

AUTORES

ALBERTO GOSSON JORGE JUNIOR

CARLYLE POPP

DIOGO LEONARDO MACHADO DE MELO

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI

ERIK FREDERICO GRAMSTRUP

FERNANDO RODRIGUES MARTINS

FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO

FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO

GABRIEL SEIJO LEAL DE FIGUEIREDO

GILBERTO HADDAD JABUR

GIOVANNI ETTORE NANNI

HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR

JOSÉ EDUARDO DA COSTA

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO

JUDITH MARTINS-COSTA

LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA

MARCELO BENACCHIO

MÔNICA AGUIAR

PAULO NALIN

RAFAEL MARINANGELO

RAFAEL VILLAR GAGLIARDI

RENAN LOTUFO

RUBENS HIDEO ARAI

SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA



RENAN LOTUFO

GIOVANNI ETTORE NANNI

COORDENADORES

# TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

editora  
**atlas**



**IDP**  
Instituto  
de Direito  
Privado

© 2011 by Editora Atlas S.A.

Capa: Leonardo Hermano

Composição: Entexto – Diagramação de Textos



**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

---

Teoria geral dos contratos / Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni, coordenadores. -- São Paulo: Atlas, 2011.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-6519-4

1. Contratos 2. Contratos – Brasil I. Lotufo, Renan. II. Nanni, Giovanni Ettore.

11-07824

CDU-347.44(81)

---

**Índice para catálogo sistemático:**

1. Brasil : Contratos : Direito civil 347.44(81)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/*Printed in Brazil*



Editora Atlas S.A.

Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)

01203-904 São Paulo (SP)

Tel.: (011) 3357-9144

www.EditoraAtlas.com.br

## Cessão de posição contratual

Luis Renato Ferreira da Silva

Mestre em Direito (UFRGS). Doutor em Direito (USP).  
Professor de Direito Civil na FMP. Sócio de TozziniFreire Advogados.

**Sumário:** 1. Conceito e teorias explicativas da cessão; 2. Figuras afins: cessão de créditos; 3. Figuras afins: assunção de dívidas; 4. Figuras afins: contrato com pessoa a declarar; 5. Figuras afins: subcontrato; 6. Requisitos genéricos de validade da cessão; 7. Requisito específico do consentimento; 8. Requisito específico do objeto; 9. Requisito específico da forma; 10. Forma da cessão e relação entre as partes; 11. Cessão imprópria.

### 1 Conceito e teorias explicativas da cessão

Uma conceituação do contrato que leve em conta sua estrutura jurídica resulta na afirmação de que todo contrato é um negócio jurídico bilateral patrimonial. Isto porque todo contrato enquadra-se como um ato jurídico em sentido amplo no qual incumbe às partes abandonarem uma posição passiva em relação aos efeitos jurídicos de seus atos e partirem para uma estruturação do conteúdo destes atos. Por isso todo contrato é um ato de autonomia privada que o Código Civil aceitou como fundador da ideia de liberdade contratual insculpida no seu art. 421.

Ao exercerem a liberdade contratual, os contratantes abandonam o ócio jurídico (*nec otium*)<sup>1</sup> e constroem as regras jurídicas que irão vinculá-los no âmbito das suas relações. Dita construção é fruto da participação volitiva dos dois polos envolvidos, o que justifica a qualidade de bilateral.

Tendo como objeto um conteúdo patrimonial, destinando-se a assegurar a circulação das riquezas patrimoniais, o contrato ganha a última qualificação, tendo como nota particular a finalidade de circulação de patrimônio.

Esta última nota qualificativa (o caráter patrimonial) permite que se acompanhem os autores que buscam a finalidade do contrato e o conceituam, não mais do ponto de vista estrutural, mas teleológico, como a veste jurídica da circulação de riquezas patrimoniais. Na precisa lição de ENZO ROPPO, “[...] *pode dizer-se que existe operação econômica – e portanto possível matéria de contrato – onde existe circulação da riqueza, atual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro (naturalmente, falando de ‘riqueza’ não nos referimos só ao dinheiro e aos outros bens materiais, mas consideramos todas as ‘utilidades’ suscetíveis de avaliação econômica, ainda que não sejam ‘coisas’ em sentido próprio: nestes termos, até a promessa de fazer ou de não fazer qualquer coisa em benefício de alguém, representa para o promissário, uma riqueza verdadeira e própria [...]*”<sup>2</sup>.

O contrato serve, desde este ponto de vista, para viabilizar a circulação de riquezas, provocando o deslocamento patrimonial.

Percebe-se que o contrato em si mesmo é uma riqueza que integra um patrimônio e que, portanto, pode ser, ele próprio, objeto de circulação. Ou seja, um contrato pode ser objeto de outro. O tema do presente capítulo – cessão de posição contratual – enquadra-se nesta ideia.

Muitos ordenamentos jurídicos preveem esta circulação de forma expressa em dispositivos codificados, como, por exemplo, o Código Civil italiano (arts. 1.406 a 1.410) e o Código Civil português (arts. 424 a 427).

