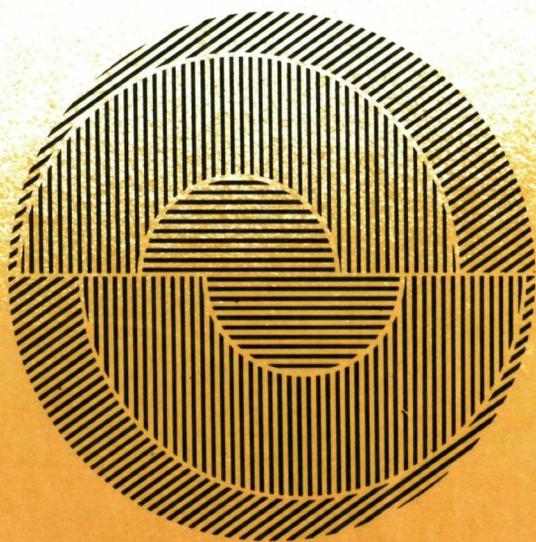


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1988

ANO 25 • NÚMERO 100

# Evolução histórica do instituto da cessão de contratos

ANTONIO DA SILVA CABRAL

Mestre em Direito pela USP

## SUMÁRIO

1. O conceito primitivo do termo *contractus*. 2. Evolução do conceito de *obligatio*. 3. Fórmulas romanas para a cessão de créditos e de dívidas. 4. O instituto da *delegatio*. 5. O instituto da *expromissio*. 6. A cessão mediante a *procuratio in rem suam*. 7. Conceito de procuração em causa própria de acordo com a *interpretatio do Código de Teodósio*. 8. O aparecimento do instituto conhecido como assunção de dívidas. 9. Influência do *Corpus Juris Civilis* no direito moderno. 10. Códigos que aceitam, códigos que não aceitam e códigos que silenciam a respeito da cessão de contratos. 11. Visão do instituto da cessão de contratos no direito brasileiro. Proposta de lege ferenda.

1. O termo *contractus*, elipse da expressão *negotium contractum*, tinha inicialmente, significado bem diverso do que representa atualmente. Para os romanos indicava um acordo, isto é, não um fenômeno baseado na vontade e capaz de criar um vínculo obrigatório entre as partes, como hodiernamente se diz, mas significava o próprio vínculo contratual. A figura que correspondia ao nosso termo *contrato* só apareceu na época pós-clássica, mais precisamente no direito justinianeu, e era chamada de *pactum* (ou *pactio*) ou *conventio*, que supunha o elemento do consenso. No direito clássico era comum a idéia de que o simples pacto não gerava obrigação, de acordo com o princípio *nudum pactum obligationem non parit*.

PAULO, pelo contrário, admitia que todo contrato seria dissolvido por um pacto posterior (*omne pactum posteriore pacto dissolvitur, licet pariat*

*exceptionem*, L. I, Tit. I, 2). ULPIANO, por sua vez, ensinava que *pactum* provém de *pactio*, que é o consenso de duas ou mais pessoas acerca da mesma coisa (*duorum pluriumve in idem placitum consensus*, D. L. II, Tit. XIV, 2). A *conventio*, segundo ele, é palavra genérica que significa os negócios a serem feitos, ou para transigir, cuja raiz *convenire* indica o fato de diversas pessoas virem de vários lugares para se juntarem num só e aí deliberarem sobre alguma coisa. Aqueles que celebram uma convenção, disse ULPIANO, embora movidos por intenções diversas, chegam a um consenso (D. L. II, Tit. XIV, 3 e 4). O *pactum*, por sua vez, era concebido como o contrato celebrado entre particulares, mas que não podia interferir no direito público, segundo a célebre frase de PAPIANO: *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest* (D. L. II, Tit. XIV, 38).

Na Idade Média a palavra *contractus* passou a ter o significado que se aproxima do que o termo tem hoje. Os canonistas se referiram ao *nudum pactum* no sentido de que as pessoas podiam celebrar contratos sem a forma escrita e sem as formalidades de hoje, sendo baseado no respeito pela palavra dada, de acordo com o princípio do *pacta sunt servanda*. Os comerciantes, por sua vez, contribuíram para o desenvolvimento do contrato baseado no consentimento, de acordo com o aforisma *solus consensus obligat*, como se fosse uma sublimação da antiga *stipulatio* da qual se falará mais adiante. A doutrina do direito natural, finalmente, contribuiu decisivamente para o desenvolvimento da idéia da autonomia da vontade que hoje informa os contratos.

Dessa solução surgiu a figura moderna do contrato, baseado no consenso das partes contratantes. O contrato assumiu caráter de vínculo que nasce de acordo com as vontades das partes, com natureza espiritual, e não de acordo com o formalismo dos romanos. Assim, temos, hoje, definição legal de contrato como a fornecida pelo art. 1.321 do Código Civil italiano, no sentido de que "O contrato é o acordo de duas ou mais partes a fim de constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica patrimonial entre as partes".

O contrato é fonte de obrigações que se estabelecem entre as partes. A obrigação poderia ser definida, de modo geral, como a relação jurídica que se estabelece entre duas ou mais pessoas, em razão da qual uma delas, o devedor, fica obrigada a entregar à outra, o credor, uma prestação.

