

MARCEL EDVAR SIMÕES

**TRANSMISSÃO EM DIREITO DAS OBRIGAÇÕES:
CESSÃO DE CRÉDITO, ASSUNÇÃO DE DÍVIDA E
SUB-ROGAÇÃO PESSOAL**

Dissertação de Mestrado em Direito Civil

Orientador: Professor Doutor Alcides Tomasetti Jr.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2011

MARCEL EDVAR SIMÕES

**TRANSMISSÃO EM DIREITO DAS OBRIGAÇÕES:
CESSÃO DE CRÉDITO, ASSUNÇÃO DE DÍVIDA E
SUB-ROGAÇÃO PESSOAL**

Dissertação depositada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Civil pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, desenvolvida sob a orientação do Professor Doutor Alcides Tomasetti Jr.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2011

Banca Examinadora:

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
------------------	---

PRIMEIRA PARTE – FIGURAS PARTICULARES

1. CESSÃO DE CRÉDITO	11
1.1. Breve histórico	11
1.2. Perfil contemporâneo. Direito comparado. Análise dogmática: estrutura, função e processo na cessão de crédito	14
1.2.1. Elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia no processo de cessão de crédito	27
1.2.2. A discussão sobre a abstração da causa na cessão de crédito	34
1.2.3. Eficácia da cessão de crédito	37
1.3. Regime positivo brasileiro	38
1.3.1. Código Civil	38
1.3.2. Lei de Recuperação de Empresas e Falência	39
1.4. Algumas figuras especiais ligadas à cessão de crédito	40
1.4.1. Cessão de créditos futuros	40
1.4.2. Cessão de créditos em garantia	42
1.4.3. Dação de créditos em cumprimento	43
1.4.4. A cessão fiduciária para cobrança	44
1.4.5. Desconto bancário	45
1.4.6. Factoring	46
1.4.7. Cessão de créditos para fim de consumo	48
2. ASSUNÇÃO DE DÍVIDA	50
2.1. Breve histórico	50
2.2. Perfil contemporâneo. Direito comparado. Análise dogmática: estrutura, função e processo na assunção de dívida	51
2.2.1. Elementos de existência da assunção de dívida	52
2.2.2. Eficácia da assunção de dívida	53
2.3. Espécies	54

2.3.1. Assunção de dívida unifigurativa	56
2.3.2. Assunção de dívida bifigurativa	57
2.4. Regime positivo brasileiro	57
2.4.1. Código de Processo Civil.....	57
2.4.2. Código Civil.....	58
3. SUB-ROGAÇÃO PESSOAL	59
3.1. Breve histórico.....	59
3.2. Perfil contemporâneo. Direito comparado. Análise dogmática: estrutura, função e processo na sub-rogação pessoal	60
3.3. Transmissão vs. extinção na sub-rogação pessoal.....	62
3.4. Regime positivo brasileiro	64

SEGUNDA PARTE – INTERFACES

4. TEORIA GERAL DO DIREITO PRIVADO E TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES	66
4.1. Teoria geral da relação jurídica	66
4.2. Relação jurídica obrigacional	79
5. TEORIA DO PATRIMÔNIO – APONTAMENTOS	97
6. TEORIA GERAL DA TRANSMISSÃO	100
6.1. Transmissão de posições jurídicas em geral.....	100
6.2. Transmissão de posições jurídicas reais	116
6.3. Teoria geral limitada da transmissão de posições jurídicas obrigacionais	119
6.3.1. Transmissão de posições e manutenção da essência da relação obrigacional. Modificação de elementos e modificação orgânica do todo.....	123
6.3.2. Transmissão com nexó derivativo e sem nexó derivativo em um ato de transmissão	126
6.3.3. Hipóteses de intransmissibilidade.....	127
6.3.4. Transmissão de posições jurídicas obrigacionais e repercussão sobre acessórios, garantias e exceções.....	128
CONCLUSÕES	142

BIBLIOGRAFIA	145
RESUMO.....	167
RIASSUNTO.....	169

INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho consiste em investigar a viabilidade ou não da construção de uma *teoria geral da transmissão em matéria obrigacional* – se é que o termo a ser empregado seja realmente este. Trata-se de aferir as possibilidades e as potencialidades dogmáticas subjacentes à edificação de uma específica *teoria geral* (limitada) a partir do conceito de transmissão.

Nesse contexto, três figuras pertinentes ao direito das obrigações exigem uma análise aprofundada, tanto em separado como unificadamente. São elas: a cessão de crédito, a assunção de dívida (que passou a ter parcial disciplina legal no direito brasileiro, nos arts. 299 a 303 do Código Civil) e, finalmente, a sub-rogação pessoal. Não se cuidará aqui, ao menos não detalhadamente, do exame da transmissão de *posição contratual* – a qual tem sido objeto de pesquisas e escritos mais variados, no Brasil e em outros países¹ –, mas sim da transmissão, em apartado, das posições jurídicas subjetivas complexas *crédito e débito*².

A tipologia dos mecanismos dirigidos à transmissão de posições jurídicas insertas em relações obrigacionais pode ser assim apresentada³:

(i) transmissão singular de posição jurídica subjetiva ativa complexa *crédito*:
(i.1) cessão de crédito (negocial, *legal* ou *judicial*); (i.2) sub-rogação pessoal (*convencional* ou *legal*);

¹ Digno de referência em apartado é o livro de C. A. MOTA PINTO. *Cessão da posição contratual*. Almedina: Coimbra, 2003. Há edição brasileira de 1985, contendo relevante capítulo final sobre a matéria em nosso direito (*Cessão de contrato: Contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985). Referida obra não se limita a cuidar da figura que é o seu objeto central (*cessão de posição contratual*), trazendo, ainda, importantes considerações (laterais) acerca da transmissão em geral no direito das obrigações, bem como da cessão de crédito e da assunção de dívida. Cf., igualmente, na doutrina italiana, F. CARRESI. *La cessione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1950; R. CICALA. *Il negozio di cessione del contratto*. Napoli: Jovene, 1962. Na doutrina brasileira, D. CESAR. *Estudo sobre a cessão do contrato*. Tese (Livre Docência) defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1955, p. 3-107.

² Serão, no entanto, feitas referências ao instituto da cessão da posição contratual sempre que estas servirem ao objeto central do presente trabalho.

³ Cf., com alguma discrepância, a tipologia formulada por C. A. MOTA PINTO. *Cessão de contrato: Contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 438.

(ii) transmissão singular de posição jurídica subjetiva passiva complexa *débito*: assunção de dívida (negocial, *legal* ou *judicial*), a qual pode ser (ii.1) unifigurativa ou (ii.2) bifigurativa;

(iii) transmissão de íntegra *posição jurídica contratual* (vale dizer: transmissão da posição na *relação obrigacional contratual*)⁴, a qual é posição complexa que pode englobar simultaneamente posições jurídicas subjetivas ativas e passivas: (iii.1) cessão negocial de posição contratual; (iii.2) cessão *legal* de posição contratual (a que C. A. MOTA PINTO denomina sub-rogação legal no contrato⁵, mas o termo não nos parece o melhor, consoante se explicará oportunamente).

A ciência do direito adquiriu, ao longo do tempo, a compreensão de que os elementos de uma relação jurídica obrigacional podem sofrer alterações ao longo da sua vida, sem que com isso esta determinada relação perca a sua *individualidade*.

É curioso notar que a questão do que venha a constituir a *individualidade* da relação obrigacional sofre uma mudança de perspectiva entre o direito romano e o direito contemporâneo: se na Roma Antiga o elemento pessoal, assim como o objetivo, tinha um grande peso na individuação de uma relação, contemporaneamente esta função de índice de identificação recai primordialmente sobre o elemento objetivo. Tal fato talvez seja reflexo de um sistema econômico em que, para o bem e para o mal, o peso dos bens é, no mais das vezes, maior do que o peso das pessoas.

Mas do entendimento de que a relação obrigacional pode sofrer alterações subjetivas e continuar a ser mesma relação não advém, automaticamente, o entendimento sobre *como* tais alterações subjetivas se operam, ou devem se operar.

Há uma frase de F. C. PONTES DE MIRANDA que pode muito bem ser aqui lembrada, pela sua importância – mas não sem a advertência de que o seu real alcance

⁴ Ou ainda: transmissão do complexo de posições jurídicas ativas e passivas que componham a íntegra posição jurídica contratual.

⁵ C. A. MOTA PINTO. *Cessão de contrato: Contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 69-77.

demanda algum esclarecimento ulterior: “Em ciência, só se pode desejar a ascensão à precisão matemática”⁶.

De fato, direito não é matemática. Mas a ciência do direito, enquanto ciência, deve sim aspirar ao ideal de precisão conceitual das ciências exatas, o que não tem sido observado por grande parte da doutrina pátria. Na realidade, e é isso que importa ser bem compreendido, em se tratando do exame do fenômeno jurídico, há espaços em que cabe o mencionado objetivo de precisão *matemática* – como, destacadamente, em sede da terminologia – e há espaços que com ele nada tem a ver (bastando lembrar a abertura que o sistema jurídico tem para o campo dos fenômenos sociais e para o campo dos valores).

Desde logo fica claro que o problema terminológico se mostra central. Cumpre advertir que não há, nos diversos sistemas jurídicos e entre os diversos autores, qualquer uniformidade quanto ao uso das expressões sucessão, transmissão, transferência, translação sub-ingresso, sub-entrada e circulação.

A maioria dos autores portugueses, como expõe A. MENEZES CORDEIRO, fala em uma transmissão *lato sensu* de posições jurídicas, que englobaria como espécies a sucessão e a transmissão *stricto sensu*. A diferenciação entre estas duas noções é, então, apresentada nos seguintes termos: na sucessão, a posição jurídica permaneceria estática, verificando-se, apenas, a substituição do seu sujeito anterior por um novo sujeito; na transmissão *stricto sensu*, por seu turno, a posição jurídica em questão realizaria uma movimentação da esfera do transmitente para a do transmissionário. A. MENEZES CORDEIRO defende e adota a distinção, divisando nela relevância prática: na sucessão, a posição jurídica permanece totalmente inalterada; pelo contrário, na transmissão *stricto sensu*, a posição jurídica em tela, sem prejuízo da sua identidade, pode sofrer determinadas alterações nas suas circunstâncias circundantes⁷. O autor exemplifica do seguinte modo: “A fenomenologia desta diferenciação é claramente perceptível na posse: A, possuidor,

⁶ *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 25, p. 208.

⁷ *Tratado de direito civil português – Volume II – Direito das obrigações – Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento – transmissão – modificação e extinção – garantias*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 207-208. No mesmo sentido, J. OLIVEIRA ASCENSÃO: “Confrontando com a transmissão, diremos que esta é dinâmica, e a sucessão estática. Na transmissão, o direito passa de um sujeito a outro sujeito, sofrendo variação. Na sucessão, o direito mantém-se tal qual; é um sujeito que substitui outro na posição que este ocupava, e portanto na titularidade do direito também. As diferenças na situação jurídica que se possam verificar só derivam da diferença das pessoas, e não da diversidade do título” (*Direito civil – Teoria Geral – Volume III – Relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 146).

transmite a B a sua situação; se B estiver de má fé, a sua posse é de má fé, de nada valendo a eventual boa fé de A; D sucede na posse de C; se C estivesse de boa fé, a posse de D considera-se de boa fé, independentemente do comportamento deste”⁸.

Portanto, de acordo com esta visão, na sucessão o sujeito entra na relação jurídica (fica implícito que esta entrada deve decorrer de situações *ex legis*, ou melhor dizendo, não pode decorrer de negócios jurídicos *orientados ao fim de transferir*); na transmissão, há o trespasse da posição jurídica, apenas (como resultado de um ou mais negócios jurídicos transmissivos). A tônica da transmissão *stricto sensu* estaria, assim, na circunstância de que é o titular da posição quem a transfere ao novo sujeito, através de negócio jurídico voltado para este fim (que é, precisamente, o título desta transmissão), ao passo que na sucessão a posição não é transferida pelo seu titular anterior, mas sim deferida pelo ordenamento jurídico por força da ocorrência de determinados fatos jurídicos. Haveria sucessão nos casos de fusão e cisão de sociedades, assim como na hipótese de sucessão *mortis causa*.

Esta construção, ainda que bastante lógica, e em grande parte aproveitável, não deixa de oferecer algumas dificuldades. Em primeiro lugar, a oposição de imagens, estática e dinâmica, é frágil: nos casos caracterizados como sendo de *transmissão stricto sensu*, não deixa de ser invocável uma imagem de sucessão de sujeitos nos pólos da relação jurídica. Ainda que haja algum tipo de alteração nas *circunstâncias circundantes*, não se pode negar, se se deseja a harmonia com o modelo geral da relação jurídica e coerência em termos de teoria geral, que há sucessão nos pólos da relação obrigacional também nesse caso. Nem se pode dizer que na transmissão *stricto sensu* é apenas a posição que vai ao novo sujeito, sem se ver o que acontece na relação, nem se pode dizer que na sucessão há apenas a mudança do sujeito no pólo da relação, sem atentar-se para o que ocorre do ponto de vista da passagem da posição jurídica de um sujeito a outro.

Na doutrina italiana, por outro lado, podem ser encontradas aplicações diferentes da que acaba de ser exposta, quanto aos termos *transmissão, sucessão e*

⁸ *Tratado de direito civil português – Volume II – Direito das obrigações – Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento – transmissão – modificação e extinção – garantias*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 208. O exemplo trazido pelo autor, todavia, merece ressalva, na medida em que entendemos a posse como uma situação de fato protegida juridicamente, e não como uma posição jurídica, estritamente. Contudo, a ilustração não deixa de ser útil.

transferência. U. LA PORTA, por exemplo, adota, em obra recente, uma oposição entre os conceitos de transferência e de sucessão, sendo que o primeiro se revestiria de um caráter de eficácia relativa, apenas em face do sujeito que transfere a posição (assim, há transferência, *e.g.*, entre o devedor e o assuntor de dívida no âmbito da contratação entre eles na assunção bifigurativa⁹); já o segundo conceito, o de sucessão, se liga à força expansiva contra terceiros, a *oponibilidade* para além das partes que contrataram a transferência (*e.g.*, na assunção de dívida, a possibilidade de tocar a esfera jurídica do credor, bem como de outros terceiros)¹⁰.

I. GALVÃO TELES, trilhando ainda um outro caminho, assevera que, do ponto de vista da ciência do direito, os termos *sucessão* e *transmissão* podem e devem ser tomados como sinônimos, recomendando o seu emprego de modo indiferente¹¹. Entendemos que, nesse ponto geral, tal postura não é totalmente inaceitável, não acarretando problemas do mesmo grau que os verificados, por exemplo, em sede da confusão com as diversas acepções subjacentes à expressão *cessão de crédito*. Contudo, talvez não seja esta a solução mais precisa.

O estabelecimento de diferenciação entre os termos poderia ser justificado a partir de dois ângulos: o primeiro, relativo à construção de um sistema conceitual complexo, em que a cada vocábulo corresponde um conceito próprio e, mais do que isso, conseqüências jurídicas diversas; o segundo, de ordem didática: se justificará uma diferenciação se a mesma servir para tornar mais claros os diversos aspectos do fenômeno em exame. No que tange ao primeiro ângulo, deve ser assinalada a tentativa de E. BETTI no sentido de reservar o termo *sucessão* para os casos de *transmissão com nexó derivativo em*

⁹ Importante assinalar que, na teoria de U. LA PORTA, o devedor é habilitado a ser o sujeito que transfere a posição debitória – no *accollo*, a posição débito deveria considerar-se transmitida já com a contratação entabulada entre o devedor e o terceiro. Apenas, não haveria a *sucessão* (que se liga ao problema da oponibilidade da operação a terceiros, inclusive a sua repercussão sobre a esfera patrimonial do credor). A sucessão (que é a substituição do sujeito na relação jurídica), esta sim dependeria da manifestação de vontade do credor, porque a lei o determina (e somente a lei pode dizer os casos em que deve ocorrer sucessão, não a autonomia privada). Cf. *L'assunzione del debito altrui*. In: CICU, Antonio (diret.); MESSINEO, Francesco (diret.); MENGONI, Luigi (diret.); SCHLESINGER, Piero (diret.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 409-423, especialmente 414-415.

¹⁰ U. LA PORTA. *L'assunzione del debito altrui*. In: CICU, Antonio (diret.); MESSINEO, Francesco (diret.); MENGONI, Luigi (diret.); SCHLESINGER, Piero (diret.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 409-423.

¹¹ *Direito das sucessões – Noções fundamentais*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 25. O autor esclarece que está a se referir, nesse contexto, ao termo sucessão em seu sentido amplo, e não no sentido restrito de sucessão *por morte*.

*um ato de transmissão*¹², isto é, os casos em que o sujeito transfere a sua posição jurídica ao sucessor, estabelecendo com isso uma proposta de separação entre a *sucessão* (englobando cessão de crédito e assunção de dívida) e a sub-rogação.

Do ponto de vista da etimologia, o verbo *suceder* significa *entrar no lugar deixado por outrem*¹³. Já o verbo *transmitir* significa *passar algo das mãos de uma pessoa às mãos de outra*¹⁴.

A *sucessão é do sujeito*. A *transmissão é da posição jurídica*, ou *do objeto* (podendo-se, no entanto, reservar para o objeto o termo *transferência* – sempre se partindo do uso mais difundido na realidade social, mas buscando-se a harmonia com a linguagem técnica). Por fim, o vocábulo *circulação* apresenta também um caráter objetivo, contudo, traz insita uma idéia, uma imagem, ao menos subentendida, de *repetição* do fenômeno *transferência*, isto é, de ocorrência potencial de mais de uma *transferência* – este o sentido de uma *circulação stricto sensu*, sem prejuízo do uso do termo, em senso lato, como sinônimo de *transmissão*¹⁵.

¹² O que não se confunde com *aquisição derivada*, conforme assevera o autor (*Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1955, v. III,2-IV, p. 68). Como se verá oportunamente neste trabalho, toda transmissão envolve uma aquisição derivada (no sentido de que a posição jurídica obtida pelo adquirente é a mesma, com suas vantagens e vícios, que tinha o sujeito precedente), mas nem toda a transmissão envolve um *nexo derivativo* entre o título do disponente e o título do adquirente expresso em um ato de transmissão (na sub-rogação, o crédito é antes *deferido* pela norma legal em razão do fato do adimplemento do que transferido pelo seu titular).

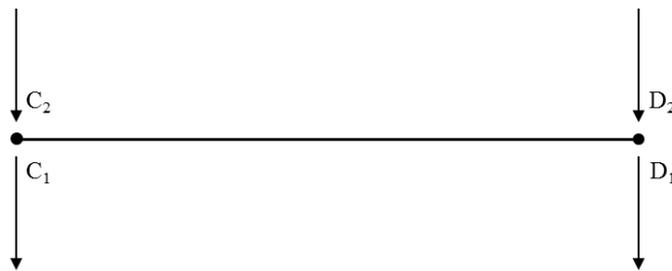
¹³ Nesse sentido, H. DE PAGE. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1946, v. 9, p. 7.

¹⁴ F. C. DE DIEGO Y GUTIÉRREZ. *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera*. Madrid: Victoriano Suárez, 1912, p. 101.