O Código Civil brasileiro não seguiu a mesma linha. Expressamente só se encontram reguladas as figuras da cessão de crédito e da assunção de dívida. Isto não tem, entretanto, impedido que doutrina e jurisprudência acolham a cessão de posição contratual, fundamentando a sua possibilidade no princípio da liberdade contratual.<sup>3</sup> Este princípio, além de debutar os dispositivos do Código sobre os

<sup>1</sup> Conforme PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. XXXI, p. 46.

<sup>2</sup> *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 13.

<sup>3</sup> Neste sentido, veja-se julgado do STJ: “Cessão de contrato de arrendamento mercantil. Direitos e obrigações que lhe são anteriores. Cessionário que pleiteia a revisão do contrato. Abrangência das prestações anteriores adimplidas pelo cedente. Legitimidade do cessionário reconhecida. Recurso provido. A celebração entre as partes de cessão de posição contratual, que englobou créditos e débitos, com participação da arrendadora, da anterior arrendatária e de sua sucessora no con-

contratos, como acima já referido, ainda é complementado pelo disposto no art. 425 do mesmo diploma, que reconhece a validade de outros contratos que não os tipicamente estatuídos, dando azo à inumerável variedade de contratos atípicos ou inominados.<sup>4</sup>

Adotando-se essas premissas, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro contempla a viabilidade de uma cessão de posição contratual (instituto diverso das parcelares figuras da cessão de crédito e da assunção de dívida). A cessão é um fenômeno de circulação das riquezas pelos valores que os contratos, por si próprios, representam. Se a finalidade contratual é circular riquezas, a cessão do contrato traduz uma circulação ao quadrado. Circula-se a riqueza pela cessão do instrumento que circula a mesma.<sup>5</sup>

Efetivamente, a distinção entre a cessão da posição contratual e os elementos parcelares que a compõem, débito e crédito, poderia ensejar uma ideia de que nada mais se trata do que a soma dos dois institutos. Ainda mais que estes encontram-se positivados no Código Civil.

trato, é lícita, pois o ordenamento jurídico não coíbe a cessão de contrato que pode englobar ou não todos os direitos e obrigações pretéritos, presentes ou futuros, inclusive eventual saldo credor remanescente da totalidade de operações entre as partes envolvidas. A cessão de direitos e obrigações oriundos de contrato, bem como os referentes a fundo de resgate de valor residual, e seus respectivos aditamentos, implica a transferência de um complexo de direitos, de deveres, débitos e créditos, motivo pelo qual se confere legitimidade ao cessionário de contrato (cessão de posição contratual) para discutir a validade de cláusulas contratuais com reflexo, inclusive, em prestações pretéritas já extintas. A extinção do dever de pagamento da prestação mensal não se confunde com a possibilidade de revisão das cláusulas contratuais, pois esta decorre do direito de acesso ao Poder Judiciário e habilita a parte interessada a requerer o pagamento de diferenças pecuniárias incluídas indevidamente nas prestações anteriores à cessão contratual, pois foram cedidos não só os débitos pendentes como todos os créditos que viessem a ser apurados posteriormente” (REsp 356383 SP, 3ª Turma, Min. Nancy Andrihgi, julgado em 5.2.2002).

Igualmente, o posicionamento da doutrina vai neste sentido. Por todos, Hamid Charaf Bdine Júnior. *Cessão da Posição Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38: “Em geral, os autores encontram fundamento para admitir a cessão de contratos na autonomia da vontade, que corresponde ao poder de dispor livremente sobre sua esfera jurídica de interesses, ou na autonomia privada.”

<sup>4</sup> Igual posicionamento adota a doutrina argentina, que não possui, tal qual o direito brasileiro, regras codificadas sobre o assunto. Conforme relata Jorge Musset Iturraspe: “En el II Encuentro de Abogados Civilistas, celebrado en Santa Fe, en 1988, la Comisión Nº 3 trató el tema La cesión del contrato, llegando a las ‘recomendaciones’ siguientes: 1. La cesión del contrato consiste en la transmisión de la posición contractual del cedente a un tercero, quien entra en su lugar y pasa a ocupar la situación jurídica de aquél. 2. La cesión del contrato es admisible como figura contractual en nuestro ordenamiento positivo, aun en ausencia de una expresa regulación, con ajuste, entre otros, al principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1197 del Código Civil, al hecho de la existencia de contratos innominados (art. 1143) y a la latitud conceptual acerca de lo que puede ser objeto de la cesión de derechos (arts. 1144 y ss., Cód. Civ.) [...]”. *Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, p. 359.

<sup>5</sup> ROPPO, Vincenzo. La cessione del contratto è un contratto su un altro contratto, un contratto di secondo grado. *Il Contratto*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001, p. 592.