2. O conceito de obrigação também teve seu desenvolvimento através dos tempos até chegar a essa noção de *juris vinculum* que nasce em razão da celebração de um contrato. Nunca é demais ressaltar que os romanos concebiam a obrigação como proveniente do contrato ou do delito (GAIO, D. L. XLIV, Tit. VII 1, e *Institutas*, Comentário, III, 89). No tocante às obrigações provenientes dos contratos, concebiam eles quatro maneiras de estas serem contraídas: quer em razão de coisas materiais (*re*), quer por palavras (*verbis*), quer por meio de escritos (*litteris*) quer pelo simples consentimento (*consensu*), de acordo com o ensinamento de GAIO (loc. cit.): "*Harum au-*

*tem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*".

Esta concepção, é claro, já representou uma evolução com relação ao direito primitivo, em que a obrigação era concebida como um laço de ordem pessoal, que fazia com que a própria pessoa do devedor respondesse pelas dívidas e obrigações contraídas. Por isso é que no *Digesto* a obrigação é descrita como um vínculo de ordem meramente jurídica em virtude do qual alguém está autorizado a exigir algo de nós, quer no sentido de fazer, quer no sentido de dar, de acordo com a célebre definição: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum*. (D. 44, 7). Foi esta idéia que fez com que JUSTINIANO definisse a obrigação do seguinte modo: *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis jura* (L. III, Tit. XIII).

A *stipulatio* romana era a obrigação contraída por meio de palavras. A obrigação verbal, por sua vez, passou por uma evolução, desde a simples troca material de uma coisa por outra (*obligatio re*). A primeira forma de obrigação nascida por meio de coisas trocadas foi a *mancipatio*, que consistia na troca de uma coisa por certa quantidade de metal que era pesado em uma balança (*per aes et libram*). Este mesmo procedimento foi aplicado ao caso em que uma pessoa queria contrair uma obrigação para uma outra. Em troca da soma do dinheiro que o credor oferecia ao devedor em uma balança, este se obrigava ou "ligava" ao credor a sua própria pessoa, figura esta conhecida por *mancipatio*. O vínculo que então se criava era conhecido como *nexum* ou *nexus*, que tinha um caráter pessoal em virtude do qual o devedor ligava sua própria pessoa à pessoa do credor. Mais tarde essa ligação de tipo pessoal foi substituída por outra de caráter espiritual e jurídico, o *vinculum juris*, acima referido. Dentro, ainda, do período em que vigorou a *mancipatio* houve evolução na forma de se contrair a obrigação. A soma de dinheiro foi substituída por uma peça de bronze ou por uma moeda que o credor colocava na balança a fim de obrigar o devedor como se este tivesse recebido tal soma de dinheiro. Nesta época a obrigação passou a ser contraída por palavras (*verbis*) que as partes proferiam e que tinha um caráter sacramental, fazendo nascer o *nexus* entre credor e devedor. Lê-se na Lei das XII Tábuas: *Cum nexum faciet mancipiamque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*. Mais tarde, a solenidade em que se realizava a operação *per aes et libram* seguida de palavras solenes foi substituída por simples palavras e esta foi, portanto, a origem da *stipulatio*, que ensejou o fato de os jurisconsultos afirmarem que a obrigação seria assumida por palavras (*verbis contrahitur obligatio*). Segundo CHARLES MAYNZ (*Cours de Droit Romain*, 4.ª ed., Bruxelles, 1877, v. 2, p. 346), a *stipulatio* (ou *stipulatus*) tinha sua raiz em *stips*, que quer dizer múnus, e que lembra o dinheiro e a balança.

Conforme BIONDI (*Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 463) a *stipulatio* consistia numa pergunta que o futuro credor (*sti-*

*pulator, reus stipulandi*) fazia ao futuro promissor (*reus promittendi*) acerca do futuro cumprimento de determinada prestação, e numa resposta afirmativa por parte deste último, igualmente oral. Por isso, a obrigação nascia das palavras, o que explica a referência feita pelos juristas à *obligatio verbis* e o ato em si era tido como *conceptio verborum*. No fundo a *stipulatio* foi o germe do contrato moderno, fazendo com que autores como MESSINEO encarem o contrato como uma oferta feita por alguém e aceita por outrem. A *stipulatio*, convém lembrar, não era forma de contrato, mas o próprio contrato, pois servia para demonstrar um acordo de vontades por meio de palavras, conforme está dito no *Digesto* (D. 45, 1, 5, 1).

A *stipulatio* era precedida da *sponsio*, que tinha caráter sagrado e era ato solene, no qual era necessário que existisse a palavra, daí por que o verbo *spondeo*, que significa *prometo*. Os acordos eram celebrados debaixo de solenidade em que uma parte perguntava à outra, por exemplo, *centum mihi dari spondes?* (Prometes-me dar cem?); a esta pergunta o futuro devedor respondia: *spondeo*. Pronunciadas estas palavras, a *obligatio* estava nascida.

3. No tocante, porém, à cessão de um contrato, os romanos não conseguiam fazer com que as obrigações pudessem, juntamente com os direitos, passar para outrem. É que admitiram a sucessão em todos os direitos e ações relativos ao patrimônio, quer se tratasse de ações pessoais, quer reais de posse ou de domínio, mas não chegaram a admitir o mesmo fenômeno no terreno das obrigações. Não conseguiram compreender como um *vinculum juris* nascido entre A e B, em razão de um negócio, pudesse vir a atingir C, que é um terceiro. Para eles esse vínculo era pessoal e só poderia ser transferido mediante sucessão universal, por morte de uma das partes. A obrigação se caracterizava pelo seu objeto e pelo sujeito, posto que era pessoal, e a mudança de sujeito importaria em novação.

