

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

César Malcon

**CESSÃO DE CRÉDITOS E DISTINÇÕES EM RELAÇÃO À
CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL**

Porto Alegre

2014

CÉSAR MALCON

**CESSÃO DE CRÉDITOS E DISTINÇÕES EM RELAÇÃO À
CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em cumprimento de requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Fabiano Menke

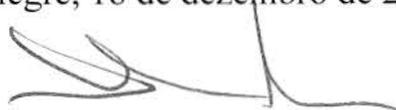
Porto Alegre

2014

ATA
Defesa do Trabalho de Conclusão do Curso 2014/2

Aos dezoito dias do mês de dezembro do ano de dois mil e quatorze, na Sala dos Professores, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, às 11h00min, reuniu-se a Comissão, composta pelos Professores **Fabiano Menke, Domingos Sávio Dresch da Silveira e Lisiane Feiten Wingert Ody**, sob a presidência do primeiro, na qualidade de orientador, arguirm o Acadêmico, **CÉSAR MALCON**, para o fim de avaliação da Monografia de Conclusão de Curso, delegada pela decisão do Conselho da Unidade da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, conforme ata nº 04/2003, de 18-06-2003, o trabalho de título “**CESSÃO DE CRÉDITOS E DISTINÇÕES EM RELAÇÃO À CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL**”, foi apresentado à Comissão Examinadora que arguiu o Acadêmico. Após, a banca reuniu-se para deliberação e, reabertos os trabalhos, a comissão tornou público que foi atribuído o conceito “**A**”. Nada mais havendo a tratar foi encerrada a sessão e lavrada a presente ata, a qual segue assinada pelo presidente e membros da Comissão.

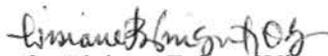
Porto Alegre, 18 de dezembro de 2014



Prof. Fabiano Menke
Presidente da Comissão.



Prof. Domingos Dresch da Silveira
Membro da Comissão.



Prof. Lisiane Feiten Wingert Ody
Membro da Comissão.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 CESSÃO DE CRÉDITO	9
1.1 OBRIGAÇÃO E CRÉDITO.....	9
1.2 A TRANSMISSIBILIDADE DAS OBRIGAÇÕES	11
1.3 ADMISSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO NUM DOS PÓLOS DA RELAÇÃO JURÍDICA, SEM ALTERÁ-LA	16
1.4 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE.....	17
1.5 ABSTRATIVIDADE E CAUSALIDADE NA CESSÃO DE CRÉDITO.....	19
1.6 POSSIBILIDADE JURÍDICA	25
1.7 ACESSÓRIOS DO CRÉDITO.....	30
1.8 INSTRUMENTO DA CESSÃO	31
1.9 NOTIFICAÇÃO E EFICÁCIA EM RELAÇÃO AO DEVEDOR	32
1.10 PLURALIDADE DE CESSÕES DO MESMO CRÉDITO	37
1.11 DIREITOS E DEVERES DO DEVEDOR, CEDENTE E CESSIONÁRIO.....	38
2 CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL E DISTINÇÕES EM RELAÇÃO À CESSÃO DE CRÉDITO	59
2.1 CONTRATO E VALOR ECONÔMICO DA POSIÇÃO CONTRATUAL.....	59
2.2 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS	61
2.3 A TRANSFERÊNCIA DA POSIÇÃO CONTRATUAL.....	64
2.4 CONCEITO DE CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL.....	67
2.5 DISTINÇÃO EM RELAÇÃO A OUTROS INSTITUTOS.....	69
2.6 NATUREZA JURÍDICA E DISCIPLINA NO DIREITO BRASILEIRO	72
2.7 ADMISSIBILIDADE, PARTES E OBJETO DA CESSÃO	74
2.8 POSSIBILIDADE JURÍDICA	80
2.9 OBRIGAÇÕES DURADOURAS OU INSTANTÂNEAS E CORRESPETIVIDADE ..	85
2.10 EFICÁCIA.....	86
CONCLUSÃO.....	89
REFERÊNCIAS	93

INTRODUÇÃO

A presente monografia examina os institutos da cessão de crédito e da cessão de posição contratual, bem como suas distinções no âmbito do Direito Civil brasileiro. A cessão de crédito já era prevista no Código Civil anterior e hoje é disciplinada nos artigos 286 a 298 do atual Código Civil. Diversamente, a cessão de posição contratual nunca foi regulada pelo legislador brasileiro, mas é admitida no nosso direito e na maioria dos sistemas jurídicos, tendo por fundamento a autonomia privada.

A distinção se mostra relevante. Na cessão de crédito é dispensada a anuência do cedido para a eficácia translativa do crédito, embora a notificação se faça necessária para a eficácia da cessão sobre o devedor, enquanto na cessão de posição contratual se transmite um conjunto de obrigações, substituindo a figura de um dos contratantes, o que exige a anuência do outro contratante originário, que não pode ser obrigado a contratar contra sua vontade.

Na primeira parte tratamos da cessão de crédito, iniciando com um histórico do instituto e de sua correlação com a concepção histórica de obrigação, a ele intimamente ligada, para depois analisarmos as principais características e eficácias do negócio jurídico de cessão de crédito. O crédito como direito subjetivo integrante do patrimônio do credor, e por isso passível de alienação, foi conquista recente do direito civil. Há milhares de anos, o Direito Romano já se deparava com a necessidade dos credores de transferir sua posição jurídica, notadamente a posição do credor, como um bem em seu patrimônio. Porém, o firme entendimento de que a obrigação consistia em situação jurídica pessoal, capaz de vincular a própria pessoa do devedor, pessoalmente responsável pelo adimplemento, impedia fosse admitida a alteração num dos polos daquela relação. A vinculação da própria pessoa do devedor, passível de submissão à escravidão ou à morte mediante execução pessoal em caso de inadimplemento poderia significar, em caso de cessão de crédito, na substituição de um credor mais clemente por outro mais rigoroso, com nítido agravamento da posição do devedor.

Quando se passou a executar o patrimônio do devedor, com a noção de elemento patrimonial no vínculo obrigacional, começou-se a admitir a sucessão universal do herdeiro nos créditos do falecido, mas continuava não admitida a sucessão de crédito a título singular, entre pessoas vivas. As necessidades sociais, no entanto, levaram os romanos a buscarem

institutos diversos que pudessem atender parcialmente aos interesses dos credores em ceder seus créditos a terceiros. A novação da obrigação original foi uma dessas soluções, mas exigia consentimento do devedor e acarretava extinção das garantias e privilégios originais do crédito. O mandato em causa própria foi uma evolução nesse sistema, que permitia ao terceiro, mandatário, cobrar a dívida em seu próprio nome frente ao devedor, dispensando a anuência do devedor, conservando os acessórios do crédito e suas garantias, mas ainda com inúmeros outros inconvenientes derivados da manutenção do credor originário na relação obrigacional. A morte do mandante ou do mandatário extinguiu o mandato. Como o mandatário não era credor, seus herdeiros ficavam sem qualquer direito de cobrar o crédito. O mandante poderia cobrar do devedor, liberando-o da obrigação, mesmo após celebrado o mandato, ou remitir a dívida, novar o crédito, revogar o mandato, prejudicando o mandatário. A *actio utilis* trouxe mais segurança ao terceiro que cobraria o crédito em nome próprio, mas o credor permanecia o mesmo, e legitimado a cobrar o mesmo crédito com efeito liberatório para o devedor. Posteriormente, com a *denuntiatio*, notificação do devedor, este efeito liberatório somente poderia ser obtido pelo pagamento ao terceiro, titular da *actio utilis*.

Todos esses mecanismos jurídicos foram apenas parcialmente satisfatórios, nenhum deles de fato promovendo a substituição do credor no polo ativo da relação. Somente após a superação da visão do crédito como vínculo jurídico pessoal, após nova fundamentação teórica no âmbito do direito das obrigações, o direito alemão no século XIX veio a admitir a substituição do polo ativo da relação jurídica obrigacional, e a cessão de créditos, com substituição do credor sem alteração na relação jurídica.

No Brasil, o Código Civil de 1916 já admitia e disciplinava a cessão de créditos, o que se manteve no Código Civil de 2002, como um negócio jurídico de transmissão. Discute-se a natureza causal ou abstrata desse negócio, com base na doutrina brasileira, na separação relativa entre os planos obrigacional e real no direito brasileiro, adotada pelo legislador em inúmeros dispositivos do Código Civil em vigor.

Com base na doutrina e jurisprudência, analisam-se as cessões de crédito vedadas em nosso ordenamento, o instrumento da cessão, os direitos e deveres de cedente, cessionário e devedor, o que se pode entender por existência do crédito no momento da cessão e quais acessórios são com ele transmitidos. Não são objeto do presente estudo as formas cambiais de transferência de crédito, por meio do endosso.

Na segunda parte, distinguimos a cessão de crédito da cessão de posição contratual, esta não positivada no direito brasileiro, mas reconhecida internacionalmente e admitida na jurisprudência pátria tendo como fundamento a autonomia da vontade, que no direito privado se expressa pela autonomia contratual, abrangendo a liberdade de celebrar contratos inominados, não tipificados pelo legislador.

Analisa-se as principais características da cessão de posição contratual, com as distinções pertinentes em relação ao instituto da cessão de crédito. Tratando-se de um negócio jurídico mais abrangente, em que é transmitida uma posição contratual complexa, com todos os direitos, deveres, créditos, obrigações, ações e exceções, a cessão de posição contratual não se opera pelo mero ajuste entre cedente e cessionário, como na cessão de crédito, mas exige obrigatoriamente a participação do cedido, que deve consentir com a cessão.

Ao tratarmos dos direitos e deveres dos contratantes e da eficácia do negócio de cessão de posição contratual, são apontadas as distinções mais importantes em relação à cessão de créditos, com breve menção a alguns outros institutos afins que merecem diferenciação e situações atípicas que requerem estudo do caso concreto para sua correta identificação.

O trabalho expõe primariamente as linhas de raciocínio da doutrina brasileira, com algumas citações de autores de outras nacionalidades, em virtude de a cessão de posição contratual não ter sido regulada pelo legislador brasileiro. Paralelamente ao estudo doutrinário dos institutos, os tópicos abordados são ilustrados com jurisprudência dos principais tribunais brasileiros acerca dos aspectos mais relevantes.

O principal pressuposto teórico no estudo da transmissão das obrigações, em especial da cessão de crédito e da cessão de posição contratual, é o de que estamos no campo da autonomia da vontade, sendo livre às partes convencionarem a transmissão do crédito ou da posição quando a natureza da obrigação o permitir, desde que inexista vedação legal ou convenção entre as partes originais proibindo a cessão (*pactum de non cedendo*). Em qualquer caso, estão sempre presentes os demais deveres contratuais, notadamente os decorrentes da boa-fé objetiva.

1 CESSÃO DE CRÉDITO

1.1 OBRIGAÇÃO E CRÉDITO

A noção jurídica de obrigação é essencial ao entendimento do fenômeno da transmissibilidade das obrigações. A palavra obrigação, com origem no latim *ob + ligatio*, revela como elemento central o vínculo, ideia que foi incorporada na definição clássica das *Institutas* de Justiniano e eternizou-se a partir de então.¹

Segundo essa clássica definição presente no *Corpus Juris Civilis*, que nos legaram os antigos, *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura* (obrigação é o vínculo jurídico pelo qual ficamos adstritos à necessidade de solver uma coisa, em conformidade com as normas jurídicas de nossa cidade).²

A definição de obrigação pela referência ao vínculo jurídico é, portanto, bimilenar, algo bastante compreensível tendo em vista que somente recentemente surgiram as modernas noções de situação jurídica e de relação jurídica.³

Situação jurídica é uma noção mais ampla, abrangendo toda e qualquer situação da vida real regulada pelo direito em todas as suas formas de manifestação, seja especificamente em relação a pessoas, seja quanto à posição de pessoas em relação a coisas. As situações podem ser unissubjetivas e plurissubjetivas, mas somente as últimas distinguem-se por serem vínculos estabelecidos entre duas ou mais pessoas.⁴

Relação jurídica é um vínculo em situações que envolvem duas ou mais pessoas e lhes confere poderes e deveres juridicamente exigíveis com vistas ao alcance de certas finalidades. São, na verdade, situações jurídicas que se distinguem por serem vínculos estabelecidos entre duas ou mais pessoas.⁵

¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, nº 42, 2005. p. 134-135.

² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 30.

³ *Ibidem*, p. 30.

⁴ *Ibidem*, p. 29.

⁵ *Ibidem*, p. 29-30.

A ideia de relação jurídica tem a característica de ser mais restrita, mas como ainda é perfeitamente capaz de identificar a obrigação, oferece-nos uma noção mais precisa e delimitada, sendo, em razão disso, preferível a sua adoção na conceituação de obrigação quando comparada às ideias de situação e de vínculo jurídico.⁶

Assim, podemos definir *obrigação* como relação jurídica em que uma pessoa pode exigir uma dada prestação de outra pessoa com a finalidade de satisfazer a um interesse seu. Embora alguns utilizem a expressão direito de crédito para se referir ao lado ativo da obrigação, as expressões *obrigação* e *direito de crédito* são sinônimas, abrangendo ambos os lados dessa relação. O *crédito*, por sua vez, constitui apenas o lado ativo da relação, o direito subjetivo do credor a uma prestação.⁷

Credor vem do latim *creditor*, aquele que crê, que confia no compromisso assumido pelo devedor.⁸

A palavra crédito tem ainda outra acepção, essencialmente econômica, encontrada em expressões como *operação de crédito*, *crédito ao consumidor*, *título de crédito*, para designar a troca de uma prestação atual por outra futura.⁹

A transferência de um título de crédito por meio do endosso não se confunde com a cessão de crédito civil. Cada endosso se dá no âmbito de um novo negócio jurídico e constitui uma declaração unilateral de vontade que exige a forma escrita, mediante assinatura no verso do título de crédito, um título com a cláusula à ordem. O título de crédito sujeita-se ao direito cambiário, respeitando à Lei Uniforme de Genebra, confere ao seu detentor o direito nele literalmente inscrito (literalidade), que só é exercido mediante posse do título (cartularidade). O título de crédito nasce para circular, essa é sua natureza, e por isso não pode o emitente proibir sua circulação. A fim de atender à sua finalidade de potencializar o crédito e as relações comerciais, dinamizando a economia, conferiu-se segurança ao endossatário que recebe o título. Por isso, toda a cadeia de endossantes que o antecedeu responde solidariamente pelo crédito nele literalmente inscrito, independentemente de vícios nos negócios jurídicos entre participantes anteriores (direito autônomo), vedando-se a oposição de exceções pessoais do devedor. Confere-se assim mais segurança àquele que recebe os títulos

⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31-33.

⁷ *Ibidem*, p. 30.

⁸ *Ibidem*, p. 36.

⁹ *Ibidem*, p. 33.

de crédito. Ao contrário do que veremos na cessão de crédito, no endosso de um título de crédito o endossante responde solidariamente pela solvência do crédito nele inscrito. Na cessão civil de crédito, a regra é o cedente apenas responder pela existência do crédito no momento da cessão, mas o acordo entre as partes pode atribuir responsabilidade ao cedente pela solvência do devedor. Verifica-se, portanto, que o instituto da cessão de créditos, do direito civil, e endosso para a transferência de títulos de crédito, regulado pelo direito cambiário, são inconfundíveis. Os institutos possuem natureza jurídica própria, forma de constituição e efeitos distintos.

Como visto, por muito tempo a definição de obrigação permaneceu ligada à ideia de vínculo jurídico. Em razão disso, as mudanças nas características do conceito de vínculo jurídico ao longo da história afetaram consideravelmente a compreensão sobre obrigação. A evolução do conceito de vínculo jurídico foi essencial à compreensão do longo processo histórico através do qual foi possível chegarmos a admitir a transmissibilidade das obrigações e, nesse âmbito, a transmissão do crédito de um sujeito de uma relação obrigacional a um terceiro.¹⁰

1.2 A TRANSMISSIBILIDADE DAS OBRIGAÇÕES

As mais primitivas origens do vínculo obrigacional eram de cunho mágico e religioso, com a ideia de punição divina contra quem não respeitasse os efeitos daquele rito de ligação realizado perante a divindade.¹¹

No Direito Romano, o vínculo jurídico caracterizava-se pela natureza personalíssima, dentro da qual não se concebia a existência de um mecanismo jurídico para a transmissão de crédito a título singular,¹² algo que iria de encontro à concepção vigente, de que “*i diritti di credito non sono trasferibile da persona a persona a titolo particolare*”,¹³ em virtude de as pessoas do credor e do devedor serem essenciais à manutenção do vínculo obrigacional.

¹⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, nº 42, 2005. p. 134-135.

¹¹ GAUDEMET, Jean. *Naissance d'une notion juridique. Le débuts de l'obligation dans le droit de la Rome antique*. In: Archives de philosophie du droit: l'obligation. Paris: Dalloz, 2000. p. 27.

¹² KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Calouste-Gulbekian, 1999. p. 304.

¹³ ASTUTI, Guido. *Cessione dei crediti*. In: Enciclopédia del diritto. Tomo VI. Milão: Giuffrè, 1960. p. 806.

A vinculação da própria pessoa do devedor, passível de submissão à escravidão ou à morte mediante execução pessoal se houvesse inadimplemento, poderia significar, em caso de cessão de crédito, a substituição de um credor mais clemente por outro mais rigoroso, com nítido agravamento da posição do devedor. Nesse contexto, alterações no elemento pessoal constituinte do polo ativo ou passivo da obrigação resultavam na alteração da própria relação jurídica, e dependiam, devido ao formalismo que as caracterizava, da repetição de fórmulas rituais solenes pré-fixadas.¹⁴

Tal noção de obrigação, com a pessoalidade do vínculo jurídico da época, explica porque o Direito Romano não concebia a cessão de créditos como hoje a conhecemos. O direito das coisas era intimamente ligado à organização política e social, enquanto o direito de família era estreitamente ligado aos aspectos morais valorados pela sociedade. Em razão disso, dizia-se que o direito das coisas e o direito de família refletiam as mudanças ocorridas em cada época e lugar de modo quase imediato.

Por outro lado, o direito das obrigações, na visão de importantes autores, ficaria cristalizado pela lógica formal e por princípios de justiça natural, explicando inclusive a facilidade evidenciada nos processos de unificação dos princípios de direito das obrigações, assim como nos projetos de uniformização e unificação dos contratos. Entendia-se, portanto, que o direito das obrigações seria um ramo do direito privado com estruturas e funções bastante estáticas, resistentes ao dinamismo da economia. Diversos autores modernos, como Giorgi e Gaudemet identificaram e criticaram o pré-julgamento segundo o qual haveria imutabilidade, ou estabilidade, nas relações jurídicas de natureza obrigacional, que seriam responsáveis pela aparente assimetria entre o direito das obrigações e o meio social, o dinamismo social, político e econômico da sociedade, ao contrário do que ocorreria com o direito das coisas e o de família, ambos bastante dinâmicos e estreitamente ligados às mudanças experimentadas pela sociedade.¹⁵

Quando foi introduzido o sistema de execução do patrimônio do devedor, incluindo-se o elemento patrimonial no vínculo obrigacional, começou-se a admitir a sucessão universal do

¹⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Cessão de créditos*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 25.

¹⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, nº 42, 2005. p. 133-134.

herdeiro nos créditos do falecido, mas continuava não admitida a sucessão de crédito a título singular, entre pessoas vivas.¹⁶

No entanto, percebe-se que os romanos identificaram as vantagens negociais da cessão de créditos e buscaram soluções às necessidades da época, através de outros institutos, como a *novatio* (novação) e o *mandatum in rem suam* (mandato em causa própria).¹⁷

Embora mantendo a noção de obrigação como vínculo jurídico pessoal, as necessidades econômicas impuseram a busca de mecanismos que, enquanto compatíveis com o sistema, permitissem atender, ainda que parcialmente e com inúmeros inconvenientes, aos interesses de transmissão das obrigações.

A novação, por exemplo, extinguia a obrigação anterior e criava uma nova, mas acarretava o inconveniente de se extinguirem os privilégios e as garantias, bem como de se fazer necessário o consentimento do devedor, o qual invariavelmente poderia buscar benefício próprio em troca dessa aceitação.¹⁸

A *novatio* (novação) era um meio indireto de obter os resultados de uma cessão de crédito, através da *stipulatio*, mecanismo muito trabalhoso e formal. Foram essas dificuldades que levaram os romanos a buscarem um mecanismo mais simples, a *procuratio in rem suam* (procuração em causa própria), por meio da qual o credor continuaria vinculado, mas que permitia ao *procurator* agir em nome próprio na cobrança da dívida, sem qualquer dever de prestar contas ao mandante.¹⁹

As vantagens em relação à novação eram a desnecessidade de consentimento do devedor, a conservação de todos os acessórios e garantias do crédito, a não liberação do devedor do estado de mora e dos seus efeitos.²⁰

Diferentemente da *novatio*, o *mandatum in rem suam* consistia em uma solução processual adaptada ao processo formular através da qual o credor, que era o polo ativo da

¹⁶ HAICAL, Gustavo. *Cessão de crédito: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 13-14.

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. XXIII. p. 247-248.

¹⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Cessão de créditos*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 26.

¹⁹ POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de los contratos: tomo I – Tratado Del contrato de venta*. Tradução espanhola da edição francesa do *Traité du contrat de vente* de 1824. Buenos Aires: Atalaya, 1948. p. 271-273.

²⁰ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 247-251.

relação obrigacional, outorgava poderes de representação em causa própria a uma terceira pessoa, com vistas a obter, mediante uma *actio*, o produto da cobrança de seu crédito.²¹

No Direito Clássico mais desenvolvido, os vários tipos de *procuratio* estavam sob o regime do *mandatum*.²² Na *procuratio in rem suam*, que era um tipo particular de *procuratio ad litem*, o titular do direito indicava a pessoa a quem desejava que fosse transferida a obrigação como seu *procurator* para demandar em seu próprio nome.²³ Isso não era, no início, completamente satisfatório, pois mesmo quando o *procurator* houvesse entregue uma compensação (equivalente ou pagamento), o *mandatum* poderia terminar pela morte ou desejo do mandatário.²⁴ As modificações posteriores, embora tenham trazido melhorias à condição do mandatário, não modificaram o conceito de *mandatum*, pois, mesmo durante a época de Justiniano, quando extinto o mandato através de uma das formas acima descritas, o mandatário recebia somente uma *actio utilis*, não a ação contratual simples.^{25 26}

O credor podia outorgar a outra pessoa o direito de exercer, processualmente, o direito, a pretensão e a ação relativas ao seu crédito através do *mandatum ad agendum*, por meio do qual o outorgado, chamado de *cognitor* ou *procurator*, poderia obter sentença em seu nome para iniciar o procedimento executivo, com incursão nos bens do devedor.²⁷

Importante observar que, mediante esse instrumento do *mandatum in rem suam*, o credor continuava sendo a mesma pessoa até a conclusão do pleito (*litis contestatio*), não havendo qualquer alteração no polo ativo da relação jurídica obrigacional.²⁸

O grande inconveniente desse mecanismo era que o *procurator* somente adquiria o crédito após a *litis contestatio*. Antes disso, o outorgante continuava na posição de credor e mantinha poderes para exigir o crédito do devedor ou extingui-lo mediante remissão da dívida ou novação, com claro prejuízo ao mandatário, enquanto o devedor poderia pagar ao outorgante com eficácia liberatória.²⁹

²¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Cessão de créditos*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 26-27

²² WATSON, Alan. *Contract of mandate in Roman Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961. p. 86.

²³ *Ibidem*, p. 86.

²⁴ *Ibidem*, p. 86.

²⁵ *Ibidem*, p. 86.

²⁶ ASTUTI, Guido. *Cessione dei crediti*. In: Enciclopédia Del diritto. Tomo VI. Milão: Giuffrè, 1960. p. 807.

²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. XXIII. p. 247-248.

²⁸ *Ibidem*, p. 247-251.

²⁹ *Ibidem*, p. 247-251.

Além disso, o credor originário poderia revogar o mandato, e tanto a morte do mandante como a do mandatário eram suficientes para extinguir o mandato e frustrar o objetivo negocial pretendido pelos contratantes.³⁰

A insegurança em razão da possível revogação do mandato ou da morte do mandante foi corrigida através da *actio utilis*. O credor originário atribuía essa ação a um terceiro, que cobraria o crédito em nome próprio, deixando de haver representação processual por *cognitor* ou *procurator*. Não se transferia o crédito nem a ação ao outorgado, atribuía-se a ele um ação. Portanto, o outorgante permanecia com sua ação contra o devedor, e agora também o outorgado, ambos legitimados para a cobrança do mesmo crédito. O devedor poderia pagar ao credor originário, liberando-se da obrigação. Nesse caso, a *litis contestatio* se estabelecia entre devedor e credor originário, e a *actio utilis* do outorgado tornava-se ineficaz.³¹

Quando, por fim, chegava-se ao final da lide, ao invés de uma substituição do sujeito ativo da relação jurídica, o que de fato se obtinha era, na verdade, uma *novatio necessaria*, não uma autêntica cessão de crédito.³²

Além dos inconvenientes a quem pretendesse adquirir o crédito, também o devedor via-se agravado em sua posição, pois o credor originário mantinha sua ação direta para a satisfação do mesmo crédito. Embora houvesse a necessidade e a intenção de ceder um crédito, a compreensão do vínculo jurídico obrigacional impedia a desvinculação do credor original, com claro prejuízo a quem se encontrasse no polo passivo da relação, algo que somente foi corrigido quando se admitiu a *denuntiatio* do devedor, que tinha por finalidade dar-lhe ciência de que fora atribuída uma *actio utilis* a um terceiro e que, a partir de então, ele não mais alcançaria o efeito liberatório se pagasse ao credor originário. A ineficácia do pagamento ao credor originário também ocorria quando o devedor já houvesse pago parcialmente o outorgado, independentemente da *denuntiatio*.^{33 34}

Como se observa, os mecanismos adotados eram tentativas de satisfazer uma necessidade já vislumbrada naquela sociedade, de transmissão de obrigações, mas que encontrava óbice no entendimento em vigor sobre o caráter da relação jurídica obrigacional,

³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. XXIII. p. 248.