Se assim se compreendesse estar-se-ia optando pela doutrina atomística, que cinde a transferência do contrato como sendo um efeito indireto da cessão de crédito e da assunção de dívidas. Como bem explicita CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, as teorias tidas por atomísticas “têm em comum o serem resultantes de um ponto de vista ou de decomposição da figura em estudo (e do seu objeto), vendo nela uma mera coligação ou combinação de uma cessão de todos os créditos emergentes do negócio cedido e de uma transmissão geral de todas as dívidas”.<sup>6</sup>

Já as teorias opostas, as abrigadas sobre a ideia de unidade da figura – teorias unitárias –, na definição do mesmo autor “configuram o fenômeno como transmissão dos vínculos criados por um contrato, encarados unitariamente, e constituindo uma unidade dogmática autônoma, não equiparável a uma simples soma ou a um mero conglomerado de créditos e débitos”.<sup>7</sup>

Considero que, efetivamente, trata-se de uma situação diversa da que está referida pelas teorias atomísticas, até porque, dentro de uma visão da obrigação (no caso, a resultante de um contrato) como um todo e como um processo, importa que se reconheça, na própria relação obrigacional, que “o vínculo passa a ter o sentido próprio, diverso do que assumiria se se tratasse de pura soma das partes, de um compósito de direitos, deveres e pretensões, obrigações, ações e exceções. Se o conjunto não fosse algo de ‘orgânico’, diverso dos elementos ou das partes que o formam, o desaparecimento de um desses direitos ou deveres, embora pudesse não modificar o sentido do vínculo, de algum modo alteraria a sua estrutura. Importa, no entanto, contrastar que, mesmo adimplido o dever principal, ainda assim pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente”.<sup>8</sup>

Esta visão da obrigação como totalidade e como processo justifica que se compreenda o contrato da mesma forma e que se possa ver que uma eventual cessão de créditos ou uma assunção de dívidas não significa, por ser transferência de parte do contrato, a alteração da posição contratual que o indivíduo titula.

Justamente para demonstrar a diversidade de situações é que se faz mister diferenciar a cessão de posição contratual com algumas figura afins.

## 2 Figuras afins: cessão de créditos

Os diversos conceitos que possam tentar definir a cessão de posição contratual coincidem com o fato de que há, por meio de um outro contrato (distinto do que se cede), a troca de um dos contratantes originais por outra pessoa, inicialmente

<sup>6</sup> *Cessão de Contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 165.

<sup>7</sup> Op. cit., p. 166.

<sup>8</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Editora FGV, p. 20.

estranha ao contrato e que passará a titular todos os direitos e deveres daquele que se retira, continuando a relação contratual primitiva com a parte que remanesce no contrato. Ao que se retira chama-se cedente; ao que ingressa, cessionário; ao que permanece, cedido.

Também as três figuras aparecem na cessão de crédito, o que importa começar por ela a distinção entre os institutos.

Pode-se ver que, do conjunto de direitos, deveres, ações, pretensões e exceções contidas em uma relação obrigacional de origem contratual, a cessão de créditos limita-se a transferir os créditos (seja na sua totalidade, seja parcialmente) com os acessórios e garantias que se lhe prendem.<sup>9</sup> Entretanto, o cedente permanece vinculado ao contrato. Imagine-se, por exemplo, um contrato de compra e venda de imóvel que seja pago em parcelas representadas por notas promissórias. Nada impede que o vendedor ceda os créditos pelo transpasse das notas promissórias para terceiros, com isto antecipando seus recebimentos. Como só estariam sendo transferidos os créditos, a relação contratual de compra e venda se mantém. Assim, se eventualmente houver algum vício redibitório ou algum evento que resulte na evicção do imóvel, o comprador terá pretensão e ação contra o cedente do crédito, visto que ele ainda é parte do contrato.

Caso tivesse havido a cessão da posição contratual, com o vendedor cedendo o contrato, as mesmas demandas seriam dirigidas ao cessionário, pois este ingressou na posição do anterior.

Inegável a similitude em algumas posições, mas outras tantas são absolutamente diversas. Basta que se pense no art. 288 do Código Civil, que trata da comunicação ao cedido como um fator de eficácia perante ele da cessão de crédito, enquanto, na cessão de posição contratual, como se verá adiante, a participação do cedido é requisito de validade.

Bem resumindo a diferença, esclarecem EVERALDO AUGUSTO CAMBLER, CARLOS ROBERTO GONÇALVES e MAIRAN MAIA: “A cessão do direito de crédito não se confunde com a cessão contratual ou cessão de posição contratual. No primeiro caso, constitui objeto da cessão tão somente o direito de crédito originado da obrigação pactuada [...]. No segundo caso, por cessão contratual deve-se entender a cessão da titularidade do contrato, na sua normal bipolaridade, englobando-se o conjunto de direitos e obrigações neste estipulados, ou seja, previstos na relação contratual.”<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Na cessão de crédito, “há a aquisição derivada pelo cessionário do crédito original do cedente, portanto, é o crédito transmitido, com o que o acompanham seus acessórios, como suas garantias, a menos que, expressamente, se faça restrição a uns ou a outras”. LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 141, grifei.