¹⁵ A imagem que o vocábulo *circulação* evoca é a de uma *cadeia*. Claro que, em sentido amplo, já se pode dizer que uma posição jurídica circulou no momento em que ela é transmitida pela primeira vez (esse uso, aliás, é bastante comum em linguagem jurídica, e nada o desrecomenda). Mas, em sentido estrito, pode-se usar a palavra com mais precisão nos casos em que estão em jogo sucessivas transmissões, uma cadeia de transmissões de posições jurídicas (o sujeito A transmite para o sujeito B, o sujeito B transmite para o sujeito C, o sujeito C transmite para o sujeito D, e assim por diante). A ocorrência dessa cadeia recebe especial relevo em sede de transmissão do domínio sobre bens imóveis, pois é elemento em função do qual o sistema elege um princípio de abstração da transmissão (diz-se, por vezes, *do registro imobiliário*) ou de causalidade, sendo que o primeiro privilegia o valor do impulso ao tráfico econômico-jurídico, enquanto o segundo prioriza o valor da segurança jurídica. Igualmente, a imagem é bastante aguda no que tange à circulação dos títulos de crédito. Deve-se reconhecer, é claro, que há regras próprias acerca da transmissão desses títulos, específicas do direito cambial, podendo-se, inclusive, teorizar que apenas circula o título, visto que o direito de cada sujeito se funda no ato cambial precedente, *e.g.*, o endosso, de modo que o título do direito se modifica inteiramente, passando a residir apenas no ato que determina a transmissão – o que leva a uma aproximação da aquisição de direitos incorporados em títulos de crédito à aquisição originária (cf. I. GALVÃO TELLES. *Teoria geral do fenômeno jurídico sucessório*. Lisboa: s.e., 1944, p. 25). Mas a imagem da circulação e a sucessividade que ela invoca aqui também exerce uma função, com relação ao princípio da inoponibilidade das exceções: em relação aos sujeito cambiário que é também sujeito na relação de base subjacente, admite-se a possibilidade, eventualmente, de levantamento pelo devedor daquela relação base, e

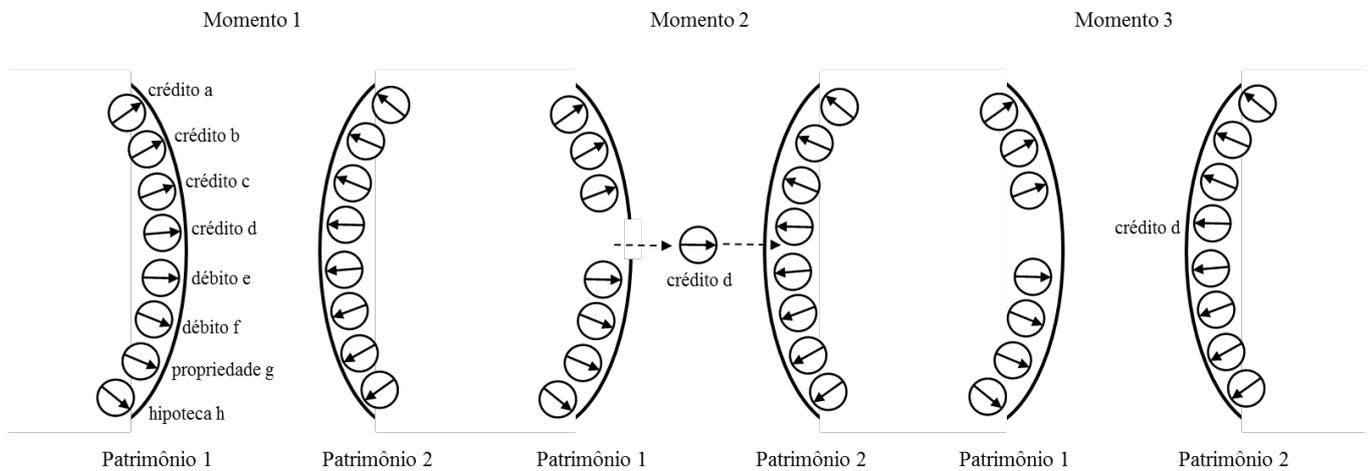
Adotado o rigor terminológico que se acaba de propor, a figura da sucessão, já particularizada ao campo do direito das obrigações, é a seguinte:

Quadro esquemático n° 01:
Imagem geral da sucessão singular no direito das obrigações



A figura representativa da transmissão, por seu turno, é a seguinte:

Quadro esquemático n° 02:
Imagem ilustrativa da transmissão de posição jurídica de
direito das obrigações, de patrimônio a patrimônio



das defesas que ela implica. Vigê, contudo, a inoponibilidade das exceções uma vez que o título *circule* (entre na cadeia de transmissões), de modo que o devedor não pode opor ao possuidor do título as exceções dedutíveis das suas relações com quaisquer dos sujeitos precedentes (cf. J. X. CARVALHO DE MENDONÇA. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, v. 5 – 2ª Parte, p. 47).

Há tentativas no direito português e italiano de construir um modelo generalizante em torno especificamente do termo *sucessão*. É digno de nota o trabalho de A. DE CUPIS, sob o verbete *Sucessione nei diritti e negli obblighi*, na *Enciclopedia del diritto*¹⁶. Também a já referida análise de E. BETTI, que privilegia o emprego do vocábulo *sucessão* ao vocábulo *transmissão*¹⁷.

O termo *sucessão* apresenta, contudo, um problema ligado à realidade do ocorre na relação jurídica obrigacional com a substituição do credor ou do devedor. Imaginar que ocorre puramente a entrada do novo sujeito no respectivo pólo da relação jurídica, com a saída do sujeito anterior, não é totalmente preciso. C.A. MOTA PINTO lembra que na cessão de crédito há diversos poderes que não se transferem ao cessionário, enumerando os poderes de resolução, modificação, atualização, desistência e denúncia do contrato¹⁸. Como se pode notar, são todos poderes ligados, do modo mais íntimo possível, à estrutura do fato jurídico contratual e à regulamentação contratual. Ainda assim, enquanto poderes, se inserem no plano da eficácia e, portanto, figuram no âmbito do conjunto das posições jurídicas que constituem o conteúdo da relação obrigacional – o que equivale a dizer que *estão na relação obrigacional*. Portanto, o ingresso do novo credor no pólo ativo da relação levaria à suposição de que *todos* os poderes jurídicos associados a este pólo ativo seriam tomados pelo sucessor, o que não é verdade. Seria preciso, preliminarmente, realizar-se uma reconstrução da noção de *sucessão*, antes de sua utilização em termos genéricos.

Por esse motivo, e também em razão da preferência que o enfoque objetivo dos mecanismos em estudo vem ganhando no direito comparado, em detrimento do enfoque subjetivo (em grande parte devido à expansão da influência das visões norte-americana e inglesa, como decorrência da globalização e da intensificação da comparação jurídica), preferiu-se dar a este trabalho o título de *Transmissão em direito das obrigações*, e não de *Sucessão em direito das obrigações*. Não que este conceito – a ser devidamente desenvolvido no curso da dissertação – seja irreduzível a conceitos mais elementares. Pelo contrário.

¹⁶ *Sucessione nei diritti e negli obblighi*. In: *Enciclopedia del diritto* 43, 1990, p. 1250-1257.

¹⁷ *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1955, v. III,2-IV, p. 15 e ss.

¹⁸ C. A. MOTA PINTO, *Cessão de contrato: Contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 100, 207-209.

Com razão A. DE CUPIS, ao por em relevo que a transmissão – o autor se refere, em verdade, ao termo *transferência* – apresenta sempre dois momentos lógicos coexistentes: o primeiro, ligado à *perda*, ou *destacamento*, da posição jurídica em relação à esfera jurídica do titular originário; o segundo (no qual se expressa claramente a idéia de *sucessão*), ligado à aquisição da posição jurídica pelo novo sujeito¹⁹. Assim, a noção de transmissão representa uma síntese unitária entre esses dois momentos – *perda* e *aquisição* –, o que também é evidenciado por F. SANTORO-PASSARELLI²⁰.

Em suma, os quadros terminológico e conceitual de fundo são consideravelmente complexos no que tange ao tema em exame. Sua reconstrução poderá ser em boa medida beneficiada pelo exame em particular de cada um dos três mecanismos de transmissão singular no direito das obrigações.

A possibilidade de construção de uma teoria da transmissão de posições jurídicas obrigacionais passa pela adoção de uma perspectiva sustentada por três pilares: as estruturas, os processos e as funções das figuras estudadas²¹.

O que inspira tal esforço é a perspectiva de que o tratamento conjunto da matéria possa permitir o isolamento de categorias comuns, cujo conhecimento ampliará o grau de segurança jurídica para os sujeitos envolvidos.

Nesse intuito, será fundamental a obra de E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, no volume concernente às “vicissitudes” (*vicende*) das obrigações, assim como o livro de C. DO COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, e o sempre indispensável *Tratado de direito privado* de F. C. PONTES DE MIRANDA.

¹⁹ *Sucessione nei diritti e negli obblighi*. In: *Enciclopedia del diritto* 43, 1990, p. 1250-1251.

²⁰ *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli: Jovene, 1966, p. 90. Ainda no mesmo sentido, J. OLIVEIRA ASCENSÃO: “A transmissão supõe a conjugação de uma aquisição derivada e uma perda relativa” (*Direito civil – Teoria Geral – Volume III – Relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 141).

²¹ E. BETTI coloca em evidência esse ponto, ao afirmar que “aquilo que importa indagar nas vicissitudes concernentes ao sujeito da relação não é tanto o modo de ser, mas a gênese do interesse que dá impulso a cada uma, e o *processo* em que se desenvolvem” (*Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1955, v. III,2-IV, p. 6, sem itálico no original).

O plano da dissertação compreende duas partes, cada qual contendo três capítulos. Invertendo aquela que se consolidou como uma espécie de ordem tradicional, seja na organização do Código Civil, seja no ensino acadêmico do direito, a parte de caráter mais geral do trabalho vem posposta à parte que trata das figuras de transmissão em espécie. Na realidade, haveria desvantagens incontornáveis, qualquer que fosse o critério escolhido: se por um lado a abordagem das figuras em espécie sem o prévio tratamento de conceitos próprios às teorias gerais se mostra árduo – pois tais conceitos não deixam de aparecer a toda hora –, por outro lado uma opção por iniciar o estudo pelos conceitos das teorias gerais implicaria partir do ponto de chegada, e pior, sem um lastro *a priori* nos dados concretos que devem estar na sua base. Optou-se, portanto, em uma subida na escala de abstração entre uma parte e outra, considerando-se que o objetivo final da dissertação se prende, ao final, como já referido, a uma possibilidade de *teoria geral* – a teoria geral da transmissão obrigacional.

PRIMEIRA PARTE – FIGURAS PARTICULARES

1. CESSÃO DE CRÉDITO

1.1. Breve histórico

O parecer da *communis opinio* é no sentido de que o direito romano, ao menos nos períodos pré-classico e clássico, não conheceu a figura da cessão de crédito, como, ademais, não teria conhecido qualquer figura de sucessão *inter vivos*²². Não era possível o recurso à *mancipatio*, à *in iure cessio* ou à *traditio* para realizar-se o trespasse de um crédito. Apenas existiam meios indiretos de se alcançar resultado fática e economicamente equiparável à transmissão. Tal fato se explicaria pela concepção, que era vigente na Roma Antiga, da relação obrigacional como um vínculo de caráter pessoal – *personalíssimo*, na verdade – de tal modo que não era possível a substituição de qualquer dos sujeitos (credor ou devedor) sem que com isso a obrigação perdesse a sua identidade.

No entanto, ainda que se admita que a rigidez desta concepção do vínculo obrigacional – associada por F. SCHULZ a um *princípio de tradição* típico do direito romano²³ – tenha feito com que, de modo explícito, não se desenvolvesse em Roma o mecanismo *stricto sensu* da cessão de crédito, este não reconhecimento talvez deva ser melhor encarado como uma questão de perspectiva – na medida em que o alcance prático

²² Cf., entre os romanistas, P. BONFANTE. *Istituzioni di diritto romano*. 9. ed. Milano: Francesco Vallardi, 1932, p. 399-400; F. SCHULZ. *Derecho romano clásico*. Trad. de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960, p. 599-601; M. KASER. *Direito privado romano*. Trad. de Samuel Rodrigues e Maria Armanda de Saint-Maurice. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 304; J. C. MOREIRA ALVES. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 2, p. 70. Ainda, R. VON JHERING. *O espírito do direito romano – Nas diversas fases do seu desenvolvimento*. Trad. de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943, v. 4, p. 168. Na doutrina civilista: C. CROME. *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*. Trad. de A. Ascoli e F. Cammeo. Milano: Società Editrice Libreria, 1908, p. 244-245; L. BARASSI. *La teoria generale delle obbligazioni*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1948, v. 1, p. 279-281; V. PANUCCIO. *Cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 1 e ss; H. DE PAGE. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Bruylant, 1967, v. 3, p. 357-359; F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 248-251, 267; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA. *Doutrina e prática das obrigações – ou tratado geral dos direitos de crédito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 2, p. 92; O. GOMES. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 198 e 203.

²³ *Derecho romano clásico*. Trad. de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960, p. 107-131, especialmente 119.

dos mecanismos indiretos adotados pode ser tido como perfeitamente coerente com as necessidades econômicas da época.

Aliás, é essa questão de perspectiva que permite mesmo a alguns autores insurgir-se contra o entendimento da *communis opinio*, e chegar mesmo ao ponto de afirmar que o direito romano (especialmente nas suas fases mais tardias) alcançou um espírito e modelou estruturas próprias de transmissão singular dos créditos²⁴.

Assim, entendido que o direito romano clássico legara a caracterização da relação obrigacional como vínculo personalíssimo, impõe-se a conclusão de que não permitia, por princípio, a alteração subjetiva na relação sem que houvesse alteração da própria relação (*novatio*). Os inconvenientes da novação, como por exemplo a extinção das garantias e a necessidade de consentimento da outra parte, conduziram os romanos a buscar vias oblíquas para tentar alcançar o efeito prático da transmissão de créditos, como o uso processual da *cognitio* (ou *procuratio*) *in rem suam*, posteriormente em conjunto com o recurso a uma *actio utilis*.

Uma vez que a base romanística – fator de união entre os sistemas da família romano-germânica – desempenhou um papel muito limitado na gênese dos institutos (com a análise histórica revelando apenas o proto-desenvolvimento da transmissão obrigacional na Roma Antiga), cresce em importância o papel dos direitos posteriores (locais, ou localizados) na modelagem atual da cessão de crédito em cada país. O mesmo, por sinal, pode ser dito quanto à assunção de dívida e a sub-rogação pessoal.

F. C. PONTES DE MIRANDA põe em evidência que até no direito justinianeu o outorgado (na *cognitio in rem suam*) continuava credor do devedor. Mesmo com a concessão da *actio utilis* ao outorgado (o que na prática significa a impossibilidade de o outorgante retirar a sua voz e desfazer a situação), não se podia falar em transmissão translativa no sentido técnico de hoje: a ação era do outorgado, e não a do outorgante; este

²⁴ Nesse sentido, BOTHO VON SALPIUS, em monografia de 1884 citada por F. C. DE DIEGO Y GUTIÉRREZ (*Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera*. Madrid: Suárez, 1912, p. 168-169, nota I), a que, infelizmente, não tivemos acesso. Para esse autor, a sucessão a título singular, tomada por DELBRÜCK e outros como criação do espírito germânico, era, na realidade, uma instituição romana, não desconhecida ao espírito pragmático dos romanos (a despeito das especificidades estruturais), com base na qual o direito moderno realizou uma reconstrução.

podia receber o pagamento, e com isso era ineficaz a *actio utilis*. A superveniência, em complementação às ações úteis, da *denuntiatio*, impedindo que o devedor ficasse liberado se pagasse a dívida ao credor, configura apenas mais um expediente para contornar o princípio da intransmissibilidade, mas incapaz de retirar todo o mecanismo do mero âmbito do *exercício do direito* para passá-lo ao âmbito da *titularidade do direito*. Somente o direito germânico concluiu a evolução, fazendo chegar a concepção que é a contemporânea: o crédito passa a ser do outorgado como era do outorgante²⁵. Além disso, no direito germânico, nos estágios mais tardios, o movimento foi no sentido de cada vez menos se exigir a vontade do devedor para a transferibilidade.

No direito brasileiro antigo, cumpre mencionar que as Ordenações Filipinas traziam proibições da venda, doação ou escambo de direitos e *ações* litigiosos no Livro IV (Título X, §§ 3º a 6º). Assim, à época, a cessão de crédito era abordada no âmbito da compra e venda ou permuta, se onerosa, e da doação, se gratuita. LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA somente admitia que o cessionário representasse o cedente do crédito, consoante a lógica da *procuração em causa própria*. Já CARLOS DE CARVALHO tratou a cessão de crédito como modalidade de *transmissão de obrigação*, nos arts. 914 e ss. de sua *Nova consolidação das leis civis*, ao lado da sub-rogação.

A. TEIXEIRA DE FREITAS consagrou os arts. 2.177 a 2.210 de seu *Esboço do Código Civil* para o cuidado da cessão de crédito. Extrai o regime aplicável à cessão a partir do contrato que esteja na base da operação – que reconhecia poder ser uma venda, uma troca ou uma doação (art. 2.178). Quanto às regras sobre capacidade para alienar e adquirir créditos, mandava aplicar as mesmas aplicáveis à compra e venda (art. 2.180). Mas o mais interessante: procurava claramente atribuir campos distintos ao instituto da cessão de crédito e ao instituto da sub-rogação (arts. 2.179 e 2.180, § 1º). Embora o *Esboço* já incorresse na determinação, por demais abrangente, de que as regras da cessão deveriam ser aplicadas à sub-rogação *convencional* (o que, em termos extremos, em certa medida desnatura a figura à luz de um regime próprio da sub-rogação), fazia a observação de que nessa aplicação estava ressalvado o efeito da sub-rogação como causa de extinção das obrigações (donde se poderia extrair pautas próprias de disciplina, ao contrário do que se passa com a prescrição totalizante contida no art. 348 do Código Civil de 2002). No mais,

²⁵ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 251

claramente prescrevia que na transmissão do direito creditório por motivo de sub-rogação legal não se está diante de cessão de crédito (art. 2.180, § 1º). Posteriormente, o Projeto Bevilacqua regrou a cessão de crédito de modo não substancialmente modificado ao que passou ao Código Civil de 1916 (CC/16).

1.2. Perfil contemporâneo. Direito comparado. Análise dogmática: estrutura, função e processo na cessão de crédito

A evolução do conceito de relação obrigacional – do direito romano aos nossos dias –, marcada pela passagem da *personalidade* à ênfase na *patrimonialidade*²⁶, levou à admissão aberta da modificação subjetiva com conservação do mesmo vínculo.

Enquanto modo de transmissão do crédito, a cessão de créditos é mecanismo construído na História, e dotado de feições próprias. A sua noção de base é dada pela cessão de caráter *negocial*, isto é, levada a cabo através de negócios jurídicos entabulados entre o credor-cedente e um terceiro cessionário, sendo que, a partir desta base, chegou-se à modelagem das cessões ditas *legal e judicial*.

A expressão *cessão de crédito*, como tantas outras de que se vale a ciência do direito, é polissêmica. Tal pluralidade de significados, aliás, lembra aquela que se verifica com relação ao vocábulo *obrigação*²⁷.

Em uma *primeira acepção*, o termo cessão de crédito é usado para representar o processo de transmissão da posição jurídica subjetiva complexa crédito (negócio ou fato jurídico de base + negócio de disposição sobre o crédito)²⁸. Ainda dentro desta acepção, a

²⁶ Nesse sentido, L. BARASSI. *La teoria generale delle obbligazioni*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1948, v. 1, p. 246.

²⁷ *Obrigação*, num uso latíssimo (e, por isso mesmo, quase leigo), é palavra por vezes empregada para designar todo e qualquer *dever jurídico*. Em um sentido também ainda lato, o termo corresponde à *relação jurídica obrigacional*. Uma terceira acepção de *obrigação* (ainda pouco técnica) é aquela na qual o termo é tomado como sinônimo da posição jurídica subjetiva complexa *crédito*. Finalmente, em seu sentido técnico, estrito, *obrigação* significa a posição jurídica subjetiva passiva elementar correlata à posição ativa elementar *pretensão*, surgindo ambas, *pretensão e obrigação*, no momento em que a prestação se torna exigível.

²⁸ “O processo obrigacional supõe, portanto, duas fases: a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a fase do adimplemento. Nas obrigações que não se endereçam à transmissão da propriedade, o

referência pode ser apenas ao binômio essencial negócio basal + negócio de disposição, como pode ser à totalidade do processo (negócio basal + negócio de disposição + outros fatos jurídicos agregadores de determinada eficácia à cessão).

Numa *segunda acepção*, cessão de crédito é vocábulo empregado para designar a *eficácia* ou o *efeito* da operação de transmissão (= disposição do crédito pelo cedente, e sua aquisição pelo cessionário, que passa a tê-lo incorporado em seu patrimônio).

Numa *terceira acepção*, a expressão *cessão de crédito* é por vezes utilizada para se referir apenas ao negócio jurídico de base do referido processo de transmissão (que pode ser uma venda, uma permuta, uma doação etc.)²⁹.