³¹ *Ibidem*, p. 247-251.

³² *Ibidem*, p. 248.

³³ *Ibidem*, p. 247-251.

³⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Cessão de créditos*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 30

cuja natureza era vista como pessoal e, portanto, incompatível com a ideia de substituição do sujeito ocupante de um dos polos da relação.

1.3 ADMISSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO NUM DOS PÓLOS DA RELAÇÃO JURÍDICA, SEM ALTERÁ-LA

Os povos germânicos por muito tempo não admitiram a transmissão do crédito, tanto entre vivos como em causa morte, pois vigorava a concepção de obrigação como responsabilidade pessoal pelo adimplemento, que perdurou até a Idade Moderna.³⁵

Embora o antigo Direito Germânico não admitisse a transmissão dos créditos, a transformação na compreensão sobre a transmissibilidade das obrigações começou a surgir no final da Idade Média em cidades alemãs como Magdeburg e Breslau.³⁶

Segundo Antunes Varella, a ideia de transmissão de crédito somente se firmou realmente quando do surgimento das relações mercantis das repúblicas do Mediterrâneo, na Idade Média.³⁷

É importante atentar para o fato de que, no período dos glosadores e pós-glosadores, além do entendimento de que os créditos aderiam às pessoas, outro empecilho existia à aceitação dessa transmissibilidade: na época, os créditos não eram vistos como suscetíveis de posse, e em razão disso, não seria possível a sua tradição, *traditio*, que consistia no modo de transmissão necessário para os bens corpóreos.³⁸

Foi então no período da pandectística que se intensificou esse debate acerca da transmissibilidade dos créditos e a partir da segunda metade do século XIX lançaram-se as bases fundamentais para se conceber a cessão de crédito como a temos nos dias de hoje, com relevante contribuição dos escritos de Otto Bähr. As novas construções teóricas desse período negaram a necessidade tanto da *litis contestatio* como da *denuntiatio* para a eficácia da cessão de crédito, sustentando o entendimento de não ser mais necessário notificar o devedor para a

³⁵ ASTUTI, Guido. *Cessione dei crediti*. In: Enciclopédia Del diritto. Tomo VI. Milão: Giuffrè, 1960. p. 811-812.

³⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Cessão de créditos*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 31.

³⁷ VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 302

³⁸ LEITÃO, *op. cit.*, p. 47.

eficácia da cessão. Passou-se a entender a cessão como consistente num contrato, onde o simples consenso entre as partes teria plena eficácia translativa, qual seja a de transferir o crédito do patrimônio do cedente para o do cessionário. A notificação passou a ter como finalidade apenas informar o devedor a quem deveria pagar, com eficácia apenas relativa a esse devedor, não mais influenciando na translação do crédito. A transmissibilidade dos créditos já era algo presente no tráfico, mas foi necessário um longo período de desenvolvimento no embasamento teórico até que se chegasse ao momento em que ela não poderia mais ser ignorada pela ciência jurídica.³⁹

A fundamentação teórica desenvolvida por Otto Bähr serviu para que fosse admitida a cessão de créditos no Código Civil alemão de 1896. Desde então, o princípio da livre transmissão dos créditos passou a ser preponderante na maioria dos sistemas jurídicos.⁴⁰

Somente com a influência do direito germânico surgiu a concepção de cessão translativa do crédito, com toda a estrutura que encontramos na atualidade. Nesse processo, a grande evolução foi a admissão da possibilidade de mudança num dos polos da relação jurídica sem que a própria relação sofresse alterações.⁴¹

1.4 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE

No Brasil, já o Código Civil de 1916 reconhecia o princípio da livre transmissão dos créditos, o que demonstra a difusão do novo entendimento alcançado pelo direito germânico. No Código Civil de 2002 manteve-se o princípio e regulou-se a cessão de crédito nos artigos 286 a 298.

O crédito, após superados os antigos conceitos de vínculo obrigacional que o ligavam fortemente às figuras do credor e devedor, é hoje visto como um bem imaterial integrante do patrimônio do credor, mais especificamente do seu ativo, que tem valor de comércio e pode ser objeto de transferência inter vivos através de negócio jurídico bilateral de alienação.

³⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Cessão de créditos*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 187-188.

⁴⁰ HAICAL, Gustavo. *Cessão de crédito: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.19.

⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. XXIII. p. 251.

Tanto o crédito constitui um bem passível de comercialização que pode ser objeto de penhora, conforme disposição do art. 671 do Código de Processo Civil:

Art. 671. Quando a penhora recair em crédito do devedor, o oficial de justiça o penhorará. Enquanto não ocorrer a hipótese prevista no artigo seguinte, considerar-se-á feita a penhora pela intimação: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

I - ao terceiro devedor para que não pague ao seu credor; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

II - ao credor do terceiro para que não pratique ato de disposição do crédito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

A transferência do crédito é chamada de cessão por se tratar de um bem imaterial, um direito, e pode ocorrer em razão de um negócio jurídico subjacente, de natureza gratuita ou onerosa.

O fenômeno da desmaterialização nas relações econômicas atuais, no âmbito das relações obrigacionais, é exemplificado pelos contratos que não mais servem somente para fazer circular as coisas, e sim para fazê-las, para criar produtos financeiros.⁴² Assim podemos entender, atualmente, a cessão de créditos não apenas como mero mecanismo de transmissão de riquezas, mas também como instrumento de criação de riquezas, ou seja, “[...] pela sua índole, um instituto que serve para fins diversos”.⁴³

Referindo-se ao Código Civil Português, Antunes Varela fornece um esclarecimento que se aplica ao direito brasileiro, ao mencionar que a cessão:

“tem a sua causa, variável de caso para caso, que o artigo 577 intencionalmente omite ao definir a figura, por querer introduzir na noção legal apenas as notas comuns a todas as espécies geradoras do fenômeno da transmissão de crédito”,⁴⁴.

O cedente é quem aliena o direito, o cessionário quem o adquire, o cedido (devedor) quem deve a prestação. Através da cessão, o cedente dá lugar ao cessionário no polo ativo da relação obrigacional, que permanece de resto intacta.

O devedor deve ser comunicado para que o negócio tenha eficácia sobre ele, mas sua notificação não é requisito para a existência ou para a validade da cessão. A relação jurídica

⁴² MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Comentários ao novo código civil, vol. V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 7

⁴³ CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código civil brasileiro interpretado*. 3ª ed. V. XIV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p. 320.

⁴⁴ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Tomo 2. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 299.

obrigacional permanece inalterada, modificando-se apenas a pessoa integrante de seu polo ativo, o polo credor.

A cessão de crédito, portanto, é um negócio jurídico bilateral, um contrato, de transmissão de crédito, que surge com o consenso entre cedente e cessionário. Pontes de Miranda o considera um negócio jurídico independente daquele que lhe deu causa, adotando a tese da abstratividade.⁴⁵

Segundo Pontes de Miranda, a cessão é um negócio abstrato, pois é “negócio cuja validade não é prejudicada pelas faltas ou defeitos inerentes à relação jurídica fundamental que lhe serve de base.”⁴⁶

Em contraposição, como veremos adiante, Clóvis do Couto e Silva liderou a corrente contrária, de que no Brasil não seria possível admitir a abstratividade desse negócio de transmissão, tal como ocorre no sistema alemão, em que vigora uma separação absoluta entre os planos do direito das obrigações e do direito das coisas. Em outros sistemas, o mero consenso é suficiente para a transmissão da propriedade. No Brasil, porém, vigora a separação relativa desses planos, em razão da qual o autor sustenta a ideia de causalidade na cessão de créditos. Separa-se o negócio jurídico obrigacional, constitutivo do vínculo, do negócio jurídico de adimplemento, que tem caráter dispositivo, também chamado de “acordo de transmissão”.⁴⁷ É o que trataremos com mais detalhe a seguir.

1.5 ABSTRATIVIDADE E CAUSALIDADE NA CESSÃO DE CRÉDITO

O estudo da abstratividade ou da causalidade da cessão de crédito, embora seja objeto de debate em quase toda a doutrina estrangeira, é problema pouco mencionado pelos autores brasileiros, provavelmente em razão de se considerar a cessão de crédito mero contrato obrigacional ao lado dos demais.⁴⁸

⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. XXIII. p. 267-275.

⁴⁶ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Tomo 2. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 299.

⁴⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 12.

⁴⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, nº 42, 2005. p. 146-147.

Entendendo-se a cessão de crédito como um negócio jurídico de transmissão, ou acordo de transferência, que tem causa subjacente ou sobrejacente variável, é preciso verificar se existe causalidade ou uma verdadeira abstração causal em relação aos negócios jurídicos basais, como compra e venda, doação, dação em pagamento, entre outros.⁴⁹

Diz-se abstrato o negócio cuja validade não é afetada pelos defeitos inerentes à relação jurídica fundamental que lhe serve de base, abstraindo-se da *causa negotii* na fixação de seu regime jurídico. Exemplo de negócio abstrato seria a emissão e o endosso da letra de câmbio, quando nem aceitante nem endossado podem opor ao portador do título os vícios inerentes ao contrato que serviu de base, a relação substancial.⁵⁰

Ao tratarmos da abstratividade, é preciso cuidado no sentido em que se utiliza a expressão, se abstrato por causas variáveis, não passível de limitação a uma causa eficiente, ou se abstrato no sentido de destacado quanto a sua existência, validade e eficácia em relação ao negócio jurídico subjacente, sobrejacente ou justajacente. Trata-se aqui do segundo sentido.⁵¹

No direito estrangeiro, as duas principais correntes que tratam deste tema são a alemã, para a qual existe abstratividade da cessão de crédito em relação ao negócio jurídico basal, subjacente, sobrejacente ou justajacente, e as demais correntes europeias, para as quais há causalidade entre o acordo de transmissão e o negócio de base.⁵²

A doutrina brasileira contempla ambos os posicionamentos.

Pontes de Miranda reconhece a abstratividade da cessão de crédito, sua validade e eficácia ainda que a causa não exista, seja ilícita ou não se realize. Segundo o autor, havendo cessão sem causa, com enriquecimento do cessionário, o cedente poderia pedir a repetição, mas o crédito cedido continuaria pertencendo ao cessionário, somente retornando ao patrimônio do cedente após o trânsito em julgado da sentença, não podendo ser considerada nula a cessão por ilicitude do objeto. Nesse entendimento, o efeito translativo, que consiste na imediata transferência do crédito ao cessionário, independe do fim que se colimou, vale e é eficaz ainda que se venha a decretar a nulidade, anulação ou ineficácia do negócio jurídico

⁴⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, nº 42, 2005. p. 147.

⁵⁰ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Tomo 2. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 299.

⁵¹ LEONARDO, *op. cit.*, p. 147.

⁵² *Ibidem*, p. 147.

subjacente ou sobrejacente. Como sobrejacente exemplifica com a utilização da cessão de crédito para servir de garantia a negócio jurídico do próprio cedente ou de terceiro.⁵³

Por outro lado, Orlando Gomes posiciona-se pela causalidade da cessão de crédito, sem maiores explicações sobre seu posicionamento, enquanto Serpa Lopes identifica duplicidade entre o negócio basal e o acordo de transmissão, sem explicar se há causalidade ou abstratividade entre eles.⁵⁴

Segundo Rodrigo Xavier Leonardo, a solução exige que se vá além das regras específicas da cessão de crédito, porque a questão da abstratividade ou da causalidade entre o negócio basal e o negócio de transmissão diz respeito ao sistema de transmissão de riquezas como um todo. Assim como ausente no direito brasileiro uma separação rígida entre o plano das obrigações e o do direito das coisas, a mesma separação não se justifica entre o negócio jurídico de base e o de transmissão do crédito, o que se pode argumentar a partir de algumas estruturas do Código Civil.⁵⁵

Embora não haja regra específica sobre causalidade ou abstratividade do negócio jurídico de transmissão de crédito em relação ao negócio que lhe serve de base, algumas regras do Código Civil demonstram a firme tendência do nosso sistema no sentido de que os negócios jurídicos transmissivos são causais.⁵⁶

O artigo 307 do Código Civil exige, para a eficácia do pagamento que importar em transmissão da propriedade, que seja feito por quem possa alienar o objeto:

Art. 307. Só terá eficácia o pagamento que importar transmissão da propriedade quando feito por quem possa alienar o objeto em que ele consistiu.

Parágrafo único. Se se der em pagamento coisa fungível, não se poderá mais reclamar do credor que, de boa-fé, a recebeu e consumiu, ainda que o solvente não tivesse o direito de aliená-la.

Os artigos 358 e 359, ao tratarem de dação em pagamento, estabelecem que a transferência da coisa dada em pagamento, quando esta consistir em título de crédito, importará em cessão, e que, na hipótese de evicção do credor, a obrigação primitiva será restabelecida, ficando sem efeito a quitação:

⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. XXIII. p. 269-270.

⁵⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, nº 42, 2005. p. 148.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 148-149.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 149.

Art. 358. Se for título de crédito a coisa dada em pagamento, a transferência importará em cessão.

Art. 359. Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros.

O artigo 880, que trata do pagamento indevido, prevê a ação regressiva contra o verdadeiro devedor e seu fiador:

Art. 880. Fica isento de restituir pagamento indevido aquele que, recebendo-o como parte de dívida verdadeira, inutilizou o título, deixou prescrever a pretensão ou abriu mão das garantias que asseguravam seu direito; mas aquele que pagou dispõe de ação regressiva contra o verdadeiro devedor e seu fiador.

As regras acima, embora mencionem coisas, não créditos, demonstram a tendência do nosso sistema no sentido da causalidade dos negócios de transmissão de crédito.

Podemos perceber que a abstratividade na cessão de crédito conduziria a soluções insustentáveis em nosso ordenamento.⁵⁷

Por exemplo, o artigo 550 do Código Civil prevê a anulabilidade da doação a cônjuge adúltero:

Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

Suponhamos tenha ocorrido uma doação de créditos ao cônjuge adúltero, que se materializou no direito das coisas através da cessão desses créditos. A doação seria o negócio jurídico de base, seguida de uma cessão de créditos, o negócio dispositivo. Caso adotada a tese da abstratividade, uma vez efetivada a cessão ela não mais poderia ser atingida, ainda que a doação que lhe serviu de base viesse a ser anulada.⁵⁸ Ficaria, portanto, imune aos vícios do negócio jurídico subjacente, aquele negócio que motivou a cessão do crédito.

Similarmente, uma dação em pagamento feita por sujeito absolutamente incapaz não atingiria a operação de transferência de crédito por ele realizada.⁵⁹ Seria inócuo estabelecer no ordenamento qualquer proteção ao incapaz, através da nulidade de seus atos de disposição, se reconhecêssemos como abstrato o negócio jurídico dispositivo de cessão de crédito.

⁵⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, nº 42, 2005. p. 149.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 149.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 149.

A abstratividade também nos levaria a uma situação inaceitável: significaria admitir que um insolvente pudesse transferir seus créditos e que o cessionário recebesse do devedor cedido o respectivo pagamento sem que tal operação pudesse ser anulada por configurar fraude contra credores.⁶⁰

A razão para a abstratividade nos levar aos resultados acima é que a cessão de crédito tem natureza de negócio jurídico dispositivo, com exercício eficaz do poder de disposição, não gerando meramente efeitos obrigacionais. Nos negócios jurídicos de disposição, a causalidade é elemento indispensável para conferir segurança à transferência de riquezas. Portanto, embora seja possível separar o negócio jurídico de base, causal, do negócio jurídico de adimplemento, de transmissão e disposição, essa separação deve ser relativizada pelo princípio da causalidade, que incide sobre a transferência de bens em sentido amplíssimo.⁶¹

Segundo Couto e Silva: “Em se tratando de transferência de bens, vale o axioma de que não há atribuição sem causa. A causa existe sempre, embora os sistemas jurídicos, em certos casos, possam impedir a sua verificação, abstraíndo-a.”⁶²

O autor explica que, num sistema de separação relativa, a declaração de vontade do negócio jurídico dispositivo pode ser vista como co-declarada no negócio obrigacional antecedente, pois na vontade de criar obrigação já estaria inserida a vontade de adimplir. Segundo o autor, a causalidade decorreria da seriedade exigida pelo Direito. Como a vontade de adimplir seria inseparável, no plano psicológico, da vontade de criar obrigações, faltaria seriedade à vontade criadora do dever se não houvesse a vontade simultânea de adimplir o prometido. No plano psicológico haveria inseparabilidade das vontades, enquanto no plano jurídico a vontade unitária seria dividida para o negócio obrigacional e o negócio de adimplemento, de dimensões diversas.⁶³

O Código Civil estabelece também uma vedação geral ao enriquecimento sem causa em seu artigo 884:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

⁶⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, nº 42, 2005. p. 149.

⁶¹ *Ibidem*, p. 149-150.

⁶² COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 49.

⁶³ *Ibidem*, p. 52-53.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Considerando-se essa vedação e o fato de o negócio jurídico dispositivo visar à redução do patrimônio de quem dispõe, para assim gerar aumento no patrimônio de quem recebe, a causalidade deve ser a regra e não a exceção.

O artigo 182 do Código Civil prevê a restituição das partes ao *status quo ante*, sempre que possível, ou a indenização pelo equivalente, quando nulo ou anulado o negócio jurídico. Isso significa que se o negócio jurídico dispositivo for anulado ou considerado nulo, a regra do sistema impõe a restituição ao estado quem que antes se encontravam as partes, reforçando ainda mais o entendimento de que há causalidade na cessão de crédito.

Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

Um dos argumentos em defesa da abstratividade da cessão de crédito é a liberação do devedor não cientificado que vier a pagar ao cedente, nos termos do art. 292:

Art. 292. Fica desobrigado o devedor que, antes de ter conhecimento da cessão, paga ao credor primitivo, ou que, no caso de mais de uma cessão notificada, paga ao cessionário que lhe apresenta, com o título de cessão, o da obrigação cedida; quando o crédito constar de escritura pública, prevalecerá a prioridade da notificação.

Porém, o dispositivo apenas confere proteção jurídica ao devedor de boa-fé que efetua um pagamento putativo, nos termos do art. 309:

Art. 309. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor.

A esse respeito, Antunes Varela entende que se trata apenas de proteger o pagamento do devedor de boa-fé, não de abstratividade do negócio de cessão de crédito:

[...] a conclusão lógica a extrair dessa apreciação global, quanto ao regime do pagamento feito ao cedente antes da notificação ou aceitação da cessão, é que se trata apenas de proteger o pagamento (do devedor de boa fé) ao credor aparente e não de considerar a cessão como um negócio abstracto.⁶⁴

Portanto, o argumento é insuficiente para excepcionar a regra geral de causalidade e incapaz de conduzir à conclusão de que a cessão de crédito seria um negócio abstrato.

⁶⁴ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Tomo 2. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 302.

1.6 POSSIBILIDADE JURÍDICA

O Código Civil de 1916 já contemplava a cessão de crédito, nos artigos 1065 e seguintes. O novo Código Civil de 2002 trata desse instituto nos artigos 286 a 298, que passaremos a analisar.

No art. 286 do Código Civil, verifica-se que o mesmo princípio da autonomia da vontade que permite a cessão de crédito na ausência de vedação legal (e.g., direitos previdenciários) ou de impedimento decorrente da natureza da obrigação (e.g., prestação de alimentos) também permite que seja pactuada, entre credor e devedor, a sua proibição. Nesta última situação, porém, se o credor descumprir o dever de não alienar, mas a proibição não constar no instrumento da obrigação, o ordenamento jurídico tutela a boa-fé do cessionário. Para que a proibição acordada tenha eficácia em relação a terceiros, deve constar do instrumento da obrigação, Entretanto, havendo prova em contrário, de que o cessionário teve conhecimento do impedimento, não estaria mais amparado pela boa-fé.

Como a cessão do crédito se dá através de negócio jurídico, no âmbito da autonomia privada, nada impede que as partes convençam uma cessão apenas parcial do crédito, o que é muito adequado a inúmeros negócios relacionados a obrigações com prestação divisível, como expressamente prevê o Código Civil português, art. 577.⁶⁵ Embora alguns autores entendam que, no caso de cessão parcial, o crédito biparte-se e o devedor deve pagar a parte de ambos na forma devida⁶⁶, o nosso Código Civil, art. 314, não permite que se agrave a situação do devedor, pois, mesmo sendo divisível a prestação, o devedor não pode ser obrigado a pagar por partes se assim não foi convenionado.

Geralmente os créditos impenhoráveis são inalienáveis, mas o fato de um crédito ser impenhorável não impede sua cessão. O que a impede é apenas o fato de ser inalienável.⁶⁷

O art. 286 do Código Civil autoriza a cessão de crédito em geral, mas impõe três limitações: a incompatibilidade da cessão com a natureza da obrigação, a vedação legal e a proibição convencionalizada entre as partes originárias, credor e devedor.

⁶⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, vol. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 343.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 350.

⁶⁷ VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 313.

Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

A primeira limitação decorre da natureza da obrigação, que deve ser tal que torne indiferente a pessoa que se encontre nos polos da relação jurídica, permitindo a sua substituição. Assim, alguns créditos, como direitos personalíssimos ou vinculados a um fim de caráter assistencial como, por exemplo, o crédito alimentício (direito de alimentos), não comportam a cessão. Os créditos de alimentos são verbas devidas em razão de parentesco, casamento ou convivência, previstos no artigo 1.694 do Código Civil.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

A cessão de crédito de alimentos, além de incompatível com a natureza da obrigação, encontra outro óbice na proibição legal do art. 1.707 do Código Civil.

Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

Importante notar que *crédito de alimentos* não se confunde com *crédito de natureza alimentar*. A partir da Emenda Constitucional nº 30, de 2000, o art. 100 da Constituição Federal, em seu § 1º, passou a definir os créditos de natureza alimentar. A redação atual é a seguinte:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

.....

Tendo natureza diversa do crédito de alimentos, o direito de crédito oriundo de precatório de natureza alimentar pode ser cedido, como ilustra o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Processo de execução. Habilitação. Precatório. Cessão.

1. Os arts. 41 e 42 do CPC, que dizem respeito ao processo de conhecimento, impuseram como regra a estabilidade da relação processual e, havendo cessão da coisa ou do direito litigioso, o adquirente ou o cessionário somente poderão ingressar em juízo com a anuência da parte contrária.

2. No processo de execução, diferentemente, o direito material já está certificado e o cessionário pode dar início à execução ou nela prosseguir sem que tenha que consentir o devedor.

3. O direito de crédito, oriundo de precatório de natureza alimentar, não se confunde com os alimentos, previstos no Direito de Família e que se submetem às restrições do art. 1707 do CC/02.

4. O exame da CF permite diferenciar "efeito liberatório" de cessão de direitos creditórios e pagamento mediante compensação, de forma que a segunda não se apresenta incompatível com a sistemática dos precatórios.

5. O efeito liberatório é reservado ao crédito cujo precatório foi parcelado pela moratória do art. 78 do ADCT e não teve honrado o pagamento da parcela na época prevista, sendo inexistente em relação aos demais créditos consolidados em precatórios, inclusive os alimentares.

Agravo provido em parte.

(TJSP Acórdão Agravo de Instrumento 823.745.5/9, 13/01/2009, Rel. Des. Laerte Sampaio)

A segunda limitação é decorrente da própria lei, que proíbe a cessão de alguns créditos, como, por exemplo, os de natureza previdenciária, com vedação expressa no art. 114 da Lei 8.213 de 1991.

Art. 114. Salvo quanto a valor devido à Previdência Social e a desconto autorizado por esta Lei, ou derivado da obrigação de prestar alimentos reconhecida em sentença judicial, o benefício não pode ser objeto de penhora, arresto ou seqüestro, sendo nula de pleno direito a sua venda ou cessão, ou a constituição de qualquer ônus sobre ele, bem como a outorga de poderes irrevogáveis ou em causa própria para o seu recebimento.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem considerado nula a cessão de créditos previdenciários, assim como quaisquer cláusulas que disponham de modo diverso:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. NULIDADE DO INSTRUMENTO DE MANDATO FIRMADO ENTRE O SEGURADO E A PREVI-BANERJ.

1. O art. 114 da Lei 8.213/91 veda, expressamente, a cessão de créditos previdenciários, afigurando-se nula qualquer cláusula que disponha de modo diverso.

2. A legitimidade para postular a revisão de benefício previdenciário é exclusiva do beneficiário, uma vez que inexistente relação jurídica entre a entidade de previdência privada e a autarquia previdenciária.