<sup>10</sup> *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, p. 206-207.

### 3 Figuras afins: assunção de dívidas

A mesma situação se vislumbra em caso de assunção de dívida. Também aqui a marca é a unilateralidade e a parcialidade da transmissão. Novamente é o ensinamento de RENAN LOTUFO que define a figura: “[o] terceiro ingressa no polo passivo da obrigação, que originalmente tinha outro figurante como devedor isolado, como novo devedor, ou como co-devedor, mantendo-se a prestação devida”.<sup>11</sup>

Também aqui há a cessão apenas das obrigações e seus acessórios, mantendo-se, em tudo o mais, o contrato entre as partes primitivas. LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES afirma que mesmo que se adotasse a teoria atomística, ainda seria factível a diferenciação, pois “na cessão de contrato, a assunção de dívida só entra como peça da operação maior e mais complexa, cujo fim último é a transferência à outra parte do conjunto dos direitos e obrigações que se enfeixam em dada posição contratual”.<sup>12</sup>

### 4 Figuras afins: contrato com pessoa a declarar

Figura recentemente tratada no Novo Código Civil e que poderia também se aproximar da cessão de posição contratual é o contrato com pessoa a declarar.

Dita figura destina-se à substituição de uma das partes originalmente contratante que nomeia um terceiro para assumir seu lugar. A rigor, ocorre, ao menos formalmente, uma cessão, pois aquele que figura na forma do contrato cede seu lugar para outro. Entretanto, diversamente da cessão de posição contratual, o contrato com pessoa a declarar é destinado, *ab initio*, a vincular-se a um novo contratante. Quando ocorre a substituição, o ingresso do nomeado dá-se de forma retrospectiva, adentrando no contrato como se nele estivesse desde o início.

Em suma, na cessão o ingresso do cessionário opera a titularidade dos direitos e obrigações (*rectius*, da posição contratual) *ex nunc*. Já no contrato com pessoa a declarar, o ingresso opera efeitos *ex tunc*. O já citado LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES, em pioneira obra monográfica no direito brasileiro sobre o contrato com pessoa a declarar, afirma “não se poder vislumbrar, no contrato para pessoa a nomear, um fenômeno de sucessão, ínsito, todavia, à cessão do contrato. Para que nele pudesse ocorrer, far-se-ia mister derivasse o *electus* seu direito e obrigações do estipulante, não do promitente”.<sup>13</sup>

Assim, tem-se que a cessão de posição contratual é instituto com contornos próprios, estribado na liberdade contratual e vocacionado ao fim de circulação de

<sup>11</sup> Op. cit., p. 166.

<sup>12</sup> *Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 140.

<sup>13</sup> *Contrato com pessoa a declarar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 200.

riquezas, que não se confunde quer com a cessão de créditos, quer com a assunção de dívidas, quer, ainda, com o contrato com pessoa a declarar, posto que guardem entre si algumas semelhanças.

## 5 Figuras afins: subcontrato

Figura que também deve ser examinada por alguma afeição com o tema é a figura do subcontrato: *“Também denominado contrato derivado, é celebrado à sombra de outro, principal, que o precede. Assim a sublocação, a subempreitada, o substabelecimento, as subconcessões.”*<sup>14</sup>

O que se tem no caso concreto é a figura de um contrato que toma por base outro já existente, guardando com ele uma relação de dependência, visto que se submete ao destino do contrato principal.

Há verdadeira relação de acessoriedade. Os desígnios de validade e invalidade do contrato principal, bem como os rumos de execução e de continuidade do contrato, acabam por condicionar os do subcontrato.

Via de regra, tais subcontratações surgem como necessidade de um dos contratantes de alocar serviços alheios para o bom desempenho da sua prestação, o que faz com que parte da obrigação que lhe é cometida seja transposta para um terceiro.

O contratante do pacto primitivo não mantém relação com o subcontratado, via de regra, sendo comum que tais pactos não sejam permitidos sem a sua expressa autorização, sempre que haja uma especialidade buscada no contratante original ou, então, em função dos riscos que podem acarretar para a contratação base.

A diferença para com a cessão de posição contratual é nítida na medida em que aqui surge um novo contrato, mantido entre uma das partes do contrato base. Este se mantém, coordena a relação e não gera para o contratante que não subcontrata relações de vínculo ou de obrigações perante o subcontratado.

O ordenamento não estabelece regras genéricas, mas regula algumas figuras específicas de subcontratação em casos de contratos típicos, como no mandato (ao tratar do substabelecimento) ou na locação (ao tratar da sublocação).

Outros subcontratos que possam surgir encontram seu fundamento de licitude no exercício da liberdade contratual, provavelmente o único ponto no qual há pontos de contato com a figura da cessão.

<sup>14</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato...* Op. cit., p. 75.