A substituição de um dos sujeitos da relação contratual era feita por meio da novação. Para ULPIANO a novação é a passagem ou a transmissão de um débito primitivo, de modo que aparece outra obrigação, civil ou natural, isto é, quando por causa da anterior constitui-se nova obrigação, de tal modo que a primeira desaparece; a novação, portanto, deriva de *novo* e significa nova obrigação, de acordo com suas palavras: *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est cum ex precedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimatur, novatio enim a novo nomine acceptit, et a nova obligatione* (D. 46, 2, 1).

Tornava-se difícil para os antigos entender a cessão de contratos, uma vez que a saída de um dos sujeitos da relação contratual implicava a quebra do vínculo que unia os contratantes, conforme dito anteriormente. Nada de estranhar, pois, que GAIO afirmasse: "Por conseguinte, cessa a obrigação

mediante a novação, como se uma coisa que me desses eu promettesse entregar a Tício” (*praeterea novatione tollitur obligatio, velut si quod tu mihi debeas a Titio dari stipulatus sim*). E ULPIANO, por sua vez, afirmava: na hipótese de eu dever alguma coisa, caso outro se comprometa em meu lugar, poderei ficar livre, se tal acontecer em razão da novação; fico liberado por aquele que promete pagar o que devo, ainda que eu assim não o queira (*Quod ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat. . . . liberat autem me is, qui quod debeo promittit, etiam si nolim*, D. 46, 2, 8, 5.º).

A célebre *Lex Poetelia* já deu um passo avante, quando determinou que as dívidas não pesariam mais sobre o corpo do devedor mas sobre seus bens. Por isso PAULO escreveu que “a substância das obrigações não acarreta prejuízo para o nosso corpo, nem escravidão, mas consiste no fato de compelir um outro a dar, fazer ou prestar alguma coisa em nosso favor” (*obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel prestandum*, D. 44, 7, 3).

Isto não significava, porém, que os romanos não se utilizassem da transmissão de obrigações de um contratante para outro. Para isto serviam-se de dois expedientes: um, mediante novação ou liberação do devedor ou do credor da relação obrigacional com a finalidade de criação de outra relação; um segundo, mediante expedientes indiretos a fim de que o credor ou devedor ficasse liberado da prestação ou pudesse passar adiante o seu crédito. No caso da novação, o vínculo jurídico se extinguiu e nos vários expedientes para liberação do credor ou do devedor não havia a saída de qualquer das partes da relação processual. Adiante se voltará a este assunto.

4. Para a transmissão das obrigações e para se conseguir que uma pessoa pudesse tomar o lugar de um dos contratantes usavam eles o instituto da *delegatio*. Num dos “responso” do jurisconsulto PAULO está dito: “PAULO responde: se o credor estipulou com Semprônio com o ânimo de novar, de tal modo que a obrigação deixasse de ser exigida do devedor, o devedor posterior não poderá ficar obrigado sem o consentimento do primeiro com relação às mesmas coisas” (*Paulus respondit, si creditor a Sempronio novandi animo stipulatus esset, ita ut a primo obligatione in universum disceretur, rursum eadem res a posteriore debitore sine consensu prioris obligari non posse*, D. L. XLI, Tit. II, 30). ULPIANO, por sua vez, disse: “*Delegar é dar ao credor outro devedor em seu lugar, ou a quem o credor mandar. A delegação se exterioriza por proposta (stipulatio) ou por contestação judicial (litis contestatio)*”, ou, segundo suas próprias palavras: *Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit. Fit autem delegatio per stipulationem, vel per litis contestationem* (D. 46, 2, 11).

A *delegatio* consistia, pois, em uma pessoa (delegante) conferir o encargo ou convidar outra pessoa (delegado) para que acesse em fazer a um

terceiro (delegatário) uma promessa ou realizasse determinada prestação em nome do delegante. Em sentido mais estrito, a *delegatio* supunha um ato em razão do qual uma pessoa, que era credora de uma e devedora de outra, ordenasse que a devedora passasse a sê-lo de seu credor com prévia anuência deste (cf. FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, in *Diccionario de Derecho Romano*, 2.ª ed., Madrid, Ed. Reus, 1975, p. 185).

Havia *delegatio* passiva sempre que o devedor encarregava um terceiro de exigir a prestação do credor, sempre que se tratava de prestação que poderia ser exigida de outrem; o pagamento feito por terceiro ao credor liberava o devedor. No *Digesto* (D. 46, 3, 56) se lê: *qui mandat solvi, ipse videtur solvere*, pois o que mandava pagar era como se ele mesmo estivesse pagando.

A *delegatio* novativa importava na constituição de uma obrigação nova, na qual um novo devedor ou credor vinha a ocupar o lugar de um precedente. Seria ativa sempre que o credor encarregasse o devedor de prometer a mesma prestação a um terceiro. Seria passiva sempre que o devedor encarregasse um terceiro de prometer a mesma prestação a um credor. Em ambos os casos ocorria a consenso do delegado e do delegatário. Isto porque entre eles começava a existir uma nova obrigação.

Suponha-se que Tício quisesse fazer uma doação a Mévio, o qual por sua vez era devedor de Caio; se Mévio delegar a Tício fazer *donationis causa* a promessa a Caio (que a aceitava) ou que fosse pagá-la, com um único ato e num único pagamento se extinguiria a doação entre Tício e Mévio e se extinguiria a obrigação entre Mévio e Caio (D. 39, 5, 33, 3).