Ainda, em uma *quarta acepção*, *cessão de crédito* serve para designar o negócio jurídico de adimplemento, o *acordo de transmissão* atinente à transferência efetiva do crédito³⁰. É justamente este negócio jurídico que é alvo de discussões acerca de sua causalidade ou abstração. Na Alemanha, é tomado como negócio abstrato. Por outro lado, há autores que demonstram claramente se tratar de negócio causal no Direito brasileiro (o que implicaria inclusive uma opção do sistema pela *seriedade* nos vínculos, pela segurança do *trânsito* de riquezas³¹, em detrimento, talvez, da intensificação do tráfico negocial).

Parte desta inconveniente multiplicidade de sentidos é evitada no direito alemão, onde, conforme exposição de J. ANTUNES VARELA, são utilizadas duas palavras diversas: *Abtretung*, para designar a cessão como fato gerador da transferência do crédito, e *Übertragung*, para designar a cessão como fenômeno *translativo*, mais próximo do *efeito*

adimplemento é realizado no plano do direito obrigacional. As obrigações resultantes do contrato de trabalho ou da cessão de créditos são adimplidas nessa dimensão, embora nem sempre o ato de adimplemento tenha a mesma categoria. Nas hipóteses de ‘obligatio faciendi’, o cumprimento, salvo nos casos de pré-contrato, é ato-fato, na cessão de crédito, por sua vez, é negócio jurídico dispositivo” (C. DO COUTO SILVA. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 44).

²⁹ Como no seguinte excerto: “Através dos exemplos com que (...) se ilustra o conceito de *cessão*, verifica-se que a transmissão do crédito se integra na venda, na doação, na dação em cumprimento (...)” (J. ANTUNES VARELA. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, v. 2, p. 299).

³⁰ Como na seguinte passagem: “No Direito alemão, a *cessão de crédito* é contrato abstrato” (O. GOMES. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 206).

³¹ Cf. R. X. LEONARDO, *A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro*. In: *Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná* 42, 2005, p. 150.

do negócio de cessão³².

À luz do que se acaba de expor, fica claro o quão superficial é a afirmação de que a cessão de crédito é um contrato que opera a transmissão do crédito. Por outro lado, parece suficientemente claro que a categoria do *contrato*³³ realmente se insere, de modo decisivo, no mecanismo da transmissão obrigacional.

É vital a compreensão de que, no que tange à cessão de crédito, o que mais importa em matéria de fixação de *regime jurídico* é o negócio jurídico basal, subjacente à transmissão. A doutrina pátria ainda não conseguiu, ao nosso ver, desenvolver de forma plena esta explicação. Mesmo a teorização de F. C. PONTES DE MIRANDA, que representa uma exceção à regra que é a abordagem simplista da matéria no pensamento jurídico brasileiro, apresenta alguma incompletude. Pois tratar a cessão de crédito como o acordo de transmissão – ou enfatizando fundamentalmente o aspecto do acordo de transmissão, como faz este autor³⁴ – ainda que seja algo necessário e conceitualmente útil, constitui uma visão insuficiente do fenômeno.

Deste ponto em diante, o presente trabalho adotará, como regra, a seguinte postura terminológica: as referências à cessão de crédito na primeira acepção serão feitas através da expressão *operação de cessão de crédito*; as referências à cessão de crédito na segunda acepção serão feitas com a utilização dos termos *efeitos da cessão*, *eficácia da cessão*, *transmissão* ou *sucessão*; as referências à cessão de crédito na terceira acepção se darão por via da utilização das expressões *contrato-base* ou *contrato que está na base da cessão de créditos*; as referências à cessão de crédito na quarta acepção, finalmente, ocorrerão através do emprego da expressão *acordo de transmissão*.

No que tange ao direito comparado, é de se observar que cada regramento, cada construção encontrada nos variados ordenamentos jurídicos, conferiu a sua específica

³² *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, v. 2, p. 296. Veja-se a redação do § 398 do BGB: “Um crédito pode ser transmitido (*übertragen werden*) pelo credor através de contrato a tanto destinado, com outrem (*Abtretung*)”.

³³ O CC não apresenta um conceito legal de contrato. Adotamos, como conceito estipulado, aquele sediado no artigo 1.321 do Código Civil italiano: “Il contratto è l’accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale” (“O contrato é o acordo entre duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre si uma relação jurídica patrimonial”).

³⁴ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 268.

modelagem ao instituto da cessão de crédito, de maneira análoga aos diversos sistemas de transmissão da propriedade que se verificam em comparação jurídica.

Por um lado, um grupo de países se orienta, predominantemente, para a teoria do *contrato de causa variável* ou *contrato policausal*³⁵. Nos sistemas ligados a essa construção, a cessão de crédito vem prevista ou no âmbito da regulação do contrato de compra e venda (como, *e.g.*, no Código Civil espanhol), ou em capítulo próprio, em separado, na respectiva lei civil – contudo, sempre há a remissão de regime aos tipos contratuais que sejam utilizados na base da operação de cessão. Compõem esse grupo, por exemplo, os sistemas francês e italiano.

De outro lado, um segundo grupo se orienta para a teoria da cessão de crédito enquanto *negócio dispositivo abstrato*. O acordo de transmissão é aqui visto da forma mais autonomizada possível, como *contrato dispositivo* cujos únicos requisitos de validade e fatores de eficácia que importa considerar são os próprios, e não os do contrato gerador de posições obrigacionais que esteja em sua base, que não se comunicam³⁶. Assim o sistema alemão e o suíço.

Parece-nos que o modelo mais útil, mais eficiente, em sede do direito brasileiro é aquele que pode ser extraído das teorizações de F. C. PONTES DE MIRANDA e C. DO COUTO E SILVA.

A operação de cessão de crédito, sob o ponto de vista estrutural (*estática jurídica*), consiste na concatenação de dois negócios jurídicos, dois contratos, cada qual passível de análise estrutural própria.

O primeiro contrato é aquele usualmente identificado como negócio-base ou negócio básico³⁷, podendo consistir em um dentre variados tipos contratuais colocados

³⁵ Na doutrina, é a posição de E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1955, v. III, 2-IV, p. 46; V. PANUCCIO. *Cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*. Milano: Giuffrè, 1955, nota 23; A. VARELLA. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, v. 2, p. 302-303.

³⁶ Cf., sobre o modelo legal do Código Civil alemão (BGB), J. W. HEDEMANN. *Derecho de obligaciones*. In: HEDEMANN, Justus Wilhelm; LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil*. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, v. 3, p. 205-206.

³⁷ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 267-268.

pelo sistema à escolha das partes (tipos legais³⁸), ou mesmo em um tipo socialmente construído (tipos sociais), ou mesmo, ainda, em uma figura originalmente construída com base na autonomia privada, ou ainda um negócio jurídico não contratual.

No que tange aos aspectos estruturais, podem ser feitas as seguintes observações acerca do contrato-base:

(i) a escolha por uma figura contratual específica implica no arrastamento de todas as características porventura a ela pertencentes, tais como exigências formais, a causa própria, sua onerosidade ou gratuidade, sua unilateralidade ou bilateralidade etc.;

(ii) o contrato-base, qualquer que seja a espécie utilizada, é o repositório de um programa contratual mais ou menos elaborado, conforme o caso;

(iii) justamente em virtude do exposto no item *ii*, o contrato-base é o que mais importa em matéria de fixação do regime jurídico a ser aplicado a toda uma concreta operação de cessão de crédito. Os caracteres típicos, as notas conceituais, a disciplina legal e os princípios aplicáveis próprios do contrato-base é que deverão ser examinados a fim de se obter o colorido próprio da operação concreta. Para o sistema brasileiro, é de fundamental importância que a doutrina fixe tal ponto desde logo, haja vista inexistir um dispositivo legal equivalente ao art. 578, n. 1, do Código Civil português (o qual prescreve expressamente que os requisitos e efeitos da cessão entre as partes definem-se em função do tipo de negócio *que lhe serve de base*).

O segundo contrato é o *acordo de transmissão*³⁹, cujo traço primordial é ser *amorfo* – termo que aqui não é empregado no sentido de *não ter forma*, mas no mesmo sentido do termo que é utilizado pela química, isto é, de um sólido que *não é cristalino*, mas opaco, fixo. Com efeito, o acordo de transmissão é um contrato de disposição do tipo translativo, ou seja, um contrato de disposição cujo objeto se resume fundamentalmente à transmissão translativa de um crédito⁴⁰ (ainda que outras funções possam se lhe ser

³⁸ Como, *e.g.*, a compra e venda, a troca, a doação, um negócio de transação etc.

³⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 267-268 e 291; C. DO COUTO E SILVA. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 44 e 53.

⁴⁰ Cf., acerca dos contratos de disposição do tipo translativo, R. VANZELLA, *Numerus Clausus dos direitos reais e autonomia nos contratos de disposição*, p. 257 e ss.

agregadas, mas no bojo da operação concreta). Esta função (cf. considerações sobre o aspecto funcional, *infra*) o delimita de modo decisivo, em contraste à pluralidade de potencialidades encontrável em sede do contrato-base.

Sob o prisma funcional (*teleologia jurídica*), há que se distinguir a função de cada um dos dois contratos componentes da operação global, assim como a função da própria operação.

A função do contrato-base é permitir a vinculação das partes nos termos por ela desejados, gerando deveres prestacionais dentre os quais, necessariamente, se encontrará a promessa de transferir o crédito.

O contrato dispositivo, por seu turno, tem a função de adimplemento do contrato-base e de efetuar a efetiva transmissão do crédito.

Finalmente, a função da operação é realizar a transmissão do crédito de um patrimônio a outro, nos termos planejados pelas partes em sua programação contratual.

Importante sublinhar que, à função básica de transmissão do crédito (sua circulação, *lato sensu*), o desenvolvimento da economia e o enriquecimento das práticas empresariais possibilitou (demandou, na verdade) a agregação de outras funções específicas à operação de cessão, que se verificam no contexto de operações especiais, como, por exemplo, a função de garantia e a função de financiamento.

Sob o ponto de vista de um processo de transmissão de posição jurídica, a cessão de crédito integra uma cadeia de negócios orientados à alteração da titularidade do crédito.

Encarada desde a perspectiva da obrigação como um processo (*dinâmica jurídica*), a cessão de crédito pode ser tomada como uma cadeia da qual fazem parte (em um modelo completo ideal) duas etapas nucleares, uma etapa eventualmente completante, e quatro etapas suplementares. Especificando, os elos da cadeia são os seguintes:

(i) um negócio jurídico de direito das obrigações (normalmente contratual) que serve como negócio subjacente à transferência do crédito; isto é, um *negócio jurídico-base*, ou básico, ou basal, que pode consistir em uma de variadas figuras: uma compra e venda, uma doação, uma troca, uma dação em pagamento, uma sociedade, um ato de constituição de garantia, um *factoring* etc. A eficácia deste negócio jurídico é *vinculativa* (em se tratando, e.g., de compra e venda, uma das partes assume o dever de transferir um crédito, enquanto a outra assume o dever de pagar o preço);

(ii) um negócio jurídico contratual de direito das obrigações que consiste no *acordo de transmissão*, ou seja: um negócio jurídico que é ao mesmo tempo de disposição quanto ao crédito e de adimplemento quanto ao negócio jurídico-base. A eficácia deste negócio é *translativa* (uma das partes consente na disposição do seu crédito, enquanto a outra consente na aquisição do mesmo). Em conformidade com a teoria da co-declaração⁴¹, este negócio jurídico pode ser logicamente contemporâneo e co-substancial com o negócio-base;

(iii) um ato-fato jurídico consistente na *tradição-entrega* do título do crédito cedido, do cedente ao cessionário. Ainda que, como regra, a etapa anterior (o *acordo de transmissão*) caracterize-se como meramente consensual, isto é, produza o efeito de transmissão do crédito meramente em virtude do acordo entre as partes, eventualmente esta etapa da tradição-entrega pode se apresentar como um componente essencial da cessão de crédito, com importância sensivelmente ampliada – uma verdadeira etapa completante do núcleo essencial da cessão de crédito (que se compõe sempre do negócio basal + acordo de transmissão). Basta referir que isso ocorre nos casos em que o crédito vem materializado em um título de crédito⁴² incorporante, que traz ínsitas as características da *literalidade* e da necessidade de entrega para transmissão do direito que nele se contém;

⁴¹ Cf. C. DO COUTO E SILVA. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 56-57.

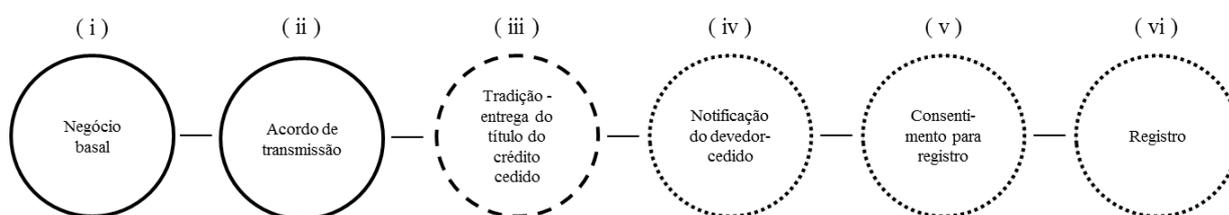
⁴² Acerca do direito italiano, observa S. SOTGIA que “A cessão enquanto figura jurídica particular de transferência do crédito adquire uma específica fisionomia quando vem empregada para atuar a transferência de direitos incorporados em títulos de crédito. (...) Para os títulos de crédito nominativos, isto é, a pagar a uma pessoa determinada, o legislador dispõe que a transferência deve sempre intervir com o concurso da tradição” (*Cessione di crediti e di altri diritti. Diritto civile*. In: *Novissimo digesto italiano*, 1959, v. 3, p. 160).

(iv) um ato jurídico *stricto sensu*⁴³ do tipo enunciativo⁴⁴, que é a *notificação do devedor-cedido*. A função desta etapa no processo da cessão de crédito é meramente suplementar: a cessão (transmissão) está completa com o acordo de transmissão entre cedente e cessionário⁴⁵. A notificação é apenas para eficácia relativa ao devedor, vale dizer, para que este, ciente do ocorrido, não venha mais a adimplir ao cedente, mas sim ao cessionário (conforme explicita F. C. PONTES DE MIRANDA, a regra é de proteção do devedor, que não deve sofrer as conseqüências do que desconhece⁴⁶). Portanto, a cessão de crédito deve ser notificada ao devedor, mas não necessita do assentimento deste;

(v) o consentimento (*rectius*, assentimento) para registro, manifestação de vontade emitida pelo cedente;

(vi) um ato jurídico de direito público consistente no registro (precedido do mencionado consentimento para registro). Também de caráter suplementar (isto é, não sendo parte componente do processo de cessão), esta etapa tem a função de conferir à operação eficácia em relação a outros terceiros, para além do devedor cedido⁴⁷.

Quadro esquemático n° 03:
Processo de cessão de crédito - modelo ideal completo 1 (elos da cadeia)



⁴³ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 306.

⁴⁴ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 2, p. 452 e 454-455. Também M. BERNARDES DE MELLO, *Teoria do fato jurídico – Plano da existência*, p.159.

⁴⁵ O cedente, a partir daí, já *não é* mais credor (plano da existência); igualmente, se os requisitos de validade e fatores de eficácia estiverem presentes, tem-se um negócio de transmissão prontamente válido e eficaz (no que tange à eficácia entre cedente e cessionário). Cf. *Tratado de direito privado*, t. 23, p. 323.

⁴⁶ *Tratado de direito privado*, v. 23, p. 322.

⁴⁷ “Já vimos que a) a eficácia entre cedente e cessionário começa com a conclusão do contrato de cessão de crédito e b) a eficácia em relação ao devedor depende da notificação do devedor, ou declaração de ciência, conforme o art. 1.069 do Código Civil. Há portanto, três momentos de eficácia: entre figurantes; em relação ao devedor; em relação a terceiros” (F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 334). Cf., também, L. PENTEADO. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 106; e M. SERPA LOPES. *Tratado dos registros públicos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, v. 2, p. 60-61.

Cumpra ao intérprete analisar pormenorizadamente e dominar cada um desses elos.

Merece mesmo particular reflexão a questão da notificação do devedor cedido. Uma vez estabelecido no art. 290 CC que a cessão de crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada, é lícito perguntar: qual a exata repercussão da ausência de tal notificação do devedor em relação a terceiros?⁴⁸ O papel exato da notificação no processo da cessão de crédito precisa ser dominado pelo intérprete. E, como visto, tal papel se apresenta com uma característica *suplementar* em relação ao núcleo da operação, vale dizer: a notificação do devedor agrega efeitos, mas não é peça componente da cessão de créditos enquanto processo gerador de translação de posição jurídica. Essa translação prescinde da notificação.

E. BETTI, tratando do sistema do BGB, explica que nele a cessão de crédito pode se operar por *contrato* entre o credor e o terceiro, através do qual o novo credor entra no lugar do precedente, nos termos do § 398. Afirma que nesse ponto o BGB se distancia de códigos como o francês e o italiano, os quais exigem a comunicação ao devedor para que a cessão seja oponível a este e aos demais terceiros. Em geral – continua –, no direito alemão, as partes estão mais fortemente dispensadas desta exigência, e às vezes com razão: na hipótese, por exemplo, de um comerciante ceder a um de seus credores, para a garantia de sua dívida, todos os créditos constantes de seus livros mercantis, a notificação de seus devedores poderia comprometer o seu *crédito na praça*. A dispensabilidade da notificação faz com que a cessão de crédito seja um mecanismo, nesses termos, conveniente aos interesses dos comerciantes, sendo que o BGB se limita à proteção do devedor-cedido que ignora a cessão, nos termos do § 407. Ainda segundo E. BETTI, a admissão de uma cessão clandestina, oponível a todos menos ao devedor, constitui uma solução muito discutível, podendo ser questionado se está a favorecer a manutenção de um crédito na praça que não merece tal manutenção. Os meios jurídicos para paralisar os efeitos de operações desleais

⁴⁸ O assunto foi abordado detalhadamente, à luz do direito português, na tese de M. CRISTAS (*Transmissão contratual do direito de crédito*, Coimbra, Almedina, 2005), a partir de questão central vazada nos seguintes termos: *se tiver ocorrido uma transmissão de créditos sem que o devedor cedido tenha sido notificado, poderão, posteriormente, os credores do cedente penhorar o direito de crédito ou, em caso de falência, considerar o direito de crédito integrado na massa falida?*

As investigações conduzidas por referida autora são de fato valiosas, ainda que a mesma vá longe demais, ao nosso ver, em sua aproximação com o Direito das Coisas.

se restringem, nesse contexto, à ação pauliana, que pertence aos outros credores, bem como a uma ação por fato ilícito, uma vez demonstrado que o procedimento do credor privilegiado constitui, em relação aos demais credores, uma violação aos bons costumes. Conclui o autor que um tal regramento da defesa dos credores em face dessas estratégias desleais do devedor padece de uma certa falta de energia: ambos os meios de defesa supõem uma sociedade de homens dotados de uma certa sensibilidade moral e social; transplantados para uma sociedade de comerciantes astutos e pouco escrupulosos, estes regramentos não tardariam a denunciar suas deficiências⁴⁹. Contudo, parece razoável asseverar que um encaminhamento no sentido da não essencialidade da notificação do devedor para a completude da operação de cessão (em vista da sua eficácia fundamental, qual seja, a transmissão do crédito), mas acompanhado da previsão legal da notificação para eficácia em relação ao devedor-cedido, resguarda aos vários interesses em jogo de modo relativamente equilibrado.

Claro está que a análise da notificação do devedor cedido no chamado protótipo ideal da cessão de crédito não esgota as vicissitudes e possibilidades congêneres que podem se apresentar nesse exato ponto do processo de cessão. Em primeiro lugar, não se pode esquecer que a manifestação de conhecimento autônoma por parte do devedor supre o papel da notificação. Em segundo lugar, podem ocorrer desvios do padrão, o que é posto em relevo por P. PERLINGIERI, ao mencionar a existência de casos em que o titular do crédito não pode dele dispor sem que haja a manifestação de vontade do devedor cedido. São hipóteses de *incredibilidade relativa*, nas quais o devedor tem, com base em norma legal ou estipulação negocial, um interesse juridicamente relevante no sentido de não ser constrangido a realizar a prestação a um sujeito diverso do credor. Nessas hipóteses, ao contrário da hipótese padrão (na qual à notificação se segue um ato jurídico *stricto sensu* de comunicação de conhecimento por parte do devedor), a manifestação do cedido não se limita a *conhecimento*, mas abrange *vontade relativa à transmissão*. A doutrina italiana tende a excluir que a manifestação de vontade do devedor possa ocupar aí o papel de uma autêntica aceitação em um negócio de cessão (*rectius*, no negócio dispositivo), o qual passaria a ser subjetivamente complexo, preferindo divisar nessa manifestação de vontade um *ato autorizativo privado*.