## 6 Requisitos genéricos de validade da cessão

A cessão de posição contratual formaliza-se em um contrato firmado entre o cedente e o cessionário, ao qual anui o cedido. Tratando-se, portanto, de um negócio jurídico, sujeita-se como os demais, aos elementos e requisitos que permitam a sua existência e a sua validade.

Para o preenchimento dos elementos não se vislumbra nenhuma especialidade em relação aos demais contratos. Quero dizer que também aqui pressupõe-se que haja consentimento das partes, um objeto comum sobre o qual as partes concordam e uma formalização dos seus termos.

As especificidades residem no plano da validade. Os requisitos de validade podem ser genéricos, porque comuns a vários tipos contratuais, e específicos, porque próprios de um tipo negocial. Entre os genéricos estão a capacidade das partes que consentem, bem como a emanção livre deste consentimento. Relembrando que todo requisito é um item de validade que qualifica, adjetiva um determinado elemento, o consentimento (elemento) deve ser hígido e livre (ou seja, emanado por sujeito capaz ou devidamente representado/assistido e sem defeitos que possam conduzir à nulidade ou à anulação). O objeto, ainda genericamente, deve ser lícito, possível (jurídica e faticamente) e determinado ou determinável. Já a forma deve ser a determinada por lei, ou a que não seja defesa legalmente.

Enquanto atender a estes requisitos genéricos, a cessão não estará preenchendo requisitos distintos de qualquer outro contrato. As especificidades que a qualificam como uma cessão residem em outros três requisitos que não necessariamente estarão presentes em outros contratos.

## 7 Requisito específico do consentimento

Nesta linha, no que tange ao consentimento, há a necessidade de que, além do mútuo acordo entre o cedente e o cessionário, haja o consentimento do cedido. A intervenção do cedido no caso não é mera manifestação de ciência, mas se traduz em verdadeira concordância na medida em que ele passará a entreter uma relação contratual com o cessionário, desligando-se daquele a quem elegera, anteriormente, como co-contratante.

Essa a lição categórica de PONTES DE MIRANDA: *“Transferência da posição subjetiva no negócio jurídico exige que consinta o figurante permanente, que é tão interessado no status quo quanto o figurante sainte.”*<sup>15</sup>

<sup>15</sup> *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. XXIII, p. 408.

HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR acompanha o posicionamento, invocando, por analogia, a regra do art. 299 do Código Civil, que impõe a concordância expressa no caso de assunção de dívidas.<sup>16</sup>

A rigor, não há uma necessidade de concordância expressa na justa medida que o próprio parágrafo único do citado art. 299 permite que o silêncio seja interpretado como concordância.

Em realidade, pode-se cogitar de consentimento anterior à cessão, concomitante à cessão ou, mesmo, posterior a ela, sendo que nesta modalidade é viável hipótese de consentimento tácito.

O consentimento anterior ocorrerá quando, por ocasião da assinatura do contrato que vier a ser cedido, já houver uma prévia autorização para o transpasse do contrato, desde que observadas algumas exigências postas no próprio contrato a ser cedido. Serve de exemplo o caso dos contratos de preliminares de compra e venda em que é muito comum cláusula determinando que o contrato definitivo venha a ser firmado com o promitente comprador ou quem este indicar, caso em que há um consentimento anterior do vendedor em cumprir sua obrigação de outorga da escritura definitiva para um terceiro, que passa a ser o comprador efetivo.

Igualmente, e este é o modo mais corriqueiro, que o consentimento seja simultâneo à cessão. Neste caso surge a figura do chamado interveniente-anuente, que intervém no contrato de cessão para anuir com a mesma e aceitar a substituição do cedente pelo cessionário.

Por fim, pode ocorrer que o consentimento do cedido dê-se posteriormente à cessão. Neste caso, não é incomum que ele se dê de forma tácita. Imagine-se o contrato de locação em que o locatário retira-se do imóvel e cede para um terceiro a continuidade da locação. Tomando ciência do fato, o locador: (i) pode recusar a cessão e denunciar o contrato por conta da sua violação; (ii) pode aceitar expressamente o contrato e dar continuidade com o novo locatário; ou, (iii) tomando ciência da substituição, dá continuidade à relação, aceitando os locativos. Esta terceira hipótese configura uma aceitação por comportamento concludente. Nem se imagina que, em homenagem ao princípio da boa-fé, mais especificamente com a vedação ao *venire contra factum proprium*, haja a invalidade da cessão.