5. Outro instituto conhecido dos romanos era a *expromissio*, definida geralmente como promessa por si ou por outro; promessa ao credor por uma pessoa que se coloca no lugar do devedor para realizar a prestação em seu lugar, sendo, assim, forma de novação em razão da mudança de devedor (D. 46, 2, 8, 5). Em outros termos, a *expromissio* era acordo entre credor e um terceiro, que pagava, sem intervenção do devedor. Como disse ULPIANO: "Se alguém entra em acordo para pagar o que devo, tira-me um direito de ação, a não ser que por minha própria vontade se leve a efeito o acordo; livra-me da obrigação quem se compromete a pagar o que devo, ainda que contra a minha vontade" (*Non tamen, si quis stipuletur, quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur, liberat me is, qui quod debeo promittit, etiamsi nolim*, D. 46, 2, 8, 5).

6. Conforme acentuado acima, não se pode dizer que os romanos não realizavam cessão de créditos ou de direitos. Para isto existia a *procuratio in rem propriam* em razão da qual se constituía a pessoa a quem se queria ceder o crédito procurador em juízo do credor. O credor cedente, valendo-se da faculdade que concedia a lei aos litigantes de se fazerem representar em juízo, dava mandato ao cessionário para este agir contra o devedor ou

receber o crédito, dispensando-o, porém, da obrigação de devolver-lhe aquilo que tivesse recolhido. Neste caso o procurador agia por conta própria, embora em nome do cedente, e por isso mesmo se qualificava como *procurator in rem suam*.

Mediante o expediente da procuração em causa própria o credor, por meio de mandato, conferia ao procurador o poder de exigir do devedor o cumprimento da prestação. Essa prática supunha, evidentemente, que o procurador tivesse um crédito contra o mandante, mas não significava que sempre iria receber esse crédito por meio da procuração em causa própria. O mandatário poderia ver frustrado o seu intento por várias formas como, por exemplo, se o devedor pagasse diretamente ao credor primitivo, burlando a expectativa do procurador, ou, ainda, se o mandante (credor) revogasse o mandato, ou este se extinguisse devido a sua morte. Em todos estes casos, o mandatário não mais poderia recuperar seu crédito.

Para obviar esses males existiam vários remédios. O primeiro era a *denuntiatio*, que era uma espécie de notificação feita pelo credor ao devedor para que este pagasse ao procurador. Tinha por fim impedir que o cedente (credor) intentasse qualquer ação para obter o pagamento, privando o devedor de se libertar.

7. O direito romano foi aceito pelos bárbaros, que, por sua vez, o transmitiram aos povos da Europa em geral. No direito romano comum a cessão de créditos era feita também por meio do instituto da *procuratio in rem suam*. De acordo com a *interpretatio* do Código de Teodósio (2, 12, 1), “uma vez que no tocante às coisas que são possuídas os procuradores podem agir firmemente apenas contra os requerentes e não contra os possuidores, assim no caso das coisas que são exigidas de volta poderá fazer o que requer e o que pede a coisa de volta com relação aos possuidores e procuradores. Aquele que for constituído na qualidade de possuidor e de procurador de qualquer coisa... tem permissão para no caso de exigência da coisa escolher um outro procurador que, se quiser, levará avante a ação na qualidade de possuidor e transmitirá a ação a seus herdeiros e sucessores”.

Ao comentar este trecho da *interpretatio*, GARCIA AMIGO (*La Cesión de Contratos en el Derecho Español*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1964, p. 110) observa que: “Para a cessão de créditos, pois, continua o intérprete utilizando o termo *procuratio*, enquanto que para a sucessão *mortis causa* emprega *transmittere*”. O édito de Teodorico previu duas hipóteses de substituição dos titulares da relação obrigacional por ato entre vivos: o primeiro se referia ao caso em que um terceiro paga o débito fiscal de outro, podendo, neste caso, exigir do devedor que pagou; o segundo, que estabelece, de maneira genérica, que a delegação só poderá ser realizada com o consentimento do devedor, ficando, em tal caso, obrigado com relação ao novo credor (cf. GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 110).

8. Não se pode dizer, outrossim, que os antigos não conheciam o instituto da *assunção de dívidas*, que consiste na cessão de débitos. Nos países do norte da Europa, por influência germânica, além de se utilizar os institutos da *delegatio* (iniciativa do devedor) ou da *expromissio* (sem iniciativa do devedor), apareceram outros institutos. Foi o caso da *Verwandlung des Delübdes* (mutação da promessa) e da *Be* ou *Ueberweisung der Schuld* (assunção de dívida). Sobre esta figura se construiu a figura da *assignatio*, como indicação de pagamento, mas na qual não nascia qualquer vinculação entre o “assignatário” e o “assignado”, nem havia liberação do “assignante”. A *assignatio* passou a ser considerada como subespécie da *delegatio* (cf. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, Atlântida Ed., 1970, p. 133). Tal figura penetrou no Código Civil austríaco de 1811 com o nome de *Anweisung*. O art. 1.400 deste Código prevê a não-liberação do cedente e o art. 1.401 trata da liberação deste, com a mesma feição moderna da assunção de dívidas. O Código Civil alemão passou a fazer distinção entre a *Anweisung* (arts. 783 e ss.), que não produzia a liberação, e a *Schuldübernahme*, em que o cedente é liberado da relação obrigacional, passando esta orientação para o Código Suíço das Obrigações (arts. 466 e ss.).