3. Embargos de divergência acolhidos.

(EREsp 436.682/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2006, DJ 28/06/2006, p. 224)

Neste outro julgado, o mesmo Tribunal considerou nula a cláusula constante em procuração outorgada pelo segurado a uma entidade de previdência privada onde estava

prevista a cessão de créditos de natureza previdenciária. Somente o segurado teria legitimidade para pleitear o pagamento das diferenças de benefícios:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PROCURAÇÃO OUTORGADA POR SEGURADO A ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. CLÁUSULA PREVENDO CESSÃO DE CRÉDITOS DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 114 DA LEI N.º 8.213/91. NULIDADE. PRECEDENTES.

1. A cessão de créditos previdenciários, prevista na procuração outorgada pelo segurado a entidade de previdência privada, é vedada pelo art. 114 da Lei n.º 8.213/91. Precedentes da eg. 3ª Seção.

2. Somente o segurado tem legitimidade para pleitear o pagamento de diferenças resultantes de erro de cálculo da renda mensal inicial de seus benefícios, ainda que supridas essas diferenças pela entidade de previdência privada, uma vez que esta não possui vínculo jurídico com a autarquia previdenciária. Precedentes da 3ª Seção.

3. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos.

(EDcl no REsp 456.494/RJ, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 12/03/2013)

Mattos sustenta posição divergente, afirmando ser plenamente lícita a operação de cessão de crédito previdenciário.⁶⁸

Também é possível a cessão de um crédito futuro e de direitos litigiosos.⁶⁹

Os créditos penhorados, por força do artigo 298 do Código Civil, não podem mais ser transferidos pelo credor que tiver conhecimento da penhora. O devedor, por sua vez, não tendo sido notificado da penhora, pode pagar com efeito liberatório.

Art. 298. O crédito, uma vez penhorado, não pode mais ser transferido pelo credor que tiver conhecimento da penhora; mas o devedor que o pagar, não tendo notificação dela, fica exonerado, subsistindo somente contra o credor os direitos de terceiro.”

No seguinte julgado, reconheceu-se a nulidade absoluta da cessão de crédito penhorado por infringência ao artigo 298 do Código Civil:

Cessão de crédito. Ato jurídico praticado com infringência ao disposto no artigo 298 do Código Civil de 2002. Crédito em questão que era objeto de penhora para garantia de dívida. Nulidade absoluta. Reconhecimento que pode ser feito nos próprios autos. Código Civil, artigos 166, n. VII e 168. Exclusão do pedido de assistência litisconsorcial formulado pela cessionária. Agravo provido para esse fim. (TJSP, Ag 0096193-39.2007.8.26.0000, Rel. Des. J. G. Jacobina Rabello, julgado em 08-11-2007).

⁶⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Da cessão de créditos no direito tributário*. Revista dialética de direito tributário, 2002, n.º 77. p. 166.

⁶⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, vol. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 347.

Em outro julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo restou reconhecida a ineficácia da cessão de crédito em relação a terceiros, permanecendo, contudo, válida entre os contratantes da cessão, cedente e cessionário:

Agravo de Instrumento. Ação de dissolução de sociedade c.c. apuração de haveres. Fase de execução. Indeferimento de pedido de exclusão da lide de assistente litisconsorcial. Cessão de crédito objeto de penhora. Reconhecimento de ineficácia do ato em relação a terceiros, permanecendo, porém, válido entre seus contratantes. Assistente litisconsorcial mantida na lide. Existência de interesse jurídico. Recurso improvido.
(TJSP, Ag 9050596-88.2007.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Stroppa, julgado em 29-07-2008).

Na seguinte execução de título extrajudicial, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou o pedido de substituição processual fundado em cessão de crédito que era objeto de penhora em outras ações, nas quais o agravante figurava como devedor e tinha conhecimento das referidas constrições.

Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Irresignação contra o indeferimento do pedido de substituição processual, em virtude da *cessão de crédito* celebrada pelo exequente agravante. Acerto da decisão. Independentemente da concordância do cessionário com o recebimento apenas do saldo remanescente, o *crédito* em discussão na presente execução não pode ser cedido, uma vez que é objeto de *penhora* em outras ações, nas quais o ora agravante é devedor e tem conhecimento das referidas constrições. Aplicabilidade do art. 298 do Código Civil. Recurso improvido. Afastado o pedido de condenação do agravante por litigância de má-fé. Recurso parcialmente provido.
(TJSP, Agravo de Instrumento 2090917-46.2014.8.26.0000, Rel. Erson de Oliveira, julgado em 28-08-2014)

A terceira limitação prevista no art. 286 do Código Civil é conhecida como *pactum de non cedendo*, um acordo entre credor e devedor por meio do qual as partes convencionam a proibição de cessão do crédito a um terceiro. Essa convenção deverá constar no instrumento da obrigação a fim de dar publicidade ao terceiro de boa-fé, para que este saiba que o crédito não pode ser cedido. Se isso não ocorrer, em caso de violação do pacto por parte do credor, que venha a ceder o crédito a um terceiro de boa-fé, o devedor não poderá opor ao cessionário essa cláusula proibitiva.

Uma vez analisada a possibilidade jurídica de transmissão do crédito, é preciso verificar que acessórios serão com ele transmitidos.

1.7 ACESSÓRIOS DO CRÉDITO

A regra geral do artigo 287 do Código Civil é a de que o acessório terá o mesmo destino do principal (*accessorium sequitur principale*), exceto se diversamente acordado entre as partes.

Art. 287. Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios.

Como a relação obrigacional se mantém íntegra, alterando-se apenas o sujeito ocupante do polo ativo da relação, é natural que as garantias reais ou fidejussórias que tenham sido originalmente prestadas pelo devedor, ou por algum terceiro, permaneçam com o crédito e com ele sejam cedidas. Nesse sentido:

Interesse processual. Ação anulatória de negócio jurídico de cessão de crédito. Ausência do pressuposto de admissibilidade. Possibilidade de o credor ceder seu crédito se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei ou a convenção por ele celebrada. Abrangência de todos os acessórios, inclusive as garantias reais ou fidejussórias. Extinção do processo, com base no artigo 267, VI do Código de Processo Civil. Agravo de instrumento prejudicado. (TJSP, Ag 991050031679, Rel. Des. José Reynaldo, j. em 27-7-2005).

Assim é que a cessão de um crédito abrange todos os seus acessórios, como direitos de garantia, juros, correção monetária, se em contrário não houverem pactuado cedente e cessionário.

Entre os acessórios do crédito previstos no artigo 287 está a hipoteca, direito real de garantia que exige registro. Segundo o artigo 289 do Código Civil, o cessionário de um crédito hipotecário adquire o direito de averbar a cessão do crédito no registro de imóveis:

Art. 289. O cessionário de crédito hipotecário tem o direito de fazer averbar a cessão no registro do imóvel.

Nesse caso, existe interesse do cessionário em buscar a averbação da cessão do respectivo crédito ao lado do registro da hipoteca. A cessão deverá constar do mesmo registro para que possa habilitar o cessionário como sub-rogado do credor. São duas relações jurídicas

diversas, uma delas acessória, tendo por objeto direito imobiliário, direito real de garantia, e a outra, principal, relativa ao crédito transferido.⁷⁰

Nesse sentido:

CESSÃO DE CRÉDITO HIPOTECÁRIO. LOCAÇÃO DE IMÓVEIS. EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL PROMOVIDA SOB A ÉGIDE DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL ANTIGA. PROCEDIMENTO DA ARREMATACÃO.

Lanço oferecido por cessionária de crédito hipotecário por conta do crédito excutido contra os mesmos devedores de obrigação garantida pela hipoteca do mesmo bem, igualmente penhorado. Determinação judicial quanto à demonstração da averbação da cessão no registro do imóvel, ou o depósito do valor do lanço no prazo legal. Confirmação, '... se o prédio objeto do precedente auto de penhora não constituiu objeto de garantia real a mais de um credor, não se pode obstar o direito da cessionária de crédito hipotecário em fazer averbar a cessão no registro do imóvel, com vistas a assegurar os direitos transferidos pela cessão'. Recurso desprovido. (TJSP, Ag 992070156483, Rel. Des. Júlio Vidal, julgado em 22-5-2007).

É, portanto, reconhecido pela jurisprudência o direito do cessionário em fazer averbar a cessão no registro do imóvel, com vistas a assegurar os direitos reais que acompanham o crédito.

1.8 INSTRUMENTO DA CESSÃO

O artigo 288 do Código Civil exige a celebração da cessão através de instrumento público, ou instrumento particular com as formalidades previstas no § 1º do artigo 654, para que tenha eficácia em relação a terceiros:

Art. 288. É ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar-se mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do § 1º do art. 654.

Na vigência do Código Civil de 1916, era preciso que o instrumento fosse assinado por duas testemunhas e registrado em cartório. Atualmente, o § 1º do artigo 654 exige apenas que o instrumento particular contenha a indicação do lugar em que foi passado, a qualificação das partes, o objetivo e a extensão da cessão, mesmas formalidades exigidas para o instrumento do mandato, a procuração:

⁷⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 2. p. 537.

Art. 654. Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante.

§ 1º O instrumento particular deve conter a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos.

.....

Porém, há jurisprudência considerando ineficaz a cessão perante terceiros se não efetuado o registro, em razão do que dispõe o artigo 221 do Código Civil.

Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.

Parágrafo único. A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal.

Como exemplo, no seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, com base no artigo 221, a cessão foi tida por ineficaz em relação ao devedor, que foi considerado terceiro no negócio de transmissão do crédito.

CESSÃO DE CRÉDITO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL DO POLO ATIVO PELO CESSIONÁRIO. INDEFERIMENTO. INOBSERVÂNCIA DE CUMPRIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 221 DO NCC.

O devedor é terceiro em relação à cessão ocorrida. Exegese do art. 288 do NCC. Decisão mantida. Recurso não provido.

(TJSP, Ag 990093163292, Rel. Des. Rubens Cury, julgado em 15-12-2009)

Assim como o instrumento da cessão importa para sua eficácia em relação a terceiros, a eficácia da cessão de crédito em relação ao devedor requer sua notificação ou declaração de ciência, como veremos a seguir.

1.9 NOTIFICAÇÃO E EFICÁCIA EM RELAÇÃO AO DEVEDOR

A eficácia da cessão de crédito em relação ao devedor (cedido) depende de notificação promovida pelo credor originário (cedente), pelo novo credor (cessionário), ou por ambos. Ainda que não haja notificação, o devedor é considerado notificado ao declarar-se ciente da cessão por meio de escrito público ou particular. Assim dispõe o artigo 290 do Código Civil:

Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.

Portanto, para ocorrer a cessão do crédito não é necessário o consentimento do devedor, mas a eficácia da transferência do crédito, em relação a ele, dependerá de prévia notificação ou declaração de ciência.

No seguinte julgado, reconheceu-se a necessidade de notificação do devedor para que a cessão sobre ele tivesse eficácia. Antes da notificação, o pagamento do devedor ao credor originário, de boa-fé, tem plena eficácia liberatória. Importante observar a distinção necessária entre o negócio de cessão de crédito, que admite a oponibilidade de exceções pessoais, e o regime dos títulos de crédito, regulado pelo direito cambiário. No caso, tem-se um contrato de cessão de crédito, incidindo a regra do Código Civil:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. CHEQUE. OPERAÇÃO DE DESCONTO BANCÁRIO. CESSÃO DE CRÉDITO. NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR. DÍVIDA PAGA ANTES DA CESSÃO. BOA-FÉ DO DEVEDOR.

1 - A cessão de crédito, realizada mediante operação de desconto bancário, é ineficaz em relação ao devedor, enquanto não lhe for notificada. Aplicação do art. 290 do CC/2002.

2 - Inaplicabilidade do princípio da inoponibilidade das exceções pessoais, previsto nos artigos 14 e 17 da Lei Uniforme de Genebra (Decreto 57.663/66), e nos artigos 15, 17, § 1º, 20 e 25 da Lei do Cheque (Lei n. 7357/85), quando o principal instrumento negocial celebrado entre as partes é um contrato de cessão de crédito (operação de desconto bancário), tendo natureza acessória o endosso de cheques.

3 - Precedentes específicos desta Corte.

4 - Recurso especial desprovido.

(REsp 1141877/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 27/03/2012)

Neste outro julgado, a Corte considerou suficiente a manifestação de conhecimento do devedor acerca da cessão ocorrida para que o negócio tivesse plena eficácia em relação a ele, quando ausente notificação. Sua anuência, porém, é irrelevante.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CESSÃO DE CRÉDITO. SUBSTITUIÇÃO DE PARTES. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO. CONHECIMENTO PELO DEVEDOR. ANUÊNCIA DESNECESSÁRIA.

- A cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a ele notificada, contudo, a manifestação de conhecimento pelo devedor sobre a existência da cessão supre a necessidade de prévia notificação. Precedentes desta Turma.

- Em consonância com o disposto no art. 567, II, do CPC, pode ser dispensada a anuência do devedor quando formulado pedido de substituição do pólo ativo do processo de execução, pois este ato processual não interfere na existência, validade ou eficácia da obrigação.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 588.321/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/08/2005, DJ 05/09/2005, p. 399)

Embora não faça parte do negócio de cessão, o devedor tem o direito de tomar conhecimento da transferência antes que dele se possa exigir o pagamento ao cessionário. Enquanto ignorar a cessão, pode pagar ao credor primitivo e exonerar-se, nos termos do artigo 292 do Código Civil:

Art. 292. Fica desobrigado o devedor que, antes de ter conhecimento da cessão, paga ao credor primitivo, ou que, no caso de mais de uma cessão notificada, paga ao cessionário que lhe apresenta, com o título de cessão, o da obrigação cedida; quando o crédito constar de escritura pública, prevalecerá a prioridade da notificação.

Nesse sentido, a jurisprudência orienta-se no sentido de que a cessão de crédito é ineficaz em relação ao devedor, enquanto não lhe for notificada, ficando liberado se efetuar o pagamento ao antigo credor (cedente):

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. CESSÃO DE CRÉDITO. FALTA DE NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR. EFEITOS.

1. Ação declaratória de inexistência de dívida movida pelo devedor contra o cessionário, objetivando a declaração de inexistência de dívida e a exclusão do seu nome dos cadastros de inadimplentes, por não lhe ter sido comunicada a cessão de crédito.

2. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que a cessão de crédito é ineficaz em relação ao devedor, enquanto não lhe for notificada.

3. Fica assim liberado o devedor que efetue o pagamento diretamente ao antigo credor (cedente), não sendo obrigado a repeti-lo novamente ao cessionário.

4. Entretanto, a ausência de notificação quanto à cessão de crédito não tem o condão de liberar o devedor do adimplemento da obrigação ou de impedir o cessionário de praticar os atos necessários à conservação do seu crédito, como o registro do nome do inadimplente nos órgãos de proteção ao crédito.

5. Inteligência do enunciado normativo do art. 290 do CC.

6. Precedentes do STJ.

7. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp 1401075/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 27/05/2014)

Não tendo sido notificado, o devedor cumpre sua obrigação se adimplir a obrigação perante o credor originário.

Ação monitória. Notas promissórias. Cessão de crédito. Ausência de notificação do devedor. Aplicabilidade do estatuído no artigo 292 do Código Civil, pelo qual o devedor não notificado fica desobrigado de pagar ao credor cessionário, se cumpriu a obrigação perante o credor primitivo. Recurso provido em virtude do adimplemento obrigacional. Positivado que o devedor, por não haver sido notificado da cessão de crédito, adimpliu a obrigação perante o credor originário, como vinha fazendo mês a mês, desonerado está de fazê-lo novamente para o credor cessionário, em face do disposto no art. 292 do Código Civil.

(TJSC, AC 2006.016829-0, Rel. Des. João Henrique Blasi, julgado em 26-3-2008, DJSC Eletrônico, 8-5-2008, p. 102)

Em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, restou reconhecido que o pagamento feito ao credor primitivo após a ciência inequívoca da cessão do crédito, caracterizada pela notificação de protesto, não exonera o devedor da obrigação perante o cessionário, que é o novo credor dos títulos. Segundo o Tribunal, em caso de dúvida por parte do devedor sobre quem deva receber legitimamente o objeto do pagamento, deverá depositar judicialmente o valor da dívida, de forma a preservar-se do cumprimento indevido da obrigação.

Declaratória de inexigibilidade de título (duplicata). Julgamento antecipado da lide. Alegação de cerceamento de defesa não evidenciada, por não permitida a produção de prova exclusivamente testemunhal para comprovar que a sacadora cedente repassou o valor do título diretamente à credora cessionária, tendo em vista que a dívida cobrada é superior a 10 (dez) salários mínimos (art. 401 do CPC). Ademais, a prova do pagamento alegado se demonstra por recibo de transferência entre as empresas negociantes do título, inexistindo qualquer começo de prova escrita a permitir a prova testemunhal. Apelação negada. Duplicata mercantil. Título adquirido pela ré por cessão de crédito em operação de fomento mercantil celebrada com a sacadora da duplicata. O pagamento feito ao credor primitivo após a ciência inequívoca da cessão do crédito, caracterizada pela notificação de protesto, não exonera o devedor da obrigação perante o cessionário credor dos títulos (art. 290 e 292 do CC). Pendendo dúvida sobre quem devesse receber legitimamente o objeto do pagamento, incumbia à autora depositar judicialmente o valor da dívida, de forma a preservá-la do cumprimento indevido da obrigação. Pagamento inválido, sem qualquer eficácia liberatória perante a cessionária, atual credora do título. Sentença mantida. Recurso negado.
(TJSP, Ap 7.059.787-0, Rel. Des. Francisco Giaquinto, j. em 31-8-2009).

Neste outro julgado, a ausência de notificação em caso relativo a indenização do seguro DPVAT teve como consequência a ineficácia relativa ao devedor:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA.
ATENDIMENTO HOSPITALAR DE URGÊNCIA A VÍTIMAS DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. SEGURO DPVAT. CESSÃO DO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO.
ART. 290 DO CC/2002. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS.
VIOLAÇÃO AOS ARTS. 165, 458, II, E 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA.
1. Não há que se falar em violação ao artigo 535 do CPC, quando o Tribunal local apreciou, ainda que de forma contrária à pretensão da parte, a insurgência posta na lide e apresentou o fundamento em que apoiou sua conclusão, consistente na ausência de notificação de cessão do crédito ao devedor, relativo à indenização do seguro DPVAT.
2. Não se verifica, também, no caso, a alegada vulneração dos artigos 165 e 458, II, do Código de Processo Civil, porquanto a Corte local apreciou a lide, discutindo e dirimindo as questões fáticas e jurídicas que lhe foram submetidas. O teor do acórdão recorrido resulta de exercício lógico, ficando mantida a pertinência entre os fundamentos e a conclusão.
3. Impõe-se registrar que, não obstante a recorrente, nas razões do recurso especial, discorra sobre a matéria contida nos arts. 290 e 292 do Código Civil de 2002, não aponta efetivamente a violação a tais dispositivos legais.
4. Agravo regimental não provido.
(AgRg no AREsp 11.152/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 15/04/2014)

O Código Civil prevê, em seu artigo 347, inciso I, a hipótese de sub-rogação convencional sempre que o credor, ao receber o pagamento de terceiro, expressamente lhe transferir todos os seus direitos.

Art. 347. A sub-rogação é convencional:

I - quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos;

.....

Configurada essa hipótese, embora estejamos diante de institutos diversos, vigorará o disposto quanto à cessão de crédito, por força da equiparação estabelecida pelo artigo 348:

Art. 348. Na hipótese do inciso I do artigo antecedente, vigorará o disposto quanto à cessão do crédito.

A publicidade do negócio de cessão mediante instrumento público, ou particular revestido de certas solenidades, confere a ele eficácia em relação a terceiros, de acordo com o previsto o artigo 288:

Art. 288. É ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar-se mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do § 1º do art. 654.

Em se tratando de crédito hipotecário, como vimos, o cessionário terá o direito de fazer averbar a cessão no registro do imóvel, por expressa previsão do artigo 289. Exercendo essa faculdade e procedendo à averbação no registro do imóvel, a eficácia do negócio será *erga omnes*, ou seja, em relação a todos.

Art. 289. O cessionário de crédito hipotecário tem o direito de fazer averbar a cessão no registro do imóvel.

Como vimos, o devedor que não houver sido notificado, ou declarado sua ciência, poderá pagar ao credor originário com efeito liberatório. Isso explica porque, em caso de penhora do crédito sem comunicação ao devedor, este fica desobrigado, como prevê o artigo 298. Quando o crédito constar em escritura pública, o cedido fica obrigado a pagar àquele que primeiro o notificar, a partir do disposto no artigo 292.

Porém, resta-nos esclarecer outra situação, aquela em que o devedor recebe diversas notificações e não sabe a quem pagar, pois o crédito foi objeto de mais de uma cessão por parte do cedente. É o que veremos a seguir.

1.10 PLURALIDADE DE CESSÕES DO MESMO CRÉDITO

O artigo 291 do Código Civil cuida da hipótese em que o credor realiza sucessivas ou simultâneas cessões de um mesmo crédito, ilicitamente. O que se tem é a pluralidade de cessões por parte do mesmo cedente, comportamento claramente contrário à boa-fé, já que não se trata de cessões parciais, mas integrais. Disso decorre a necessidade de uma regra para que haja prevalência de uma cessão sobre as outras.

Art. 291. Ocorrendo várias cessões do mesmo crédito, prevalece a que se completar com a tradição do título do crédito cedido.

Deve-se esclarecer que esse artigo não pode ser aplicado aos títulos de crédito, em relação aos quais a obrigação de pagar provém da condição de que o recebedor seja o portador do instrumento, pois no direito cambiário vigoram os princípios da abstração, literalidade e autonomia do título de crédito, estando o direito incorporado ao título.

Na cessão de crédito, embora a solução guarde certa semelhança, o fundamento jurídico é diverso, pois não existe abstração ou autonomia no título de cessão. O título aqui é um mero documento acessório do direito, mas este não está incorporado àquele.

Tem preferência quem apresentar o documento de cessão e o documento da obrigação cedida, com exceção daqueles casos em que o crédito constar de escritura pública, quando então prevalecerá a prioridade da notificação. Portanto, é importante atentar para o fato de que a regra refere-se à tradição do título representativo *do crédito* cedido, que não se confunde com um título *de crédito*.

O dispositivo trata de hipótese que contraria o princípio da boa-fé, de comportamento ilícito do cedente, justificando a existência de uma regra fixando a preferência de uma cessão sobre as demais.

Havendo vários cessionários do mesmo crédito, prevalecerá aquele que entregar ao devedor o documento, o título, *do crédito*. Os outros cessionários poderão buscar reparação contra o cedente daquilo que houver sido pago pelo crédito que este lhes transferiu, pois o ato ilícito levará ao desfazimento do negócio, resolvendo-se em perdas e danos.

Nesse dispositivo, *título* nada mais é do que o *documento* original que representa a dívida, inconfundível com um título representativo de crédito, como o *título de crédito*, este sujeito às regras próprias do direito cambiário.

Trata-se aqui de crédito que envolve a necessidade de entrega do documento ao devedor, mas em que o documento é mero acessório que não incorpora o direito. Estamos no âmbito da cessão civil de crédito, em que se tem apenas um *documento*, e essa seria a melhor redação, ao invés de *título*. O dispositivo não se aplica, pois, a direitos incorporados a título.⁷¹

Ao contrário, em direito cambiário, a pluralidade de credores apresentando-se ao devedor não gera maiores problemas, pois há um título representativo, da essência do crédito. O devedor deve efetuar o pagamento a quem se apresentar portando o instrumento, o título de crédito, essencial ao exercício do direito nele incorporado.

Caio Mário sugere duas alternativas ao devedor para decidir a quem pagar:

[...] a primeira, e de maior monta, é a que se prende à anterioridade da notificação, que se apura com o maior rigor, indagando-se do dia e até da hora em que se realize. No caso de serem simultâneas as notificações, ou de se não conseguir a demonstração de anterioridade, rateia-se o valor entre os vários cessionários. [...]⁷²

Persistindo a dúvida sobre a quem deve pagar, o devedor pode valer-se da consignação judicial.

1.11 DIREITOS E DEVERES DO DEVEDOR, CEDENTE E CESSIONÁRIO

Não é o simples fato de o crédito ter sido cedido a terceiro que isenta o *debitor cessus* (cedido) do dever de agir de boa-fé, que lhe impõe averiguar a existência e a validade da cessão, não aceitando como boa qualquer informação irresponsável que chegue ao seu conhecimento ou a afirmação de qualquer pretensão cessionário do crédito.⁷³

O devedor permanece com seu dever de prestar.

⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. XXIII. p. 329.

⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 2. p. 265.

⁷³ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Tomo 2. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 301-302.

Inerente à relação obrigacional entre cedente e cessionário são os diversos deveres do cedente para a perfeita satisfação do interesse objetivo do credor do crédito cedido, o cessionário. Entre esses deveres, estão o de prestar informações para o exercício do direito de crédito, entregar documentos necessários à cobrança, não omitir a existência de bens penhoráveis do devedor.⁷⁴

Uma vez transferido o crédito, o cessionário pode tomar qualquer medida conservatória, independentemente de conhecimento do devedor, como dispõe o artigo 293:

Art. 293. Independentemente do conhecimento da cessão pelo devedor, pode o cessionário exercer os atos conservatórios do direito cedido.