⁴⁹ *Cours de droit civil comparé II – Étude d'un système juridique – Système du Code Civil allemand*. Milano: Giuffrè, 1965, p. 81-82.

P. PERLINGIERI, contudo, pendente para divisar no caso em apreço um arranjo de cessão de crédito em que resta presente *aceitação*, propriamente, por parte do devedor, em função de que, nesta configuração, o devedor é inserido no processo de cessão na qualidade de parte; participando o devedor como parte na operação, o efeito translativo a ele se liga diretamente, sem necessidade de notificação, pois tem conhecimento do que se passa desde logo (a menos que se trate de *aceitação posterior*, o que, em verdade, não será, no caso, aceitação, mas manifestação de conhecimento). De todo modo, e como afirma o próprio autor, quer se considere a manifestação do devedor nesse caso como autêntica aceitação, quer se considere a citada manifestação como ato autorizativo, passa a ser inegável que a operação de cessão assume uma fisionomia mais complexa: ou uma estrutura plurilateral, ou uma estrutura complexa integrada não só pelo negócio de base + acordo de transmissão entre cedente e cessionário, mas também pelo ato autorizativo do devedor cedido⁵⁰.

E como fica a hipótese em que o crédito é livremente transferível, sem ser exigida uma manifestação de vontade por parte do devedor, mas, mesmo sem ter um interesse jurídico na intransmissibilidade, ele manifesta, de fato, a sua “aceitação” a esta cessão? Como deve ser qualificada esta “aceitação”? A resposta deve ser no sentido da recondução ao modelo padrão: há aí, apenas, comunicação de conhecimento da cessão (acompanhada, talvez, do reconhecimento do crédito). Não pode ser o ato do devedor considerado aqui como aceitação, propriamente, visto que falta ao devedor a possibilidade de participar da operação de cessão de crédito como parte⁵¹.

Diante de todo o exposto, é possível construir-se uma imagem do processo da cessão negocial de crédito, nos termos de um ideal modelo completo, conforme consta do quadro a seguir:

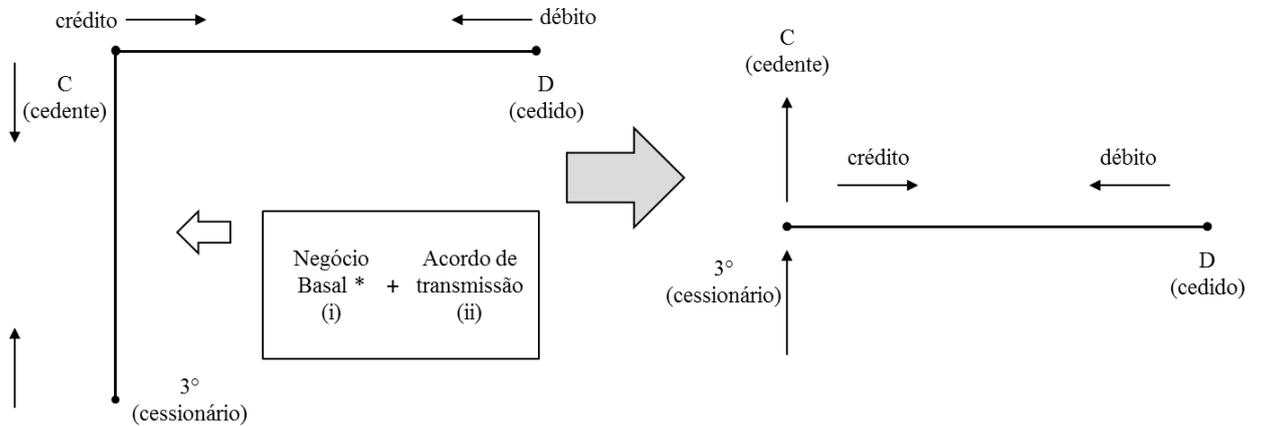
⁵⁰ *Le cessioni dei crediti ordinari e “d’impresa” – Nozioni, orientamenti giurisprudenziali e documenti*. Napoli: ESI, 1993, p. 71-72. Cf., também, do mesmo autor, *Cessione dei crediti*. In: *Enciclopedia Giuridica Treccani* 6, 2007, p. 6-7. O assunto relativo ao papel da manifestação do devedor (comunicação de conhecimento na hipótese normal; aceitação própria ou ato de autorização nas hipóteses em que o devedor deve manifestar vontade quanto à transmissão) é também tratado amplamente por F. MARANI (*Notifica, accettazione e buona fede nella cessione dei crediti*. Modena: Stem-Mucchi, 1977, p. 225-249).

⁵¹ P. PERLINGIERI. *Cessione dei crediti*. In: *Enciclopedia Giuridica Treccani* 6, 2007, p. 7.

Quadro esquemático nº 04:
 Processo de cessão de crédito - modelo ideal completo 2 (panorama geral)

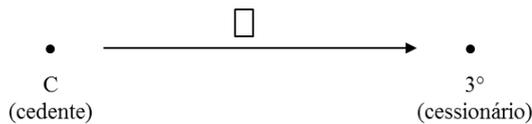
(1) negócio basal + acordo de transmissão, celebrados entre credor-cedente e terceiro-cessionário

(1.1) eficácia resultante do negócio basal + acordo de transmissão = transmissão do crédito

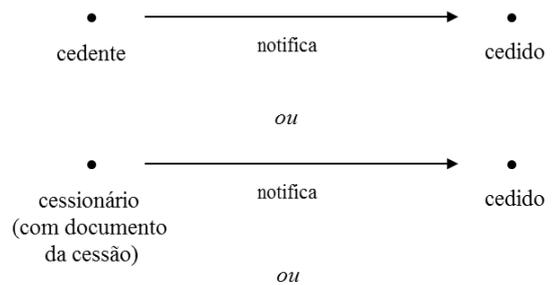


* Exemplos: compra e venda, doação, dação em pagamento, sociedade, um ato de constituição de garantia (v., e.g., contrato de cessão fiduciária de créditos em garantia – Lei nº 9.514/97), *factoring*, promessa de recompensa etc.

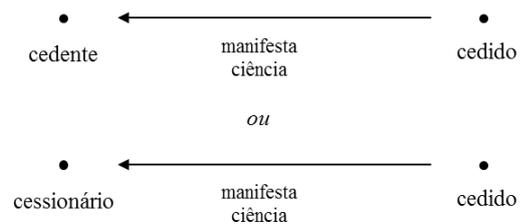
(2) Tradição-entrega do título da obrigação cedida (iii):



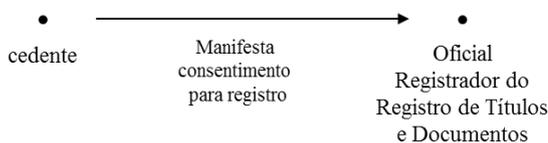
(3) Notificação do devedor-credido (ato jurídico *stricto sensu* do tipo enunciativo) (iv):



(3') Manifestação de ciência por parte do devedor-credido:



(4) Consentimento para registro (v):



(5) Registro da cessão de crédito (vi):



Por outro lado, as figuras da *cessão legal* e da *cessão judicial* mencionadas por PONTES DE MIRANDA são decisivas para uma compreensão mais abrangente da cessão de crédito. Através destas figuras, descortina-se um horizonte mais amplo acerca das possibilidades de cessão, para além do seu modelo mais célebre, que é essencialmente *negocial*. Em outras palavras: se essas duas figuras puderem ser qualificadas como autênticas hipóteses de cessão de crédito, elas representarão um afastamento do modelo de cessão baseado, fundamentalmente, em negócios jurídicos entre o cedente e o cessionário. Cumpre, portanto, realizar o seu exame.

A expressão *cessão legal*, empregada pelo próprio F. C. PONTES DE MIRANDA, somente pode ser entendida, em termos da teoria ponteana sobre as fontes de eficácia jurídica, com reservas. Pois nenhum efeito jurídico (como a transmissão de um crédito) pode advir diretamente da lei, mas, somente, da incidência de uma norma legal sobre um determinado fato – o que equivale a dizer que todo efeito jurídico é resultante de fatos jurídicos, *lato sensu*. É por isso que o autor esclarece ser a cessão legal caracterizada pela independência de qualquer ato, positivo ou negativo, do credor, bem como poder dar-se que o ato ou fato do devedor seja um dos elementos do suporte fático da cessão legal, sem ser, porém, o seu suporte fático⁵². É que na cessão dita *legal* o suporte fático em questão estará relacionado com fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos, atos jurídicos *stricto sensu*, e até mesmo negócios jurídicos – estes últimos, desde que não voltados para o fim da cessão de crédito. Do mesmo modo, a denominada *cessão judicial* é aquela que se opera por força de um ato jurídico de direito público (decisão judicial) – novamente, portanto, suporte fático não negocial.

Assim, deve ser observado o suporte fático basal do processo de transferência do crédito: se este suporte fático é negocial, releva o negócio jurídico, a cessão é negocial. Se o suporte fático basal, de outra sorte, é ligado a *fatos jurídicos não negociais*, estar-se-á diante de cessão legal ou cessão judicial de crédito.

A riqueza desta construção é evidente, na medida em que traz grandes potencialidades de harmonização de institutos – indispensável para uma teoria geral da transmissão obrigacional.

⁵² *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 344.

1.2.1. Elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia no processo de cessão de crédito

Fala L. MENEZES LEITÃO em três *requisitos* da cessão de crédito, a saber: (i) a realização de negócios jurídicos a estabelecer a transmissão da totalidade *ou de parte do crédito*; (ii) a inoccorrência de impedimentos legais ou contratuais a essa transmissão; (iii) a não ligação do crédito, em razão da natureza da prestação, à pessoa do credor⁵³.

O problema terminológico aqui é crítico. No Brasil, após os estudos de F. C. PONTES DE MIRANDA⁵⁴, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO⁵⁵ e M. BERNARDES DE MELLO⁵⁶, não podem ser ignoradas as vantagens operacionais de uma adequada abordagem dos três planos do mundo jurídico: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia.

A percepção de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO é acurada, ao afirmar que “se (...) tivermos em mente que o negócio jurídico deve ser examinado em três planos sucessivos de projeção (existência, validade e eficácia), que elementos, em seu sentido próprio, são, como diz o mesmo Carnelutti, *principia omnia rerum, ex quibus reliqua omnia componuntur et in quibus resolvuntur*, portanto, que elemento é tudo aquilo de que algo mais complexo se compõe (pense-se nos elementos simples, ou puros, da química), que, por outro lado, requisitos (de *requirere*, requerer, exigir) são condições, exigências, que se devem satisfazer para preencher certos fins, e, finalmente, que fatores é tudo que concorre para determinado resultado. Deve-se, portanto, consoante a proposta terminológica de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, falar em *elementos* de existência, *requisitos* de validade e *fatores*

⁵³ L. MENEZES LEITÃO. *Cessão de créditos*. Almedina: Coimbra, 2005, p. 288.

⁵⁴ Em especial, *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 1, p. IX-480; *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 2, p. 3-507; *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 3, p. 3-454; *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 4, p. 3-492; *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 5, p. 3-502; *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 6, p. 3-447.

⁵⁵ *Negócio jurídico – Existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. V-161 (livro que corresponde à tese de livre-docência do autor, defendida em 1974, atualizada); *Negócio jurídico e declaração negocial – Noções gerais e formação da declaração negocial*. Tese no concurso para a cátedra de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986, p. 3-226.

⁵⁶ Com destaque para a trilogia composta por *Teoria do fato jurídico – Plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. XXV-258; *Teoria do fato jurídico – Plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1-260; *Teoria do fato jurídico – Plano da eficácia – 1ª Parte*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1-247.

de eficácia do negócio jurídico (categoria dentro da qual a subcategoria mais importante é, sem dúvida, a dos contratos).

Deve-se, ainda, atentar para o exato papel de cada um dos elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia em cada um dos fatos jurídicos⁵⁷ que integram o processo da cessão de crédito.

No que tange ao negócio basal, os elementos, requisitos e fatores em tela são aqueles próprios do tipo negocial específico selecionado pelas partes para servir como raiz da operação. Apenas para exemplificar, se se trata de uma *compra e venda do crédito*, a sua dissecção pode ser feita do seguinte modo:

(i) *análise do suporte fático do contrato de compra e venda, na teoria de F. C. PONTES DE MIRANDA*: (a) elemento cerne: *acordo entre as partes* (“encontro entre as declarações de vontade”, para usar uma expressão de F. C. PONTES DE MIRANDA⁵⁸). Como em todo negócio jurídico, o que está no cerne da compra e venda é manifestação (exteriorização) consciente de vontade, com poder de auto-regramento (= poder de escolha da categoria jurídica e, dentro de limites prescritos pelo ordenamento, de estruturação do conteúdo da relação jurídica correspondente)⁵⁹; b) *elementos completantes do núcleo*: (b.1) direcionamento do acordo à contração de débito de dação de certo *bem*; (b.2) direcionamento do acordo à contração de débito de pagamento de determinado *preço*⁶⁰.

O art. 481 CC (sede do tipo legal do contrato da compra e venda), prevê estes elementos; contudo, faz referência a “coisa”, que tem um significado mais restrito do que o de “bem”⁶¹. Nesses termos, no direito brasileiro, a compra e venda legalmente típica é

⁵⁷ Apenas os atos jurídicos *lato sensu* (atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos) passam pelo crivo saneador do plano da validade, em virtude da presença de elemento volitivo no cerne de seus suportes fáticos. O ordenamento jurídico determina que as manifestações de vontade devem ter a sua perfeição devidamente verificada, inquinando os atos jurídicos *lato sensu* com a sanção de nulidade ou anulabilidade conforme a presença de determinados vícios.

⁵⁸ *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 1, p. 34.

⁵⁹ Cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do fato jurídico – Plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 51.

⁶⁰ Cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do fato jurídico – Plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 51. Esses elementos têm uma construção muito antiga; para a reconstrução histórica no âmbito do direito romano, C. F. VON GLÜCK. *Commentario alle pandette*. Trad. de Umberto Grego. Milano: Società Editrice Libreria, 1901, v. 18, p. 1-33.

⁶¹ Bem, em terminologia congruente com o Código Civil, é termo que equivale a objeto de relação jurídica. O vocábulo coisa, por seu turno, corresponde apenas aos bens materiais.

apenas aquela que versa sobre coisas – a que versa sobre créditos a prestações é legalmente atípica, ainda que socialmente típica. Extrai seu regime, contudo, da disciplina legal em comento (arts. 481 e seguintes).

A cessão de crédito que se realiza a partir de um negócio-base do tipo compra é venda é talvez a mais freqüente. No entanto, não se deve perder de vista que, para o caso de realização da operação com fundamento em outro negócio basal, por exemplo, de modo gratuito, com base em uma doação, o regime jurídico aplicável é diverso.

(ii) *análise do contrato de compra e venda no plano da existência, consoante a visão de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO*: (a) elementos categoriais inderrogáveis da categoria contratual compra e venda (*essentialia negotii*): a coisa, o preço e os acordos sobre as promessas de transferir o preço e a coisa (*res, pretium et consensus*); (b) elementos categoriais derogáveis da categoria contratual compra e venda (*naturalia negotii*): cláusula de responsabilidade do vendedor pela evicção, cláusula de responsabilidade do vendedor pelos vícios redibitórios etc.; (c) elementos acidentais: cláusulas de condição, termo, encargo etc.

No que tange ao contrato dispositivo, o acordo de transmissão do crédito, seus elementos do plano da existência são próprios. Sua extração se faz a partir do art. 286 CC. São elementos de existência do acordo sobre a transmissão de um crédito, de acordo com a visão ponteana: (a) elemento cerne: *acordo entre as partes*; (b) *elemento completante do núcleo*: direcionamento imediato do acordo à efetiva e concreta transmissão de um *crédito*.

No que respeita ao plano da validade, tanto o negócio basal como o acordo de transmissão, enquanto negócios jurídicos, passam pelo plano da validade – assim como, ainda, a notificação do devedor, o assentimento para registro e o ato jurídico de direito público relativo ao registro. Já não assim o ato-fato da tradição entrega. O primeiro nível de análise dos requisitos de validade de cada um dos atos jurídicos *lato sensu*⁶² que integram a cadeia é dado, sabidamente, pelo teor dos arts. 108, 166 e 167 CC: engendram a nulidade dos negócios jurídicos em questão (assim como dos negócios jurídicos em geral) a incapacidade absoluta de um dos sujeitos; a ilicitude, a impossibilidade ou a

⁶² Cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do fato jurídico – Plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 17-18.

indeterminabilidade do objeto; a ilicitude do motivo determinante; o não atendimento da forma prescrita em lei ou a utilização de forma nesta defesa; a fraude a lei; a simulação. O segundo nível da análise dos requisitos de nulidade se faz diante do teor do art. 171 CC: padecem do grau menos severo de invalidade, a anulabilidade, o negócio basal, o acordo de transmissão, a notificação, o assentimento para registro e o registro em que se verifique (i) a incapacidade relativa do agente; ou (ii) a presença de defeito do negócio jurídico ou do ato jurídico *stricto sensu* (erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão, fraude contra credores).

Com relação à forma, é preciso destacar que o acordo de transmissão do crédito não está submetido a regra jurídica especial sobre forma, salvo para ter eficácia em relação a terceiros. Assim, para que possa ter eficácia *erga omnes* é preciso que tenha sido feito por escritura pública, ou por instrumento particular revestido das solenidades do art. 654, § 1º, CC, isto é, o instrumento particular deve conter a indicação do local em que foi redigido, a qualificação do cedente e do cessionário e a data. É questionável em que medida se aplica à cessão de crédito a parte final do § 1º ao art. 654, a qual se refere a “objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos” – texto intimamente ligado à categoria contratual do mandato, em cujo contexto de regulação legal se insere o dispositivo em comento. Contudo, pode-se entender que a exigência de menção ao “objetivo da outorga” deve ser traduzida como exigência de menção ao “objetivo da cessão”, o que constituiria mais uma diretriz no sentido da causalidade, e não da abstração, do acordo de transmissão presente no processo de cessão de crédito. O instrumento particular deve, ainda, ser levado a registro no registro de títulos e documentos, a fim de constituir-se a situação de oponibilidade, com produção de efeitos perante terceiros (art. 221 CC c.c. art. 288 CC e art. 129, n.º 9, da Lei n.º 6.015/73). Como se vê, todas essas exigências legais não se ligam ao plano da validade, mas sim ao da eficácia.

A “inocorrência de impedimentos legais ou contratuais à transmissão” mencionada por L. MENEZES LEITÃO não constitui, na realidade, *elemento* de qualquer um dos fatos jurídicos envolvidos no processo de cessão, mas sim *requisito de validade* ou *fator de eficácia* da operação, dependendo do caso. A presença de hipótese de intransmissibilidade do crédito (art. 286 CC) não gera inexistência, seja do negócio basal, seja do acordo de transmissão: produz, conforme o caso, a sua invalidade ou a sua

ineficácia⁶³. Com efeito, as restrições (negociais) à transmissão do crédito não passam de restrições ao poder de dispor, e, como tal, se reconduzem ao problema da falta de *legitimação* para prática de determinado ato de disposição. No que tange ao *pactum de non cedendo*, portanto, tudo se passa no plano da eficácia, portanto. Já as limitações (legais) podem ter por pressuposto a vedação à prática de certos negócios basais entre determinadas pessoas (e.g., venda de ascendente a descendente sem o assentimento dos demais ascendentes e do cônjuge do vendedor), hipótese em que o problema é de legitimidade e acarreta invalidade⁶⁴.