A instituição da *assignatio* está relacionada com a figura da *Ueberweisung der Schuld*, que não corresponde propriamente ao que hoje chamamos de assunção de dívidas, mas é do tipo de assunção cumulativa. Isto quer dizer que na *assignatio* não há liberação do “assignante”. Com o influxo do direito romano nos países saxônicos a *assignatio* ficou sendo considerada como subespécie da *delegatio* romana, equivalente à delegação imperfeita, isto é, sem a liberação do delegante da relação obrigacional.

A *Anweisung* ou a *assignatio* faz com que a dívida do primitivo devedor continue ao lado da dívida assumida pelo novo devedor. Daí o velho aforisma de que a assunção de dívida não equivale a pagamento (*Anweisung ist keine Zahlung*), formulado em contraposição aos velhos aforismas da Glosa: *delegatio est solutio*, bem como este outro: *in delegatio ne semper inest novatio*. Mas, conforme acentua MOTA PINTO (*op. cit.*, p. 133, nota 1), “tal contraposição não significa, porém, que a *assignatio* ou a *Anweisung*, não sendo uma forma de pagamento e, conseqüentemente, uma novação, seja uma forma de sucessão da dívida. *Anweisung ist keine Zahlung*, no período do direito comum, visto que a dívida do devedor originário subsiste ao lado da obrigação cumulativamente assumida pelo novo devedor e, portanto, não há nenhuma extinção objetiva — como no caso da novação — ou subjetiva — como no caso da sucessão nas dívidas — da obrigação do devedor originário”.

Na Itália surgiu o instituto denominado *accollo* para o fim específico de transmissão de dívidas. A Sacra Rota Romana assim definiu o instituto: “O *accollo* é a sub-rogação no lugar do devedor com os mesmos benefícios e encargos e é a assunção de obrigação alheia.”

9. Mesmo após a queda do Império Romano, o *Corpus Juris Civilis* continuou a influenciar todo o Ocidente. Aos poucos, porém, o mundo dos negócios foi criando dissociação entre a aplicação das normas que os romanos nos legaram e a realidade. No campo específico dos contratos, continuaram a existir a teoria da novação, para a substituição de uma das partes, com base na *expromissio* e na *delegatio* e, de outro, a utilização do estratagema do negócio indireto para se conseguir a substituição da parte com o fim de se evitar a novação. Mesmo na época dos glosadores a tese da intransmissibilidade da obrigação continuou a predominar.

Na época das grandes navegações, com a intensificação do comércio entre os povos, a circulação do crédito começou a se tornar realidade. Desenvolveu-se a prática da utilização de títulos de crédito com a finalidade de se mobilizar a riqueza. Através deles comercializavam-se os bens situados em lugares distantes. A cessão de contrato teve grande desenvolvimento em razão das operações de importação e exportação de mercadorias, em regime de livre concorrência, sobretudo porque a transferência do contrato, sem a transferência física da mercadoria, é expediente muito mais prático e, além disso, porque o cedente se libera da prestação perante o cedido. Na Itália, os comerciantes de cereais se serviram dos chamados *stabiliti*, que eram títulos à ordem anexados ao contrato de compra e venda, emitidos pelo vendedor que se obrigava a entregar a mercadoria ao portador do título que demonstrasse ser o titular, depois de uma série de endossos, de tal modo que o possuidor realizaria a contraprestação correspondente, isto é, pagaria o preço da mercadoria (M. ANDREOLI, *La Cessione del Contrato*, Madrid, 1956, p. 1; idem RAMELA, "La cessione dei contratti", in *Le Società per Azioni*, no artigo intitulado *La cessione dei contratti nel commercio di esportazione*, 1928, p. 29).

Difícilmente se consegue reconstituir a história de um instituto porque antes mesmo de sua aceitação pelo direito a sociedade já o utilizava constantemente. Como se viu, a cessão de contratos surgiu, praticamente, com a própria troca de coisas e durante séculos existiu sob os mais variados aspectos. Só recentemente os códigos se preocuparam com o tema. A razão do pouco caso atribuído à cessão de contratos deve-se ao fato de se utilizar, na prática, o instituto da cessão de créditos unido à novação para preencher a lacuna legislativa a respeito da matéria. Os alemães tomaram a iniciativa de sintetizar o assunto. Os juristas daquele país já perceberam que a cessão de contratos não implica somente na transferência de créditos e débitos. Importa, também, em outro tipo de efeito, como, por exemplo, na transferência de direitos potestativos, de sujeições, de direitos secundários etc., os quais não se transmitem pela simples justaposição de cessão de créditos unida à assunção de dívidas.

Uma das dificuldades encontradas pelos estudiosos da matéria está na concepção romana da impossibilidade de se admitir a sucessão da dívida

e do crédito a título singular. A sucessão foi posta no Código de Napoleão, que teve marcante influência em quase todos os códigos do Ocidente, sob o aspecto da sucessão universal e é esta a razão pela qual países como a França ainda hoje relutam aceitar a sucessão na dívida.

Esquematisando o que já foi dito na doutrina a respeito da transmissão de direitos e obrigações, poderíamos chegar a este quadro:

a) há autores que se apegaram à teoria da intransmissibilidade romana, à maneira dos civilistas franceses, especificamente POTHIER, e entre nós LAFAYETTE (Direito das coisas, § 25), o qual aceitava a consequência extrema de encarar o cessionário como um simples representante do cedente;

b) há os que distinguem o direito, de um lado, e exercício do direito, do outro, para deferir aquele ao cedente e este ao cessionário (MUHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, 1821; *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, n. 2);

c) há autores italianos e alemães que admitem que o cessionário exerce direitos próprios pela transmissão definitiva que a ele se faz de todos os direitos do cedente, sendo esta doutrina defendida entre nós principalmente por LACERDA DE ALMEIDA (*Obrigações*, Porto Alegre, 1897; 2.ª ed., Rio, 1916, § 13 e nota D).