No seguinte julgado, diante da falta de notificação da cessão, o devedor não ficou isento do pagamento da dívida, e ao cessionário foi reconhecido o direito de exercer ato conservatório do seu direito, nos termos do artigo 293 do Código Civil, sem que isso pudesse gerar qualquer indenização por danos morais por parte do devedor:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C REPETIÇÃO DE INDÉBITO, PRESCRIÇÃO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Pretensão à declaração de inexistência do débito apontado e indenização por danos morais. INADMISSIBILIDADE: O apelado adquiriu direitos creditórios por meio de *cessão de crédito*. A dívida não foi contestada pela autora. Os documentos juntados aos autos demonstram que o *crédito* foi cedido pelo Banco Santander S/A. para a empresa ora apelada. A falta de notificação da *cessão* não isenta o devedor do pagamento da dívida. A empresa ora apelada apenas exerceu *ato conservatório* do seu direito, nos termos do artigo 293 do Código Civil. Não há que se falar em danos morais. Sentença mantida. PRESCRIÇÃO Alegada prescrição nos termos do artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor. INADMISSIBILIDADE. Dívida não contestada datada de 2010. Inscrição nos órgão de proteção ao *crédito* devida. Aplicável ao caso o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 206, § 5º, I do CC. PROCESSUAL CIVIL NULIDADE DA SENTENÇA Alegação da apelante de que a sentença é "ultra e extra petita." NÃO OCORRÊNCIA: O digno magistrado não concedeu algo diverso do pedido formulado na inicial e as questões foram decididas de acordo com o seu livre convencimento, em razão do princípio da persuasão racional e observados os fatos e circunstâncias constates dos autos. Destaque-se que o nobre Juiz de Direito teve condições de formar a sua convicção diante do que já constava da inicial e dos documentos que instruíram o processo. RECURSO DESPROVIDO.
(TJSP, Ap 1006373-63.2013.8.26.0361, Des. Israel Góes dos Anjos, julgado em 19-08-2014)

O seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo trata de caso em que a cessionária do crédito havia inscrito o nome do cedido no cadastro de inadimplentes, sem notificá-lo da cessão. Alegando ausência de notificação, o cedido ajuizou ação contra a cessionária, pleiteando declaração de inexigibilidade do crédito, cumulada com indenização

⁷⁴ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 257.

por danos morais. O Tribunal, porém, reconheceu que a ausência de notificação do devedor não compromete a validade do negócio jurídico, tampouco o direito do cessionário de praticar os atos conservatórios do crédito cedido:

Ação declaratória de inexigibilidade de débito c/c indenização por danos morais. *CESSÃO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO NÃO GERA INVALIDADE. DÉBITO EXIGÍVEL.* Inscrição do nome do autor no cadastro de inadimplentes pela cessionária de *crédito*. Sentença que julgou improcedente a ação com base na regularidade do débito. Insurgência do autor. Pretensão ao reconhecimento da inexigibilidade do débito e do dever de indenizar. Débito exigível. Comprovação, por parte do fornecedor, da regularidade da contratação. *Cessão de créditos* do Banco do Brasil. Juntada da documentação correspondente. Ausência da notificação da *cessão*. Art. 290, CC. Indiferença. Falta de notificação não compromete validade do negócio. Negativação. *Ato conservatório* do *crédito* cedido. Art. 293, CC. Regularidade. Débito exigível. Conduta lícita. Inexistência do dever de reparar. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP, Ap 0065443-96.2012.8.26.0576, Rel. Des. Carlos Alberto de Salles, julgado em 12-08-2014)

Em outro interessante julgado, o cedido, não notificado da cessão, é surpreendido ao ver seu nome inscrito em cadastro de inadimplentes e ajuíza ação de indenização por danos morais. Não demonstrado nos autos o lastro da dívida, o Tribunal entendeu pela irregularidade da cessão e inexigibilidade do crédito, mas não reconheceu o direito do autor a indenização por existirem contra ele inúmeros outros apontamentos anteriores.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Sentença declarando a inexigibilidade do débito e condenando os réus, de forma solidária, ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 3.000,00, com os consectários legais e honorários fixados em 10% do valor da condenação. Data da distribuição da ação: 18/03/2011. Valor da causa: R\$ 25.500,00. Apela a *corrê* Ativos, alegando ser a existência do débito legítima e a *cessão de crédito* regular; desnecessária notificação do autor; inscrição do nome do autor em cadastro restritivo foi legal; não houve *ato* ilícito nem conduta lesiva; valor da indenização deve se diminuído; é caso de se aplicar a Súmula 385 do STJ, invertendo-se os ônus sucumbenciais. Prequestiona os seguintes dispositivos: arts. 290 (*cessão de crédito* é ineficaz em relação ao devedor), 293 (pode o cessionário exercer *atos conservatórios* do direito cedido), 295 (*cessão* por título oneroso) e 188, inc. I (não constitui *ato* ilícito o praticado no exercício regular de um direito), todos do CC. Apela adesivamente o autor, sustentando que o valor da indenização por danos morais deve ser majorado para 50 salários mínimos. Proceder parcialmente o inconformismo do *corrê* Ativos, e improceder o do autor, merecendo ambos análise conjunta. Não se pode considerar que a *cessão* tenha se dado de forma regular, reputando-se inexigível o *crédito*, que deu ensejo à restrição. Preexistência de outras anotações afastam o dano moral. Súmula 385 do STJ. Cabimento. Ausência de vilipêndio aos seguintes dispositivos: arts. 290 (*cessão de crédito* é ineficaz em relação ao devedor), 293 (pode o cessionário exercer *atos conservatórios* do direito cedido), 295 (*cessão* por título oneroso) e 188, inc. I (não constitui *ato* ilícito o praticado no exercício regular de um direito), todos do CC. Parcialmente provido o recurso do *corrê* Ativos, para afastar a condenação por danos morais, mas improvido o do autor. (TJSP, Ap 0009548-32.2011.8.26.0562, Rel. Des. James Siano, julgado em 23-04-2014)

O artigo 294 do Código Civil autoriza o devedor a opor ao cessionário as exceções que lhe competirem e as que tinha frente ao cedente no momento em que tomou conhecimento da cessão, por notificação ou declaração de ciência:

Art. 294. O devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente.

O referido dispositivo elimina uma possibilidade de fraude através da cessão de créditos, pois o devedor, que poderia alegar erro ou dolo contra o cedente, também poderá fazê-lo contra o cessionário.

A possibilidade de o devedor manifestar suas exceções pessoais no momento em que é notificado da transferência do crédito consiste em faculdade do devedor de se opor à cessão. É esse o entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça nesse interessante julgado:

DIREITO CIVIL E COMERCIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. FACTORING. CESSÃO DE CRÉDITO. TRANSFERÊNCIA DE CÉDULA DE PRODUTO RURAL - CPR. EXCEÇÕES PESSOAIS. EXISTÊNCIA DO CRÉDITO. DIREITO DE REGRESSO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. OCORRÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: 10 DA Lei Nº 8.929/94; 290, 294, 295 E 296 DO CC/02; E 47 DO CPC.

1. Ação declaratória de inexistência de débito proposta na origem em 15/12/2005, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 18/09/2009.

2. Discute-se a necessidade de formação de litisconsórcio passivo entre o beneficiário e o credor originário da obrigação, em ações que se discute a existência de crédito cambial cedido, à luz de exceções pessoais.

3. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pelo recorrente em suas razões recursais, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

4. Ainda que a transferência dos títulos de crédito seja formalizada por endosso, a aquisição de crédito por faturizadora caracteriza a realização de cessão de crédito, de modo a se afastar o direito de regresso contra o cedente na hipótese de inadimplemento.

Precedentes.

5. De outro lado, o art. 294 do CC/02, ao dispor sobre a possibilidade de o devedor manifestar suas exceções pessoais no momento em que notificado da transferência do crédito estabelecem uma faculdade ao devedor de se opor à cessão.

6. Não oposta a exceção pelo devedor notificado da cessão de crédito, opera-se integralmente a despersonalização da relação originária, afastando-se, a princípio, a legitimidade do cedente.

7. Todavia, tratando-se de discussão acerca da existência do crédito, é possível a responsabilização do cedente nos termos do art. 295 do CC/02, razão pela qual deverá o cedente compor o polo passivo da demanda, nos termos do art. 47 do CPC.

8. Negado provimento ao recurso especial.

(REsp 1167120/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 18/11/2013)

A cessão de crédito só tem eficácia em relação ao devedor após ter sido ele notificado ou dela se declarado ciente, podendo, nesse momento, opor ao cessionário as exceções de caráter pessoal que teria em relação ao cedente, anteriores à transferência do crédito e também posteriores, até o momento da cobrança. A falta de notificação não interfere com a existência ou exigibilidade da dívida, admitindo-se inclusive a inscrição em cadastro de inadimplentes em caso de não pagamento. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CESSÃO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO. CONSEQUÊNCIAS. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO.

1.A cessão de crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada. Isso não significa, porém, que a dívida não possa ser exigida quando faltar a notificação.

2.O objetivo da notificação é informar ao devedor quem é o seu novo credor, isto é, a quem deve ser dirigida a prestação. A ausência da notificação traz essencialmente duas consequências: Em primeiro lugar dispensa o devedor que tenha prestado a obrigação diretamente ao cedente de pagá-la novamente ao cessionário. Em segundo lugar permite que devedor oponha ao cessionário as exceções de caráter pessoal que teria em relação ao cedente, anteriores à transferência do crédito e também posteriores, até o momento da cobrança (artigo 294 do Código Civil).

3.A falta de notificação não interfere com a existência ou exigibilidade da dívida, sendo de se admitir, inclusive, a inscrição indevida em cadastros de inadimplentes em caso de não pagamento, observadas as formalidades de estilo (artigo 43, § 2º, Código de Defesa do Consumidor).

4.O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar o decidido, que se mantém por seus próprios fundamentos.

5.Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1408914/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 14/11/2013)

Interessante observar que a falta de notificação do devedor não torna o cessionário parte ilegítima para a ação, pois a notificação se dará com a citação do devedor. Esse tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como exposto na seguinte ação revisional de contratos de financiamento rural, formalizados em cédulas rurais pignoratícias e hipotecárias, em que os créditos haviam sido cedidos à União:

PROCESSUAL CIVIL E FINANCEIRO. DÍVIDA ATIVA. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. CESSÃO. TESOIRO NACIONAL. PROVA PERICIAL. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Revisional de contratos de financiamento rural, formalizados em cédulas rurais pignoratícias e hipotecárias, cujos créditos foram posteriormente cedidos à União.

2. Não há nulidade por cerceamento de defesa quando o julgador entende desnecessária a produção de prova pericial e profere decisão devidamente motivada na prova documental que reputa suficiente.

Avaliar a necessidade do meio probatório requerido é tarefa que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

3. Quanto à alegada ofensa aos arts. 39, V e XI, e 51, IV, do CDC, não está configurado o prequestionamento, razão pela qual incide o óbice da Súmula 211/STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal 'a quo'".

4. De acordo com a Súmula 93/STJ, "A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros". Sob esse prisma, admite-se, desde que pactuada, a capitalização de juros nas cédulas de crédito rural, em razão da existência de permissivo legal específico.

5. Há, no acórdão recorrido, o reconhecimento de que "Os contratos constantes dos autos preveem que os juros pactuados serão calculados (...) com capitalização mensal"(fl. 765), de modo que não merece acolhida a pretensão pela revisão contratual.

6. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, apontada pela instituição financeira, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

7. No tocante ao tema da legitimidade, o Recurso Especial não supera o juízo de admissibilidade, uma vez que os recorrentes se limitam a apontar violação aos arts. 290, 294 e 296 do CC, mas não demonstra de que forma tais normas - que disciplinam o instituto da cessão de crédito - afetam a legitimidade processual das partes, nas hipóteses em que, a exemplo do que se passou no presente feito, a alienação do direito litigioso ocorre no curso do processo. Incide, portanto, o disposto na Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

8. Recursos Especiais parcialmente conhecidos, e, nessa parte, não providos. (REsp 1320440/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 20/03/2013)

Não se pode admitir que o devedor, citado em ação de cobrança pelo cessionário da dívida, oponha resistência fundada em ausência de notificação prévia, pois, se o objetivo da notificação é informar ao devedor quem é seu novo credor, com a citação ele toma ciência da cessão de crédito e daquele a quem deve pagar. Nesse sentido:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CESSÃO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO AO DEVEDOR. CONSEQUÊNCIAS.

I - A cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a este notificada.

II - Isso não significa, porém, que a dívida não possa ser exigida quando faltar a notificação. Não se pode admitir que o devedor, citado em ação de cobrança pelo cessionário da dívida, oponha resistência fundada na ausência de notificação. Afinal, com a citação, ele toma ciência da cessão de crédito e daquele a quem deve pagar.

III - O objetivo da notificação é informar ao devedor quem é o seu novo credor, isto é, a quem deve ser dirigida a prestação. A ausência da notificação traz essencialmente duas consequências: Em primeiro lugar dispensa o devedor que tenha prestado a obrigação diretamente ao cedente de pagá-la novamente ao cessionário. Em segundo lugar permite que devedor oponha ao cessionário as exceções de caráter pessoal que teria em relação ao cedente, anteriores à transferência do crédito e também posteriores, até o momento da cobrança (inteligência do artigo 294 do CC/02).

IV - Recurso Especial a que se nega provimento.

(REsp 936.589/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 22/02/2011)

O devedor deve manifestar, no momento em que toma ciência da transferência do crédito, apenas as suas exceções pessoais, compreendidas no seu sentido estrito. Pode opor, posteriormente, ao cessionário, todas as defesas diretas de que dispunha contra o credor primitivo, ainda que tenha silenciado no momento da transferência do crédito. A

consequência da não manifestação de sua discordância com o ato de transferência somente tem efeito preclusivo quanto às exceções pessoais de que disporia contra o credor primitivo, como é o caso da compensação ou da *exceptio non adimpletis contractus*. Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Direito civil. Cessão de crédito. Notificação do devedor.

Necessidade de manifestação, por este, das exceções pessoais de que é titular em face do credor primitivo. Art. 1.072 do CC/16 (equivalente ao art. 294 do CC/02). Alcance do dispositivo.

Diferenciação entre defesas diretas, por um lado, e exceções processuais, substanciais e pessoais, por outro. Obrigatoriedade de o devedor manifestar, no ato de transferência do crédito, apenas as suas exceções pessoais, compreendidas no seu sentido estrito.

Possibilidade de oposição, posteriormente, ao sucessor no crédito, de todas as defesas diretas de que dispunha contra o credor primitivo, não obstante tenha o devedor silenciado no momento da transferência do crédito.

- No momento em que se dá a transferência de um crédito, o credor primitivo não pode transferir ao sucessor mais do que dispunha naquele momento. Assim, todas os motivos que possivelmente levariam à inexistência do crédito permanecem hígidos, não obstante a transferência. Isso se evidencia pelo fato de a transferência de créditos poder ser promovida com as cláusulas "veritas nominis" e "bonitas nominis".

- O art. 1.072 do CC/16 (art. 294 do CC/02), ao dispor sobre a possibilidade de o devedor manifestar suas exceções pessoais no momento em que notificado da transferência do crédito, não estabelece uma obrigação, mas uma faculdade ao devedor. A consequência da não manifestação de sua discordância com o ato de transferência somente tem efeito preclusivo quanto às exceções pessoais de que disporia contra o credor primitivo, como é o caso da compensação ou da "exceptio non adimpletis contractus".

- Todas as defesas diretas de que dispunha o devedor, que se prendem à existência de seu débito, podem ser opostas judicialmente ao credor sucessor, não obstante o silêncio do devedor no ato de cessão do crédito.

- Na hipótese dos autos, o Tribunal indeferiu a produção de prova pericial tendente à comprovação de uma defesa direta do devedor porque, tendo em vista as provas dos autos, a perícia seria desnecessária. Assim, não obstante seja direito do devedor alegar e provar as defesas diretas de que dispuser, no processo "sub iudice" o acórdão recorrido se sustenta por fundamento inatacado.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 780.774/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 23/10/2008)

Em ação de execução de notas promissórias, reconheceu-se ao cedido o direito de opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, que tinha contra o cedente ao tempo da cessão, ficando o cessionário obrigado a respeitar tal direito. Entre elas, a compensação de créditos que poderia opor ao cedente, em razão de não ter sido notificado da cessão:

Agravo de Instrumento. Execução por Título Extrajudicial. Notas promissórias. Compensação de créditos e débitos das partes reconhecida. Invocada necessidade de intimação para embargar. Alegada impropriedade da decisão, por não possuir mais a executada o título compensado, transferido a terceiro. Pretendida impossibilidade de compensação. Desacolhimento. Apelo não conhecível no primeiro aspecto, por inexistência de dedução e decisão a respeito em primeiro grau. Oposição da devedora, exequente, à cessão realizada, notificando, oportunamente, cedente e

cessionário para a compensação. Efeitos da transmissão do título não a atingindo. Direito da devedora obrigando a cessionária. Inteligência dos arts. 290, 294 e 368 do C.C. Recurso parcialmente conhecido e improvido. Para que créditos sejam compensados, por lei, convenção ou judicialmente, o diploma civil estabelece como pressuposto essencial a existência de reciprocidade, vale dizer, que as partes em questão sejam, ao mesmo tempo, credoras e devedoras, uma da outra. Esta regra da identidade de sujeitos, credores e devedores recíprocos, porém, resta mitigada pelo artigo 290 do Código Civil, prescrevendo que a cessão de crédito não terá eficácia em relação ao devedor se este não for notificado dela, tendo-se a notificação como suprida se ele, por escrito público ou particular, declarar-se ciente da mesma. Também a mitiga o artigo 294 dizendo que o devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, as quais tinha ao tempo da cessão, oportunidade em que pode deduzir sua pretensão de compensar, ficando o cessionário obrigado a respeitar tal direito.

(TJSP, Ag 991090185375, Rel. Des. Vicira de Moraes, j. em 13-5-2010).

Em ação monitória referente a faturas de cartão de crédito, restou reconhecida a oponibilidade da exceção de prescrição, por parte do cedido, frente ao cessionário:

Monitoria. Faturas de cartão de crédito. Prescrição. Matéria de ordem pública. Possibilidade de reconhecimento a qualquer tempo. Artigo 219, § 5º do CPC. Vencimento das faturas cártulas na vigência do Código Civil de 1916. Aplicabilidade da regra de transição fixada no art. 2.028 do Código Civil de 2002. Prazo quinquenal, nos termos do art. 206, § 5º, inc. I, do Código Civil em vigor. Cessão de crédito. Possibilidade de oposição dessa exceção em face do cessionário. Prazo prescricional que é contado do vencimento da fatura. Decurso do prazo antes do ajuizamento da ação. Prescrição reconhecida. Sentença reformada. Recurso provido.

(TJSP, Ap 991090508247, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. em 24-3-2010).

A responsabilidade do cedente pelo crédito é prevista no artigo 295 do Código Civil, mas se refere somente à existência do crédito no momento da cessão, e quando esta houver sido a título oneroso. Em cessão gratuita, o cedente somente será responsável se comprovada sua má-fé.

Art. 295. Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé.

No seguinte julgado, não se reconheceu à empresa cessionária de créditos, faturizadora, direito a ressarcimento pela inadimplência dos títulos cedidos, visto que a responsabilidade do cedente, faturizado, conforme entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, restringe-se à existência do crédito, não abrangendo a solvência do devedor:

INTERESSE PROCESSUAL - AÇÃO MONITORIA - Nota promissória dada em garantia de cessão de créditos no bojo de contrato de "factoring" - Impossibilidade da cobrança pela faturizadora para se ressarcir da inadimplência dos títulos adquiridos - Hipótese que não configurava carência de ação, mas improcedência - Nota promissória que somente poderia ser utilizada para ressarcimento de títulos com vício de origem (art. 295 do Código Civil) - Processo extinto por falta de

interesse processual - Recurso provido em parte para afastar a extinção sem julgamento de mérito do processo e, de ofício, com base no art. 515, § 3o, do CPC, julgar improcedente a ação.
(TJSP, Ap 9093919-80.2006.8.26.0000, Rel. Rui Cascaldi, julgado em 29-04-2009)

Havendo dolo, responde o cedente pela existência do crédito, ainda que o tenha cedido gratuitamente. Esse tem sido o entendimento pacífico da jurisprudência, como demonstram os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo:

NEGÓCIO JURÍDICO - CESSÃO DE CRÉDITO - SIMULAÇÃO - DOLO DE AMBAS AS PARTES - Pleitos de cobrança, ou sucessivo de indenização, formulados por uma delas - Ação improcedente - Aplicação dos artigos 97 e 1.073 do Código Civil de 1916, correspondentes aos artigos 150 e 295 do atual - Sentença incensurável - Apelação desprovida.
(TJSP, Ap 9107912-59.2007.8.26.0000, Rel. Des. Luiz Sabbato, julgado em 01-08-2007)

RESPONSABILIDADE CIVIL - CESSÃO DE CRÉDITO - ALEGAÇÃO DE DOLO POR PARTE DA CEDENTE - Excludente capaz de desconstituir o *crédito* cedido - Exceção oponível, nos termos do art. 1.073 do Código Civil de 1916, sob a égide do qual se desenrolaram os fatos - Necessidade de dilação probatória - Sentença anulada - Apelação da autora provida para esse fim, prejudicada a da ré.
(TJSP, Ap 9082313-21.2007.8.26.0000, Rel. Des. Luiz Sabbato, julgado em 17-10-2007)

Na seguinte ação, tratando de cessão de duplicatas emitidas sem causa a uma empresa de *factoring*, seguida de protesto do título tido como indevido, a responsabilidade recaiu sobre o cedente, faturizado, por ser ele considerado responsável pela existência do crédito ao tempo da cessão:

DUPPLICATA - EMISSÃO SEM CAUSA - TRANSFERÊNCIA PARA EMPRESA DE FACTORING. Protesto - Nada obstante a transferência do *crédito*, a responsabilidade do protesto indevido é do cedente-faturizado, uma vez que responsável pelo *crédito* cedido ao tempo da cessão - Inteligência do art. 295 do CC/2002 - Legitimidade passiva reconhecida - Improvimento do recurso. Na prática do *factoring*, na cessão por título oneroso, o cedente-faturizado, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário faturizador pela *existência* do *crédito* ao tempo em que lhe cedeu (art. 1.073 do CC/1916, art. 295 do CC/2002). A *lei impõe-lhe a obrigação de responder pela positiva existência do crédito*.
(TJSP, Ap 9195110-71.2006.8.26.0000, Rel. Des. Pedro Alexandrino Ablas, julgado em 25-04-2007)

Neste outro julgado reconheceu-se a responsabilidade do cedente, faturizado, perante o faturizador, referente ao direito de regresso derivado da garantia da existência do crédito cedido prevista no artigo 295, denominada de responsabilidade *in veritas*.

Apelação. Falência requerida por empresa de fomento mercantil, com base em cheques emitidos pela faturizada. Responsabilidade do cedente-faturizado, perante o faturizador, decorrente da lei e obrigatória, referente ao direito de regresso derivado da garantia da existência do crédito-cedido, chamada "responsabilidade por vício/evicção", ou "*in veritas*", prevista no artigo 295, do Código Civil.

Legitimidade da assunção, de forma expressa, pelo cedente-faturizado da responsabilidade *convencional* ou *opcional*, ou "*in bonitas*", pela *solvência* do *devedor*, nos termos do artigo 296, do Código Civil. Admissibilidade do pedido de falência contra o faturizado, desde que a inicial seja instruída com o contrato. (TJSP, Ap 9070567-59.2007.8.26.0000, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, julgado em 28-05-2008)

Diferentemente da responsabilidade pela *solvência* do *devedor* prevista no artigo 296, chamada de *in bonitas*, decorrente de operação *pro solvendo*, a responsabilidade tratada pelo artigo 295 é *in veritas*, e decorre de operação *pro soluto*, garantindo contra vícios ou evicção.

Apelação. Pedido de falência. Contrato de fomento mercantil. Responsabilidade do faturizado pela existência do crédito que decorre de lei. Art. 295 do CC. Responsabilidade pela existência do crédito que não se confunde com a responsabilidade pela *solvência* do crédito. Há dois tipos de operação de fomento mercantil: I) "pro soluto", em que o faturizado (cedente) não assume a responsabilidade pela *solvência* do *devedor* do crédito cedido, respondendo somente pelos vícios ou evicção (CC, art. 295), chamada de responsabilidade "*in veritas*"; II) "pro solvendo", em que o faturizado (cedente) assume no contrato responsabilidade expressa pela *solvência* do *devedor* do crédito cedido (CC, art. 296), constituindo a chamada responsabilidade "*in bonitas*". Precedentes desta Corte. Nota promissória assinada em branco para garantia de obrigações de contrato de factoring. Ausência de liquidez, tendo em vista que as partes não acostaram aos autos cópia do contrato. Pedido de falência improcedente. Sentença mantida. Apelo não provido. (TJSP, Ap 9089052-39.2009.8.26.0000, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, julgado em 11/12/2012)

Pelos mesmos motivos, foi extinto processo de falência, sem resolução de mérito, fundado na ausência de responsabilidade da faturizada pela *solvência* dos créditos cedidos a empresa de fomento mercantil.