Configuram algumas hipóteses legais de intransmissibilidade dos créditos:

(i) a natureza personalíssima da prestação (art. 286 CC), o que algumas vezes permite uma previsão em abstrato, mas em outras tantas deve ser apreciado no caso concreto. Há prestações a que, por sua natureza, não é indiferente quem seja o credor. Assim, por exemplo, a prestação de serviços (art. 605, primeira parte, CC – o direito de crédito aos serviços ajustados não pode ser cedido, sendo esta norma de caráter cogente). São casos que se incluem na categoria a que F. C. PONTES DE MIRANDA denomina *proibições de alienar*; sua violação engendra a nulidade do acordo de transmissão do crédito por impossibilidade do objeto (art. 166, II, CC), bem como do negócio obrigacional de base⁶⁵;

(ii) a intransmissibilidade do direito aos alimentos e a verbas de caráter alimentar, os quais são incedíveis, assim como é indisponíveis, irrenunciáveis e impenhoráveis (art. 1.707 CC; art. 658, IV, CPC)⁶⁶. Contudo, esta norma por vezes não tem sido adequadamente interpretada. Fala-se, ao nosso ver de modo equivocado, em inalienabilidade dos créditos alimentares ou de natureza alimentar. Deve-se, na realidade, fazer uma diferenciação entre o direito a alimentos, ou o direito de fundo (ao qual a lei

⁶³ Cf., no mesmo sentido, F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 5, p. 281; e R. VANZELLA. *Numerus Clausus dos direitos reais e autonomia nos contratos de disposição*. Tese de doutorado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 280-282.

⁶⁴ Mais especificamente, no exemplo da cessão onerosa de crédito de ascendente a descendente sem o assentimento dos sujeitos devidos, a sanção é de *amulabilidade* (art. 496 CC).

⁶⁵ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 5, p. 327.

⁶⁶ Trata-se de outro caso de proibição legal alienar, ou inalienabilidade primária, cuja violação engendra a nulidade do contrato dispositivo, bem como do negócio basal *por contaminação*, com fundamento no art. 166, II, CC.

realmente atribui uma imposição legal de indisponibilidade com o escopo de proteção do alimentando), e os direitos de crédito que exsurtem a partir deste direito-base. Estes últimos são aqueles por vezes identificados, na praxe judiciária, como as *repercussões financeiras* do direito-base, os créditos atinentes a *parcelas financeiras de adimplemento periódico*, e cuja realização materializa a realização do direito de fundo. É evidente que o caráter de incedibilidade quanto a estes créditos *derivados* é apenas relativo, o que se apresenta já na possibilidade de construção de uma dualidade entre *parcelas vencidas* e *parcelas vincendas*: com relação às parcelas vencidas ou pretéritas, entende-se possível a sua cessão ou disposição, até porque o alimentando já sobreviveu sem recebê-las, de modo que não se justifica marcá-las para o futuro com um atributo de essencialidade em prol de uma proteção do credor⁶⁷.

Mas mesmo com relação às parcelas vincendas, pode-se perceber que a extensão a elas do atributo da indisponibilidade somente se justifica em virtude de um fim específico: a preservação do direito de fundo. Ora, realmente, uma cessão absoluta, ou mesmo sensivelmente significativa, de parcelas vincendas de natureza alimentar põe em risco o próprio direito de fundo, na medida em que este se caracteriza como um direito à subsistência da pessoa, subsistência esta que fica verdadeiramente ameaçada. No entanto, movimentos restritos de disposição quanto a parcelas vincendas, além de não colocarem em risco o escopo de subsistência e atendimento às necessidades pessoais, podem reverter em favor, precisamente, do direito de fundo, como nas hipóteses de celebração de acordos com o devedor, que podem resultar num atendimento real e célere daquelas necessidades.

⁶⁷ Nesse sentido, STJ, 3ª Turma, REsp 724.158, rel. Min. Fátima Nancy Andriahi, j. 16.10.2006, cuja ementa se transcreve a seguir: “Direito processual, direito civil e direito bancário. Crédito decorrente de honorários advocatícios, de que é titular advogado e devedor o Estado do Paraná, *com pagamento a ser promovido por precatório*. Cessão a terceiros. Prévio decreto de indisponibilidade de bens do advogado, que participara, como administrador, de banco cuja liquidação extrajudicial foi determinada pelo Banco Central do Brasil. Indisponibilidade que não alcança os honorários advocatícios, por sua natureza alimentar.

- O decreto de indisponibilidade do patrimônio de administradores de instituições financeiras em liquidação extrajudicial não alcança, nos termos do art. 36, §3º, da Lei nº 6.024/74, bens reputados impenhoráveis pela legislação processual.

- Os honorários advocatícios, nos termos dos precedentes da 3ª Turma do STJ, *têm natureza alimentar*, sendo equiparáveis a salários. Sendo assim, tal crédito está abrangido pela impenhorabilidade disposta pelo art. 649, inc. IV, do CPC e, portanto, está excluído do decreto de indisponibilidade. Por esse motivo, *a cessão desses créditos, ainda que promovida por advogado cujos bens foram decretados indisponíveis, é válida*. Recurso conhecido e provido” (sem itálico no original).

Em verdade, a realidade está a exigir uma reconfiguração do conceito de alimentos, de acordo com as seguintes pautas, dentre outras: (i) o estabelecimento de margens de diferenciação entre prestações *de alimentos* e prestações *de natureza alimentar ou equiparada* (será que se justifica a concessão de tratamento idêntico à prestação de alimentos devida no âmbito das relações familiares e a prestação ligada à multa do FGTS na dispensa na relação de emprego?); (ii) a definição de alimentos em sentido ético ou fundamental, em íntima conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), e os alimentos em sentido lato, levando-se em conta que é à Carta Magna que compete estipular, em última análise, o que é disponível e indisponível. Negar efeito, pura e simplesmente, a operações (recorrentes na prática) que envolvem disposição de posições jurídicas sob o argumento de que estão automaticamente acobertadas pelo manto de uma natureza alimentar, *mesmo nos casos em que esse manto não é utilizado para a proteção do alimentando*, não parece a melhor resposta. O caso é de apuração de conceitos pela doutrina, e de regulação por parte do legislador. De todo modo, a reconfiguração referida escapa aos limites do presente trabalho, ficando, apenas, registrada a sua necessidade;

(iii) a vedação à prática de determinados negócios jurídicos que poderiam servir de base à operação de cessão de créditos: venda de ascendente a descendente sem o assentimento dos demais descendentes e do cônjuge do vendedor (art. 496 CC); doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice (art. 550 CC) etc. Essas hipóteses exprimem situações de falta de legitimidade, cuja consequência se manifesta no plano da validade (nulidade ou anulabilidade, conforme o caso);

(iv) a proibição legal de que o tutor constitua-se cessionário de crédito contra o tutelado, sob sanção de nulidade do negócio basal e do negócio dispositivo (art. 1.749, III, CC). Interessante notar que o texto da norma legal em questão se refere a “constituir-se cessionário”, colocando em primeiro plano, portanto, a vedação ao acordo de transmissão, o negócio de disposição, e não ao negócio basal – contudo, ambos os negócios são efetivamente atingidos pela vedação;

(v) a proibição legal de cessão do poder de preferência convencionado nos contratos de compra e venda (art. 520, CC).

A cessão de crédito incessível pode, por força de aplicação de procedimento de conversão do negócio jurídico, ser aproveitada como negócio jurídico de procura, em determinados casos⁶⁸.

1.2.2. A discussão sobre a abstração da causa na cessão de crédito

O contrato dito abstrato é aquele em que se verifica uma espécie de *corte* da causa (entendida aqui, nas argumentações, ora no sentido de *causa da atribuição patrimonial*, ora no sentido de *causa-função do contrato*⁶⁹).

No direito brasileiro, fala-se em abstração da causa em sede da cessão de crédito⁷⁰ para se descrever a ligação entre o acordo de transmissão e o negócio basal como uma *ligação cortada*. O acordo de transmissão (contrato de disposição, negócio de alienação) tem sua validade e eficácia postas de modo independente às vicissitudes que possam atingir o negócio basal, que lhe é antecedente *no plano lógico* (e por isso pode ser tomado como representativo da causa da transmissão).

Assim, suponha-se que o negócio basal em um processo de cessão de crédito seja uma compra e venda. Sua celebração, segundo o padrão, tem *causa credendi*: cada uma das partes contratantes se vincula justamente em função da vinculação da outra (cada parte se vincula *exatamente* na medida em que quer se tornar credora a outra). Ora, o acordo de transmissão do crédito, que é negócio de adimplemento em relação ao negócio basal, apresenta-se com *causa solvendi* em relação ao negócio basal celebrado *causa credendi*. A se admitir o que o acordo de transmissão tenha natureza abstrata, seria justamente aqui que se deveria operar o corte: essa ligação entre os dois negócios seria abstraída, desconsiderada, pelo intérprete, de sorte que eventuais defeitos ou situações afetando a validade ou a eficácia do negócio de base não contagiariam o negócio dispositivo.

⁶⁸ J. A. DEL NERO. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 430.

⁶⁹ “O efeito translativo, a imediata transferência do crédito ao cessionário, é independente *do fim* que se colimou, cedendo-se o crédito” (F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 269, sem itálico no original).

⁷⁰ Assim como, também, em sede de assunção de dívida – figura para a qual valem, com as adaptações necessárias, as considerações aqui feitas.

Essa é, entre nós, a posição de F. C. PONTES DE MIRANDA⁷¹, NELSON NERY JR.⁷² e CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA⁷³.

Em sentido diverso, as visões de C. DO COUTO E SILVA⁷⁴ e de R. X. LEONARDO permitem sustentar que não há no sistema pátrio a abstração da causa em sede do acordo de transmissão do débito, em virtude de um princípio de causalidade em geral dos acordos de transmissão no direito brasileiro, verificável igualmente com relação ao processo de transmissão de direitos reais.

Oportuna, aqui, a distinção referida por A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, segundo o qual se pode falar em dois tipos de abstração em sede de teoria contratual.

O primeiro tipo é aquele que exprime a verdadeira abstração. Nestas hipóteses de *abstração propriamente dita*, a natureza mesma do contrato ou do ato implica o rompimento com a causa. Os títulos de crédito, como o cheque e a nota promissória, exprimiriam exemplos desta espécie de abstração.

O segundo tipo é aquele que a doutrina italiana denomina *abstração instrumental*⁷⁵. Trata-se dos casos em que, no negócio, não consta o convênio causal⁷⁶. O que caracteriza especialmente esta forma de abstração é o fato de que nela a causa pode ser levantada, no caso de eventual lide. Ocorre abstração instrumental, e.g., em um contrato de cessão de ações em uma sociedade anônima. Neste contrato, um observador não se sabe, a princípio, qual é a causa (pode ser uma venda, uma doação).

⁷¹ *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 267-272.

⁷² *Contrato aleatório – Cessão de créditos tributários*. In: *Soluções práticas de direito – Volume II – Direito privado 1 – Teoria geral – Obrigações – Contratos*. São Paulo: RT, 2010, p. 237-238; *Validade e eficácia de cessão de créditos penhorados*. In: *Soluções práticas de direito – Volume II – Direito privado 1 – Teoria geral – Obrigações – Contratos*. São Paulo: RT, 2010, p. 316-317; *Código civil comentado* [em co-autoria com ROSA MARIA DE ANDRADE NERY]. 7. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 459. A visão deste autor é sempre fundamentada em sólida doutrina alemã (sendo que, no sistema tedesco, o acordo de transmissão no processo de cessão de crédito é negócio abstrato, indubitavelmente).

⁷³ *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 2, p. 229.

⁷⁴ *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 44, em combinação com o teor de p. 51-52; *Cessão de crédito – cisão do direito subjetivo – reserva da pretensão e do direito de ação ao cedente inadmissível por inviável no Direito brasileiro*. In: *RT* 638, 1988, p.

⁷⁵ Ou abstração meramente formal, na expressão utilizada por L. Díez-Picazo quanto à assunção de dívida (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2008, v. 2, p. 1033).

⁷⁶ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico e declaração negocial*, p. 125.

A cessão de crédito, para A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, se enquadra como um contrato abstrato do segundo tipo, isto é, trata-se de um contrato que apresenta uma abstração instrumental. Na cessão de crédito, não vem à luz a causa, no sentido de que esta não está expressa no instrumento contratual. Porém, em caso de conflito entre as partes, o sistema possibilita que a causa da atribuição patrimonial seja levantada e analisada.

Ora, impõe-se reconhecer que a visão de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO coloca a cessão de crédito (*rectius*, o acordo de transmissão), nessa linha de idéias, como contrato causal, se se considerar a causalidade estritamente como ligação (alegável) do ato jurídico subsequente ao antecedente. A abstração dita *instrumental* não é verdadeiramente abstração.

Considerados os argumentos, parece mesmo que, no *direito brasileiro*, o acordo de transmissão na cessão de crédito tem, *em regra*, natureza causal, visto que o sistema adota um princípio de separação apenas relativa entre o negócio jurídico constituinte de posições jurídicas de direito das obrigações e o negócio jurídico de adimplemento, o negócio jurídico dispositivo. Quando se está diante de um processo de transmissão de propriedade, o negócio jurídico de adimplemento se situa no plano do direito das coisas – de modo que aí se pode falar em um princípio de separação relativa entre o plano do direito das obrigações e o do direito das coisas. Mas, em termos genéricos, o princípio é mesmo de separação entre a fase do nascimento e desenvolvimento das posições jurídicas de direito das obrigações e a fase do adimplemento (que, no caso da cessão de crédito, se faz no próprio campo do direito das obrigações, visto que a posição transferida – o crédito – é de direito das obrigações). Dizer que a separação é meramente relativa equivale a dizer que o negócio jurídico de base pode ser invocado para fins de impugnação do negócio dispositivo. Essa é a regra, no direito brasileiro, contudo não absoluta: basta mencionar a existência de casos em que o crédito cedido vem incorporado em um título de crédito que traz em si o atributo da abstração. Há, portanto, situações específicas em que pode ser verificar autêntica abstração no processo da cessão de crédito.

Como é evidente, a *abstratividade* ou a *causalidade* que venha a caracterizar a ligação entre o negócio basal e o acordo de transmissão é dado que deve ser tomado em

conta no que concerne ao sistema de transmissão de riquezas como um todo – a adoção de um ou de outro vetor deve pautar igualmente a transmissão de posições jurídicas reais e a transmissão de posições jurídicas obrigacionais (creditícias ou debitórias). Veja-se a respeito o item 6.2, *infra*.

Diversos dispositivos do CC revelam a orientação do sistema no sentido da causalidade dos negócios transmissivos em termos gerais, tais como os artigos 307, 350 e 880 do CC.

1.2.3. Eficácia da cessão de crédito

A eficácia do contrato-base de cessão de crédito (qualquer que seja o *tipo* em tela) consiste na constituição de uma relação jurídica obrigacional com prestação de dar.

C. DO COUTO E SILVA destaca que o conceito de *atribuição patrimonial* é que caracteriza a obrigação de dar, dando-lhe individualidade em relação às obrigações de fazer, e que, a despeito de alguns autores enfatizarem apenas a hipótese da transmissão da propriedade, também a cessão de crédito (contrato basal) constitui uma importante manifestação de obrigação de dar⁷⁷.

O adimplemento do contrato-basal, isto é, da obrigação de dar, materializa-se no contrato de disposição (acordo de transmissão), o qual, ainda consoante precisa análise de C. DO COUTO E SILVA, é adimplemento que se realiza no plano do direito das obrigações⁷⁸.

A eficácia do acordo de transmissão, por seu turno, consiste na transferência da posição jurídica crédito, com seu duplo aspecto: perda (disposição) para o cedente, ganho (aquisição) para o cessionário. Trata-se de movimentação inter-patrimonial.

⁷⁷ *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 102-103.

⁷⁸ Ao contrário do que ocorre com o acordo de transmissão em matéria de transmissão do direito de propriedade.

1.3. Regime positivo brasileiro

1.3.1. Código Civil

O Código Civil brasileiro de 2002 contém treze artigos para reger a matéria da cessão de crédito⁷⁹. Nesta disciplina, há tanto pontos dignos de elogios como outros merecedores de críticas de ordem variada. Trata-se de normas que tem por objeto, primariamente, o acordo de transmissão e a extensão da eficácia translativa do crédito (bem como das demais etapas, suplementares, da cadeia), visto que as normas relativas ao negócio basal serão extraídas, como visto, da disciplina própria dos respectivos negócios.

No art. 286, o CC prevê a cessão de crédito de base negocial, a qual vem referida em termos amplos, em um título relativo à transmissão das obrigações e, portanto, não associada a um específico tipo negocial (como ocorre, por exemplo, no Código Civil francês, o qual trata a matéria no âmbito do contrato de compra e venda). O regramento privilegia a etapa do acordo de transmissão (art. 286), bem como sua eficácia (o trespasse do crédito – *e.g.*, arts. 287 e 294), além de demais etapas subseqüentes da cadeia (a notificação ou declaração do devedor no art. 290; a forma para oponibilidade a terceiros no art. 288). O *codex* deixa a regulação das espécies de negócio basal para o âmbito de sua própria disciplina.

O CC/2002, contudo, realizou o expurgo do conteúdo textual correspondente aos artigos 1.076 e 1.078 do CC/1916, de modo que deixou de conter previsão específica acerca da cessão dita *legal*, bem como acerca da aplicabilidade das normas atinentes à cessão negocial de créditos a outras modalidades de cessão de direitos.

M. KARAM assevera que a não reprodução do texto do antigo art. 1.078, concernente à aplicação das normas da cessão negocial de créditos à cessão de outros direitos, teve por fito afastar que a disciplina da cessão de crédito fosse pura e

⁷⁹ Outros códigos, como o argentino, contém uma disciplina muito mais extensa da matéria. No entanto, as eventuais lacunas no regramento da cessão pelo Código brasileiro advêm menos da extensão do seu tratamento do que da qualidade de alguns dispositivos, como se verá adiante.

simplesmente aplicada, de modo imediato, à cessão de posição contratual⁸⁰. A observação é bastante perspicaz, no sentido de que tudo indica que deve ter sido mesmo essa a intenção que animou a postura do autor intelectual deste capítulo do Código. Contudo, se foi mesmo esse o intento, é de se indagar: não teria sido melhor regular expressamente a importante figura da cessão de posição contratual? O caminho adotado parece ter sido o mais oblíquo. De todo modo, pode-se considerar que a regra relativa à aplicação do regime da cessão de crédito às cessões de direitos sem disciplina especial de transferência estabelecida continua no sistema, de modo implícito – desde que a espécie de cessão de posição jurídica ativa em questão seja compatível com esse regime da cessão de crédito (o que não é, realmente, o caso da cessão de posição contratual, na qual a transmissão abrange um complexo unificado de posições jurídicas ativas e passivas).

1.3.2. Lei de Recuperação de Empresas e Falência

No âmbito do art. 39 da Lei n.º 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência), o pleno entendimento do mecanismo da cessão de crédito mostra-se fulcral. Referido dispositivo trata dos sujeitos com direito de voto na assembleia-geral de credores. Conforme destaca E. VALLADÃO FRANÇA, “não pode haver dúvidas de que a cessão do crédito, regularmente realizada, transfere ao cessionário o direito de voto nas assembleias de credores, seja nos processos de recuperação judicial, seja nos de falência. O que não se admite é a negociação do direito de voto”⁸¹. E prossegue, citando T. MIRANDA VALVERDE: “O voto é a *expressão do crédito*, e, por isso, dele inseparável. Não é, conseqüentemente, possível negociar o direito de voto”⁸². Do ponto de vista de uma teoria geral da transmissão em direito das obrigações, essa circunstância se explica por configurar o poder de voto um aspecto adjacente ao direito de crédito, de modo que, de acordo com a regra *accessio cedit principali*, própria do regime de transmissão, não podem, crédito e voto, serem *cindidos*. Não obstante, sabe-se que, de modo geral, essa regra quanto aos aspectos adjacentes é *dispositiva*, podendo ser manejada pelas partes no seu interesse. O que ocorre é que, no

⁸⁰ M. KARAM. *A transmissão das obrigações – cessão de crédito e assunção de dívida*. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coords.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003, p. 320.

⁸¹ *Comentários aos arts. 35 a 46*. In: SATIRO, Francisco; PITOMBO, Sergio A. de Moraes (orgs.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 211.

⁸² *Comentários à lei de falências - Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 2, p. 342.

caso específico do poder de voto nas assembleias de credores, estão em jogo outros interesses de particulares, que não podem ser prejudicados, bem como interesse público, o que converte a norma em cogente, e faz da impossibilidade de separação entre voto e crédito uma hipótese de *incredibilidade* deste último de forma autônoma.