Na Alemanha predominou a doutrina de que a cessão de contratos faz passar para o cessionário todos os direitos e todos os deveres do cedente. A discussão está, somente, em se saber se a transmissão se dá de maneira unitária (H. SIBER — *Die Schuldrechtliche Vertragsfreiheit*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik*, 70 pp. 294 e segs., publicado em 1920) e, de outro, se a transmissão se dá de maneira composta, atomística, isto é, a cessão de contratos importaria numa cessão de créditos e numa transmissão singular de dívidas (H. DEMELIUS, *Vertragsübernahme*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, n.º 72, pp. 242 e segs., publicado em 1922).

10. Em obra sobre este tema GARCIA AMIGO dividiu os Códigos modernos em três categorias: aqueles que admitem expressamente a cessão de contratos; aqueles que a admitem implicitamente e aqueles que se apresentam com configuração dúbia.

A) *Códigos que admitem expressamente a cessão de contratos*. A partir de 1940, certas legislações começaram a reagir positivamente diante das pesquisas feitas pelos estudiosos sobre o instituto. O mais conhecido de todos é o Código Civil italiano, de 1942. Em seu art. 1406 fornece o conceito de cessão de contratos nestes termos: "Cada uma das partes contratantes pode fazer-se substituir por um terceiro nas relações que deri-

vam de um contrato com prestações recíprocas, desde que estas ainda não tenham sido cumpridas, contanto que a outra parte o consinta.”

Portugal também passou a adotar o instituto, no Código Civil de 1967, cujo art. 424 prevê a cessão de contratos à maneira dos italianos, isto é, o contrato há de ser bilateral e o cedido deverá consentir na cessão. O art. 425 foi mais a fundo, estabelecendo a forma de transmissão, a capacidade de dispor e receber, a falta e vícios da vontade e as relações entre as partes etc.

B) *Códigos que admitem implicitamente a cessão.* Enquadram-se, aqui, todos aqueles sistemas que admitem não só a cessão de créditos como a assunção de dívidas, mas sem possuírem uma regulamentação específica para a cessão de contratos.

Esta parece ser a posição da equipe que redigiu o Projeto de Código Civil brasileiro, atualmente em gestação no Congresso, pois incluiu o instituto da assunção de dívidas, que não constava no Código de 1916, ao lado da cessão de créditos. Nesta mesma linha se situam os códigos da Alemanha, da Suíça (1911), da Áustria (redigido em 1807, mas reformado, no ponto que nos interessa, em 1917), da Rússia (de 1922), do México (de 1928).

C) *Códigos em que há lacuna.* Há sistemas que não regulam a assunção de dívidas nem a cessão de contratos. Por outro lado, regulam a cessão de créditos e a sub-rogação. Neste caso, o primeiro problema está em saber se haveria possibilidade de ocorrer a assunção de dívidas em casos particulares. Como a cessão de contratos envolve, também, a transferência de dívida, surge a questão de se saber se tais sistemas admitiriam a própria cessão de contratos. Esta, evidentemente, é questão teórica, pois não se pode desconhecer que também nesses países há diariamente inúmeros casos de cessão de contratos.

Enquanto os países cuja legislação trata expressamente da cessão de contratos estão liderados pela Itália, os países que admitem implicitamente a cessão têm à sua frente a Alemanha, neste terceiro grupo há influência decisiva da França.

A tendência moderna é no sentido de se admitir o instituto da cessão de contratos de maneira expressa. Até mesmo o Código de Napoleão, que representou uma volta às origens romanas, foi obrigado a admitir a cessão de contratos como se vê no seu art. 1.717, que previu a possibilidade de o arrendatário sublocar ou, ainda, de ceder o arrendamento a terceiros, exceto se o contrário tiver sido acordado. O Código Civil brasileiro tem dispositivo semelhante a este (art. 1.201) e quem lê CLOVIS BEVILÁQUA (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 7. tir., ed. histórica, Ed. Rio, 1958, v. 4, p. 308) percebe a dificuldade encontrada por ele para comentar este artigo justamente por não ter aceito a teoria da cessão da posição contratual como instituto autônomo.

A jurisprudência brasileira vem reagindo à sistemática do Código Civil. Cito, a título de exemplo, um julgado do Tribunal de Alçada de São Paulo, no qual se disse: "Não se olvide que a cessão de crédito, expressamente autorizada pelos arts. 1.065 a 1.078 do Código Civil, distingue-se nitidamente da cessão de contrato. Naquela, opera-se apenas substituição do titular ativo ou passivo da obrigação. Na cessão de contrato, ao inverso, envolve-se um complexo, um todo unitário, em que se interligam direitos e obrigações. Como ensina o Prof. DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE (*Contrato*, Cap. XIII, n. 108, p. 239), aí não basta a manifestação de vontades do cedente e do cessionário, tornando-se indispensável o assentimento do co-contratante (credor) do cedente. A cessão será, pois, negócio a três, plurilateral, não apenas bilateral" (Ac. un. da 3.<sup>a</sup> Câm. Civ. do TACSP, de 30-8-61, AC 44.872-SP, Rel. Juiz Cruz Neto, TR, 321:395).