Apelação. Falência arrimada na impontualidade de instrumento particular de confissão de dívida e recompra de títulos, nos termos do art. 94, I, da LRF. Falência requerida por empresa de fomento mercantil com base na responsabilidade da faturizada pela *solvência* dos créditos cedidos. Extinção do processo, sem resolução de mérito, sob o fundamento da ausência de responsabilidade da *devedora*, uma vez que a pretensão de quebra fundou-se em confissão de dívida dada em garantia de contrato de fomento mercantil, no qual não existe direito de regresso em favor da faturizadora, inexistindo responsabilidade da cedente pela *solvência* do *devedor*. Há dois tipos de operação de fomento mercantil: I) "pro soluto" em que o faturizado (cedente) não assume a responsabilidade pela *solvência* do *devedor* do crédito cedido, respondendo somente pelos vícios ou evicção (art. 295, CC), chamada de "responsabilidade *in veritas*" II) "pro solvendo" em que o faturizado (cedente) assume expressamente no contrato a responsabilidade pela *solvência* do *devedor* do crédito cedido (art. 296, CC), chamada "responsabilidade *in bonitas*". Diante da assunção contratual, de forma expressa, de responsabilidade da faturizada pela *solvência* dos créditos, pode a faturizadora, em virtude do não pagamento de títulos pelo *devedor*, valer-se do direito de regresso contra a cedente. O instrumento particular de confissão de dívida com base na cláusula de recompra das duplicatas cedidas é título executivo dotado de liquidez, certeza, que, regularmente protestado, com atendimento da Súmula 361/STJ, autoriza o decreto da falência. Apelação provida para decretar a quebra da apelada. (TJSP, Ap 0034407-69.2009.8.26.0114, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, julgado em 12/04/2011)

A jurisprudência é pacífica no sentido de reconhecer a responsabilidade do cedente pela existência do crédito, mas não pela possibilidade de sua satisfação, salvo se diversamente avençado entre cedente e cessionário.

DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. CONTRATO DE FACTORING. CESSÃO DE CRÉDITO PRO SOLUTO. ARTS. 295 E 296 DO CÓDIGO CIVIL. GARANTIA DA EXISTÊNCIA DO CRÉDITO CEDIDO. DIREITO DE REGRESSO DA FACTORING RECONHECIDO.

1. Em regra, a empresa de factoring não tem direito de regresso contra a faturizada - com base no inadimplemento dos títulos transferidos -, haja vista que esse risco é da essência do contrato de factoring. Essa impossibilidade de regresso decorre do fato de que a faturizada não garante a solvência do título, o qual, muito pelo contrário, é garantido exatamente pela empresa de factoring.

2. Essa característica, todavia, não afasta a responsabilidade da cedente em relação à existência do crédito, pois tal garantia é própria da cessão de crédito comum - pro soluto. É por isso que a doutrina, de forma uníssona, afirma que no contrato de factoring e na cessão de crédito ordinária, a faturizada/cedente não garante a solvência do crédito, mas a sua existência sim. Nesse passo, o direito de regresso da factoring contra a faturizada deve ser reconhecido quando estiver em questão não um mero inadimplemento, mas a própria existência do crédito.

3. No caso, da moldura fática incontroversa nos autos, fica claro que as duplicatas que ensejaram o processo executivo são desprovidas de causa - "frias" -, e tal circunstância consubstancia vício de existência dos créditos cedidos - e não mero inadimplemento -, o que gera a responsabilidade regressiva da cedente perante a cessionária.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1289995/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 10/06/2014)

Nesse interessante acórdão, reconhece-se que, ainda que a transferência dos títulos de crédito seja formalizada por endosso, a aquisição de crédito por faturizadora caracteriza cessão de crédito, afastando o direito de regresso contra o cedente na hipótese de inadimplemento:

DIREITO CIVIL E COMERCIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. FACTORING. CESSÃO DE CRÉDITO. TRANSFERÊNCIA DE CÉDULA DE PRODUTO RURAL - CPR. EXCEÇÕES PESSOAIS. EXISTÊNCIA DO CRÉDITO. DIREITO DE REGRESSO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. OCORRÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: 10 DA Lei Nº 8.929/94; 290, 294, 295 E 296 DO CC/02; E 47 DO CPC.

1. Ação declaratória de inexistência de débito proposta na origem em 15/12/2005, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 18/09/2009.

2. Discute-se a necessidade de formação de litisconsórcio passivo entre o beneficiário e o credor originário da obrigação, em ações que se discute a existência de crédito cambial cedido, à luz de exceções pessoais.

3. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pelo recorrente em suas razões recursais, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

4. Ainda que a transferência dos títulos de crédito seja formalizada por endosso, a aquisição de crédito por faturizadora caracteriza a realização de cessão de crédito, de modo a se afastar o direito de regresso contra o cedente na hipótese de inadimplemento.

Precedentes.

5. De outro lado, o art. 294 do CC/02, ao dispor sobre a possibilidade de o devedor manifestar suas exceções pessoais no momento em que notificado da transferência do crédito estabelecem uma faculdade ao devedor de se opor à cessão.

6. Não oposta a exceção pelo devedor notificado da cessão de crédito, opera-se integralmente a despersonalização da relação originária, afastando-se, a princípio, a legitimidade do cedente.

7. Todavia, tratando-se de discussão acerca da existência do crédito, é possível a responsabilização do cedente nos termos do art. 295 do CC/02, razão pela qual deverá o cedente compor o polo passivo da demanda, nos termos do art. 47 do CPC.

8. Negado provimento ao recurso especial.

(REsp 1167120/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 18/11/2013)

Entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, o cedente é responsável pela existência do crédito transmitido ao cessionário, ou seja, pela concretude do crédito cedido, por força do art. 295 do Código Civil, dispositivo que visa a impedir o locupletamento ilícito do cedente, o que certamente ocorreria se lhe fosse permitido receber do cessionário pela transferência de um crédito inexistente:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 NÃO CONFIGURADA. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. CESSÃO DE CRÉDITOS ORIUNDOS DE EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. RESPONSABILIDADE DO CEDENTE PELA EXISTÊNCIA DO CRÉDITO.

1. Não ocorre violação ao art. 535 do CPC quando o Juízo, embora de forma sucinta, aprecia fundamentadamente todas as questões relevantes ao deslinde do feito, apenas adotando fundamentos divergentes da pretensão do recorrente. Precedentes.

2. Os créditos decorrentes da obrigação de devolução do empréstimo compulsório incidente sobre o consumo de energia elétrica podem ser cedidos a terceiros, uma vez que inexistente impedimento legal expresso à sua transferência ou cessão, desde que o pagamento pela cedida (Eletrobrás) se dê mediante conversão em participação acionária ou em dinheiro no vencimento do empréstimo. (REsp 1.119.558/SC, Primeira Seção, julgado em 9/5/2012 sob a sistemática do art. 543-C do CPC, DJe 1/8/2012)

3. A validade da cessão de créditos oriundos da devolução de empréstimo compulsório sobre energia elétrica submete-se não apenas ao preenchimento dos requisitos insertos no art. 104 do CC, como também ao fato de a devolução do empréstimo compulsório não se dar mediante a compensação dos débitos com valores resultantes do consumo de energia, ficando sua eficácia sujeita à notificação do cedido (art. 286 do CC).

4. No presente feito, consoante assentado pelo Tribunal de origem, a cessão foi realizada de forma absolutamente regular - o que denota o preenchimento de todos os requisitos -, tendo havido a necessária notificação à devedora.

5. O cedente é responsável pela existência do crédito transmitido ao cessionário, ou seja, pela concretude do crédito cedido. O art. 295 do Código Civil preocupa-se em interditar o locupletamento ilícito do cedente, o que certamente ocorreria se lhe fosse permitido receber do cessionário pela transferência de crédito inexistente.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 988.849/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 31/10/2012)

O artigo 296 do Código Civil trata da solvência do devedor, que pode ser garantida pelo cedente se assim for estipulado no negócio com o cessionário. Do contrário, responde o cedente apenas pela existência do crédito ao tempo da cessão, como previsto no artigo 295.

Art. 296. Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.

Ao ceder o crédito, sem obrigar-se pela solvência do devedor, o cedente efetua uma cessão dita *pro soluto*, que lhe confere plena quitação de débito perante o cessionário, ainda que este não consiga satisfazer o crédito perante o cedido.

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO CIVIL. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CONFUSÃO COM O MÉRITO DA AÇÃO. REJEITADA. ART. 296 CÓDIGO CIVIL. CESSÃO *PRO SOLUTO*. CREDOR NÃO SE RESPONSABILIZA PELA SOLVÊNCIA DO DEVEDOR. PROVIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PARA MANTER O CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES. DECISÃO UNÂNIME.

1 - A cessão *pro soluto*, ou cessão em pagamento, confere quitação plena de débito do cedente para o cessionário, operando-se transferência do crédito, que inclui a exoneração do cedente.

2 - Essa conclusão é alcançada com fundamento no disposto no art. 296, do Código Civil, que assim dispõe: "salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor".

(TJAL, Apelação Cível 2010.006769-2, Rel. José Cícero Alves da Silva, julgado em 29-09-2011)

Em execução fundada em cheques transmitidos por cessão de crédito, não por endosso, foi afastada a responsabilidade do cedente pela solvência do devedor. O endosso por meio do qual o faturizado transfere o título ao faturizador tem efeito de cessão ordinária, de créditos, não incidindo as regras do direito cambiário que estabelecem a responsabilidade do endossante pelo pagamento do título endossado.

APELAÇÃO. FALÊNCIA ARRIMADA EM EXECUÇÃO FRUSTRADA PREVISTA NO ART. 94, II, DA LRF.

Possibilidade de discussão no processo de falência da executividade dos títulos que deram espeque à execução frustrada. Improcedência da falência sob o fundamento da ausência de responsabilidade da devedora, uma vez que a execução singular fundou-se em cheques objeto de fomento mercantil, transmitidos por cessão de crédito, e não por endosso, inexistindo responsabilidade da cedente pela solvência do devedor. Há dois tipos de operação de fomento mercantil: I) "pro soluto" em que o faturizado (cedente) não assume a responsabilidade pela solvência do devedor do crédito cedido, respondendo somente pelos vícios ou evicção (art. 295, CC), chamada de responsabilidade "in veritas"; II) "pro solvendo" em que o faturizado (cedente) assume expressamente no contrato a responsabilidade pela solvência do devedor do crédito cedido (art. 296, CC), chamada responsabilidade "in bonitas". Inexistindo no contrato previsão expressa de responsabilidade do faturizado pela solvência dos créditos, não pode a faturizadora invocar o direito de regresso em virtude do não pagamento do título pelo devedor. O endosso por meio do qual o faturizado formaliza a transferência do título ao faturizador, tem efeito de cessão ordinária, não incidindo as regras cambiais que estabelecem a responsabilidade do

endossante pelo pagamento do título endossado. Inteligência do art. 21 da Lei do Cheque. Apelo desprovido, mantida a sentença de improcedência da ação de falência.

(TJSP, Ap 994080511505, Rel. Des. Pereira Calças, j. em 18-8-2009).

Não tendo sido estipulado em contrário pelos contratantes, cedente e cessionário, a solvência do devedor do crédito cedido será indiferente para a eficácia da cessão.

Bem de família. Documentos suficientes para reconhecimento de que a apelante reside no imóvel com sua família. Impenhorabilidade reconhecida. Registro imobiliário da natureza de bem de família dispensável na Lei n 8.009/90.

Penhora cancelada.

Crédito cedido habilitado em concordata e pago por notas promissórias em execução. Executividade reconhecida. Cessão do crédito habilitado em concordata que torna a devedora das notas titular do produto de eventual pagamento. Solvência do devedor do crédito cedido indiferente para a eficácia da cessão (art. 296 do Código Civil).

Ausência de uma das notas promissórias. Manutenção da nota em poder do banco. Execução possível. Exibição necessária. Redução do valor da dívida em face da possibilidade de extravio e circulação da nota.

Recurso parcialmente provido.

(TJSP, Ap 9131024-04.2000.8.26.0000, Rel. Hamid Charaf Bdine Júnior, julgado em 15-08-2008)

Em ação declaratória de nulidade de notas promissórias, combinada com indenização por dano moral decorrente de protesto indevido, o fundamento foi que as notas promissórias haviam sido obtidas com base em disposição contratual ilegal porque o faturizado não responde pela insolvência do devedor.

DIREITO COMERCIAL CONTRATO DE "FACTORING" AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULOS - PROTESTO DANO MORAL. Ação Declaratória de Nulidade de Títulos c/c Indenização por Dano Moral decorrente do protesto indevido, ao fundamento de que as notas promissórias foram obtidas com base em disposição contratual ilegal, já que o faturizado, ao ceder seus créditos, não responde pela insolvência do devedor.

Sentença que julgou procedente o pedido, para declarar nulas todas as notas promissórias e títulos que tiveram origem na confissão de dívida; e condenou a ré ao pagamento de indenização por dano moral, arbitrada em RS 30.000,00.

Reconhecido por anterior acórdão desta Câmara, proferido no julgamento da apelação em requerimento de falência com base nos mesmos títulos, que, embora as notas promissórias estejam vinculadas ao instrumento de confissão de dívida, esta se constituiu em artifício para mascarar o factoring, não há como reconhecer a validade dos títulos.

Encontra-se sumulado o entendimento no sentido de que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral; e este resulta configurado com o simples protesto. Considerando, todavia, que a ficha cadastral da autora apresenta mais de 400 protestos no período de 1994 /1998 e 21 no ano de 1999, não há que se falar em dano moral.

Ante a sucumbência recíproca, incide a norma do artigo 21 do Código de Processo Civil.

Provimento parcial do recurso para excluir a condenação por dano moral e para que as despesas processuais e os honorários sejam recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados.

(TJRJ, Ap Cível 2005.001.51724, Rel. Des. Cassia Medeiros, julgado em 24-10-2006)

Reconhecida nesse outro julgado a responsabilidade do cedente, tanto pela existência do crédito ao tempo da cessão como pela solvência do devedor, em virtude de expressa previsão contratual:

Falência. Credora, sociedade de fomento mercantil. Requerimento de falência fundado na impontualidade de nota promissória emitida em garantia de recompra de títulos faturizados. Responsabilidade da faturizada pela existência do crédito (vício/evicção) e pela solvência do devedor, diante da expressa previsão contratual. Inteligência dos artigos 295 e 296 do Código Reale. Cambial, porém, emitida em branco, preenchida pelo “factor”, não caracteriza título líquido, certo e exigível para fins de falência. A exigência da faturizadora de emissão de nota promissória em branco pela faturizada, em garantia do pagamento dos títulos objeto do negócio de fomento mercantil, para posterior preenchimento no caso de vício ou inadimplemento, configura prática abusiva que acarreta a nulidade da cambial. Sentença de extinção do processo de falência, sem julgamento de mérito, mantida.

Apelo desprovido.

(TJSP, Ap 9068012-06.2006.8.26.0000, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, julgado em 09-08-2006)

Empresa de turismo que recebia cheques como pagamento por seus serviços vendeu seu movimento a empresa faturizadora, por meio de contrato de *factoring*, ou faturização, que não se regula pelo direito cambial, mas pela cessão civil de créditos, na qual o faturizador assume os riscos do negócio subjacente e não se pode afastar a apuração da *causa debendi*, não se aplicando portanto o princípio da inoponibilidade das exceções pessoais.

Factoring - Contrato de fomento, não constituindo nova modalidade de crédito - Risco do faturizador pela higidez dos títulos negociados - Inaplicabilidade do princípio da inoponibilidade das exceções pessoais - Pagamento dos títulos comprovado - Cobrança improcedente - Recurso provido para esse fim. Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO N° 865.525-6, da Comarca de BAURU, sendo apelante RONALDO ABDELNUR ABRAHÃO e apelado MERCOCRED FOMENTO CIAL LTDA. ACORDAM, em Sétima Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Embargos a mandado monitório, questionando a higidez dos cheques prescritos em que se funda a cobrança. A respeitável sentença, cujo relatório se adota, rejeitou a ofensiva e manteve a ordem de pagamento, pena de penhora, entendendo aplicável à espécie o princípio da inoponibilidade das exceções pessoais. Apela o emitente das cártulas buscando inverter o resultado. Clama pela intervenção da endossante e, entendendo haver responsabilidade da endossatária pelo negócio subjacente, professa indevida a cobrança, uma vez havendo prova inconcussa de pagamento. Preparado, foi o recurso bem processado e regularmente respondido. É o relatório. A apelada é faturizadora, do que resulta que, na verdade, comprou o movimento da faturizada, empresa de turismo que, como comprovado pelo recibo de f. 44, recebeu a dívida representada pelos cheques. O contrato de “*factoring*”, ou faturização, não se regula pelo direito cambial. Cuidando-se de cessão civil, o faturizador assume os riscos do negócio subjacente, sendo inarredável a apuração da causa debendi, do que resulta que nas hipóteses em testilha não se aplica o princípio da inoponibilidade das exceções pessoais. Não tem sido outra a jurisprudência desta Corte. Confira-se, exemplificativamente: Cambial - Emissão sem causa - Transmissão por endosso à empresa de “*factoring*” - Desconto da cártula pela faturizadora-endossante, que operou sem um mínimo de cautela quanto à origem da cambial - Declaratória de inexigência da obrigação cambiaria, antecedida de cautelar de sustação de protesto, procedentes - Recurso provido para este fim (Apelação n. 673.467-3, Rei. Juiz

NIVALDO BALZANO). No mesmo sentido, apelação n. 867.282-4. Com efeito, não é o *factoring* uma *nova modalidade de crédito*, como polemizava REVERS (*Le factoring: nouvelle methode de credit?*), mas negócio de *fomento*, interessante ao faturizado por política comercial e, por outro lado, interessante também ao faturizador pela expectativa do lucro. Desta forma, sem necessidade dos encargos de um departamento financeiro, experimentará o faturizado não apenas uma diminuição de seus custos, como também um retorno mais célere do capital empregado. O faturizador, a seu turno, via de regra terá remuneração sempre maior do que teria se estivesse apenas no comando de um departamento financeiro, bastando que assuma o *risco* da cobrança.
(TJSP, Ap 9051632-49.1999.8.26.0000, Rel. Des. Luiz Sabbato, julgado em 13-04-2004)

Em ação declaratória de inexistência de relação jurídica de compra e venda, cumulada com pedidos de anulação de duplicata protestada e de reparação por danos morais, reconheceu-se que o contrato de faturização não se regula pelo direito cambial, mas pela disciplina da cessão de crédito civil, assumindo o faturizador os riscos do negócio, o que não afasta a responsabilidade de ambos os agravados em caso de emissão dolosa do título negociado:

Factoring - Contrato de fomento, não constituindo nova modalidade de crédito - Risco do faturizador pela higidez dos títulos negociados - Legitimidade para integrar o pólo passivo de ação de nulidade do título, cumulada com pedido de danos morais - Agravo de instrumento provido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.174.592-3, da Comarca de BAURU, sendo agravante COML. AGROSERV BAURU LTDA. e agravados CIPLA IND. DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO S/A. e TWA FOMENTO COML. LTDA. ACORDAM, em Sétima Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso. É ação declaratória de inexistência de relação jurídica de compra e venda, cumulada com pedidos de anulação de duplicata protestada e de reparação por danos morais. São rés a emitente do título e a faturizadora que adquiriu a cambial. No saneador a faturizadora foi excluída do pólo passivo da relação processual, ao argumento de que o negócio subjacente não pode ser discutido com terceiros. Daí o presente agravo de instrumento, argüindo a sacada, em resumo, que na faturização concorre a responsabilidade do detentor do título. Recurso regularmente processado. É o relatório. O *contrato* de "*factoring*", ou faturização, não se regula pelo direito cambial. Cuidando-se de cessão civil, o faturizador assume os *riscos* do negócio, sendo inarredável, no caso, a apuração da responsabilidade de ambos os agravados, caso efetivamente tenha havido emissão dolosa do título negociado. Não tem sido outra a jurisprudência desta Corte. Confira-se, exemplificativamente: Cambial - Emissão sem causa - Transmissão por endosso a empresa de "*factoring*" - Desconto da cártula pela faturizadora-endossante, que operou sem um mínimo de cautela quanto à origem da cambial - Declaratória de inexigência da obrigação cambiária, antecedida de cautelar de sustação de protesto, procedentes - Recurso provido para este fim (Apelação n. 673.467-3, Rel. Juiz NIVALDO BALZANO). No mesmo sentido, apelação n. 867.282-4. Com efeito, não é o *factoring* uma *nova modalidade de crédito*, como polemizava REVERS (*Le factoring: nouvelle methode de credit?*), mas negócio de *fomento*, interessante ao faturizado por política comercial e, por outro lado, interessante também ao faturizador pela expectativa do lucro. Desta forma, sem necessidade dos encargos de um departamento financeiro, experimentará o faturizado não apenas uma diminuição de seus custos, como também um retorno mais célere do capital empregado. O faturizador, a seu turno, via de regra terá remuneração sempre maior do que teria se estivesse apenas no comando de um departamento financeiro, bastando que assuma o *risco* da cobrança. É evidente,

contudo, que deve orientar o relacionamento entre faturizador e faturizado a necessária boa-fé, de sorte que eventual responsabilidade por atos ilícitos, como já acentuado, poderá muito bem ser apurada através da ação movida pelo agravante sacado, ao contrário do que entendeu a decisão sob censura. Em resumo, remanescerá no pólo passivo da relação processual também a faturizadora. É como dão provimento ao recurso. Presidiu o julgamento o Juiz NELSON FERREIRA e dele participaram os Juízes BARRETO DE MOURA e ARIIVALDO SANTINI TEODORO. São Paulo, 13 de maio de 2003.
(TJSP, Agravo de Instrumento 0002259-66.2003.8.26.0000, Rel. Des. Luiz Sabbato, julgado em 13-05-2003)

Conforme jurisprudência, o contrato de *factoring* constitui cessão onerosa de títulos de crédito, onde outra remuneração não se garante ao faturizador senão a comissão previamente estipulada entre as partes, via de regra já embutida no preço do negócio, sendo da essência do contrato a não responsabilização do faturizado pela solvência do devedor dos créditos cedidos, correndo, assim, por conta da empresa de faturização o risco do não recebimento, não podendo ela voltar-se contra o faturizado para que esse satisfaça a obrigação não cumprida.

Factoring - Contrato de fomento, não constituindo nova modalidade de crédito - Risco do faturizador pela liquidação dos títulos negociados - Cobrança exercida contra o emitente - Inadmissibilidade, ante a natureza do relacionamento entre faturizador e faturizado - Monitoria extinta - Apelação desprovida, com outros fundamentos. [...] A pretensão é de liquidar *contrato* de *factoring*, com responsabilidade patrimonial da faturizada. Nos *contratos* de faturização ou *factoring*, outra coisa não se pactua senão mera cessão de *crédito*, mediante comissão paga pelo faturizado ao faturizador, ou seja, pelo cedente ao cessionário, pelo comitente ao comissionado. Tanto se aproxima a espécie do *contrato* de mútuo, que o comerciante francês REVERS, já em 1.969, escrevia obra polemizando a matéria, com o seguinte título: "Le *factoring*: nouvelle methode de *credit*?" [...] Como no direito brasileiro não há lei que regule o *factoring*, ele se regerá pelas normas da cessão de *crédito* e comissão [...]. Cuida-se, pois, de cessão onerosa de títulos de *crédito*, onde outra remuneração não se garante ao faturizador senão a comissão previamente estipulada entre as partes, via de regra já embutida no preço do negócio. [...] da essência do *contrato* de *factoring* [...] o fato de não responder o faturizado, ao ceder os seus *créditos*, pela solvência do devedor, no caso o comprador, correndo, assim, por conta da empresa de faturização o *risco* do não recebimento [...]. Ora, estando a comissão embutida no preço do negócio, [...] a remuneração e a liquidação dos títulos negociados passam a ser *risco* do faturizador, nada podendo ser exigido do faturizado, exceto se não agiu de boa-fé [...] a faturizadora carece da ação contra a faturizada, se bem que lhe caiba pedir indenização. Outra solução, aliás, não pode ser ministrada à espécie ou [...] estar-se-ia admitindo à cessionária do *crédito* a exploração de atividades bancárias, típicas do mútuo, que são privativas das instituições que integram o sistema financeiro nacional [...]. Outro não tem sido o entendimento desta Corte: *Contrato* - "*Factoring*" - Descaracterização como *contrato* de mútuo, visto que neste subsiste vínculo de responsabilidade entre os contratantes, o que não ocorre na faturização [...] (Apelação n. 582.892-4, Rei. Juiz JACOBINA RABELLO). [...].
(TJSP, Ap 9162683-65.1999.8.26.0000, Rel. Des. Luiz Sabbato, julgado em 04-02-2003)

O negócio de *factoring* situa-se no âmbito da cessão de créditos, distanciando-se da atividade de instituição financeira justamente porque seus negócios não se abrigam no direito

de regresso e nem na garantia representada pelo aval ou endosso, institutos próprios do direito cambiário:

COMERCIAL - "FACTORING" - ATIVIDADE NÃO ABRANGIDA PELO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - INAPLICABILIDADE DOS JUROS PERMITIDOS AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

I- O "factoring" distancia-se de instituição financeira justamente porque seus negócios não se abrigam no direito de regresso e nem na garantia representada pelo aval ou endosso. Daí que nesse tipo de contrato não se aplicam os juros permitidos as instituições financeiras. E que as empresas que operam com o "factoring" não se incluem no âmbito do sistema financeiro nacional.

II - O empréstimo e o desconto de títulos, a teor de art. 17, da lei 4.595/64, são operações típicas, privativas das instituições financeiras, dependendo sua prática de autorização governamental.

III - Recurso não conhecido.