Um expediente ligado ao mecanismo da cessão de crédito, ainda no contexto da assembleia de credores na recuperação judicial e na falência, diz respeito à viabilidade de se realizar múltiplas cessões parciais de um crédito. Com isso, multiplicando-se os cessionários, abre-se uma brecha para a possibilidade de se influenciar no resultado do *quorum* quantitativo exigido, nos termos do art. 45, § 1º, da Lei n.º 11.101/2005 (*quorum* exigido para a aprovação da recuperação judicial). E. VALLADÃO FRANÇA destaca, com precisão, que essa preocupação não deve conduzir o intérprete a afastar, de plano, a participação de um ou mais cessionários na assembleia, sob uma *presunção de fraude*. A fraude – que pode haver – é efetivamente inadmissível, mas poderá (e deverá) ser apurada pelo julgador, *in concreto*, no processo. A operação de cessão é, a princípio, existente, válida e eficaz, não tendo sido realizada fraudulentamente, não se podendo alijar o cessionário de poder que acompanha o seu crédito.

De resto, o domínio do regime da cessão de crédito, no que tange ao destino dos privilégios e preferências creditórios, é fundamental para o manejo da ordem de classificação dos créditos na falência, conforme se verá *infra*.

1.4. Algumas figuras especiais ligadas à cessão de crédito

1.4.1. Cessão de créditos futuros

O ponto de maior discussão envolvendo a denominada *cessão de créditos futuros* diz respeito a saber se o crédito se forma diretamente no patrimônio do cessionário ou se, ao contrário, se forma inicialmente no patrimônio do cedente, para então ser transferido ao patrimônio do cessionário. Trata-se da oposição entre a teoria da imediação (*Unmittelbarkeitstheorie*) e a teoria da transição (*Durchgangstheorie*).

A cessão de créditos futuros, na realidade, apenas necessita que se determine⁸³ o que se cede, vale dizer: é preciso que, quando do nascimento do crédito, se saiba ao certo qual será o crédito cedido. No momento em que nasce o crédito no patrimônio do cedente, transmite-se ao cessionário; a eficácia em relação ao devedor depende, contudo, da notificação ou declaração de ciência deste (art. 290 CC), assim como a eficácia em relação a terceiros depende da forma pública ou forma particular revestida das especificidades do art. 654, § 1º, CC, mais registro (art. 288 CC). Em verdade, o cessionário adquire o crédito como sucessor do cedente (aquisição derivada), e não diretamente.

Impõe-se, assim, a visão própria da teoria da transição ou transmissão, a qual possibilita (i) a aplicação do regime geral da cessão de crédito a essa modalidade especial, apenas com as diferenças resultantes do diferimento da eficácia do acordo de transmissão (a *transmissão*) para o momento posterior da sua constituição; (ii) a resolução a contento da questão relativa à arguição, pelo devedor, de compensação em virtude de um crédito em face do cedente, mesmo que este tenha se constituído após o conhecimento da cessão, mas antes da transferência: é admissível tal arguição, na medida em que o cedente terá sido, por um instante lógico, credor do devedor.

Importante questão de regime a ser considerada em face da cessão de créditos futuros diz respeito à subsistência da operação perante a falência do cedente. Uma primeira tese aponta no sentido de que a cessão de créditos futuros não pode subsistir, uma vez reconhecida a situação de insolvência do cedente. Uma vez que não se verifica a imediata transferência do crédito, a posterior declaração de falência obsta a transação. Já uma segunda tese, impressionada pela circunstância de que a operação já se realizou, já estava consolidada ao tempo da insolvência, afirma que não pode ser tocado pela insolvência posterior do cedente. Em conformidade com a teoria da transição ou transmissão, é de se reconhecer que o crédito, ao se formar, se forma no patrimônio do cedente antes de passar ao do cessionário, de maneira que a verificação da situação de insolvência bloqueia o poder de disposição do cedente (posição jurídica subjetiva elementar inserta no crédito) – competindo ao administrador da massa definir sobre a concretização ou não da cessão.

⁸³ Determinabilidade, e não determinação, no momento da celebração da cessão.

1.4.2. Cessão de créditos em garantia

A cessão de créditos em garantia ou em segurança é cessão fiduciária, assim como a cessão de créditos para fim de cobrança. Há um *plus*, um fim especial que é conferido à operação, além do seu fim fundamental de translação do crédito.

Tem sido proposta uma distinção entre a cessão de créditos em garantia e a cessão de créditos com fins de garantia, sendo que esta última se diferencia por envolver *créditos futuros*⁸⁴. Estruturalmente, na cessão de créditos dita *com fins de garantia* há a cessão de créditos ainda não materializados, mas a serem constituídos no patrimônio do cedente em face de terceiros, com o escopo de garantir um débito do cedente para com o cessionário (*e.g.*, derivado de um mútuo). Caso o cedente cumpra oportunamente a prestação que deve ao cessionário antes da constituição efetiva dos créditos cedidos, estes se formarão em seu patrimônio e não passarão para o do cessionário; caso não haja o citado cumprimento, os créditos se formarão no patrimônio do cedente, mas serão automaticamente transferidos ao patrimônio do cessionário, que poderá cobrá-los aos respectivos devedores e, assim, recompor a sua situação.

Como se percebe, o núcleo da diferença entre as duas modalidades está em que, na cessão em segurança comum, a garantia se exprime pela transferência de um crédito (atual), ao passo que na cessão *para fins de garantia* a garantia se exprime pela *possibilidade de transferência* do crédito futuro, em caso de não cumprimento da dívida garantida.

O mecanismo da cessão *com fins de garantia* (que, para se evitar confusão com a figura da cessão em segurança, deve ser chamada, preferencialmente, pelo nome completo de *cessão de créditos futuros com fins de garantia*⁸⁵) encontrou largo campo de aplicação na atividade de financiamento à exportação. A instituição financeira, em garantia de um financiamento concedido ao exportador, recebe títulos emitidos por este (conhecidos como *export notes*), os quais se referem a créditos futuros em face do comprador estrangeiro, a se constituírem por ocasião da entrega das mercadorias.

⁸⁴ A. ROMERO. *Anotações sobre a cessão de crédito no direito empresarial*. Dissertação de mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 171.

⁸⁵ *Direito das obrigações, v. II – Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*. 3. ed. Almedina: Coimbra, 2005, p. 454.

No regime da cessão de créditos futuros com fins de garantia combinam-se regras próprias da cessão de créditos futuros e regras próprias da cessão de créditos em garantia.

1.4.3. Dação de créditos em cumprimento

A dação de um crédito em cumprimento consiste, apenas, em um processo de cessão de crédito no qual o negócio basal é uma dação em pagamento. Esse modo de encarar a figura, dentro de uma visão de *processo de direito material* da cessão de crédito, esclarece o seu mecanismo sobremaneira: estando na base da operação uma dação em soluto, o regime jurídico aplicável é aquele próprio da dação em soluto (arts. 356 a 359 CC).

Apenas ocorre que, na dação em soluto, o que está presente é negócio jurídico bilateral oneroso de alienação⁸⁶, no qual se dá o objeto de uma prestação para se satisfazer a pretensão do credor, e em troca há a solução da dívida. As regras relativas à evicção e aos vícios da coisa se aplicam em virtude de se tratar de contrato comutativo e oneroso, mas, para além disso, há o reenvio do art. 357 CC à disciplina da compra e venda. F. C. PONTES DE MIRANDA adverte que, se a dação é *rem pro re*, é a figura da troca, e não a da compra e venda, que se deve ter em mente⁸⁷.

Há, na dação em cumprimento, dois elementos sobre os quais versa o acordo entre as partes: (i) a realização de uma atribuição patrimonial distinta daquela devida (nesse caso, a transmissão de um crédito); (ii) o efeito extintivo da dívida em razão dessa atribuição patrimonial.

Mais um argumento no sentido da causalidade do acordo de transmissão no processo da cessão de crédito é extraível a partir do art. 359 CC: em virtude da evicção, que se refere ao negócio basal da dação em adimplemento, o acordo de transmissão do crédito é atingido, sendo desconstituído.

⁸⁶ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 25, p. 3.

⁸⁷ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 25, p. 3.

1.4.4. A cessão fiduciária para cobrança

A cessão de crédito para o fim de cobrança, ou cessão de crédito para encaixe (*Inkassoession*), corresponde à utilização do mecanismo da cessão de crédito com uma finalidade a mais, além daquela finalidade de transmissão da posição creditícia que lhe é essencial: trata-se, precisamente, da finalidade de cobrança e depósito ou entrega.

Com efeito, diversos motivos, particularmente de ordem econômica, mas até mesmo de ordem moral, podem levar o titular de um crédito a ter interesse em terceirizar a sua cobrança.

Podem ser distinguidas duas construções que caminham para essa possibilidade de terceirização: (i) a cessão fiduciária do direito de crédito, para o fim cobrança; (ii) a cessão da pretensão à cobrança, permanecendo o crédito com o credor, por meio de mandato de cobrança ou autorização de cobrança.

Na primeira construção, precisamente a cessão de crédito para fim de cobrança, o crédito é transmitido a terceiro para que este proceda à cobrança em face do devedor. O crédito passa a ser do terceiro-cessionário, mas há também um negócio subjacente, ou justajacente, que é a “autorização”, a outorga de poder para cobrar (negócio jurídico unilateral). Há na cessão para cobrança cessão de crédito + outorga de poder. Normalmente, não tem o cessionário que retrotransferir o crédito, pois, ao receber o seu valor, o cessionário se torna do que recebeu devedor ao cedente. Contudo, uma vez que se extinga o poder de cobrança dado ao outorgado, e.g., em virtude de revogação do negócio jurídico unilateral de outorga de poder pelo cedente, fica *sem causa* a aquisição do crédito pelo cessionário-outorgado e, nesse caso, abre-se ao cedente a possibilidade de exigir a retransferência do crédito⁸⁸.

⁸⁸ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 284. A admissão, por este autor, de que a revogação de do negócio de outorga de poder faz com que a cessão se torne *sem causa* parece conflitar com a sua visão no sentido de que a cessão de crédito é abstrata no direito brasileiro. Ora, configura mais um argumento favorável à tese de que o acordo de transmissão no processo de cessão de crédito é, entre nós, em verdade, causal.

O acordo de transmissão na cessão de crédito para cobrança se subsume à categoria do negócio fiduciário, o qual se caracteriza pela agregação de uma finalidade econômica diversa, além daquela originalmente associada à figura negocial de modo típico. São exemplos de negócio fiduciário a utilização do acordo de transmissão da propriedade para fins de garantia e, justamente, a cessão de crédito tendo em vista cobrança, ou garantia.

A segunda construção que possibilita uma terceirização na cobrança do crédito é a da cessão da pretensão, posição jurídica subjetiva ativa elementar contida no crédito, posição jurídica subjetiva ativa complexa. Através desse mecanismo, evidentemente o crédito permanece sob a titularidade do credor. Este transfere ao terceiro apenas a pretensão, o poder exigir o crédito. Como adverte F. C. PONTES DE MIRANDA, “na cessão plena, fiduciária ou não, há transmissão do crédito; no mandato e na autorização, só se outorga o poder concernente ao crédito (e.g. cobrar). A diferença é a mesma que entre transferir a propriedade, fiduciariamente ou não, e dar poder de cortar as árvores, jogar fora as frutas imprestáveis, entregar as chaves ao inquilino, levar ao conhecimento da polícia que os ladrões roubaram gado”⁸⁹.

1.4.5. Desconto bancário

O desconto bancário é contrato por meio do qual um banco⁹⁰ (o *descontador* ou *descontante*) antecipa a um seu cliente (o *descontário*) o valor relativo a um crédito deste

⁸⁹ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 284.

⁹⁰ L. MENEZES LEITÃO destaca a posição dominante em Portugal e Itália no sentido de ser admissível o desconto não bancário, isto é, a operação de desconto celebrada sem a participação de um banco (*Cessão de créditos*. Almedina: Coimbra, 2005, p. 495). Tratar-se-ia de um contrato legalmente atípico, e de tipicidade social mais rarefeita do que a do desconto bancário, sendo que o regime construído na prática deste último poderia ser aplicado ao desconto não bancário. No direito brasileiro, esta posição mostra-se questionável, à luz da regulação dada pelo direito bancário à *atividade própria de banco*, centrada na idéia de *intermediação financeira* e de prática de *operações de crédito* (cf., por exemplo, os artigos 17 e 18 da Lei n.º 4.595/1964, que deixam entrever a restritividade quanto aos sujeitos habilitados à atuação bancária). Entendemos, porém, que o cerne da questão está em se entender a distinção entre *ato* e *atividade*: quaisquer sujeitos podem praticar um ato, uma operação de desconto; contudo, se o sujeito descontador incide na reiteração coordenada de atos de modo a transformá-los em atividade, incorrerá aí em atividade tipicamente bancária, e como tal sujeita à regulação da legislação própria. O contrato de desconto não bancário é, assim, condutível aos domínios da tutela da atipicidade contratual (em sentido aproximado à visão aqui exposta, S. AMBROSINI. *Sconto bancario*. In: *Digesto delle discipline privatistiche – sezione commerciale* 13, 1996, p. 277-278).

em face de terceiro, usualmente ainda não vencido⁹¹, mediante a prévia dedução de encargos, juros e comissão, e mediante a transferência *pro solvendo* (isto é, com regresso contra o transmitente) do crédito em questão.

Cumpram um papel decisivo na elucidação da natureza jurídica do desconto a boa compreensão dos mecanismos da cessão de crédito e da sub-rogação pessoal. As regras diversas pertinentes aos regimes da cessão e da sub-rogação não permitem que se tome um instituto por outro, sendo fulcral entender, de plano, que se o banco não está realizando o deslocamento patrimonial ao descontário com o escopo de *adimplemento* do crédito, não se trata de sub-rogação, mas sim de cessão de crédito, cuja disciplina dependerá da natureza jurídica própria do desconto.

Com efeito, existem três correntes fundamentais acerca da natureza jurídica do desconto bancário: (i) a teoria da compra e venda; (ii) a teoria do mútuo; e (iii) a teoria do contrato atípico.

Para a teoria (i), o negócio basal da operação é uma compra e venda de créditos *pro solvendo*. Para a teoria (ii), o negócio basal deve ser qualificado como um mútuo, sendo que a transmissão do crédito tem apenas o papel acessório de garantir esse empréstimo. Finalmente, a teoria (iii) se mostra a mais adequada, do ponto de vista da realidade dos fatos, ao sustentar que o negócio basal é complexo, reunindo elementos prestacionais diversos, que se combinam numa operação atípica na qual, no entanto, é inegável o relevo da função de financiamento.

1.4.6. Factoring

Enquanto operação complexa, o *factoring* pode ser conceituado como um contrato que envolve a cessão onerosa de (um conjunto de) créditos (futuros) com desconto em seu valor, envolvendo ainda prestações de serviços mais ou menos amplas, de modo contínuo.

⁹¹ Na sua reiteração normal no direito brasileiro, o desconto bancário apresenta como nota típica a incidência sobre créditos ainda não vencidos. Contudo, é possível que seja celebrado tendo por objeto créditos já vencidos, *e.g.*, os ligados a títulos de crédito pagáveis à vista.

L. G. LEÃES descreve com clareza a estrutura das operações de *factoring*, mais ou menos constante em suas diversas modalidades: “consistem essas operações na cessão, a título oneroso, de direitos oriundos do faturamento de venda de bens ou serviços, feita pela empresa faturizada, como cedente, em favor da casa faturizadora, especializada na prática dessas operações, como cessionária. Em suma, a operação se resume numa *venda de faturamento*, em que a cessão dos créditos é o ‘fulcro da operação’, acompanhada de serviços relacionados com a gestão e com a garantia de liquidez dos direitos creditórios, que assim completam o seu desenho negocial”⁹².

No direito brasileiro, há um regramento tributário que chega a trazer notas identificadoras do *factoring* (cf. art. 15, § 1º, *d*, da Lei n.º 9.249/95).

A tônica da operação está na cessão de crédito; não numa suposta sub-rogação pessoal da faturizadora nas relações creditícias do faturizado. Com efeito, J. MARTINS-COSTA identifica no núcleo da operação de *factoring* o instituto da sub-rogação convencional por vontade do credor. Mas, a se adotar essa tese, incidiria a regra do art. 350 CC, o que não é o caso. Na realidade, no desenho que a operação adquiriu no direito pátrio, a causa do contrato basal é *credendi*, sendo solvido através do acordo de transmissão, com o *trespasse* do crédito. É uma operação complexa, que aglutina diversas prestações num mesmo quadro, e dentre elas se identifica a nota caracterizadora da venda. O deslocamento patrimonial da casa faturizadora para o faturizado não constitui adimplemento do crédito a dar suporte a uma sub-rogação: trata-se, ao contrário, do preço relativo a uma compra do crédito.

A operação de *factoring* pode, na realidade, se articular por um modo que não utilize em sua base a cessão de crédito. J. GARCIA DE ENTERRIA esclarece que a opção pela cessão de créditos implica em conseqüências específicas, diversas, por exemplo, das conseqüências que derivam de uma opção do sistema pelo recurso à sub-rogação pessoal (como é o arranjo encontrado no direito francês)⁹³. Não foi, entre nós, a opção adotada no tráfico negocial.

⁹² A operação de "factoring" como operação mercantil. In: RDM 115, 1999, p. 244.

⁹³ Contrato de factoring y cesión de créditos. 2. ed. Madrid: Civitas, 1996, p. 1-258.

Assim, o *factoring* é uma operação que, no direito brasileiro, se presta ao financiamento de empresas, a partir da utilização do mecanismo da cessão de crédito. Um empresário ou sociedade empresária cede, por vezes em massa, os seus créditos, eventualmente também futuros à empresa de *factoring*. O correspondente financeiro de tal cessão, o preço, vem calculado já com a dedução do valor das despesas de cobrança, de uma *comissão*, do risco ligado à insolvência do devedor, etc. Pode ser a cessão, núcleo da operação, com ou sem garantia da solvência do devedor. Se a cessão é *pro solvendo*, há o poder de regresso da empresa de *factoring* contra o cedente; se é *pro soluto*, não existe tal poder (e, nesse caso, o mecanismo da cessão, *inserto no factoring*, adquire mais uma função especial, além da de financiamento: a função de *segurança* em relação ao empresário ou sociedade empresária cedente). Não está, entre nós, a figura baseada na sub-rogação pessoal, como visto, mas sim na cessão: a empresa de *factoring* não está limitada a exercer os direitos e as ações do credor apenas até à soma que tiver desembolsado (conforme a norma da sub-rogação, inserta no art. 350 CC). A estrutura de base é a da cessão.

Ao lado da cessão, há outras prestações colaterais prestadas pela empresa de *factoring*, no bojo da operação, como a contabilização das faturas do empresário (função de gestão). O processo obrigacional do *factoring* bem exprime a realidade contemporânea da complexidade obrigacional.

1.4.7. Cessão de créditos para fim de consumo

Ocorre cessão de crédito para fim de consumo quanto o mecanismo da cessão é utilizado com a função de financiamento de um contrato para consumo⁹⁴. O fornecedor celebra contrato para consumo, *a crédito*, com o consumidor, fornecendo-lhe bens ou serviços, e, num segundo momento, cede onerosamente seu direito subjetivo de crédito ao financiador. Trata-se, como se pode ver, de uma forma de financiamento indireto.

Justifica-se a abordagem desta figura de modo apartado, ao menos conceitualmente, do modelo geral da cessão de crédito em razão de um importante desvio

⁹⁴ Cf. L. MENEZES LEITÃO. *Cessão de créditos*. Almedina: Coimbra, 2005, p. 575.

de regime: a proteção do devedor-consumidor impõe que se vá além da mera sistemática de manutenção das exceções (art. 294 CC) – impõe que essa manutenção tenha um caráter cogente, de modo que a cláusula que estipula renúncia às exceções seja nula de pleno direito, em interpretação em consonância com o art. 51, I, da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

2. ASSUNÇÃO DE DÍVIDA

2.1. Breve histórico

A construção dogmática de modelos orientados à sucessão singular nas dívidas teve que enfrentar, e superar, modos de pensamento viciados pelo formalismo exacerbado, pelo conceptualismo, pelo artificialismo das idéias formadas *a priori*. C. A. MOTA PINTO chama a atenção para o fato de que a assunção de dívida foi forjada a partir de um embate entre as necessidades sociais e um discurso jurídico apegado a brocardos obsoletos e estruturas lógico-conceituais carecidas da adequação ao real⁹⁵.