A finalidade deste trabalho consiste em apelar para a sensibilidade dos estudiosos da matéria, a fim de que canalizem sua influência para a introdução no novo código brasileiro, que está por ser apreciado pelo Congresso, do instituto da cessão de contratos.

A criação deste instituto e sua regularização por lei trariam inúmeras vantagens. Algumas dúvidas ainda hoje pairam no momento em que as partes tentam interpretar um contrato. Se a lei previr, por exemplo, que o cedente fica liberado da relação contratual, desaparecerá uma das fontes de dúvidas que hoje trazem sérias conseqüências, pois o cedido quer ter sempre ação contra o cedente. Quando alguém pretende ceder um contrato, deseja, concomitantemente, deixar a posição que ocupa e liberar-se do cumprimento das obrigações que assumiu para com o cedido. Neste caso, é melhor ceder a inteira posição contratual do que simplesmente elaborar uma cessão de créditos, como é comum na prática do dia-a-dia.

A admissão da cessão de contratos auxiliaria na intermediação comercial. Ao invés de comprar mercadorias para vendê-las a um terceiro, cederia o intermediário sua posição contratual e o cessionário passaria a responder diretamente perante o produtor, como acontece na chamada venda de contratos em Bolsa de Mercadorias. Como se sabe, a cessão da posição contratual é largamente utilizada nas exportações, pois com isto se evita toda e qualquer dificuldade relacionada com a tradição da mercadoria.

A adoção do instituto da cessão de contratos de maneira regulamentada haveria de possibilitar vantagens, também, para o cessionário. A cessão de contratos tem grande vantagem com relação ao sistema tradicional da simples cessão de créditos, uma vez que o cessionário passa a responder sozinho perante o cedido, sem sofrer influência do cedente. O comportamento do cedente influencia, e muito, o cessionário nas cessões de créditos, como, por exemplo, no caso da *exceptio non adimpleti contractus*, pois o cedido pode tomar atitudes em relação ao cessionário pelo fato de o cedente não cumprir o contrato. Isto jamais acontecerá com a cessão de contratos.

Passando a ocupar o lugar do cedente, o cessionário receberá certos poderes que não teria mediante simples cessão de créditos. Um desses poderes é o de resolução do contrato no caso de o cedido não cumprir a sua parte. Tal poder não lhe seria dado se apenas tivesse recebido créditos do cedente.

Outra vantagem é com relação aos contratos onerosos, já que o cessionário, passando a ocupar o lugar do cedido, terá direito de pleitear a redução do preço.

11. O âmbito restrito de um artigo não permite maiores considerações acerca da matéria. Tenciono colaborar para a melhoria do projeto do novo código, sugerindo, *de lege ferenda*, as seguintes normas:

11.1 — *Conceito de cessão de contratos*. Embora seja daqueles que entendem dever a lei evitar “definições”, por se tratar de um comando para o comportamento das pessoas e não para a solução de questões escolares, o conceito, neste caso, já envolve um comando. A sugestão é a seguinte: *cessão de contrato é o negócio jurídico que tem por objetivo a transferência por uma das partes (cedente) a um terceiro (cessionário), com a anuência da outra parte (cedido), da posição contratual*.

Entre as muitas considerações que esta definição, ou semelhante, poderia ensejar, dois pontos ficariam incontroversos: primeiramente, a cessão exigiria a anuência da parte que fica na relação contratual; em segundo lugar, consagraria a tese central que embasa o instituto, a saber, não se transferem apenas créditos e débitos, mas a própria relação contratual.

Poder-se-ia, ainda, completar a definição acrescentando-se a referência ao “contrato bilateral” e ao fato de o contrato ainda não ter sido cumprido, na mesma linha do Código Civil italiano, em cujo art. 1.406 se lê: “cada parte poderá fazer-se substituir por um terceiro nas relações provenientes de um contrato com prestações recíprocas, desde que estas ainda não tenham sido exigidas e desde que a outra parte dê sua anuência.”

11.2 — *Requisitos da cessão de contratos*. Para que haja cessão de contrato são necessários certos requisitos, tais como:

11.2.1 — que o contrato a ser cedido seja bilateral, exigindo, portanto, que cada uma das partes contratantes seja, ao mesmo tempo, credora e devedora da outra;

11.2.2 — qualquer uma das partes poderá proceder à cessão, uma vez que predominam no contrato o princípio da autonomia da vontade e o princípio da igualdade das partes;

11.2.3 — anuência da outra parte, já que o contrato é vínculo que liga a vontade de uma das partes à da outra;

11.2.4 — o contrato a ser transferido não estar extinto, nem suas cláusulas completamente cumpridas.

11.3 — *Forma de cessão de contratos*. Sobre este tema várias observações se tornam importantes:

11.3.1 — quanto à anuência do cedido, a cessão de contratos poderá ser efetuada:

- a) com prévia anuência da outra parte;
- b) com anuência posterior.

Embora a outra parte tenha que dar seu consentimento, nada impede que já ao se estipular o contrato este ponto seja previsto. Isto permitiria, até, que o contrato pudesse circular como se fosse um título de crédito, por meio de endosso, tendo-se em vista a agilização que certos tipos de operações estão a exigir.

Se o consentimento do outro contraente já estiver previsto no contrato ou mesmo for decorrente de lei, a cessão de contratos só produzirá efeitos após a ciência do cedido. Com esta norma se evitaria o problema do tempo dos romanos, a saber, o contratante pagar à outra parte e o cessionário vir a pagar a mesma quantia novamente.