(REsp 119.705/RS, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/1998, DJ 29/06/1998, p. 161)

Diversa é a situação em que, no contrato de *factoring*, há previsão contratual expressa, quando então é admissível a responsabilização do cedente do crédito, faturizado, pela solvência do sacado-devedor em relação ao cessionário, faturizador. Nesse sentido, o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que foram responsabilizados o faturizado, os sócios coobrigados e os fiadores:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CHEQUE. CONTRATO DE FATURIZAÇÃO. CESSÃO DE CRÉDITO. ILEGITIMIDADE AFASTADA. RESPONSABILIDADE DO FATURIZADO E DOS SÓCIOS COOBRIGADOS E FIADORES. EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. Existindo cláusula contratual expressa da responsabilidade dos Executados pelo pagamento dos títulos cedidos à Recorrida, afasta-se a alegação de ilegitimidade passiva "ad causam". 2. Em geral, o faturizado não responde pela inadimplência do sacado-devedor. 3. No entanto, diante da previsão contratual expressa, é admissível a responsabilização do cedente do crédito pela solvência do sacado-devedor em relação ao cessionário, no caso, o Faturizador"

(TJMG, Ap 070109258907-9, Rel. Des. José Marcos Vieira, j. em 28-4-2010).

A responsabilidade do cedente pela solvência do devedor, como visto, decorre de acordo entre os contratantes no negócio de cessão. Uma vez assim estipulado, incide o disposto no artigo 297, que limita a responsabilidade do cedente àquilo que tenha recebido do cessionário como pagamento pelos créditos cedidos, não podendo vir a responder por mais do que esse valor acrescido de juros. Deverá, no entanto, ressarcir as despesas do cessionário com a cessão e a cobrança do crédito transferido.

Art. 297. O cedente, responsável ao cessionário pela solvência do devedor, não responde por mais do que daquele recebeu, com os respectivos juros; mas tem de ressarcir-lhe as despesas da cessão e as que o cessionário houver feito com a cobrança.

A expressa manifestação no instrumento obrigacional de cessão é exigida para a responsabilização do cedente, pois a regra é que a cessão de crédito seja *pro soluto*, ou seja, confira ao cedente plena quitação ao transferir os créditos. Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça de Goiás no seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. LEGITIMIDADE 'AD CAUSAM'. DENUNCIÇÃO DA LIDE. CESSÃO DE CRÉDITO.

1-Possui legitimidade passiva para figurar na relação processual tão somente o promitente vendedor figurante do termo de compra e venda e o cedente constante da cessão de crédito.

2-Para a denúncia da lide é necessário vínculo obrigacional decorrente de lei ou de contrato. Inteligência do art. 70, inc. III do Código de Processo Civil.

3-A cessão de crédito no direito civil brasileiro é “pro soluto”, porquanto a responsabilidade do cedente pela solvência do devedor depende de expressa manifestação no instrumento obrigacional.

Recursos conhecidos e improvidos.

(TJGO, Apelação Cível 113939-0/188, Rel. Des. Alan S. de Sena Conceição, julgado em 17/06/2008, DJe 124 de 04/07/2008)

Em execução fundada em cheque endossado, o endossante é parte legítima em relação à sua obrigação, mas não se aplica o disposto no artigo 297 quando não configurada a cessão civil *pro solvendo*.

Execução fundada em cheque em que o apelante figura como endossante. Endosso regular, o que torna o apelante parte legítima para ação executiva com relação à sua obrigação. Tal endosso foi realizado pelo apelante, pessoa física, e não na qualidade de representante legal de empresa. Não aplicação do disposto no art. 297 do novo Código Civil, por não estar configurada a hipótese de cessão civil *pro-solvendo* neste caso, diante da natureza dos fatos aduzidos na execução. Recurso desprovido. Sentença mantida.

(TJSP, Ap 9213717-40.2003.8.26.0000, Rel. Des. Mario Chiuvite Júnior, julgado em 27-03-2006)

Reconhece a jurisprudência, como regra geral, que o cedente dos créditos não pode ser responsabilizado pela solvabilidade do devedor do crédito negociado, pois é da natureza do factoring a assunção, pelo faturizador, do risco de inadimplemento dos créditos transferidos, exceto quando o cedente-endossante tenha assumido a responsabilidade pela solvabilidade do título, declarando-se solidariamente responsável pelo cumprimento da obrigação:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - FACTORING - INADIMPLEMENTO DO SACADO - RESPONSABILIDADE DO CEDENTE ENDOSSATÁRIO - EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL - CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO A QUO - JUSTIÇA GRATUITA.

Como regra geral, tem-se que o cedente dos créditos não pode ser responsabilizado pela solvabilidade do devedor do título de crédito negociado, pois é da natureza do factoring a assunção, pelo faturizador, dos riscos pelo inadimplemento dos créditos transferidos. Contudo, o cedente-endossante assume a responsabilidade pela solvabilidade do título, caso tenha se declarado solidariamente responsável pelo cumprimento da obrigação.

Conforme a melhor doutrina e jurisprudência majoritária, a correção monetária implica em mera atualização da moeda, não sendo um plus que se acrescenta ao capital, mas apenas um minus que se evita, coibindo o enriquecimento ilícito do devedor.

Para o deferimento da assistência judiciária à pessoa jurídica, não basta a simples declaração de pobreza, sendo imprescindível a realização de forte demonstração de sua insuficiência econômico-financeira. A jurisprudência vem exigindo a juntada dos balanços ou das declarações de imposto de renda, comprovando que, efetivamente, não tem a entidade recursos suficientes para arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios, a não ser em detrimento de seus objetivos sociais.

(TJMG, Ap 1.0596.09.053482-4/001, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, j. em 28-01-2010).

Em ação de cobrança ajuizada pelo cessionário, restou demonstrado que o cedente havia assumido plena, total e incondicional responsabilidade pelo pagamento do crédito cedido, sendo por isso condenado a pagar ao autor o valor do crédito cedido, dispensada a prova de não pagamento pelos devedores.

ACÇÃO DE COBRANÇA. CESSÃO DE CRÉDITO. Hipótese em que o cedente assumiu plena, total e incondicional responsabilidade pelo pagamento do crédito cedido. Inexigência de prova do não pagamento pelos devedores. Recurso provido para condenar a ré a pagar ao autor o valor do crédito cedido.

(TJSP, Ap 9065197-70.2005.8.26.0000, Rel. Des. Renato Rangel Desinano, julgado em 30-7-2009).

Como visto, o cedente será sempre responsável, perante o cessionário, pela existência do crédito ao tempo da cessão onerosa, o que se assemelha à garantia de evicção. Contudo, nas cessões a título gratuito somente responderá se houver agido de má-fé, conforme previsão do artigo 295 do Código Civil.

Por outro lado, quando o negócio jurídico entre cedente e cessionário estabelecer que o primeiro responderá pela solvência do devedor, nos termos do artigo 296, a responsabilidade, em razão da regra contida do art. 297, será sempre limitada ao valor recebido pelo cedente, com os respectivos juros, as despesas da cessão e aquelas que o cessionário houver feito com a cobrança.

Interessante observar que, em se tratando de cessão gratuita, caso tenha sido ajustada a responsabilidade do cedente pela solvência do devedor, a interpretação dos artigos 296 e 297 leva à conclusão de que tal responsabilidade seria limitada às despesas do cessionário com a cobrança, pois o cedente nada teria recebido pela alienação do crédito.

2 CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL E DISTINÇÕES EM RELAÇÃO À CESSÃO DE CRÉDITO

2.1 CONTRATO E VALOR ECONÔMICO DA POSIÇÃO CONTRATUAL

O contrato consiste num acordo entre duas ou mais pessoas a fim de constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial.⁷⁵

Contratar é ato próprio da autonomia privada, faculdade da pessoa em regulamentar seus interesses dentro dos limites de sua esfera jurídica, que se aperfeiçoa com o consenso entre as partes. Diferenciam-se dos negócios jurídicos unilaterais por exigirem a manifestação de vontade de mais de uma parte. É de sua essência a patrimonialidade.

A origem do princípio do consensualismo, segundo Gilissen, continua sendo incerta:

A origem do princípio segundo o qual o consentimento das partes basta para formar o contrato continua a ser bastante obscura; ela deve ser buscada, por um lado, na evolução do direito canônico; por outro, na prática costumeira dos séculos XII e XIII. Os glosadores (Azão e Acúrsio, nomeadamente) opunham-se à concepção consensual, pois tinham recolhido do direito romano a ideia de que o simples concurso de vontades – ou *pactum* – não basta para perfazer um contrato.⁷⁶

Porém, os ideais da Revolução Francesa, notadamente individualistas, permitiram que tal princípio fosse admitido sem maiores dificuldades no Código Civil francês de 1804, embora não de modo expreso, mas subentendido em inúmeros artigos.⁷⁷

Os contratos, a despeito de sua inegável relevância econômica para a produção e circulação de riquezas, do ponto de vista jurídico constituem fonte de obrigações.

O princípio da autonomia da vontade, sempre muito vinculado à concepção individualista liberal, veio sendo substituído pelo princípio da autonomia privada, que melhor identifica o conceito social do contrato. Isso se deve ao fato de que a vontade das partes vem deixando de ter a natureza absoluta que antes lhe era conferida, pois o entendimento tem sido

⁷⁵ BESSONI, Darcy. *Do contrato*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 5

⁷⁶ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao contrato*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 735.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 736.

de que é o ordenamento que atribui à vontade dos particulares o poder de auto-regulamentar seus interesses na esfera privada.⁷⁸

Autonomia privada é a liberdade do particular para regular, por contrato ou negócio jurídico unilateral, seus interesses relativos a circulação e produção de bens e serviços, respeitando o interesse geral e a ordem pública.⁷⁹

Como o contrato abrange um conjunto de direitos e obrigações, constitui um bem jurídico, que, possuindo valor patrimonial, tal como o crédito isoladamente, pode ser objeto de cessão. O termo *cessão de contrato* é muito utilizado, embora, tecnicamente, o contrato não seja cedido, mas sim a posição de um dos contratantes, devendo-se, portanto, preferir a expressão *cessão de posição contratual*.

A posição de contratante é, em geral, resultado de tratativas, muitas vezes longas, estudos, viagens, desgaste psicológico, contratação de terceiros especialistas para opinar, tudo com o objetivo de buscar uma posição contratual mais vantajosa, que extrapola o mero valor do objeto. As partes, ao final desse processo que consome tempo e recursos, finalmente alcançam uma posição privilegiada em relação às outras pessoas da sociedade, a posição de contratante, uma posição de preeminência que, em virtude da natureza e complexidade do negócio, pode ser restrita a um grupo muito reduzido de pessoas.⁸⁰

Exemplificativamente, um contrato duradouro, de execução continuada ou diferida, acaba por ter um valor de mercado, cuja avaliação engloba muito mais do que meramente o conjunto de dívidas ou de créditos. A cessão de crédito e a assunção de dívida não são, em razão disso, institutos satisfatórios e suficientes para abranger toda a complexidade de direitos e obrigações de uma posição contratual, a qual abarca um conjunto de relações jurídicas que não se esgotam nos débitos e créditos existentes no contrato.⁸¹

⁷⁸ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 112.

⁷⁹ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 16.

⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, vol. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 357.

⁸¹ *Ibidem*, p. 357.

2.2 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Alguns princípios contratuais são particularmente importantes quando se busca entender o fenômeno da transferência de posição contratual.

O princípio da relatividade contratual determina que os efeitos do contrato somente atingem os próprios contratantes, não aproveitando ou prejudicando terceiros, porque somente os que manifestaram sua vontade podem vir a se sujeitar aos efeitos decorrentes do negócio.

Esse tradicional princípio vem sendo mitigado pela ideia de função social do contrato, a qual tem adquirido importância cada vez maior, a ponto de hoje ser reconhecida a existência de obrigação dos terceiros em respeitar o conteúdo de certos contratos, ainda que deles não tenham participado.⁸²

A função social do contrato é estimular a circulação de riquezas, por intermédio da harmonização de interesses convergentes, mas é preciso que o contrato também seja justo e útil, em conformidade com os valores consagrados pela Constituição, tais como a solidariedade, a justiça social, a livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana.⁸³

Em nosso Código Civil, art. 421, reconheceu-se a importância desse princípio limitador da liberdade de contratar:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

O princípio da relatividade dos contratos refere-se à sua eficácia, significando que seus efeitos só atingem as partes contratantes, em regra não criando direitos ou deveres a terceiros, mas não possui caráter absoluto.⁸⁴

O contrato não pode ser considerado indiferente à sociedade, pois novas concepções contratuais impõem que ele se dirija à promoção de valores sociais, tornando assim inevitável que se reconheça sua interferência na órbita de direitos de terceiros.⁸⁵

⁸² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 18.

⁸³ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 25.

⁸⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 43-44.

⁸⁵ GODOY, *op. cit.*, p. 133.

O princípio da força obrigatória dos contratos impõe às partes o dever de cumprir o pactuado, pois o contrato faz lei entre as partes, não podendo qualquer delas eximir-se do cumprimento da obrigação voluntariamente contraída, sob pena de vir a sofrer as sanções previstas para o inadimplemento.⁸⁶

A força obrigatória decorre da validade na formação do contrato, justificando-se com base na restrição voluntária da própria liberdade, criando um vínculo obrigacional entre os contratantes.⁸⁷

Depois de concluído o contrato, o vínculo estabelecido entre as partes só se extinguirá pelo cumprimento da obrigação assumida ou por novo ajuste celebrado entre elas, e tal obrigatoriedade é ditada pelo interesse social em se ver cumprida a obrigação assumida e imposta pela lei.⁸⁸

O princípio da boa-fé foi consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor, art. 51, inciso IV, como fundamento para a declaração de nulidade de cláusula contratual:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

No Código Civil, a boa-fé é usada como critério interpretativo de declaração de vontade no art. 113:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

A boa-fé também é critério utilizado para valorar o abuso no exercício de direitos, conforme disposição do art. 187:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁸⁶ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 18.

⁸⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 38.

⁸⁸ BDINE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 19.

Consiste a boa-fé em uma regra de conduta imposta aos contratantes pelo art. 422, que deve ser entendida como abrangendo a fase pré-contratual, o momento da conclusão do contrato, a execução e a fase pós-contratual.⁸⁹

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

A fundamentação constitucional do princípio da boa-fé decorre da cláusula geral de tutela da pessoa humana, e o princípio opera de diversas formas e em todos os momentos da relação, como fonte de deveres e limitação de direitos a ambos os contratantes:

É possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objeto fundamental da república a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica. Neste sentido, a incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina a valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que se passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana. [...] Na promoção de uma ética de solidariedade contratual, o princípio da boa-fé opera de diversas formas e em todos os momentos da relação, desde a fase de negociação à fase posterior à sua execução, constituindo-se em fonte de deveres e de limitação de direitos de ambos os contratantes.⁹⁰

Para a análise da boa-fé subjetiva importa o estado de consciência do agente que pratica a conduta. Se ele ignora estar causando lesão a interesse alheio, não a está violando. Por outro lado, a boa-fé objetiva é um critério normativo de valoração de condutas.⁹¹

A boa-fé objetiva estabelece um padrão ideal de comportamento, como parâmetro para uma conduta objetivamente considerada. Espera-se dos contratantes um comportamento reciprocamente leal, cooperativo e solidário na busca dos propósitos contratuais.⁹²

As partes devem comportar-se segundo um parâmetro de conduta ideal exigível dos homens de bem, desde a fase pré-contratual até posteriormente ao seu cumprimento, havendo uma série de deveres correlatos, conexos ou colaterais que, embora não previstos expressamente no contrato, são exigidos dos contratantes.⁹³

Na relação contratual, os deveres de prestação podem ser subdivididos em deveres principais (ou primários), que consistem no núcleo da relação obrigacional e definem o tipo

⁸⁹ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.

⁹⁰ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 117-118.

⁹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 3. p. 178.

⁹² NEGREIROS, *op. cit.*, p. 123.

⁹³ BDINE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 22-23.

contratual em questão, deveres secundários e deveres laterais, anexos ou instrumentais. Tais deveres originam-se das cláusulas contratuais, da lei ou da boa-fé objetiva, podendo existir de modo autônomo em relação à prestação principal. Dirigem-se a ambos os contratantes e normalmente correspondem a deveres de cooperação e proteção de interesses recíprocos.⁹⁴

Em geral, os deveres decorrentes da boa-fé englobam o dever de cuidado, de informar, esclarecer, colaborar, cooperar e proteger os interesses do outro contratante.

Alguns autores subdividem os deveres acessórios em deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade. Os de proteção consistiriam em evitar danos à outra pessoa e a seu patrimônio. Os deveres de esclarecimento incluiriam informar sobre todos os aspectos que tenham relação com o vínculo entre as partes e que possam vir a ser de interesse do outro contratante. A lealdade implicaria na abstenção de comportamentos que possam vir a “falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações”.⁹⁵

Os deveres instrumentais ou anexos também podem ser definidos como aqueles que:

[...] caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes, servindo, ao menos as suas manifestações mais típicas, ao interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato.⁹⁶

A boa-fé objetiva, enquanto cria deveres para uma das partes, limita direitos subjetivos da outra, e isso se dá em relação a ambos os contratantes, fixando parâmetros para o exercício dos direitos, além dos quais se estaria no campo do abuso do direito, ou do uso disfuncional do direito.⁹⁷

2.3 A TRANSFERÊNCIA DA POSIÇÃO CONTRATUAL

A cessão de posição contratual ocorre quando, após a celebração de um contrato, uma das partes decide excluir-se da relação jurídica, fazendo-se substituir por um terceiro, a ele

⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 437-439.

⁹⁵ MENEZES-CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Lisboa: Almedina, 2001. p. 604-606.

⁹⁶ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 440.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 454.

cedendo integralmente sua posição. Embora tecnicamente menos adequada, utiliza-se comumente a expressão cessão de contrato como sinônimo de cessão de posição contratual.

Em princípio, a posição das partes pode ser cedida, pois aqueles que puderam constituir o contrato, também podem, necessariamente, modificá-lo ou extingui-lo.⁹⁸

Com o dinamismo da economia, a cessão de posição contratual tem sido muito utilizada em inúmeros contratos, como o de fornecimento periódico de coisas e serviços, incorporação, fusão e outros atos que impliquem extinção de sociedade com transferência integral de ativos e passivos. Também tem sido comum em locação de prédios, promessa de compra e venda de imóveis, substituição de seguradoras em contratos de seguro.⁹⁹

Apesar de largamente utilizada, a maioria dos sistemas jurídicos atuais não disciplina a cessão de posição contratual, destacando-se entre as exceções o direito italiano, o português e o holandês.¹⁰⁰

Em geral, aplicam-se as regras da cessão de crédito e da assunção de dívidas, no que couberem, à cessão de posição contratual, por esta abranger a cessão de ativos e passivos, mas as características são distintas e é preciso verificar se, e de qual modo, tais regras podem ser estendidas à cessão de posição contratual, não disciplinada pelo nosso Código Civil. Segundo Orlando Gomes, a transferência da unidade orgânica de direitos e obrigações do cedente não se confunde com as cessões de crédito e assunção de dívidas.¹⁰¹

A ausência de regulamentação específica pelo legislador brasileiro não impede o contrato atípico de cessão da posição de um dos contratantes a um terceiro estranho à relação contratual original, conforme autorizado pelo art. 425 do Código Civil.

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

Entretanto, a falta de disciplina específica em nosso ordenamento impõe a busca de soluções jurídicas para problemas envolvendo a cessão de posição contratual, as quais, em

⁹⁸ CARRESI, Franco. *La cessioni del contratto*. Milano: Giuffrè, 1950. p. 50.

⁹⁹ CESAR, Dimas de Oliveira. *Estudo sobre a cessão de contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1954. p. 8-10.

¹⁰⁰ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 36.

¹⁰¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 163.

geral, serão baseadas na aplicação analógica das regras de outros institutos, em especial a cessão de crédito e a assunção de dívida.¹⁰²

Embora grande parte dos autores defenda a desnecessidade de regulamentação específica da cessão de posição contratual, sustentando ser plenamente possível a solução satisfatória de problemas relacionados a esse instituto com as regras já existentes e os princípios contratuais,¹⁰³ alguns autores discordam desse entendimento e consideram deficientes as regras dos institutos afins, defendendo que o legislador adote preceitos específicos para a cessão de posição contratual, tal como ocorrido na Itália.¹⁰⁴

O Superior Tribunal de Justiça já reconhecia, antes da vigência do Código Civil de 2002, que a cessão de posição contratual sempre fora admitida no direito positivo brasileiro, embora não tenha sido disciplinada pelo nosso legislador.

SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. CESSÃO DO IMÓVEL FINANCIADO. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO.
 I- O DIREITO POSITIVO VIGENTE SEMPRE ADMITIU A CESSÃO DE CONTRATOS RELATIVOS A IMÓVEIS MEDIANTE SIMPLES TRESPASSE OU TRANSFERÊNCIA, SENDO A ELE CONTRÁRIA A SUA ONERAÇÃO COM UM NOVO FINANCIAMENTO. DE OUTRA PARTE, A HIPOTECA VINCULA O BEM GRAVADO, ACOMPANHANDO-O SEMPRE ONDE QUER QUE SE ENCONTRE. ADERE A COISA, SEM NO ENTANTO, TRAZER LIMITAÇÕES QUANTO AO DIREITO DE DISPOR, NÃO IMPEDINDO O DIREITO DE SEQUELA, TRANSAÇÕES OU ALIENAÇÕES.
 II- DECRETO-LEI N. 2.291/86, COM A REDAÇÃO DO DECRETO-LEI N. 2.046/88, ART. 9.. LEI N. 8.004/90, ART. 1., PARÁGRAFO ÚNICO.
 OFENSA NÃO CARACTERIZADA. DISSENSO PRETORIANO CONFIGURADO.
 III- RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.
 (REsp 33.836/RS, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/04/1997, DJ 04/08/1997, p. 34707)

Entre as teorias que procuram explicar a cessão de posição contratual, merecem destaque a teoria atomística, ou da decomposição, a teoria unitária, à qual se filia a maioria dos autores modernos, e a teoria da complexidade negocial, que se situa em posição intermediária.

A teoria atomística, também conhecida como teoria da decomposição, entende a transferência da posição contratual como um conjunto de cessões de créditos e assunções de

¹⁰² BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 37.

¹⁰³ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Contratos: parte especial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003. v. 1. p. 379.

¹⁰⁴ CESAR, Dimas de Oliveira. *Estudo sobre a cessão de contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1954. p.

dívidas, decompondo o instituto em tantos negócios autônomos quantos os existentes no contrato.¹⁰⁵

A teoria da complexidade negocial assume posição intermediária, visualizando uma interligação negocial entre as cessões de créditos e as assunções de dívidas, sem, no entanto, conferir uma autonomia unitária à cessão de posição contratual.¹⁰⁶

Tanto a teoria atomística como a teoria da complexidade negocial falharam em identificar a individualidade do instituto da cessão de posição contratual, percebendo-o tão somente como um agrupamento de cessões de créditos e assunções de dívidas.

A teoria unitária, à qual se filia a maioria dos autores modernos, dá as características definitivas desse instituto como hoje o conhece a doutrina, por entendê-lo como muito mais abrangente do que a mera transferência do conjunto de créditos e débitos. A posição jurídica transferida pode conter direitos e obrigações não imaginados previamente, pois não se pode predeterminar até onde irão as consequências de um contrato não exaurido. Transferem-se também os direitos potestativos, direitos laterais e as meras expectativas. Como exemplo, na transferência da posição de locatário, o cessionário assume a posição de possuidor direto, parte legítima para as ações de defesa da posse. Além disso, a própria intenção das partes (cedente e cessionário, com anuência do cedido), na cessão de posição contratual, é a transferência integral, global, unitária da posição.¹⁰⁷

2.4 CONCEITO DE CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL

Ceder a posição contratual é muito mais do que ceder o objeto (ou objetos) da prestação. É ceder aquela posição privilegiada de contratante que exigiu um custo para ser obtida, decorrente de todo o esforço inicial, conhecimentos especializados, tratativas,

¹⁰⁵ CABRAL, Antônio da Silva. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 173.

¹⁰⁶ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântica Editora, 1980. p. 206.

¹⁰⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, vol. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 362.

necessários à sua aquisição, e por isso o valor da posição contratual tem, em geral, valor superior ao da prestação que é objeto do contrato.¹⁰⁸

Quando o cedente cede sua titularidade jurídica contratual, substitui-se um dos polos da relação, mas se mantém o conteúdo jurídico do contrato. Ao contrato cuja posição é cedida podemos nos referir como contrato-base.

Trata-se, portanto, de um negócio jurídico bilateral (contrato) onde o cedente transfere sua posição contratual ao cessionário com o consentimento do cedido. A anuência do cedido pode ocorrer previamente, concomitantemente ou posteriormente ao negócio jurídico de cessão.¹⁰⁹

Vários autores formulam diferentes definições para a cessão de posição contratual. Alterini e Repetti entendem que o instituto engloba tanto a transmissão voluntária por meio de um negócio jurídico como a transmissão forçada pela lei ou decisão judicial, sendo que na transmissão voluntária seria exigida a anuência do cedido, enquanto na transmissão forçada seu consentimento seria dispensado.¹¹⁰

Entretanto, a maior parte da doutrina, desconsiderando a transferência forçada como abrangida por esse instituto, ao conceituar a cessão de posição contratual tem por foco apenas a transferência voluntária, a cessão negocial, aquela resultante de negócio jurídico entre cedente e cessionário com a anuência do cedido:

A cessão de contrato (pressupondo-se este último como bilateral, ao menos na configuração típica do instituto) é o instrumento que permite realizar a chamada circulação do contrato, ou seja, a transferência negocial a um terceiro (chamado cessionário) do conjunto de posições contratuais (entendido como resultante unitário de direitos e obrigações organicamente interdependentes) constituída na pessoa de um dos contratantes originários (chamado cedente); de tal forma que, através dessa substituição negocial do terceiro na posição de parte do contrato, no lugar do cedente, o terceiro subroga-se na totalidade dos direitos e obrigações que em sua interdependência orgânica derivam do contrato celebrado pelo cedente.¹¹¹

Ao longo deste trabalho, adotamos esse núcleo conceitual e tratamos apenas da cessão voluntária de posição contratual.