No direito romano, os meios indiretos, como a novação e a *cognitio in rem suam*, apresentavam resultados mais débeis em sede de sucessão em dívidas do que em sede da sucessão em créditos. Com a novação, o novo devedor, por vezes com base na delegação passiva que o antigo devedor lhe deu, promete a prestação a que o antigo devedor estava vinculado (extinguindo-se não só o débito deste, mas também as fianças e outras garantias, se não forem repetidas). No mais, também era possível que o devedor constituísse representante processual (*cognitor in rem suam*) quem pretende que assuma economicamente a dívida, autorizando-o a deixar-se demandar em nome próprio pelo credor. A *cognitio in rem suam*, aqui, tinha a fragilidade de não liberar o antigo devedor perante o credor, e também o inconveniente de não poder o credor obrigar o terceiro a ser parte em juízo. No caso de recusa deste, havia para o devedor, uma vez fosse demandado pelo credor, direito de regresso em virtude do contrato firmado com o terceiro.

P. RESCIGNO aponta a existência de antecedentes históricos da assunção de dívida em fins da Idade Média, com alguma evolução no direito comum⁹⁶. Contudo, diante da já referida resistência representada pelos preconceitos do discurso jurídico quanto à admissibilidade da transmissão de dívidas, tais manifestações precursoras não se fizeram acompanhar de formulações dotadas de densidade ao menos razoável. Somente com os trabalhos da Pandectística alemã é que a assunção de dívida – como tantas outras

⁹⁵ C. A. MOTA PINTO, *Cessão de contrato: Contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 41-42.

⁹⁶ *Accollo*. In: *Novissimo Digesto Italiano* I/1, p. 141.

categorias do pensamento jurídico contemporâneo – vem a receber seus arranjos estruturais mais bem acabados.

2.2. Perfil contemporâneo. Direito comparado. Análise dogmática: estrutura, função e processo na assunção de dívida

Segundo F. C. PONTES DE MIRANDA, a doutrina que via *disposição* da dívida na conduta do devedor encontra-se superada⁹⁷. Conforme descreve, consolidou-se a percepção da dispositividade do ato do *credor*, sendo desnecessária a cooperação do devedor para sua própria liberação.

O núcleo da visão ponteana pode ser extraído da seguinte passagem do *Tratado de direito privado*: “Êsse negócio jurídico [entre credor e terceiro] é ato de disposição, porque *dispõe o credor de elemento do seu crédito*”⁹⁸.

Assim, não há, seja na assunção unifigurativa, seja na bifigurativa, o exercício de algum tipo de “poder de disposição sobre a dívida” por parte do devedor. E isso porque o débito, enquanto posição jurídica subjetiva complexa *passiva*, integrada por posições jurídicas subjetivas elementares *passivas*, não traz em si (como que enxertada) uma posição jurídica elementar ativa do tipo poder formativo (um poder formativo de disposição sobre o débito).

O poder de disposição que se apresenta na construção em tela é aquele do credor; é o poder formativo que integra a posição jurídica ativa complexa *crédito*, corporificando o poder de disposição do credor sobre o seu crédito, mas que não se esgota na imagem mais corriqueira da disposição quanto ao crédito, englobando, também, o poder do credor de alterar *o destinatário* contra o qual se volta o crédito.

Portanto, existe, a despeito da diferença de estruturas, um certo paralelismo possível entre o processo da assunção unifigurativa e o processo da assunção bifigurativa

⁹⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 362.

⁹⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 370, sem itálico no original.

de dívida (cf., acerca das especificidades destas duas espécies de assunção, os itens 2.2.1 e 2.2.2).

Em ambas, existe um negócio basal (entre o credor e o terceiro, na assunção unifigurativa; entre o devedor e o terceiro, na assunção bifigurativa) e um *ato de disposição* (contrato entre o credor e terceiro, na assunção unifigurativa; manifestação de vontade unilateral receptícia do credor, na assunção bifigurativa⁹⁹, precedida de *comunicação*, por parte do terceiro ou por parte do devedor, ao autor). Essas são as etapas integrantes do processo da assunção de dívida, com as quais se irradia a eficácia transmissiva do débito.

No caso da assunção unifigurativa, há uma etapa suplementar, consistente na comunicação da assunção ao devedor liberado. A função desta etapa está, apenas, em evitar que o devedor liberado proceda como se devedor ainda fosse. Não tendo o credor ou terceiro feito a comunicação, e praticando o devedor liberado atos em virtude disso, nenhuma responsabilidade tem, sendo que lhe assiste pretensão de reembolso, bem como pretensão pelo enriquecimento sem causa do credor ou do terceiro¹⁰⁰.

2.2.1. Elementos de existência da assunção de dívida

Ocorre semelhança entre a análise dos elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia na assunção de dívida e na cessão de crédito, mas não é total. Não há simetria perfeita.

Pode ser que a assunção de dívida tenha como negócio basal um contrato oneroso entre o devedor e o assuntor, semelhante a uma *compra da dívida*: o assuntor se compromete a ocupar o lugar do devedor, contra o pagamento de determinado preço por parte deste. É possível se pensar em hipótese em que o assuntor recebe 50 para assumir

⁹⁹ Trata-se de negócio jurídico unilateral receptício de disposição praticado pelo credor, que dispõe de elemento do próprio crédito (o seu direcionamento contra determinado sujeito) e que, ao consentir no redirecionamento do crédito, desencadeia o binômio liberação relativa (do devedor) + vinculação derivada (do terceiro), o qual está na base da transmissão translativa da posição jurídica débito (cf., acerca destas considerações, o item 6.1 *infra*).

¹⁰⁰ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 376.

uma dívida de 100, já tendo em vista planejamento que lhe permite renegociação de valores com o credor; ou então hipótese em que a negociação de condições diz respeito ao devedor e ao assuntor (o primeiro pagará ao final um preço superior pela dívida ao assuntor, mas em melhores condições). Não há que se cogitar aí de qualquer sub-rogação, nem parcial: o crédito do assuntor não é o crédito do credor, mas sim um novo crédito, derivado do negócio basal da assunção. Por outro lado, como é evidente, a eficácia transmissiva somente advirá com o ato dispositivo do credor, consentindo na mudança subjetiva. Numa visão objetiva, ou *objetificante*, essas operações conduzem, em certa medida, através da atribuição de um valor de troca à dívida, a sua consideração como uma espécie de bem passível de manejo com *positividade*. Quase desnecessário dizer que o regime jurídico aplicável a uma operação de assunção de dívida fundada em um negócio basal oneroso não é idêntico ao regime aplicável em sede de um negócio basal gratuito.

Constituem elementos constantes do ato dispositivo na assunção liberatória de dívida, tanto na modalidade unifigurativa quanto na bifigurativa: (i) manifestação de vontade do credor; (ii) sobre a transmissão da dívida.

2.2.2. Eficácia da assunção de dívida

O contrato entre o terceiro e o devedor, na assunção bifigurativa de dívida, gera, para o terceiro, perante o devedor, o dever jurídico de solver a dívida.

Na seqüência da assunção bifigurativa, é a manifestação de vontade do credor que gera a substituição, que faz com que a dívida seja agora do terceiro assuntor, e não mais do devedor antecedente. A transmissão efetiva da dívida é eficaz liberada pelo ato dispositivo, que é do credor. Por sinal, a manifestação de vontade por parte do credor é *consentimento*, e não *assentimento*¹⁰¹ (é exercício de poder de disposição, e não pode ser suprido judicialmente).

¹⁰¹ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Cessão de dívida*, parecer in *RT* 330, 1963, p. 99.

2.3. Espécies

A assunção de dívida apresenta dois critérios fundamentais de classificação, quais sejam, o da estruturação subjetiva da operação (consoante o qual a assunção pode ser classificada como *unifigurativa* ou *bifigurativa*, na dicção de F. C. PONTES DE MIRANDA) e o da eficácia da operação (consoante o qual a assunção pode ser classificada como *liberatória* ou *cumulativa*).

No que tange ao primeiro critério, a construção de F. C. PONTES DE MIRANDA mostra-se bastante funcional. É preciso, contudo, esclarecer, desde logo, que a *unifiguração* ou a *bifiguração* não se referem a uma expressão do número de sujeitos envolvidos em cada espécie de assunção, mas sim a algo que poderia ser descrito como o número de *tempos*, ou de etapas, em cada modalidade. Nas palavras do autor:

“(a) Assunção de dívida perante pessoa determinada pode ser *entre o assumente e o credor*, então, aquêle se torna devedor em lugar de quem o era. O assentimento do devedor não é de mister. O negócio jurídico tem eficácia entre os figurantes e o devedor está liberado. Pensam alguns (*e. g.*, O. WARNEYER, *Kommentar*, i, 712) que o negócio jurídico entre o credor e o assuntor ou assumente não é desde logo assunção de dívida (= ainda não o é). Seria preciso algum assentimento do devedor. Tal raciocínio revela que se quer simetrização da assunção de dívida entre o assuntor ou assumente e o credor com a assunção de dívida entre assumente e devedor. Ora, a translatividade liberatória da assunção de dívida entre o terceiro e o credor não depende dos mesmos princípios que a translatividade liberatória no tocante à chamada assunção de dívida *bifigurativa*.

(b) Se a assunção de dívida é entre o devedor e quem assume, a eficácia do negócio jurídico em relação ao credor depende de *ratificação* (melhor, *aprovação*) do credor, ou do seu *assentimento prévio*. Antes disso a assunção de dívida alheia é promessa de adimplemento a terceiro, sem qualquer sucessão passiva de dívida. A assunção de dívida é *unifigurativa* (= a um membro, *eingliedring*) ou *bifigurativa* (= a dois membros, *zweigliedrig*), conforme o assuntor ou assumente a conclui com o credor ou com o devedor com a coeficacização pelo credor (respectivamente, *vertical* ou *horizontal*)”¹⁰².

¹⁰² F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 258.

Portanto, na assunção unifigurativa são partes o credor e o novo devedor. Já na modalidade bifigurativa, são partes o devedor original e o assumente, enquanto o credor permanece como terceiro nessa relação, mas manifesta o seu consentimento em ato de disposição.

É preciso, nesse ponto, fazer uma advertência: deve-se tomar cuidado com a utilização dos termos *expromissão* e *delegação* para designar, respectivamente, a assunção de dívida unifigurativa e a bifigurativa, como faz parte da doutrina brasileira¹⁰³. E isso por duas razões. Em primeiro lugar, a *expromissio* e a *delegatio* romanas eram dois institutos de feições muito próprias, e que podiam se prestar, inclusive, à realização de novação subjetiva. O recurso a essas figuras romanas para explicar a assunção de dívida entre nós não se justifica. Em segundo lugar, a adoção dessa terminologia implica séria confusão de conceitos com o sistema italiano da assunção de dívida.

Com efeito, o *Codice Civile* prevê três tipos diferentes de operações jurídicas orientadas a realizar o efeito translativo da assunção de dívida: o *accollo*, a *espromissione* e a *delegazione*. A *espromissione* (art. 1.272) corresponde, aproximadamente, à assunção unifigurativa de dívida, enquanto é a figura do *accollo* (art. 1.273) aquela que corresponde, também aproximadamente, à assunção bifigurativa.

A *delegazione* (arts. 1.268-1271) consiste em uma operação pela qual uma pessoa (*delegante*) incumbe a uma outra (*delegado*) de fazer certa prestação a terceiro (*delegatário*). O art. 1268 do *Codice* descreve o fenômeno em tela como sendo uma atribuição por parte do devedor original (o delegante) de um novo devedor (o delegado) ao seu credor (o delegatário), sendo que o sujeito passivo originário não se beneficia da eficácia liberatória, a menos que o credor assim o declare expressamente. Trata-se de uma operação *trilateral*¹⁰⁴, inconfundível, por isso, com as outras duas modalidades de *assunzione del debito* na Itália.

¹⁰³ A exemplo de O. GOMES. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 219-224.

¹⁰⁴ Cf. A. TOMASSETTI. *L'assunzione del debito altrui*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 62.

Portanto, a disciplina positiva italiana da assunção de dívida, estruturada na tripartição acima exposta, afasta-se do modelo alemão, bipartido, no qual o direito brasileiro se inspira.

No que tange ao segundo critério, a despeito de trazer questões de vital importância, seu exame mais detalhado foge, em determinado ponto, ao âmbito do presente trabalho. Isso porque a assunção cumulativa de dívida não realiza transmissão translativa da posição devedora. Vale-se da estrutura da assunção de dívida para desencadear uma pluralidade subjetiva no pólo passivo, uma *acessão* (vale dizer: uma soma, não uma substituição).

Na assunção cumulativa de dívida não há transmissão translativa do débito, não há sucessão: há, sob o ângulo objetivo das posições jurídicas, a constituição de um novo débito, paralelo, ao qual se vincula o devedor assumente; sob o ângulo subjetivo, o ângulo do pólo passivo da relação jurídica, uma cumulação, um acréscimo, de um sujeito.

2.3.1. Assunção de dívida unifigurativa

A assunção de dívida unifigurativa encontra previsão expressa no § 414 do BGB:

“§ 414 Uma dívida pode ser assumida por um terceiro mediante contrato com o credor, de modo que o terceiro se sub-rogue na posição do devedor anterior”.

No direito brasileiro, a adoção de tal estrutura é possível, com base no poder que o ordenamento jurídico confere aos sujeitos para a realização de contratos atípicos, nos termos do art. 425 CC.

2.3.2. Assunção de dívida bifigurativa

A eficácia da assunção bifigurativa liberatória antes da manifestação de vontade do credor não é a translação, mas sim aquela eficácia própria à assunção cumulativa de dívida: precisamente, a *cumulação*.

Mas qual é a eficácia do contrato entre o devedor e o assuntor *em relação a estes*? É o mesmo que perguntar: qual é o conteúdo da relação entre o devedor e o assuntor, como resultado da operação entre eles entabulada? F. C. PONTES DE MIRANDA o esclarece: antes da manifestação de vontade do credor, o que exsurge da assunção de dívida alheia bifigurativa é promessa de adimplemento a terceiro, sem qualquer sucessão passiva de dívida¹⁰⁵. Trata-se da figura da *assunção de adimplemento (Erfüllungsübernahme)* – aqui como etapa integradora do processo da assunção de dívida bifigurativa liberatória –, através do qual alguém se faz devedor, perante o devedor, de prestar ao credor. O devedor continua devedor; apenas adquire um crédito contra o assuntor do adimplemento¹⁰⁶.

Portanto, esta é a dupla face do contrato entre o devedor e o assuntor na assunção bifigurativa liberatória, enquanto não há a manifestação de vontade do credor: entre o devedor e o assuntor, exprime uma assunção de adimplemento; em relação ao credor, exprime uma assunção cumulativa de dívida.

2.4. Regime positivo brasileiro

2.4.1. Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil (CPC) faz menção à assunção de dívida em seu art. 568, III. Trata-se, portanto, de dispositivo que precede ao advento do Código Civil de 2002. Contudo, é de se reconhecer que tal dispositivo não traz uma disciplina jurídica da figura, mas apenas se limita a fazer referência à questão da legitimidade processual.

¹⁰⁵ *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 258.

¹⁰⁶ *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 261-262.

Assim, parece excessivo o pleito de J. C. BARBOSA MOREIRA, no sentido da primazia do CPC quanto ao trato da assunção no direito brasileiro.

2.4.2. Código Civil

O CC se limitou a regular, no seu art. 299, a assunção de dívida na modalidade bifigurativa. Nos artigos subseqüentes, adota disciplina confusa, que em diversos pontos, pela redação um tanto quanto impenetrável, parece se afastar dos postulados e regras que seriam próprios de uma modalidade de *transmissão* de posição debitória, exigindo do intérprete um esforço de reconstrução. É o caso do art. 302, que prescreve a inoponibilidade das exceções *pessoais* pelo novo devedor, mas sem deixar suficientemente claro quais são as exceções pessoais e quais não são. Por outro lado, falta à disciplina legal uma disposição mais clara acerca do destino das garantias prestadas por terceiros, visto que há apenas uma referência lateral no art. 301, acerca de caso de restauração e de não restauração na hipótese de anulação da substituição.

O art. 299 CC se refere ao consentimento *expresso* do credor como elemento imprescindível à operação de assunção bifigurativa. Teria com isso afastado a possibilidade de consentimento tácito, doutrinariamente sustentada, dentre outros autores, por F. C. PONTES DE MIRANDA¹⁰⁷? J. C. BARBOSA MOREIRA entende que sim, recomendando a observação desse aspecto na interpretação do art. 568, III, CPC¹⁰⁸.

¹⁰⁷ *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 383-384.

¹⁰⁸ *Assunção de dívida: a primazia do Código de Processo Civil*. In: *Revista Forense* 367, 2003, p. 384.

3. SUB-ROGAÇÃO PESSOAL

3.1. Breve histórico

A sub-rogação pessoal encontra raízes históricas em dois institutos romanos, a saber, a *sucessio in locum creditoris* e o *beneficium cedendarum actionum*.

A *sucessio in locum creditoris* consistia em mecanismo pelo qual um credor hipotecário, com graduação em lugar posterior, podia adquirir o lugar de um outro credor hipotecário, posicionado preferencialmente, adimplindo a este o respectivo crédito.

Já o *beneficium cedendarum actionum* representava instituto através do qual os fiadores e outros devedores acessórios, uma vez compelidos pelo credor a adimplir, em virtude de incumprimento pelo devedor principal, podiam exigir do credor que este os sub-rogasse nas *actiones* que lhes competiam contra o devedor. Assim, tais devedores acessórios podiam se valer das referidas ações do credor para se ressarcir do adimplemento por eles realizado.

Esses dois institutos romanos foram reelaborados e mesclados, no antigo direito francês, ao qual se deve o mais importante papel na conformação dogmática da atual sub-rogação pessoal, por força das elaborações de autores como POTHIER e DUMOULIN¹⁰⁹. A partir desta fonte a figura da sub-rogação passou ao *Code Civil* (arts. 1.249 a 1.252), mas não ainda purificada em relação ao conceito de *direito de regresso* – de modo que a sub-rogação em sentido próprio e casos que seriam de atribuição de direito de regresso acabaram partilhando a mesma disciplina.

¹⁰⁹ Cf. C. CROME. *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*. Trad. de A. Ascoli e F. Cammeo. Milano: Società Editrice Libreria, 1908, p. 283-284; J. CARBONNIER *Droit civil IV – Les obligations*. 22. ed. Paris: PUF, 2000, p. 593.

3.2. Perfil contemporâneo. Direito comparado. Análise dogmática: estrutura, função e processo na sub-rogação pessoal

Essa prospecção das origens históricas da sub-rogação pessoal revela quais são as suas constantes: (i) a presença de um pagamento; (ii) a função de reforço da garantia de reembolso de quanto haja dispensado o terceiro para a satisfação do credor¹¹⁰.

A partir daí, pode-se estipular o seguinte conceito de sub-rogação pessoal: processo de transmissão do crédito, do credor originário a um terceiro, no qual a referida transmissão opera com base em (por força de) um adimplemento que este realiza àquele, isto é, a transmissão é ligada a suportes fáticos em que figura o adimplemento, além de outros elementos previstos na hipótese normativa, e cuja função é o reforço de garantia do ressarcimento do terceiro *solvens*.

Indispensável definir se a modalidade de *sub-rogação convencional* prevista no art. 347, I, CC configura autêntica hipótese de sub-rogação pessoal ou se, ao contrário, ela é, na realidade, uma hipótese de cessão de crédito topologicamente deslocada no Código. A favor da primeira tese, J. M. ANTUNES VARELA; a favor da segunda F. C. PONTES DE MIRANDA.

A análise aqui precisa ser coerente tanto do ponto de vista teórico (vale dizer, de uma teoria que harmoniza as figuras transmissivas), quanto do ponto de vista dos pressupostos históricos das figuras em jogo, pressupostos que não podem, em absoluto, ser ignorados.