11.3.2 — Quanto à vontade das partes, a cessão de contratos poderá operar-se:

- a) por convenção celebrada entre as partes;
- b) por imposição legal.

Nada mais justo, por exemplo, que um mutuário do SFH possa ceder seu contrato para um terceiro, desde que obedecidos certos requisitos, por simples endosso do contrato celebrado com a financeira.

11.3.3 — Quanto à liberação do cedente, a cessão poderá ser:

- a) com liberação completa do cedente em relação ao cedido;
- b) sem liberação do cedente, cuja responsabilidade torna a surgir caso o cessionário não cumpra as obrigações assumidas;

c) mediante endosso de um documento no qual constem todos os elementos do contrato.

O Código Civil italiano foi pioneiro nesta questão, prevendo seu art. 1.407 que se todos os elementos do contrato constarem de um documento no qual se insere a cláusula à ordem, ou semelhante, a circulação do documento produzirá a substituição do cessionário na posição do cedente. É a aplicação da doutrina da circulação de créditos, no sistema cartular, que foi aplicado à relação contratual em si mesma.

11.4 — *Regime jurídico da cessão de contratos.* Entendo que deverá valer a mesma regra do Código Civil português (art. 425.º), a saber, as relações entre as partes devem obedecer às normas que regulam o tipo de negócio que serve de base à cessão. Diz o referido dispositivo: “A forma de transmissão, a capacidade de dispor e de receber, a falta e vícios da vontade e as relações entre as partes definem-se em função do tipo de negócio que serve de base à cessão.”

11.5 — *Relação entre cedente e cessionário.* A primeira consequência da cessão se resume na substituição do cedente pelo cessionário, de tal modo que este venha a ocupar a mesma posição que antes era ocupada pelo cedente. É nisto que consiste exatamente a cessão de contratos.

A cessão se opera pela *traditio*. O meio de transmissão de coisas móveis, no direito pátrio, é a tradição da coisa. Na teoria da cessão de créditos o art. 1.070 do Código Civil atual determina que, se ocorrerem várias cessões do mesmo crédito, prevalece a que se completar com a tradição do título de crédito cedido. É evidente que a cessão de contratos não significa a simples tradição do instrumento de contrato, mas da posição contratual, de tal modo que a tradição, no caso, poderá ser por endosso no contrato-base, se for o caso, ou por negócio jurídico, em separado.

O cedente deveria ficar obrigado a entregar ao cessionário todos os documentos que têm relação com o contrato-base como, por exemplo, os títulos que receberam os créditos do contrato que está sendo cedido.

O Projeto de Código Civil já prevê, no art. 422, a necessidade de as partes envolvidas agirem de boa fé, quando afirma: “Os contraentes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé”. A mesma regra poderia ser invocada para a cessão de contratos. Por isso mesmo, a primeira garantia a ser dada pelo cedente é a da existência do contrato-base, pelo simples fato de que não se cede o que não se tem. Além do mais, conforme dito acima, o contrato a ser cedido não pode estar totalmente cumprido. Com razão o art. 1.410 do Código Civil italiano quando afirma: “O cedente está obrigado a garantir a validade do contrato.”

Entre a parte que se retira da relação contratual e o terceiro que ingressa nessa mesma posição, alguns requisitos devem ser observados, principalmente os seguintes:

1.º — o cedente é responsável pela existência e validade do contrato e pela própria posição contratual que pretende transmitir;

2.º — qualquer garantia que o cedente se comprometa a dar, mesmo depois de deixar a relação contratual, deverá ser convencionada;

3.º — caso o cedente assuma a obrigação de cumprir o contrato, ao lado do cedido, sua garantia será fidejussória em relação ao contraentecedido.

11.6 — *Relações entre cedente e cedido*. Dever-se-á observar o seguinte:

11.6.1 — por princípio, o cedente fica livre de cumprir as obrigações que tinha em relação ao cedido, desde o momento em que ocorrer a sucessão pelo cessionário;

11.6.2 — se ficar assentado que o cedente não deverá ficar liberado de todo das obrigações assumidas, poderá agir contra ele, quando o cessionário não cumprir o contrato, na mesma linha do que ficou estabelecido, portanto, no art. 1.408 do Código Civil italiano. Neste caso, o cedido deverá cientificar o cedente sobre o inadimplemento do cessionário dentro de quinze dias a partir da sua ocorrência;

11.6.3 — torna-se necessário que haja consentimento do cedido a fim de que a cessão se realize. Esse consentimento poderá ser anterior ao negócio jurídico ou no momento da cessão. Nos casos em que a própria lei previr a cessão, a transferência ocorrerá sem que se peça a anuência do cedido, pois supõe-se que ele já tenha celebrado o contrato ciente de que a outra parte estaria autorizada por lei a proceder à transferência do contrato sem seu consentimento no momento da transmissão.

11.7 — *Relação entre o cedido e o cessionário*. A respeito desta matéria deverão ser observados os seguintes requisitos:

11.7.1 — o cedido tem o direito de opor ao cessionário as exceções provenientes do contrato;

11.7.2 — o cedido não poderá opor ao cessionário as exceções baseadas em outras relações com o cedente, que não as provenientes do contrato, a não ser que tenha convencionado o contrário.

Com esta colaboração espero ter chegado ao ponto mais avançado da teoria da cessão de contratos. Um código moderno não se pode furtar ao trabalho de definir e regular instituto que surge, agora, mais que nunca, amparado pela maioria da doutrina a qual se reporta não a mera cessão de créditos ou a assunção de dívidas mas à cessão da própria posição contratual.