¹⁰⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, vol. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 358.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 367.

¹¹⁰ ALTERINI, Atilio Aníbal; REPETTI, Enrique Joaquín. *La cesión del contrato: su esquema fundamental*. Madrid: Bibliografica Omeba, 1962. p. 44-45.

¹¹¹ ANDREOLLI, Marcello. *La cesión del contrato*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956. p. 5.

Estamos diante, portanto, de um negócio jurídico de transmissão da posição contratual do cedente a um terceiro, cessionário, que passa a ocupar o seu lugar no contrato original que havia sido celebrado com o cedido, exigindo-se para sua validade o consentimento deste último.

Tendo em mente o conceito de cessão de posição contratual, cumpre-nos agora distingui-la de outros institutos com os quais pode ser ocasionalmente confundida em razão de sua aparente similitude.

2.5 DISTINÇÃO EM RELAÇÃO A OUTROS INSTITUTOS

Não se confunde a cessão de posição contratual com a novação subjetiva, pois esta é uma forma de extinção da obrigação antiga (*prior obligatio*) e constituição de uma nova (*aliquid novi*) mediante vontade inequívoca das partes de novar (*animus novandi*).¹¹²

Também não se confunde com o subcontrato, ou contrato derivado do contrato-base, que comumente ocorre nas sublocações de imóveis, subempreitadas e refinanciamentos. Nessas situações, uma das partes vale-se de sua posição contratual no contrato-base para celebrar outro contrato, com terceiro, permanecendo em sua posição contratual no contrato-base enquanto se torna parte em outra relação contratual. No subcontrato há um negócio jurídico separado em que não participa o terceiro, salvo estipulação em contrário ou determinação legal, o que ocorre, por exemplo, na Lei do Inquilinato, Lei nº 8.245/91, quando se exige consentimento prévio do locador, por escrito, para sublocação.¹¹³

Nem sempre a exata diferenciação entre subcontrato e cessão de posição contratual é nítida, devendo-se examinar o caso concreto e a vontade das partes. Em caso de dúvida, recomenda-se ao intérprete tender para a subcontratação, que é de estrutura mais simples, mais fácil de ser examinada, em regra livremente estipulada sem intervenção de terceiro, deixando o ônus da prova àquele que vier a alegar tratar-se de cessão de posição contratual.¹¹⁴

¹¹² MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao novo código civil, vol. V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 562-623.

¹¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, vol. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 365-366

¹¹⁴ MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Milão: Giuffrè, 1948. p. 430-431.

Outra diferenciação que também se faz necessária é em relação à sub-rogação legal. Um exemplo típico é o do adquirente de imóvel locado que, por determinação legal é sub-rogado na posição do antigo locador, assumindo todos os direitos e deveres decorrentes do contrato de locação, sem qualquer exigência de manifestação de vontade por parte do locatário.¹¹⁵

Alguns requisitos previstos na Lei do Inquilinato são: que o contrato seja por prazo determinado, que haja cláusula de vigência em caso de alienação e que se proceda ao registro do contrato na matrícula do imóvel.

A cessão de posição contratual também não se confunde com a adesão ao contrato, pois nesta há um terceiro que assume a mesma posição jurídica como coadjuvante de um dos contratantes, sem o substituir, desde que haja anuência do contratante originário. Com isso, surge uma solidariedade¹¹⁶ ou cumulatividade, lembrando-se que a primeira não se pode presumir, por força do artigo 265 do Código Civil.

Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

Em se tratando de compromisso de compra e venda de imóveis, há controvérsia na doutrina. Uns autores consideram o negócio de transferência da posição do compromissário comprador como uma cessão de posição contratual,¹¹⁷ enquanto outros o interpretam como sendo uma cessão imprópria de contrato¹¹⁸. Todavia, deve-se considerar a disposição legal do decreto-lei 58/37, em seu artigo 13, segundo a qual a anuência do cedido (compromissário vendedor) é dispensável, o que basta para descaracterizar o negócio como cessão de posição contratual, colocando-o na esfera da sub-rogação legal.

Merece especial atenção o negócio de transferência de estabelecimento comercial, pois, via de regra, não há cessão de posição contratual típica, mas tão somente a transmissão do estabelecimento em sua totalidade. Porém, existindo contratos ainda não exauridos que

¹¹⁵ VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 381.

¹¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, vol. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 366

¹¹⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das obrigações*. 12. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 324.

¹¹⁸ AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 121 et seq.

exijam a anuência do cedido, para a retirada do cedente das relações jurídicas relativas ao estabelecimento cedido faz-se necessário o negócio de cessão da posição contratual.¹¹⁹

Em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, tratando de transferência do fundo de comércio, em que o cedente mantinha contrato de locação do imóvel em que desenvolvia suas atividades, restou reconhecida a necessidade de anuência do locador, a quem não se poderia impor o agravamento de posição contratual em razão da alteração do outro polo da relação. Entendeu-se pela natureza pessoal do contrato de locação, devendo-se obter a anuência do cedido, a quem caberia avaliar a características individuais do cessionário (futuro locatário) e dos novos prestadores de garantia fidejussória.

RECURSO ESPECIAL. TRANSFERÊNCIA DO FUNDO DE COMÉRCIO. TRESPASSE.

CONTRATO DE LOCAÇÃO. ART. 13. DA LEI N. 8.245/91. APLICAÇÃO À LOCAÇÃO COMERCIAL. CONSENTIMENTO DO LOCADOR. REQUISITO ESSENCIAL.

RECURSO PROVIDO.

1. Transferência do fundo de comércio. Trespasse. Efeitos: continuidade do processo produtivo; manutenção dos postos de trabalho; circulação de ativos econômicos.

2. Contrato de locação. Locador. Avaliação de características individuais do futuro inquilino. Capacidade financeira e idoneidade moral. Inspeção extensiva, também, ao eventual prestador da garantia fidejussória. Natureza pessoal do contrato de locação.

3. Desenvolvimento econômico. Aspectos necessários: proteção ao direito de propriedade e a segurança jurídica.

4. Afigura-se destemperado o entendimento de que o art. 13 da Lei do Inquilinato não tenha aplicação às locações comerciais, pois, prevalecendo este posicionamento, o proprietário do imóvel estaria ao alvedrio do inquilino, já que segundo a conveniência deste, o locador se veria compelido a honrar o ajustado com pessoa diversa daquela constante do instrumento, que não rara as vezes, não possuirá as qualidades essenciais exigidas pelo dono do bem locado (capacidade financeira e idoneidade moral) para o cumprir o avençado.

5. Liberdade de contratar. As pessoas em geral possuem plena liberdade na escolha da parte com quem irão assumir obrigações e, em contrapartida, gozar de direitos, sendo vedado qualquer disposição que obrigue o sujeito a contratar contra a sua vontade.

6. Aluguéis. Fonte de renda única ou complementar para inúmeros cidadãos. Necessidade de proteção especial pelo ordenamento jurídico.

7. Art. 13 da Lei n. 8.245/91 aplicável às locações comerciais.

8. Recurso especial provido.

(REsp 1202077/MS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 10/03/2011)

O acórdão rechaça o argumento de que não se aplicaria o art. 13 da Lei do inquilinato às locações comerciais, pois não se poderia compelir o locador (cedido) a contratar com um terceiro, o cedido, contra sua vontade.

¹¹⁹ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1969. p. 207 et seq.

Os ministros reconhecem a existência da liberdade de contratar no direito brasileiro, que autoriza o cedente a avançar a transferência de sua posição contratual. Porém, a mesma liberdade de contratar é reconhecida ao cedido, de quem é exigida a concordância, requisito essencial à transferência da posição contratual do locatário.

2.6 NATUREZA JURÍDICA E DISCIPLINA NO DIREITO BRASILEIRO

No direito das obrigações, o princípio dominante é o da livre formação de tipos, com o menor número de normas imperativas, ao contrário do que se observa em outros setores do direito. As partes podem organizar o conteúdo do negócio jurídico, sem a vinculação a um *numerus clausus*, como ocorre nos direitos reais.¹²⁰

Enquanto o instituto da cessão de crédito foi contemplado com um capítulo específico no Código Civil de 2002 (arts. 286 a 298), a cessão de posição contratual não foi objeto de regulamentação pelo legislador brasileiro, de modo que não temos a figura típica da cessão de posição contratual no direito brasileiro positivado.

A cessão da posição contratual é tratada no Código Civil português, art. 424, e no Código italiano, art. 1.406. Apesar de o Código italiano falar em “cessão de contrato”, deve-se ressaltar que não é exatamente o contrato que é cedido, mas sim os direitos e deveres decorrentes da posição de contratante.¹²¹

Observando-se as legislações italiana e portuguesa, verifica-se que a cessão de posição contratual já existia no antigo código italiano, quando versou sobre a cessão de locação¹²², vindo a receber tratamento individualizado posteriormente. O código italiano define a “cessão de contrato” como a substituição de qualquer das partes por um terceiro, nas relações contratuais com prestações correspectivas, desde que ainda não executadas e que haja o consentimento da outra parte.

Na doutrina italiana, a exigência de prestações correspectivas é contestada por alguns autores, que entendem não existir razão para restringir o alcance do instituto, vedando, por

¹²⁰ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 28-32.

¹²¹ CABRAL, Antônio da Silva. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 66 et seq.

¹²² MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Milão: Giuffrè, 1948. p. 419.

exemplo, a cessão de posição nos contratos unilaterais¹²³, enquanto outros concordam com essa limitação aos contratos de execução continuada ou diferida, em que as prestações correspectivas ainda não tenham sido executadas.

Apesar de o legislador brasileiro não ter disciplinado a cessão de posição contratual no novo Código Civil de 2002, a matéria insere-se no campo da autonomia privada, de direito dispositivo, sendo lícito às partes avençarem a cessão através de negócio jurídico bilateral. Em decorrência, a transmissão da posição contratual entra para o campo dos contratos atípicos, situando-se no direito dispositivo das partes, conforme referência expressa do art. 425 do nosso Código Civil: “*É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.*”

O princípio da autonomia da vontade, como hoje o conhecemos, consiste na *facultas*, a possibilidade, de os particulares resolverem seus conflitos de interesse, associarem-se e dinamizarem a vida em sociedade, vinculando-se e desvinculando-se juridicamente através de sua vontade para o alcance desse objetivos. Tal autonomia não é ilimitada, mas vigiada pelo Estado, embora de natureza supra-estatal. Com relação à faculdade de regramento que possuem os indivíduos, a função do ordenamento jurídico é meramente negativa e limitadora, competindo às partes envolvidas fixar o conteúdo do negócio jurídico, dentro das restrições impostas à vontade negocial, que podem ocorrer pela incidência da lei, de ato administrativo ou por desproporção entre o poder social e o individual.¹²⁴

Sendo contrato atípico, aplicam-se à cessão de posição contratual, segundo o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, de onde se pode concluir que os princípios da cessão de crédito, bem como as normas de direitos estrangeiros devem servir de orientação ao intérprete que se deparar com uma situação de cessão de posição contratual.

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, é preciso observar que o conhecimento das formas civis de transmissão de obrigações extrapola o campo do Direito Civil, sendo também

¹²³ BARBERO, Domenico. *Sistema del derecho privado: obligaciones*. v. 3. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1967. p. 301.

¹²⁴ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 24-26.

aplicável ao contrato administrativo naquilo que não impedirem as normas de direito público.¹²⁵

2.7 ADMISSIBILIDADE, PARTES E OBJETO DA CESSÃO

O fundamento para a admissão da cessão de posição contratual em nosso ordenamento é a autonomia da vontade – o poder do indivíduo de dispor livremente sobre os interesses em sua esfera jurídica –, que modernamente vem sendo substituída pela concepção de autonomia privada, na qual a vontade das partes vem deixando de ter a natureza absoluta vinculada à concepção liberal.¹²⁶

As partes não são apenas livres para contratar, mas também são livres para celebrar contratos não previstos pelo ordenamento, desde que não proibidos, pois enquanto o art. 421 do Código Civil estabelece a liberdade de contratar, limitada pela função social do contrato, o art. 425 permite aos contratantes estipularem contratos atípicos.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

Diferentemente do que vimos na cessão de crédito, onde o devedor não participava do negócio, e sua notificação tinha apenas importância para que a cessão fosse eficaz perante ele, na cessão de posição contratual a participação do cedido é fundamental, juntamente com a do cedente e do cessionário. Segundo Orlando Gomes:

A cessão consiste, em última análise, na substituição de um dos contratantes por outra pessoa que passa a figurar na relação jurídica como se fora a parte de quem tomou o lugar. É, em suma, a transferência negocial a um terceiro do conjunto de posições contratuais.¹²⁷

¹²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, vol. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.359.

¹²⁶ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 112.

¹²⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 163.

Alguns autores afirmam que o cedido não seria parte no contrato de cessão de posição contratual porque sua participação seria limitada a aceitar, tácita ou expressamente, o negócio celebrado entre o cedente e o cessionário, conferindo eficácia a esse negócio. O assentimento do cedido transformaria a cessão em um contrato plurilateral. Dispensar-se-ia a anuência do cedido se, no instrumento do contrato original, já houvesse sido autorizada a cessão pelos contratantes.¹²⁸

Outros autores afirmam que há hipóteses em que seria desnecessária a anuência do cedido, pois a pessoa do cessionário seria indiferente ao cumprimento do contrato, e entendem que a aceitação do cedido seria uma condição que, uma vez implementada, teria efeitos retroativos ao momento da cessão. Se recusada pelo cedido, a obrigação seria considerada como nunca tendo existido.¹²⁹

Não se pode admitir tal entendimento de que a anuência do cedido seja condição, pois esta só pode resultar da vontade das partes contratantes, por força do art. 121 do Código Civil.¹³⁰

Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

Se fosse condição, a anuência estaria no plano da eficácia do negócio, não atingindo sua existência ou validade.

Há quem entenda ser o consentimento do cedido elemento de validade do negócio, enquanto outros autores afirmam que é elemento essencial para a própria existência do negócio.¹³¹

Para Orlando Gomes, o cedido é parte no negócio jurídico de cessão de posição contratual, e sua anuência é elemento de validade do negócio.¹³²

Vimos que na cessão de crédito a cientificação do cedido (devedor) tem papel eficaz em relação a ele, para que possa saber a quem deve pagar e a quem pode opor as exceções a que tem direito no momento da cessão, mas que a eficácia translativa do crédito, ao contrário, independe do conhecimento do devedor.

¹²⁸ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 40.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 41.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 41.

¹³¹ *Ibidem*, p. 41-42.

¹³² GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 163.

Por outro lado, não há divergências quando se diz que na assunção de dívida é fundamental o consentimento do credor, cujo interesse legítimo pode ser prejudicado pela alteração do pólo devedor.

Diferentemente, a cessão de posição contratual não se limita à combinação de cessões de créditos e assunções de dívidas, pois normalmente há um acúmulo de direitos e deveres atrelados à posição cedida.

Na cessão de posição contratual, por ocorrer o ingresso de um terceiro no contrato-base, é fundamental o consentimento do cedido. São admitidas algumas exceções a essa exigência, decorrentes de previsão legal ou de acordo entre os polos contratantes do contrato-base, por se tratar de direito dispositivo.

O contrato-base pode, por exemplo, autorizar a substituição das partes, significando que um ou ambos os contratantes já autorizam, previamente, o outro, a ceder sua posição. O contrato assim celebrado é considerado “previamente transferível” ou contrato “à ordem”,¹³³ e vem previsto no código italiano art. 1.407, onde se considera que o mero endosso do documento equivale à transmissão, não cabendo ao cedente o dever de comunicar ao cedido. Ao contrário, no direito brasileiro, não se confunde o consentimento prévio do cedido, apriorístico, com o endosso, como bem explica Pontes de Miranda:

Tal confusão com a figura do endosso tem inconvenientes graves. Quem fala de endosso alude à transferência por simples assinatura, formalmente, e à obrigação do endossante pelo inadimplemento da prestação da parte do responsável originário, ou de quem o endossante houve o que endossou.¹³⁴

Mesmo nesses casos, em que o assentimento do cedido é dispensável para a existência da cessão, tem-se ainda a necessidade de notificação do cedido – tal qual ocorre na cessão de créditos – a fim de que este saiba a quem se dirigir para o cumprimento de suas obrigações¹³⁵ ou a exigência de seus direitos. Essa comunicação à outra parte também pode ser entendida como um dever intrínseco à própria posição de contratante, pois, em decorrência do princípio da boa-fé objetiva, cada uma das partes tem um dever de lealdade e de informação à contraparte no decurso da relação obrigacional.

¹³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, vol. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 360, 368.

¹³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. XXVIII. p. 417

¹³⁵ VENOSA, *op. cit.*, p. 368.

Um contrato de cessão de posição contratual sem consentimento do cedido não tem a eficácia de transferir a posição do contrato-base, mas produz eficácia entre os contratantes (cedente e cessionário) ao gerar responsabilidade contratual.

Porém, chama a atenção Hamid Charaf Bdine Júnior para determinados casos em que a substituição da pessoa do outro contratante, cedente, pelo cessionário, possa ser indiferente ao negócio e à segurança do cedido, e nessas situações o cedido não poderia recusar sua anuência.¹³⁶

Segundo o autor, uma vez apurada a irrelevância da individualidade da pessoa que será substituída, a recusa do cedido em anuir à transmissão da posição pode configurar abuso do direito. Um exemplo seria a cessão de posição do promitente comprador em contrato de incorporação.¹³⁷

A recusa seria válida se o cessionário fosse insolvente, mas, se tanto cedente como cessionário apresentarem as mesmas condições econômicas e financeiras, tiverem patrimônio equivalente, a recusa do incorporador seria abusiva, pois não estaria levando em consideração a função econômica e social do contrato de cessão, caracterizando-se assim o abuso de direito definido no art. 187 do Código Civil.¹³⁸

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Portanto, embora seja indispensável para a validade do negócio de cessão, deve-se concluir que a anuência do cedido não pode ser recusada imotivadamente, frustrando interesse de cedente e cessionário sem levar em conta o fim econômico e social da cessão de posição contratual e a boa-fé objetiva no exercício do direito.

Na hipótese de cessão forçada, ou imprópria, decorrente de lei ou decisão judicial, surgem aspectos interessantes relativos à anuência do cedido.

Se os contratantes originais estabelecem que a posição contratual não pode ser cedida sem sua anuência, estamos diante de ato jurídico perfeito e direito adquirido, que não podem

¹³⁶ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 42.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 42.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 42.

ser violados por lei posterior que venha a impor a cessão de posição, sob pena de afronta ao art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal.¹³⁹

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Ainda assim, é preciso verificar se a recusa do cedido, amparada nos termos do contrato original, é ato lícito, que observa a finalidade social e econômica, ou se configura abuso de direito, ato ilícito definido no art. 187 do Código Civil. O direito do cedido em não concordar com a transmissão da posição do cedente somente pode ser exercido *em razão e nos limites da função social do contrato*, por força do art. 421 do Código Civil.¹⁴⁰

Com o reconhecimento da natureza patrimonial do contrato e o abandono da concepção de vínculo pessoal entre contratantes, que perdurou por séculos, a posição contratual passou a ser vista como um bem no patrimônio do contratante, representando um valor econômico, passível de transferência, como objeto de outro contrato ou como uma coisa.¹⁴¹ Assim, o que normalmente exigiria uma série de contratos para alcançar o mesmo objetivo pode ser obtido com a mera substituição dos contratantes originários.

Alguns autores afirmam que a cessão de posição contratual é um negócio que tem por objeto outro negócio, o que justifica o uso da expressão cessão de contrato. O contrato de cessão é um contrato-instrumento, enquanto o contrato cedido é chamado de contrato-base. O contrato base gera os efeitos que se pretende transmitir a um terceiro e o contrato-instrumento é o que opera a transmissão.¹⁴²

O objeto de cada um dos contratos será obrigatoriamente distinto. O contrato original pode ser qualquer contrato. O contrato de cessão, por sua vez, terá por objeto a posição contratual no contrato original.

A distinção entre os dois contratos torna-se nítida quando analisamos as nulidades num ou noutro contrato. O contrato original poderia, por exemplo, vir a ser considerado nulo por incapacidade civil absoluta de um dos contratantes, conforme previsto no art. 166, I, do Código Civil. Como a posição contratual no contrato-base constitui objeto do contrato-instrumento, uma vez reconhecida a nulidade do primeiro por incapacidade civil, a posição

¹³⁹ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 43-44.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 43-44.

¹⁴¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 163.

¹⁴² TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 454.

contratual transferida, que é o objeto do segundo contrato, torna-se juridicamente impossível. A consequência da nulidade do contrato original sobre o contrato de cessão será a sua nulidade por impossibilidade do objeto, prevista no art. 166, II, do Código Civil, pois não é possível negociar a transferência de posição em contrato nulo.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

.....

Entretanto, é preciso atentar para o fato de que a cessão não se restringe a contratos com prestações recíprocas ainda não exigidas, mas também pode ser utilizada nos contratos em fase de desenvolvimento e execução, pois, além dos direitos e obrigações principais, são transferidos deveres laterais, secundários ou acessórios, expectativas e ônus.¹⁴³

O cessionário assume não apenas os deveres principais, mas também todos os deveres acessórios, aí incluindo-se decorrentes da boa-fé objetiva, conforme determinado pelo art. 422 do Código Civil:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Esses deveres acessórios acompanham os deveres principais e perduram desde a fase pré-contratual até após a extinção do contrato, fase pós-contratual, pois, ainda que as prestações principais tenham sido cumpridas, a perfeita realização dos interesses das partes pode exigir um dado comportamento por período que ultrapasse a fase de execução, como, por exemplo, a preservação de todas as informações sigilosas às quais a parte teve acesso em razão do contrato celebrado.

A doutrina corrente sustenta que os referidos deveres não apresentam, em regra, autonomia, por não possuírem uma finalidade própria, dirigindo-se apenas a assegurar o exato cumprimento da prestação básica ou típica e, para além desta, a perfeita realização dos interesses envolvidos na relação obrigacional complexa.¹⁴⁴

Na cessão de posição contratual, os direitos potestativos não autônomos, ou seja, aqueles ligados aos deveres e obrigações contratuais, tais como o poder de escolha entre

¹⁴³ TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 455.

¹⁴⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 626.

prestações alternativas, acompanham a posição transferida ao cessionário, pois constituem acessórios.¹⁴⁵

Por outro lado, os direitos potestativos autônomos, desvinculados da relação contratual, como a cláusula de retrovenda, podem ser transferidos isoladamente, com a concordância do cedido.¹⁴⁶

Diferentemente, na cessão de crédito admite-se que os direitos potestativos possam adquirir tamanha importância a ponto de perderem sua característica acessória.¹⁴⁷

2.8 POSSIBILIDADE JURÍDICA

Similarmente ao que vimos na cessão de crédito, as limitações à cessão de posição contratual podem decorrer da natureza do contrato, fundado em qualidades pessoais dos contratantes, da vedação legal e da proibição convencional.¹⁴⁸

Quando a prestação estiver fundada em qualidades personalíssimas do cedente, sua natureza será infungível, tornando impossível a cessão da posição contratual. Isso porque, para a existência de uma cessão de posição contratual, a prestação deve permanecer inalterada, substituindo-se apenas os sujeitos da relação.

Sendo infungível a prestação, mesmo que seja obtida a anuência do cedido, esta não será capaz de alterar a natureza da prestação. Ainda que haja concordância com a substituição do cedente pelo cessionário, não se poderá falar em cessão de posição contratual nesse caso, pois a prestação devida terá sido alterada, em razão de não mais ser ofertada pela mesma pessoa – cujas características pessoais a distinguiam a tal ponto de torná-la infungível. Ao invés de uma cessão de posição contratual, haverá uma novação mista, substituindo-se, além de um dos contratantes, a própria prestação.¹⁴⁹

O contrato de mandato admite o subestabelecimento previsto no art. 667 do Código Civil, por meio do qual o mandatário transfere a um terceiro seus poderes de representação,

¹⁴⁵ CABRAL, Antônio da Silva. *Cessão de contratos*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 83-87.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 83-87.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 106.

¹⁴⁸ DELAYGUA, Joaquín J. Forner. *La cesión de contrato*. Barcelona: Bosch, 1989. p. 76-80.

¹⁴⁹ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 48-49.

recebidos do mandante. Porém, os poderes de representação não se confundem com o contrato de mandato. Há representação quando os atos praticados por conta de outra pessoa acarretam a esta os mesmos efeitos jurídicos que adviriam se ela própria os houvesse praticado. Pode haver representação sem mandato, como na tutela, e mandato sem representação, como na comissão mercantil. O poder de representação não visa a regular as relações entre mandante e mandatário, mas vínculos entre representante e terceiros, sendo ato unilateral do representado destinado a terceiros, informando que o representante atua por sua conta e em seu nome.¹⁵⁰

O contrato de mandato se aperfeiçoa com o consenso entre mandante e mandatário. Se não houver concordância do mandante para o substabelecimento por parte do mandatário, não haverá cessão de posição contratual, mas mera transmissão de poder de representação, mantendo-se o contrato inalterado com seus contratantes originais, inexistindo qualquer relação contratual entre o mandante e o novo representante. A relação contratual permanece íntegra. Tanto que o art. 667 do Código Civil somente autoriza o mandante a buscar indenização por responsabilidade contratual perante o mandatário, nada mencionando quanto ao substabelecido.¹⁵¹

Art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente.