Não é diferente a lição de ORLANDO GOMES: “Para se realizar o negócio de cessão, é indispensável o consentimento do contratante cedido. Não basta o acordo entre o cedente e cessionário. Necessário que as três figuras obrigatórias declarem a vontade de efetuá-la. Mas essa manifestação de vontade não precisa ser simultânea. O consentimento do contratante cedido pode ser dado previamente, ou posteriormente. A adesão prévia é hoje admitida, apesar da oposição de parte da doutrina. Nenhuma razão decisiva obsta a que se estipule no contrato que um dos contratantes pode traspassá-lo a quem quer que venha a indicar. Esse consentimento por antecipa-

ção facilita o uso de certos negócios jurídicos. Uma vez dado à parte que quer ceder o contrato, não precisa obter novamente o consentimento do outro contratante, bastando dar-lhe ciência da cessão. Nesse caso, processa-se a formação progressiva do negócio de cessão.”<sup>17</sup>

## 8 Requisito específico do objeto

O segundo requisito, que se prende ao objeto do contrato, é que a cessão deve envolver um contrato bilateral, ainda não executado. Isto porque a pressuposição básica da cessão de posição contratual reside justamente em não transmitirem-se apenas débitos ou apenas créditos (para não cair nas hipóteses unilaterais antes diferenciadas). Assim, a fim de que se possa efetivamente ter uma cessão de posição que não se confunda com uma mera cessão de créditos ou uma cessão de débitos, a parte que ingressa deve assumir deveres e titular direitos de modo que se bilateralize uma posição jurídica global.

De tal forma, além de ser lícito, possível, determinado ou determinável, no caso concreto da cessão, o objeto da mesma deverá consistir em um contrato bilateral em execução.

Discute-se se o fato de as prestações principais terem sido cumpridas, restando apenas obrigações acessórias (como, por exemplo, as de garantia), adequar-se-ia ao requisito em exame. A rigor, o caráter bilateral de um contrato guarda sinalgmaticidade (*rectius*, reciprocidade) nas obrigações principais. Entretanto, não é incomum que obrigações acessórias ou, até mesmo deveres secundários (como os de informação, esclarecimento, cuidado), possam, ainda que despidos de reciprocidade, assumir um papel fundamental. Eventualmente, dada a relevância de alguns deles, até mesmo a resolução por inadimplemento pode estribar-se na violação de um dever desta natureza.

Por esta linha de raciocínio, se o dever remanescente justificar que a parte para com ele obrigada sinta-se não só credora, mas devedora de agires na relação contratual, a cessão que se operar será mais da posição contratual do que mera cessão de débito ou crédito. Do contrário, não se terá implementado o instituto de que se trata na sua integralidade.

Parece ser também esta a posição de CARLOS DA MOTA PINTO: “Na hipótese de cessão, diversamente da revenda, todas as relações passariam a existir entre o cessionário e o vendedor, no que toca à evicção, a deveres de garantia, ao exercício de direitos potestativos de resolução por cumprimento defeituoso; ora, não se vislumbra

<sup>16</sup> Op. cit., p. 117.

<sup>17</sup> *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 179.

*nenhum interesse de ordem pública que possa impedir a atuação do efeito jurídico de sucessão no contrato, correspondente a este intento das partes.*<sup>18</sup>

É bem verdade que este autor vai mais longe e sustenta até mesmo a possibilidade nos contratos unilaterais, sempre a partir do raciocínio de que se trata de contratos que englobam uma situação jurídica (portanto, com deveres anexos e direitos potestativos), de modo a assegurar a transmissão. A tanto não chego por conta do que antes expus. Não parece que estas situações estão afeitas à finalidade do instituto, que é dar sequência a um contrato que poderá não ser executado por acidentes de percurso ligados a um dos contratantes.

## 9 Requisito específico da forma

Derradeira questão quanto aos elementos diz com a forma. Este item é necessário em qualquer contrato, considerando-se que a declaração de vontade deve ser externalizada, e a forma é isto: a externalização da vontade. O fato de a legislação considerar que qualquer forma, em regra, é válida não desfaz a exigência, mas libera a sua qualidade, deixando que a mesma assuma qualquer posição. Assim, a regra geral da forma livre, constante do art. 107 do Código Civil, torna o requisito mais tênue.

A forma, enquanto elemento do contrato, confunde-se, às vezes, com a sua qualidade, o que torna o seu tratamento um pouco *sui generis* em relação aos outros dois elementos antes tratados.

É que a forma imposta por lei, a chamada forma *ad substantia*, quando ausente, acarreta a inexistência do contrato (que poderá, por meio da conversão substancial, eventualmente, modificar-se para outro, como no célebre exemplo do contrato de compra e venda de imóvel que, carente de escritura pública, pode ser compreendido como negócio preliminar de compra e venda). Mas, ainda que presente, se não observados os itens mínimos para sua adequada configuração, poderá acarretar a nulidade do contrato (como, seguindo o exemplo da compra e venda de imóvel, se a escritura deixar de conter alguns dos requisitos do § 1º do art. 215 do CC).

Em outra medida, há o que se chama de forma *ad probationem*. Aqui, a forma é fator de eficácia. Sem que determinada forma seja eleita e seus requisitos preenchidos, o contrato existirá como tal, valerá e produzirá os seus efeitos, apenas que algum ou alguns deles poderão não ser atingidos (é o caso do contrato de locação comercial que, de forma livre, requer forma específica para poder gerar a pretensão renovatória contida no art. 51 da Lei 8.245/91, pois exige, no inciso I, 1ª parte, contrato escrito).

