade da cessão do contrato. Há nesses casos verdadeira renúncia tácita, nas entrelinhas das quais nossos tribunais reconhecem a função de controle da boa-fé objetiva ao limitar o exercício de prerrogativas individuais.⁵⁹

Sistema financeiro da habitação. Transferência de financiamento. Não intervenção do agente financeiro. Contrato de gaveta. Pagamento integral do mútuo. Situação consolidada pelo lapso temporal. Se a transferência de imóvel financiado, apesar de efetivada sem consentimento do agente financeiro, consolidou-se com o integral pagamento das 180 prestações pactuadas, não faz sentido declarar sua nulidade. Em tal circunstância, os agentes financeiros, que se mantiveram inertes, enquanto durou o financiamento, carecem de interesse jurídico, para resistir à formalização da transferência.⁶⁰

Percebe-se, pois, que a cessão de posição contratual supera a simples concepção de transmissão de riquezas e, em termos mais contemporâneos, pode-se dizer que a cessão da posição contratual ganha foros de “criação de riquezas”⁶¹ potencializando o próprio papel do contrato.

Porém, a adequada compreensão do instituto se faz necessária. Embora a codificação não o tenha mencionado expressamente, é certo que esse negócio subsiste na prática contratual brasileira. Somente a construção crítica de seu conceito, superando os contornos do estreito voluntarismo, permitirá a plenitude do desenvolvimento de seu papel funcional e social, mais adequado com tempos de repersonalização das relações privadas⁶².

Referências

- ANELLI, Franco. Cessione del contrato. *Rivista di Diritto Civile*, ano XLII, n. 2, Padova: CEDAM, p. 261-299, mar./apr. 1996.
- BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

⁵⁹Sobre esse assunto, consultar PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁶⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 355.771-RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Jul. 18.11.2003.

⁶¹“Pode-se identificar muitas vezes, por intermédio da cessão de créditos (bem como da assunção de dívidas e da cessão da posição contratual), autênticas operações de ‘criação de riquezas’ ampliando consideravelmente a função prático-social desse tradicional instituto. As operações de *factoring* representam um exemplo eloquente.” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (coord.). *Direito dos contratos II*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 337-364, p. 363.

⁶²Advirta-se, por fim, que, embora a afirmação possa parecer paradoxal, vez que a cessão advém, justamente, de certa “objetivação” da relação obrigacional, pretende-se por repersonalização a compreensão antropológica do Direito, voltada à consecução das garantias fundamentais.

BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Tradução de: Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DEQUECH, Luciano. A cessão da posição contratual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

DIEZ-PICAZO. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. 5. ed. v. 2. Madrid: Civitas, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FLOUR, Jean-Luc Aubert Jacques. *Les obligations: le rapport d'obligation*. 2. ed. v. 3. Paris: Armand Colin, 2001. (Série Droit Privé)

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: obrigações*. 9. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Atlas, 2008.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato e sua conservação. Lesão e cláusula de hardship*. Curitiba: Juruá, 2008.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOZZO, Débora. Cessão de direitos. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (coord.). *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (coord.). *Direito dos contratos II*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Contrato e mudança social. In: *Revista dos Tribunais*, ano 84, v. 722, São Paulo: RT, dez. 1995.

- MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista de direito do consumidor*, ano 11, v. 43, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Direito das obrigações*. v. 1. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. XXII. Campinas: Bookseller, 2003.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida Editora, 1970.
- _____. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais* (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994.
- PESCATORE, Valério. *Cessione del contratto ed interpretazione*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LIII, Milano: Giuffrè, 1999.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. 30. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Coimbra, 1997.
- TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. v. 2. Coimbra: Almedina, 1996.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2005.

Apontamentos sobre Aspectos da Reforma do Código Civil Alemão na Perspectiva de um novo Arquétipo Contratual

Luiz Edson Fachin

Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Uiara Andressa Brekailo

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Administradora graduada com dupla-diplomação no Brasil e na Alemanha pela FAE Centro Universitário – “Bacharel em Administração” – e pela Faculdade de Münster (Fachhochschule Münster – “Diplom-Betriebswirtin (FH)”).

1 Introdução. 2 Do clássico ao contemporâneo: elementos de uma travessia. 2.1 Modelo formal: aspectos relevantes no pensamento jurídico. 2.2 Superação do modelo formal: breve síntese. 2.2.1 Releitura do princípio da autonomia privada. 2.2.2 Princípios constitucionais. 3 Contratualidade na reforma do BGB. 3.1 Panorama da reforma. 3.2 Reforma e inclusão do §311 (3). 3.3 Jurisprudência: anotações de alguns aspectos relevantes após 2002. 4 Conclusões. 5 Referências

Resumo

O presente trabalho trata da superação do modelo formal de contrato à luz do BGB. Com base em pesquisa doutrinária e das jurisprudências alemã e brasileira, aborda a evolução da teoria contratual, abrange a influência do Direito tedesco no Direito brasileiro e trata da reforma do direito das obrigações na Alemanha em 2002 e da codificação do § 311 (3), com o atual entendimento atinente à relativização do princípio dos efeitos relativos dos contratos, apresentando, como conclusão, a expectativa de novos progressos também no Direito brasileiro, em consonância com as evoluções já ocorridas no Direito alemão.

Palavras-chave: Teoria contratual; Evolução; Relativização dos efeitos dos contratos; BGB.

Abstract

This work deals with overcoming the formal model of contract in accordance with the BGB. Based on research of German and Brazilian jurisprudence and doctrine, discusses