§ 1º Se, não obstante proibição do mandante, o mandatário se fizer substituir na execução do mandato, responderá ao seu constituinte pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de caso fortuito, salvo provando que o caso teria sobrevindo, ainda que não tivesse havido substabelecimento.

§ 2º Havendo poderes de substabelecer, só serão imputáveis ao mandatário os danos causados pelo substabelecido, se tiver agido com culpa na escolha deste ou nas instruções dadas a ele.

§ 3º Se a proibição de substabelecer constar da procuração, os atos praticados pelo substabelecido não obrigam o mandante, salvo ratificação expressa, que retroagirá à data do ato.

§ 4º Sendo omissa a procuração quanto ao substabelecimento, o procurador será responsável se o substabelecido proceder culposamente.

O substabelecimento seria, na verdade, um subcontrato entre mandatário e o novo representante, mas para que houvesse uma verdadeira cessão de posição contratual seria essencial a anuência do cedido – o mandante.¹⁵²

¹⁵⁰ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49-50.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 50.

¹⁵² LORENZETTI, Ricardo Luís. *Contratos: parte especial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003. v. 1. p. 469.

Porém, à luz do que foi discutido acerca das prestações infungíveis, é discutível se a natureza desse contrato de mandato seria personalíssima, caso em que, mesmo com a anuência do cedido, a prestação seria inevitavelmente alterada, não se configurando uma verdadeira cessão de posição contratual.

A existência de prestações recíprocas é apontada por alguns autores como pressuposto lógico à cessão de posição contratual,¹⁵³ a ponto de considerarem impossível a cessão de posição em contrato bilateral já cumprido.¹⁵⁴

Segundo essa parte da doutrina, caso um dos contratantes houvesse adimplido integralmente, não seria mais possível uma cessão de posição contratual, mas tão somente uma cessão de crédito ou assunção de dívida ainda pendente. Não havendo um todo orgânico a ser transmitido, a cessão seria então regulada pelas regras específicas do Código Civil aplicáveis a esses institutos autônomos.¹⁵⁵

No entanto, parece-nos mais acertada a posição doutrinária segundo a qual o vínculo entre os contratantes, após o cumprimento, não se limita a um direito de crédito a favor da parte que já executou a sua obrigação, mas engloba um conjunto de outros créditos, débitos, direitos potestativos e deveres anexos que subsistem mesmo após a satisfação da prestação, tornando possível a cessão da posição contratual, que não poderia ser resumida a mera cessão de crédito ou débito.¹⁵⁶

Havendo deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva, que persistem mesmo após o adimplemento das prestações principais, será possível a cessão da posição. Embora alguns autores entendam que a prestação principal ainda deva estar pendente, e não as acessórias, é preciso considerar que na posição do contratante que já adimpliu ainda podem restar direitos potestativos e ações relativas ao contrato que não se transferem com a mera cessão de crédito ou débito.¹⁵⁷

Um terceiro poderia, por exemplo, ter interesse em adquirir a posição contratual do alienante de um dado imóvel para assim legitimar-se a ajuizar ação anulatória do negócio de base. O adquirente de um imóvel poderia desejar assumir a posição contratual do alienante no

¹⁵³ *Ibidem*, p. 383.

¹⁵⁴ CESAR, Dimas de Oliveira. *Estudo sobre a cessão de contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1954. p. 68.

¹⁵⁵ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 51-52.

¹⁵⁶ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântica Editora, 1970. p. 439.

¹⁵⁷ DIENER, Maria Cristina. *Il contratto in generale*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 665.

contrato firmado entre este e a construtora, embora já adimplida a prestação principal, com vistas a reclamar de defeitos da obra que não sejam vícios redibitórios.¹⁵⁸

Havendo interesse de um terceiro na aquisição da posição contratual, nada impede que se opere a cessão de uma posição em que o contratante já tenha recebido a prestação principal, pois o cessionário poderá ainda exigir deveres anexos ou potestativos. Seriam transferidas as relações originárias, permitindo ao cessionário manter relações diretas com o cedido no que toca à evicção, deveres de garantia e exercício de direitos potestativos, como o de resolução por cumprimento defeituoso. “Podem as partes querer, mesmo nos contratos com eficácia translativa, produzir os efeitos correspondentes à sucessão na posição contratual e não uma nova transferência dos bens do comprador para um outro adquirente.”¹⁵⁹

Em relações duradouras, as obrigações vencidas no momento da cessão não podem ser transmitidas, salvo se diversamente convencionado entre as partes. Como o dever de prestar de ambas as partes, nos contratos de execução continuada ou diferida, se mantém ao longo do tempo, as posições, em regra, podem ser cedidas. Há exceções, no entanto, quando por exemplo, a celebração do contrato-base é autorizada por lei somente a determinadas pessoas que atendem a certos requisitos especiais. Nessas situações, somente se o cessionário também satisfizer os requisitos legais, poderá assumir a posição do cedente. Ainda assim, não se poderia admitir a cessão de posição contratual, por exemplo, quando interesses superiores, de ordem geral ou pública, prevalessem, como ocorre no financiamento de habitações populares para a população de baixa renda.¹⁶⁰

A possibilidade de cessão deve considerar se o cessionário poderia ou não integrar validamente o contrato original. Se não tem legitimidade para celebrar o contrato original, não pode vir a assumir a mesma posição através de uma cessão de posição contratual, sob pena de violação ao art. 166 do Código Civil.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

- I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- IV - não revestir a forma prescrita em lei;

¹⁵⁸ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 53.

¹⁵⁹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântica Editora, 1970. p. 441.

¹⁶⁰ DIENER, *op. cit.*, p. 666.

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Em diversos outros dispositivos do Código Civil, observam-se exigências para que alguém ocupe dada posição contratual. Por exemplo, se tutores ou curadores não podem comprar os bens confiados à sua guarda, não poderiam assumir a posição de um comprador através de um negócio de cessão. O art. 497 estabelece uma série de situações em que determinadas pessoas não poderiam figurar como compradores de determinados bens, em razão de conflito de interesses. O parágrafo único deixa claro que a cessão de crédito não poderia ser utilizada como via indireta para a obtenção do mesmo resultado, e podemos concluir que, se na cessão de posição contratual houver uma posição credora sendo transferida, aplicar-se-á a mesma regra proibitiva.

Art. 497. Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública:

I - pelos tutores, curadores, testamenteiros e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração;

II - pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta;

III - pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade;

IV - pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados.
Parágrafo único. As proibições deste artigo estendem-se à cessão de crédito.

Em se tratando de exigências para a validade ou eficácia do negócio jurídico original, não se poderia admitir que o contrato de cessão permitisse o ingresso de um terceiro na posição contratual do cedente sem satisfazê-las, pois consistiria em um meio indireto de burlar a regra. Se, por exemplo, a venda de ascendente para descendente, sob pena de anulabilidade, exige consentimento do cônjuge e demais descendentes, mantém-se a mesma exigência para que algum desses sujeitos assumam tal posição através de um contrato de cessão.

Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.

Parágrafo único. Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória.

A possibilidade de cessão de posição contratual é reconhecida tanto para as obrigações duradouras como para as instantâneas, como veremos a seguir.

2.9 OBRIGAÇÕES DURADOURAS OU INSTANTÂNEAS E CORRESPETIVIDADE

A transferência da posição contratual ocorre basicamente nas obrigações duradouras, com frequência no campo da venda em geral, dos contratos de fornecimento, locação, transporte, empreitada, seguro, sociedade, financiamento para construção.¹⁶¹

Porém, mesmo as relações contratuais instantâneas, como uma compra e venda, não se exaurem obrigatoriamente no momento de conclusão do contrato, podendo permanecer efeitos secundários e direitos potestativos, todos incluídos na unidade do contrato, o que justificaria o interesse de um terceiro em assumir a posição contratual.¹⁶²

O código português define “cessão de posição contratual” basicamente nos mesmos termos do italiano (art. 424 e seguintes), mas sua exigência de prestações recíprocas é contestada pela doutrina portuguesa¹⁶³, em razão da possibilidade de ainda subsistirem direitos na posição contratual, mesmo em se tratando de contrato unilateral ou tornado unilateral pelo cumprimento de uma das partes.

No entanto, não havendo vedação no direito brasileiro, mesmo que as prestações tenham sido executadas, o contrato pode não estar exaurido, existindo ainda consequências jurídicas que despertem interesse no terceiro em assumir uma posição contratual. Contrato cumprido não se confunde com contrato exaurido. Quando se tratar de contrato inominado, sua forma obedecerá, em geral, à do contrato-base.

¹⁶¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, vol. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 361, 363.

¹⁶² MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântica Editora, 1980, p. 436.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 440.

2.10 EFICÁCIA

Em relação à posição cedida, vigora o princípio de que ninguém pode transferir mais direitos do que possui. Assim como na cessão de créditos onerosa o cedente é responsável ao cessionário pela existência do crédito no momento da cessão, na cessão de posição contratual onerosa o cedente também é responsável pela existência e validade do contrato e pela posição que está cedendo. Na cessão gratuita, é responsável somente se agiu com dolo, cabendo indenização por perdas e danos.¹⁶⁴

Convém ressaltar que, apesar de permanecer a responsabilidade prevista nas situações acima, é lícito às partes – cedente e cessionário –, por livre manifestação de vontade contratual, afastarem previamente o dever de indenizar, que não se confunde com a responsabilidade.

Nada tendo sido avençado a respeito do afastamento ou limitação do dever de indenizar, em caso de cessão onerosa de contrato inexistente, tem-se inexistência do objeto, acarretando responsabilidade independente de culpa. Como o contrato é nulo, tem-se uma responsabilidade civil negocial de natureza pré-contratual.

Como na cessão de posição contratual, a posição do cedente é transferida ao cessionário, e aquele retira-se da relação jurídica com o cedido, não está obrigado a garantir o adimplemento do contrato por parte do cedido. No entanto, pode ser convencionado no negócio de cessão que o cedente passará a ser garantidor do adimplemento, parcial ou totalmente, como preveem os artigos 1.410 do código italiano e o art. 426 do código português. Quando o cedente garante o adimplemento do cedido, o direito italiano entende se tratar de solidariedade, mas o direito português não especifica o tipo de garantia, alguns autores entendendo que, na ausência de descrição detalhada do tipo de garantia, tem-se uma fiança.¹⁶⁵

¹⁶⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, vol. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 369.

¹⁶⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântica Editora, 1980. p. 471.

No direito brasileiro, assumir a garantia pela execução do contrato-base não pode ser entendido como equivalente a responder pela solvência do devedor. Se não houver expressa menção ao tipo de garantia assumida, deve-se entender que há uma caução fidejussória.¹⁶⁶

Em virtude de o objeto indireto da obrigação consistir na posição contratual no contrato-base, é dever do cedente dar pleno conhecimento do contrato-base ao cessionário, no próprio instrumento da cessão ou em instrumento à parte, por meio de cópia fiel, bem como prestar todos os esclarecimentos necessários ao perfeito exercício da posição contratual assumida pelo cessionário.

Em nada sendo acordado entre as partes (cedente, cessionário e cedido), a transferência de posição contratual do cedente para o cessionário tem como uma de suas eficácias a liberação total do cedente.

Contudo, o código italiano prevê a *não liberação* do cedente (art. 1.408), e no direito brasileiro isso também é possível desde que exista manifestação de vontade das partes nesse sentido, podendo surgir a *solidariedade*, se houver manifestação inequívoca, ou a responsabilidade *subsidiária* do cedente, o qual passa a assumir uma nova posição jurídica à qual se aplicam os princípios da fiança.

Os polos da relação jurídica no contrato-base passam a ser cessionário e cedido após a anuência deste.

A posição no contrato parcialmente cumprido também pode ser objeto de cessão, o que se chama de cessão em trânsito, situação em que são transferidas as obrigações ainda não exauridas.

Quando houver obrigações vencidas, é preciso verificar a intenção das partes. Nos contratos duradouros, via de regra, se nada houver sido acordado, não se transmitem as obrigações vencidas. Nos contratos de execução instantânea, como não há expectativa de surgimento de novas obrigações, a obrigação adimplida pode ser exatamente o que se pretende transmitir, exigindo-se o exame do interesse contratado no caso concreto.

Transmitem-se igualmente ao cessionário todos os acessórios dos direitos conferidos pelo contrato, inclusive sua posição subjetiva de parte processual. Porém, as garantias

¹⁶⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, vol. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 370

prestadas por terceiro no contrato-base, como fiança, penhor, hipoteca, requerem o consentimento do terceiro para que sejam transmitidas.¹⁶⁷

O cedido pode opor ao cessionário exceções que guardam relação com o contrato em si, mas não exceções derivadas de outras relações jurídicas estranhas ao contrato-base, salvo expresso consentimento, o que foi positivado nos códigos italiano (art. 1.409) e português (art. 427).

O poder de anular o contrato-base, na opinião da maioria dos autores¹⁶⁸, transmite-se ao cessionário. De opinião contrária, Carlos Alberto da Mota Pinto entende que o contrato transmitido estaria em sua fase funcionária (ou executória), enquanto os poderes de anulação teriam ligação com a fase do nascimento do contrato e, em razão disso, o cessionário, ao inserir-se na relação, estaria renunciando o direito de apontar qualquer vício que levasse à anulação contratual.¹⁶⁹ Exemplificando, caso o cedente fosse menor, o cessionário não poderia alegar sua incapacidade para anular o contrato-base, ficando esta relação jurídica anulável ratificada.

Preserva-se o direito às partes com legítimo interesse em alegar algum vício para a anulabilidade do contrato de cessão. Havendo anulação, as partes voltam ao estado anterior.¹⁷⁰

¹⁶⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, vol. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 371

¹⁶⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 407-411. Segundo o autor, o entendimento de que o cessionário adquire as faculdades de anulação é compartilhado por grande número de autores, a ponto de se poder falar em doutrina dominante: Garcia-Amigo, Puleo, Clarizia, Andreoli, Carresi, Santini, Lehmann, Früh, Siebert-Reimer Schmidt, Lapp e Ficker.

¹⁶⁹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântica Editora, 1980. p. 496.

¹⁷⁰ VENOSA, *op. cit.*, p. 372.

CONCLUSÃO

O estudo das origens do vínculo obrigacional no direito romano, com seu caráter mágico e pessoal, nos revelaram a dificuldade dos povos antigos em alcançar uma solução jurídica satisfatória ao problema da transmissão das obrigações. A obrigação vista como vínculo pessoal entre as partes tornava inadmissível a substituição de um dos contratantes originais, inclusive porque seu não cumprimento poderia acarretar consequências pessoais, como a morte ou a escravidão. No entanto, os romanos foram muito engenhosos na busca de soluções alternativas, que respeitassem a lógica do sistema em vigor, embora nenhuma delas tenha sido capaz de atender plenamente à necessidade já então evidente de maior mobilidade dos créditos. Tendo examinado os institutos romanos, como a *novatio* (novação), o *mandatum in rem suam* (mandato em causa própria), a *actio utilis* (ação útil) e a *denuntiatio* (notificação do devedor), concluímos que todos eles apresentavam inconvenientes ao adquirente do crédito, e ao devedor, apesar de ter ocorrido uma evolução nessas soluções.

O momento em que se passou a executar o patrimônio do devedor acompanhou a mudança de entendimento sobre vínculo obrigacional, pois nele se passou a reconhecer haver um elemento patrimonial. Inicialmente passou-se a admitir apenas a sucessão universal, dos herdeiro nos créditos do falecido, sem se aceitar a sucessão de crédito a título singular, entre pessoas vivas.

Duas ideias fundamentais para que chegássemos à transmissão das obrigações, com substituição dos sujeitos da relação foram conquista muito recente do direito civil. A primeira foi a visão do crédito como um bem imaterial integrante do patrimônio do credor, passível de posse e de alienação. A outra foi a superação da antiga noção de crédito como vínculo jurídico pessoal. O arcabouço teórico formou-se apenas após nova fundamentação no âmbito do direito das obrigações alemão no século XIX, aí surgindo a verdadeira cessão de créditos, com substituição do credor sem alteração na relação jurídica, que disseminou-se por todos os demais sistemas jurídicos, inclusive o brasileiro, que já no Código Civil de 1916 passou a prever a cessão de créditos.

A cessão de créditos continuou sendo disciplinada pelo legislador no atual Código Civil, de 2002, como contrato entre cedente e cessionário, cuja eficácia translativa depende apenas da vontade das partes, mas em que a eficácia perante terceiros exige publicidade, seja

por instrumento público, seja por instrumento particular revestido de formalidades. Vimos que, perante o cedido, embora não seja contratante, o negócio terá eficácia quando for notificado ou manifestar sua ciência, momento importante para fins de oponibilidade das exceções pessoais que o devedor porventura possua contra o cedente. Ainda que não notificado o cedido, o novo credor pode exercer os direitos conservatórios sobre o crédito, inclusive ajuizar ação contra o devedor inadimplente, que será notificado pela citação no processo.

O estudo das diversas posições sobre a causalidade ou abstratividade do negócio dispositivo de cessão de créditos trouxe muitos argumentos interessantes, demonstrando que o fundamento se encontra no sistema de separação de planos entre direito obrigacional e direitos reais. Pontes de Miranda, alinhado ao pensamento alemão, onde vigora a separação absoluta de planos, defende a abstratividade do negócio, enquanto Couto e Silva lidera a corrente contrária, compartilhada pela maioria dos países europeus, segundo a qual se trataria de negócio causal. Nosso sistema é o da separação relativa de planos, o que verificamos pela análise de diversos dispositivos e situações onde claramente o sistema brasileiro não admite a abstratividade. Concluimos, após a análise das diversas posições, que em nosso sistema a cessão de crédito é negócio dispositivo causal, passível de ser atingido pelos vícios do negócio de base, a ele subjacente, sobrejacente ou justajacente.

Verificamos que a cessão de crédito encontra apenas três vedações, pela natureza da obrigação, em razão da lei ou por acordo entre as partes. A análise de diversas situações cotidianas ilustrou o alcance dessas proibições, como quando a natureza da obrigação é personalíssima, a exemplo dos créditos de alimentos, ou expressamente vedada por lei, como nos previdenciários, e a necessidade de publicidade do *pactum de non cedendo* para que tenha efeito perante o cessionário.

O crédito transmite-se com seus acessórios, mas as partes podem pactuar diversamente. Em princípio não são cedidos créditos mutilados, sem pretensão ou prescritos, mas nada impede que as partes convençam em sentido contrário. O silêncio, porém, não nos pode fazer presumir que o cessionário desejou adquirir créditos prescritos. A existência do crédito no momento da cessão é de responsabilidade do cedente, e nela se inclui a pretensão se não diversamente ajustado.

Tratamos da situação peculiar da pluralidade de cessões, quando o cedente comete ato ilícito e o sistema oferece algumas soluções ao devedor, para que saiba a quem pagar, ou, se persistir a dúvida, que obtenha sua liberação por consignação judicial.

Os dispositivos do Código Civil que tratam da cessão de crédito, além de inúmeros outros a ela relacionados, bem como alguns dispositivos constitucionais, foram analisados em conjunto para uma melhor abordagem de cada situação em estudo. Ao lado das posições doutrinárias, incluímos a jurisprudência de inúmeros tribunais do país, permitindo alcançar uma visão mais rica sobre os problemas atinentes à transmissão de obrigações, os direitos e deveres de todos os envolvidos, e a responsabilização do cedente em cessões onerosas e gratuitas, inclusive sobre solvência do devedor, e seu alcance, quando parte do acordo, ou apenas sobre a existência do crédito nos demais casos.

De outro lado, e com a constante distinção em relação à cessão de créditos analisada na primeira parte, abordamos a cessão de posição contratual, muito mais complexa do que meros acúmulos de cessões de créditos e assunções de dívidas, e não regulamentada pelo legislador brasileiro. A complexidade das relações econômicas atuais ressaltou o valor de mercado da posição de contratante, proveniente de trabalho, da oportunidade, de estudos e de preparativos cujos custos terminam por agregar valor àquela posição, valor esse muito maior do que a simples adição de créditos e subtração de dívidas a ela correspondentes. Existem direitos potestativos, direitos laterais e expectativas que também se transferem com a posição contratual, conferindo ao cessionário a certeza de se estar inserindo na mesma relação contratual em que se encontrava o cedente, e verificável no contrato-base.

Na cessão de posição contratual o cedido deve manifestar sua anuência, de onde se conclui tratar-se de um contrato plurilateral, onde também participam o cedente e o cessionário. A base para a cessão de posição contratual é a autonomia privada, e a ausência de disciplina específica leva o intérprete a buscar os princípios contratuais e a analogia a outros institutos semelhantes para a solução dos problemas jurídicos que se apresentam. Entre os princípios contratuais, o da autonomia privada nos revela que ninguém pode ser obrigado a contratar, e também por isso a substituição de um dos polos sem o consentimento do outro seria uma imposição inadmissível, justificando a exigência de consentimento do cedido, que pode ser dado previamente no contrato-base, permitindo a uma ou às duas partes transferirem suas posições a qualquer momento. Por outro lado, o princípio da boa-fé objetiva também incide sobre a anuência do cedido, concluindo-se que, ainda que este possua o direito de

recusar a cessão, tal direito só será lícitamente exercido se dentro dos limites impostos pela boa-fé objetiva, sob pena de se ver configurado abuso de direito.

Poucos países positivaram esse instituto e a maioria dos autores entende ser dispensável tal regulamentação. A importância da cessão de posição contratual na atualidade e a existência de algumas situações de difícil identificação é argumento utilizado por alguns autores que defendem a criação de um capítulo específico para esse tema no nosso Código Civil, enquanto outros entendem desnecessário qualquer regramento pelo legislador, sendo preferível preservar a autonomia contratual das partes envolvidas. O vigor com que os princípios contratuais analisados vem sendo aplicados pelos tribunais e a analogia com os demais institutos já positivados consistem em uma base sólida, suficiente para bem orientar as soluções que se façam necessárias em matéria de cessão de posição contratual, devendo-se evitar o excesso de regulamentação, principalmente em se tratando deste ramo do direito, em cuja essência está a liberdade do particular para regular seus interesses, desde que respeitado o interesse geral e a ordem pública.

REFERÊNCIAS

- ALTERINI, Atilio Aníbal; REPETTI, Enrique Joaquin. *La cesión del contrato: su esquema fundamental*. Madrid: Bibliográfica Omeba, 1962.
- ANDREOLLI, Marcello. *La cesión del contrato*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 3.
- ASTUTI, Guido. *Cessione dei crediti*. In: Enciclopédia Del diritto. Tomo VI. Milão: Giuffrè, 1960.
- AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- BARBERO, Domenico. *Sistema del derecho privado: obligaciones*. Vol. 3. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1967.
- BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1969.
- BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BESSONI, Darcy. *Do contrato*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CABRAL, Antônio da Silva. *Cessão de contratos*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- CARRESI, Franco. *La cessioni del contratto*. Milano: Giuffrè, 1950.
- CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código civil brasileiro interpretado*. 3. ed. V. XIV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.
- CESAR, Dimas de Oliveira. *Estudo sobre a cessão de contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1954.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2000.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- DELAYGUA, Joaquín J. Forner. *La cesión de contrato*. Barcelona: Bosch, 1989.
- DIENER, Maria Cristina. *Il contratto in generale*. Milano: Giuffrè, 2002.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 2006.

GAUDEMET, Jean. *Naissance d'une notion juridique. Le débuts de l'obligation dans le droit de la Rome antique*. In: Archives de philosophie du droit: l'obligation. Paris: Dalloz, 2000.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao contrato*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

HAICAL, Gustavo. *Cessão de crédito: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2013.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Calouste-Gulbekian, 1999.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Manual de metodologia da pesquisa para o direito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Cessão de créditos*. Coimbra: Almedina, 2005.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, nº 42, p.133-154, 2005.

LOMANDO, Naila Touguinha. *Manual para normalização de trabalhos de conclusão, dissertações e teses*. Porto Alegre, UFRGS, Faculdade de Direito, Biblioteca, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Contratos: parte especial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003. v. 1.

LOUREIRO, Amílcar Bruno Soares; CAMPOS, Sílvia Horst. *Guia para elaboração e apresentação de trabalhos científicos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Comentários ao novo código civil, vol. V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Da cessão de créditos no direito tributário*. Revista dialética de direito tributário, nº 77, p.159-166, fev., 2002.

MENEZES-CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Lisboa: Almedina, 2001.

MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Milão: Giuffrè, 1948.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântica Editora, 1970.

_____. *Cessão de contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 2.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. II.

_____. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. XXIII.

_____. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. XXVIII.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de los contratos: tomo I – Tratado Del contrato de venta*. Tradução espanhola da edição francesa do *Traité du contrat de vente* de 1824. Buenos Aires: Atalaya, 1948.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das obrigações*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 2.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 2.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Tomo 2. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, vol. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WATSON, Alan. *Contract of mandate in Roman Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.