<sup>18</sup> Op. cit., p. 366.

A cessão, por ser uma continuidade de um negócio já adotado, deverá seguir a forma do contrato cedido. Dada as nuances do elemento/requisito/fator forma, parece-me que esta identidade de forma deverá ocorrer mesmo que se trate de forma eleita pelos contratantes originais, e não apenas nos casos de forma exigida por lei. A razão disto está no fato de que se transmite a mesma relação já existente. Se se tratasse, para seguir no exemplo acima referido da locação, de locação comercial por escrito que (revestindo as demais condições do art. 51 da Lei 8.245/91) ensejasse a ação renovatória, o desprezo da forma escrita na cessão poderia ensejar a transferência de direitos e deveres diversos, o que ensejaria uma renovação na obrigação, aproximando-se mais de uma novação do que de uma cessão propriamente dita.<sup>19</sup>

## 10 Forma da cessão e relação entre as partes

Passando-se ao exame das formas de cessão, a doutrina costuma classificá-las a partir do exame das relações ou das consequências que surgem entre as partes. Assim, haveria relações entre o cedente e o cedido, entre o cedente e o cessionário e entre o cedido e o cessionário.

Muito embora seja este o caminho tradicional de exame do tema, entendo que uma análise da cessão propriamente dita deve considerar as relações remanescentes entre o cedente e o cedido. É que as relações entre o cedente e o cessionário estarão reguladas pelo contrato entre eles havido no qual este reembolsará os valores já pagos, ou imitir-se-á na posse do bem objeto do contrato, entre outras obrigações contratualmente estipuladas. Ou seja, o que se conterà aqui é objeto de um contrato particular e que estará estribado na autonomia das partes.

Já as relações entre o cedido e o cessionário serão as que já existiam no contrato objeto da cessão, de modo que não deverão ter alterações ou soluções de continuidade, pois é justamente o desiderato de continuar o mesmo contrato, com outra pessoa ocupando as posições já existentes, que justifica a cessão.

O que realça, portanto, é a relação que remanescerá ou não entre cedente e cedido, pois aquele, deixando a relação obrigacional, poderá manter algum tipo de vínculo ou, então, desvincilhar-se plenamente da relação. Aqui, a divisão entre cessão liberatória e não liberatória.

<sup>19</sup> É a mesma conclusão a que chega Vincenzo Roppo (op. cit., p. 592) tratando do tema no direito italiano que, embora possuindo regras codificadas sobre o tema, não enfrenta a questão da forma. “*La cessione del contratto è un su un altro contratto, un contratto di secondo grado. Come per gli altri contratti della famiglia (contratti modificativi, contratti risolutivi) si pone il problema della forma: forma libera, in assenza di espresso vincolo legale? o forma vincolata a quella del contratto ceduto? Quest’ ultima posizione sembra prevalere.*”

Pela primeira, o cedente afasta-se da relação existente e não mais mantém qualquer responsabilidade ou dever para com o cedido, abandonando a relação, que passará a ser de responsabilidade e atuada pelo cessionário.

Já na segunda, o cedente, embora deixe de ser parte do contrato, continua vinculado ao contratante cedido por relações de responsabilidade, seja pelo que já foi executado do contrato, seja pelo que vier a suceder na execução de responsabilidade direta do cessionário.

Apesar de concordar que o permissivo legal para as cessões de posição contratual seja o princípio da liberdade contratual, este sempre deverá atentar para a natureza das coisas que estão surgindo pela sua incidência. Assim, embora parte da doutrina sustente que essa ausência de liberação e esta manutenção do cedente respondendo pelo contrato possa ter qualquer natureza, entendo de forma um pouco diversa.

Não reputo razoável sustentar que a não liberação possa se dar pela criação de um vínculo de solidariedade. De novo porque a teleologia da cessão é a circulação da riqueza pela manutenção de um mesmo contrato. Em alguma medida, a circulação se justifica como forma de superação de alguma vicissitude que se apresente na vida contratual. Um determinado contratante que, não tendo condições ou interesse na manutenção do pacto, evita a sua extinção cedendo a relação.

Dentro deste aspecto, a manutenção do cedido como solidário importaria em agregar apenas um novo contratante sem a saída do anterior, dada a natureza da obrigação solidária que permite a satisfação no patrimônio de qualquer dos devedores. Mais ainda, como se pensa em não liberação por conta das obrigações, a solidariedade passiva estaria, na verdade, a incrementar a garantia e não em atender à finalidade do instituto.

Diferente seria se o vínculo remanescente fosse de natureza subsidiária. Aqui, o cedido aceitaria a cessão, passaria a relacionar-se com o cessionário e apenas se valeria do cedente em caso de não adimplemento do cessionário. Isto faz sentido na medida em que este se apresentaria por intermédio do cedente que estaria desvinculado do plano principal. Também, a meu juízo, não grassa a posição que sustenta que há subsidiariedade sem benefício de excussão (buscando, como MOTA PINTO, um hibridismo entre a solidariedade e a subsidiariedade).<sup>20</sup> Ou bem se admite que se está diante de uma assunção parcial de risco por parte, também, do cedido que a aceita porque vislumbra uma continuidade que, do contrário,

<sup>20</sup> Op. cit., p. 398. “Na falta de uma expressa caracterização, inclinamo-nos para uma responsabilidade em via subsidiária, sem se tornar, todavia, necessário que o cedido, para obrigar o cedente a cumprir, tenha excutido o patrimônio do cessionário. Basta que o devedor principal não cumpra tempestivamente. Identificar o cedente como um mero fiador é insuficiente, à luz do intento normal das partes; considerá-lo um codevedor solidário é ir manifestamente longe demais, pois não põe em relevo a subsidiariedade do seu débito relativamente ao do cessionário, contrariamente à situação dos interesses e à intenção normal das partes.”

poderia conduzir à extinção do contrato, ou tem-se uma posição de manutenção do vínculo já existente com mais um devedor no polo passivo.

Note-se que até a ideia de uma aplicação analógica dos dispositivos que tratam da assunção de dívida, em especial o art. 300 do Código Civil, aventa a expressa desvinculação, ao rezar que as garantias dadas pelo devedor primitivo, salvo expressa autorização dele, extinguem-se automaticamente. Ora, se neste instituto que transfere apenas as dívidas não se cogita de solidariedade, sequer de subsidiariedade, o que dizer-se da cessão da posição contratual cujo desiderato é manter a mesma relação com outro contratante?

Por tais motivos, compreendo que a não liberação, em que pese admitir a inexistência de vedação específica e reconhecer posições em contrário, só se compatibiliza com a natureza e a finalidade da cessão se for na modalidade de responsabilidade subsidiária.

## 11 Cessão imprópria

Questão importante, para além das espécies de cessão, é a que envolve a origem da cessão. Desde o início deste trabalho, vem-se dizendo que a cessão fundamenta-se no exercício da liberdade contratual, que permite a criação de contratos atípicos. Dentre estes, a cessão é aquele que tem como objeto a circulação de outro contrato (uma circulação de riquezas de segundo grau). Sendo assim, a fonte da cessão é a declaração de vontade, portanto, trata-se de um verdadeiro (ainda que atípico) contrato.

Entretanto, há situações legais que importam na transmissão de relações contratuais. Estas caracterizam-se porque não há nelas uma necessária concordância do cedido a quem a cessão é imposta por lei. Em algumas situações, fatos jurídicos alheios à vontade importam que um determinado contrato seja cedido e haja uma alteração em um dos polos contratuais. Em outras, há um contrato entre as partes que acarreta a cessão.

Nestas hipóteses, a lei autoriza ou determina a continuidade da mesma relação contratual de outro contratante. A diferença fundamental que a doutrina explana é no sentido de que os requisitos não se mantêm, em especial, a concordância do cedido, substituída que é pela determinação legal. Outro ponto indicado é a relação entre cedido e cedente que sempre se rompe, sem uma relativa vinculação que, ao contrário do enfrentado no tópico anterior, não se daria por falta de participação no contrato de cessão (visto que inexistente).

Por isto, os autores a denominam de cessão imprópria. HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR, bem resumindo a posição sobre as cessões legais: “Nesses casos, o ingresso do terceiro na posição contratual ocupada por um dos contratantes não decorre de

*um negócio celebrado com esse específico objeto, mas sim como efeito imposto pela lei em decorrência de outro negócio.*"<sup>21</sup>

A legislação traz alguns exemplos. A Lei 8.245/91 prevê algumas modalidades de continuidade do contrato. A decorrente da morte do locatário que transmite aos herdeiros (art. 10); em caso de separação, divórcio ou rompimento de união estável, em favor do cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel (art. 12); ou ainda, quando se dá alienação de imóvel locado cujo contrato atenda aos requisitos do art. 8º.

Outra hipótese ocorre na cessão dos contratos de trabalho quando da aquisição de empresas. Os contratos de trabalho mantidos com o antigo empregador remanesçam com o novo, em verdadeira sucessão (o que se fundamenta na dicção dos arts. 10 e 448 da CLT).

A rigor, trata-se do mesmo fenômeno de continuidade contratual com pessoa diversa do contratante original, que o assume na mesma posição contratual do anterior, entretanto, de fonte distinta e com requisitos diversos.

## Bibliografia

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991.
- ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das Obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da Posição Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAMBLER, Everaldo Augusto; GONÇALVES, Carlos Roberto; MAIA, Mairan. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Editora FGV, 2007.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato com pessoa a declarar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ITURRASPE, Jorge Musset. *Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de Contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. XXIII e XXXI.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001.

<sup>21</sup> Op. cit., p. 73.