Historicamente, a hipótese de sub-rogação convencional por vontade do credor enquadra-se, efetivamente, no conceito de sub-rogação. Esse o seu desenvolvimento no direito francês, de onde se propagou. Há a presença do elemento *adimplemento* no suporte fático, e em virtude do adimplemento é que se dá a transmissão. A *vontade* do credor vai até o ponto de indicar o *solvens* como sub-rogado no crédito, *sem maior poder de escolha de categoria jurídica, sem maior poder de configuração dos efeitos decorrentes*.

¹¹⁰ G. LONGO. *Diritto delle obbligazioni*. Torino: UTET, 1950, p. 205.

No direito brasileiro, no entanto, houve peculiaridade. C. BEVILACQUA tomava a figura como uma espécie de cessão de crédito, impressionado talvez pela presença do elemento volitivo no suporte fático¹¹¹. Sua visão passou para o CC/1916, e se manteve no CC/2002, no qual há norma que determina a aplicação *total* das regras da cessão de crédito a essa modalidade de sub-rogação (art. 348). Em virtude desse dispositivo, a rigor, deve ser aplicada à sub-rogação convencional por vontade do credor a norma que estabelece a garantia do cedente (no caso, sub-rogante) quanto à existência do crédito transmitido, o que já se reconheceu na doutrina estrangeira como incompatível com a natureza do instituto da sub-rogação¹¹². Em decorrência, é de se reconhecer que, entre nós, a hipótese de sub-rogação em análise, ainda que conceitual, histórica e estruturalmente pudesse se amoldar ao instituto da sub-rogação pessoal, foi nivelada em regime à cessão de crédito, o que acabou por equiparar os dois institutos.

Quanto à hipótese prevista no art. 347, II, CC, inelutável o reconhecimento de que envolve uma operação eficaz em relação a terceiro (no caso, o credor originário), uma disposição sobre posição jurídica subjetiva creditícia *aparentemente a non domino* por parte do devedor (prevista expressamente pela norma legal). Com efeito, a transferência da posição creditícia é aqui resultante de suporte fático assim composto: mútuo¹¹³ entre terceiro e devedor (com cláusula estipulando a sub-rogação) + adimplemento.

Na realidade, a figura da sub-rogação dita *por vontade do devedor* é fruto de construção histórica no direito francês, a partir de determinados atos legislativos relativamente bem definidos no tempo, e que tinham um escopo de incentivo à circulação econômica. Nesse sentido, os modelos da doutrina, desenhados sobre material jurídico formado sob os influxos de valores políticos e econômicos contingentes, enfrentam grandes dificuldades no intuito de imprimir cientificidade à construção. Pode-se chegar, apenas, à percepção de que, no instante que recebe o adimplemento, o credor é despojado de seu crédito, em virtude da satisfação do seu interesse. Nesse momento, não tem ele mais

¹¹¹ C. BEVILACQUA. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, v. 4, p. 118.

¹¹² C. CROME. *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*. Trad. de A. Ascoli e F. Cammeo. Milano: Società Editrice Libreria, 1908, p. 295.

¹¹³ Conforme lembra F. C. PONTES DE MIRANDA, outro pode ser o negócio jurídico entre o devedor e o terceiro, que não o contrato de mútuo. Ainda que a hipótese *típica* faça referência apenas ao mútuo, há aqui abertura para a autonomia privada, de modo que o caso concreto pode envolver, por exemplo, um contrato de trabalho, ou outra figura (*Tratado de direito privado cit.*, vol. 24, p. 291).

que ver com o crédito, nem com o poder de disposição sobre o crédito que a este acompanha. A lei determina a não extinção do direito, que está vago, e a sua reconexão agora com o interesse do *solvens*, em virtude do ato de vontade praticado precedentemente pelo devedor, o qual produz a sua eficácia *somente* neste momento, e não antes.

3.3. Transmissão vs. extinção na sub-rogação pessoal

O pensamento dos juristas no direito comparado sempre se mostrou desafiado pela presença de *duas cargas* em sede do mecanismo da sub-rogação pessoal: a extintiva e a transmissiva. Diversas teorias foram construídas na tentativa de se explicar o cenário no qual o adimplemento, causa de efeito extintivo no fenômeno obrigacional, convive com a manutenção da relação e a transmissão do crédito, tais como a teoria da transmissão apenas das garantias e acessórios, a teoria da cessão ficta e a teoria da *opération à double face*.

A primeira, a teoria da transmissão apenas das garantias e acessórios, desiste da luta intelectual antes mesmo desta começar. Já começa por negar que haja, em sede de sub-rogação, a transmissão da posição jurídica crédito. Haveria, efetivamente, a extinção do crédito, com a constituição de um novo de conteúdo idêntico (como em um fenômeno novativo), acompanhado do trespasse das garantias. A teoria é, no dizer de H. DE PAGE, artificial¹¹⁴, e sua adoção representaria um passo atrás no estabelecimento de uma diferenciação operacional entre a novação e a transmissão de créditos.

A teoria da cessão ficta resume toda a problemática da sub-rogação a um recurso simplório ao mecanismo da *ficção*: deve-se assumir no instituto uma ficção de cessão de crédito. Igualmente artificial, esta teoria peca por desconsiderar a possibilidade de aspectos de regime distintos entre a cessão de crédito e a sub-rogação pessoal.

A teoria da *opération à double face* afirma que, no que toca à ligação entre o sub-rogado e o devedor, a sub-rogação se apresenta como uma *cessão ficta*, e no que tange à ligação entre o sub-rogado e o credor, o mesmo instituto funciona como um modo comum de adimplemento. A teoria tenta abordar de modo separado o que se passa no pólo

¹¹⁴ H. DE PAGE. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Bruylant, 1967, v. 3, p. 558.

ativo e no pólo passivo da relação obrigacional, sendo que justamente pela falta de uma consideração orgânica da relação obrigacional estava fadada ao fracasso.

Evidente que a questão ora em exame foi, por vezes, mal posta. O início da sua adequada resolução passa por uma compreensão mais apurada das conexões entre o fenômeno econômico e o jurídico, bem como pelo aproveitamento do conceito de *interesse* (veja-se o item 4.1 da presente dissertação).

Com efeito, o que ocorre na sub-rogação pessoal é a eficácia satisfativa do interesse do credor por parte do adimplemento, mas não a eficácia extintiva do crédito. O adimplemento realizado por terceiro atende ao interesse do credor, satisfaz esse interesse, de modo a retirá-lo de dentro do direito de crédito, que é a sua *armadura jurídica*¹¹⁵; contudo, por força da previsão na norma legal, o interesse do terceiro passa a vestir aquele crédito, com seus defeitos e qualidades (a ligação entre o interesse e o direito de crédito, aqui, pode ser realmente bem representada pela imagem da *luva que veste a mão*: o crédito – a *luva* – deixa de vestir o interesse do credor, e passa a vestir o interesse do sub-rogado). Não há eficácia extintiva do adimplemento quanto ao crédito, nem quanto ao débito, nem quanto à relação jurídica obrigacional como um todo – há apenas retirada do interesse do credor *de dentro* do crédito, e colocação de um novo interesse (do terceiro) em seu lugar, transmitindo-se, assim, o crédito. Há satisfação (do interesse do credor) sem liberação (do devedor).

A percepção de F. C. PONTES DE MIRANDA já alcançara tal caracteriza, ao afirmar o autor que no instituto do adimplemento com sub-rogação conjugam-se regras jurídicas atinentes à cessão de crédito e regras jurídicas atinentes ao adimplemento. Com relação à cessão de crédito, falta o aspecto da *outorga*: o credor, que recebeu o pagamento, nada cede. Com relação ao adimplemento, falta a eficácia de liberação própria do adimplemento feito pelo devedor: quem adimple satisfaz e libera-se; no adimplemento com sub-rogação, satisfaz-se sem se liberar o devedor. A relação jurídica obrigacional continua, mudado o credor, sem que ocorrido cessão¹¹⁶.

¹¹⁵ A expressão é de I. GALVÃO TELLES (*Teoria geral do fenômeno jurídico sucessório*. Lisboa: s.e., 1944, p. 21).

¹¹⁶ *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 24, p. 285.

Mesmo em França, a doutrina mais moderna analisa o instituto da sub-rogação pessoal preferencialmente entre os mecanismos de transmissão a título particular¹¹⁷.

3.4. Regime positivo brasileiro

Existe, no direito positivo brasileiro, uma regra geral de sub-rogação pessoal legal colocada para qualquer adimplemento realizado por terceiro *interessado*, *em seu próprio nome* (art. 305 CC, *a contrario sensu*)¹¹⁸. Não se trata, no entanto, de regra geral para o adimplemento realizado por terceiro¹¹⁹.

¹¹⁷ GHESTIN, Jacques; BILLIAU, Marc; LOISEAU, Grégoire. *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*. Paris : LGDJ, 2005, p. 387-407.

¹¹⁸ Cf. J. MARTINS-COSTA. *Comentários ao novo Código Civil, vol. V, t. I: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 491-492. Sobre a força de uma tal regra no direito francês, J. MESTRE. *La subrogation personnelle*. Paris: LGDJ, 1979, p. 148 e ss.

¹¹⁹ Em matéria de sujeitos habilitados a efetuar o adimplemento, são possíveis cinco situações diferentes (cf., para fins de comparação, análise similar em F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado cit.*, v. 24, p. 95 e ss.):

(i) *Adimplemento pelo devedor*.

(ii) *Adimplemento por terceiro juridicamente interessado* (art. 304, caput). É cabível, independentemente da oposição do devedor (esta não torna o adimplemento ineficaz) e do credor (salvo dívida personalíssima). O terceiro pode se valer dos meios conducentes à exoneração do devedor. Implica sub-rogação legal nos poderes do credor. Exemplo: o fiador. É relevante observar que F. C. PONTES DE MIRANDA distingue entre (a) o terceiro com interesse no adimplemento (= suporte fático do caput do art. 304) e (b) terceiro legitimado em razão de ter *direito de adimplir* (ou de resgate). No primeiro caso, a recusa do credor em receber importa em mora deste perante o devedor, em princípio, mas pode haver oposição do devedor a que o terceiro interessado adimpla: então, se o credor recebe, extingue-se o débito; se não recebe, por haver ciência da oposição do devedor, não incorre em *mora accipiendi* (como regra, salvo se se puder entender que era irrevogável a permissão do devedor) – mas aqui nos parece que o terceiro poderá usar os meios coercitivos. No segundo caso, a oposição do devedor é inoperante, pois não se pode ferir o direito do terceiro: o credor não pode recusar-se a receber a prestação, pois incorreria, a despeito da oposição do devedor, em *mora accipiendi*.

(iii) *Adimplemento por terceiro com interesse econômico*. Trata-se aqui de discutir a extensão do conceito de terceiro interessado (cf. O. GOMES).

(iv) *Adimplemento por terceiro não interessado em nome e à conta do devedor* (art. 304, parágrafo único). É cabível, ressalvada a oposição do devedor. O terceiro pode se valer dos meios conducentes à exoneração do devedor. Não implica sub-rogação legal nos poderes do credor. Configura uma liberalidade, não conferindo ao terceiro o direito de reembolso (não haveria enriquecimento sem causa, mas *causa donandi*). Os exemplos aqui são dados pelo adimplemento por um amigo ou parente. Duas observações importantes devem ser feitas. Em primeiro lugar, conforme observações de W. BARROS MONTEIRO, S. VENOSA e O. GOMES, esta hipótese comporta duas configurações diversas: (i) o terceiro paga por *simples liberalidade*, caso em que nada poderá pleitear, posteriormente (não se presume esta hipótese, devendo ser provada!); (ii) o terceiro paga agindo como *gestor de negócios* do devedor, e nesse caso há que se reconhecer que ele tem direito de reembolso frente ao devedor (com base na vedação do enriquecimento sem causa). A análise das circunstâncias do caso concreto revelará de qual caso se trata. Em segundo lugar, aqui nesta hipótese o credor pode ser compelido a receber, a menos que haja oposição do devedor, quando então poderá optar entre receber ou não (optando por não receber, não poderá ser forçado).

(v) *Adimplemento por terceiro não interessado em nome próprio, ou não por conta do devedor* (art. 305). É cabível (cf. art. 305 CC), independentemente da oposição do devedor (pelo que consta). Não fica claro, em um primeiro momento, pela interpretação do parágrafo único ao art. 304, se o terceiro pode se valer dos meios conducentes à exoneração (nesse sentido: CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA). Não implica sub-

Para além desta regra geral, situada no âmbito do capítulo referente ao pagamento, o CC traz um capítulo especificamente voltado ao instituto do pagamento com sub-rogação, no qual são veiculadas cinco hipóteses particulares – três hipóteses de sub-rogação legal, e duas hipóteses de sub-rogação convencional.

O CC faz a diferenciação entre sub-rogação e deferimento de simples pretenção ao regresso, sendo este último o efeito do adimplemento por parte do co-devedor solidário, em relação aos demais co-devedores (art. 283).

O art. 351 CC consagra a regra *nemo contra se subrogasse censetur* – a transmissão parcial do crédito não pode se operar em contrariedade à posição do sub-rogante, de modo que este (assim como seu cessionário) tem preferência ao sub-rogado no caso de insolvência do devedor.

rogação legal nos poderes do credor. Confere ao terceiro o (singelo) direito de reembolso. O exemplo escolar é dado pelo caso do indivíduo que quer se tornar credor do devedor (S. VENOSA menciona o caso do inimigo que assim procede). Observação importante a ser feita é que, aqui, o credor não pode ser compelido a receber (se se entende que ele não pode usar os meios coercitivos), mas pode receber, se quiser. Se houver oposição do devedor, esta servirá para, nos termos do art. 306, excluir o dever de reembolso pelo devedor quando este tinha meios de ilidir a ação do credor.

SEGUNDA PARTE – INTERFACES

4. TEORIA GERAL DO DIREITO PRIVADO E TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES

4.1. Teoria geral da relação jurídica

Examinados os mecanismos jurídicos particulares pelos quais se operacionaliza a transmissão de posições jurídicas no direito das obrigações, é chegado o momento de integrar estes estudos parcelares ao cenário mais amplo das teorias gerais.

O recurso a teorias gerais é profícuo no que tange ao objetivo de situar os mecanismos até aqui estudados tanto no âmbito do sistema jurídico privado positivo quanto no do modelo científico a ele subjacente, bem como no que toca ao objetivo de proceder ao isolamento dos pontos de aproximação e de diferenciação entre as diversas modalidades do fenômeno da transmissão obrigacional.

Nesse contexto, é importante observar desde logo que a teoria geral do direito privado contemporânea continua apoiada nas grandes construções conceituais da Pandectística¹²⁰, particularmente em três construções: (i) a teoria geral da relação jurídica; (ii) a teoria do negócio jurídico; (iii) a teoria da pessoa em sentido jurídico. Nas universidades européias, ainda hoje, estes conceitos recebem enorme valorização (a despeito de haver também alguma superação, e relativização do seu emprego como método

¹²⁰ Os juristas alemães se referem a três momentos brilhantes, ou *momentos gloriosos*, na história jurídica universal. São eles: (i) a jurisprudência clássica, à época do Imperador Augusto, na Roma Antiga; (ii) a Escola dos Glosadores e Comentaristas, em Bolonha, no século XI; (iii) a Escola Pandectista Germânica, do final do século XVIII até a Primeira Guerra Mundial. Alguns ainda inserem um quarto momento nesta relação, o jusracionalismo europeu dos séculos XVII e XVIII (cf. F. WIEACKER, *História do direito privado moderno*, p. 279-280 e 716-717). Foi durante esses momentos que a experiência do direito, e o pensamento dos juristas, mais estiveram conectados com o seu tempo, e com a sociedade.

de solução de problemas¹²¹) – bastando ressaltar que a teoria geral da relação jurídica é ensinada de forma especialmente apartada.

Os nomes de três pandectistas, em especial, são conhecidos por qualquer estudioso do direito cujo sistema pertença à família romano-germânica, tal a influência que exerceram sobre a ciência, e mesmo sobre a conformação de ordenamentos positivos posteriores. São os nomes de F. K. VON SAVIGNY, B. WINDSCHEID e R. VON JHERING.

Os pandectistas voltaram seus esforços à construção de um sistema científico, valendo-se, para tanto, de modelos generalizantes capazes de propiciar uma maneira de pensar autenticamente jurídica¹²². E talvez o grande feito destes juristas esteja, conforme destacado por A. TOMASETTI JR.¹²³, na construção da teoria geral da relação jurídica.

Partindo da compreensão de que as relações entre os seres humanos podem interessar ou não ao direito, sendo que a finalidade deste é o regramento dos casos em que se verifiquem – atual ou potencialmente – situações de conflito, esta teoria descreve que as mais variadas relações humanas *que interessam ao direito* são essencialmente redutíveis a um modelo abstrato (e *geral*), que se compõe de quatro elementos – *os quatro elementos da teoria geral da relação jurídica*.

Assim, esses elementos são: (i) os *sujeitos* da relação (que figuram em seus respectivos pólos, as extremidades da relação); (ii) o *objeto* da relação (que figura no centro da relação entre os dois sujeitos, e se identifica, necessariamente, com algum comportamento humano, incidente sobre bens de natureza material ou imaterial); (iii) o *fato jurídico constitutivo* da relação; (iv) a *garantia* da relação (que consiste, na realidade,

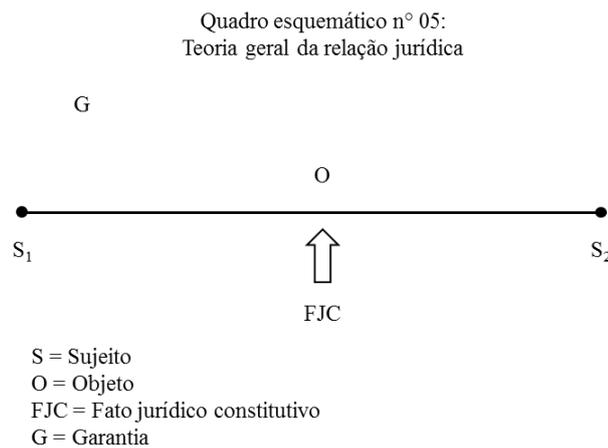
¹²¹ Sobre críticas ao modelo da relação jurídica e propostas para sua reformulação, cf. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil – Teoria Geral – Volume III – Relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002.

¹²² As influências recebidas pelos pensadores pandectistas nesta tarefa vão desde o exame fundamental das *pandectas* (nome grego correspondente ao Digesto – sabidamente a parte mais rica do *Corpus Iuris Civilis* – e através do qual essa linhagem de juristas passou a ser conhecida), passando pela filosofia kantiana (com os conceitos kantianos de liberdade), pela descoberta das tradições jurídicas regionais e (criticamente) do pensamento do direito natural, até os termos da ideologia capitalista em consolidação. Nesse sentido, corroborando a tese de múltiplas bases do pensamento pandectista, F. WIEACKER esclarece, especificamente acerca da filosofia kantiana, que “as definições de direito subjectivo, de autonomia privada, de negócio jurídico e de vontade negocial dadas por Savigny correspondem à exigência posta por Kant daquela liberdade que pudesse coexistir com a liberdade de todos os outros” (*História do direito privado moderno cit.*, p. 428).

¹²³ *Compilação de aulas da disciplina Tipos Contratuais Gerais, ministradas no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 2004*.

no conjunto de todos os mecanismos que o ordenamento jurídico coloca à disposição dos sujeitos para a proteção do conteúdo da relação)¹²⁴.

O quadro a seguir traz a imagem da teoria, com a ordenação de seus elementos:



Funcionalmente, a relação jurídica foi pensada (o que nem sempre foi percebido pelos estudiosos posteriores) como um mecanismo material de composição de lides. A questão é posta em relevo por C. A. MOTA PINTO,

Portanto, a relação jurídica não é meramente uma ferramenta de descrição... ela é um mecanismo cuja utilização é capaz de propiciar composição, acertamento, de interesses em oposição.

A teoria geral da relação jurídica teve enorme penetração no pensamento jurídico subsequente à sua elaboração. Além de passar a ser referida pela generalidade da doutrina como conceito chave para a compreensão do sistema externo (o sistema da ciência do direito), foi também utilizada como critério para a organização de elementos do próprio sistema interno, através do seu emprego como índice de estruturação da legislação em

¹²⁴ Cf. M. A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1998, v. 1, p. 19 e ss.

diversos países. Especificamente no que tange ao direito brasileiro, por influência de A. TEIXEIRA DE FREITAS – o qual pode, inclusive, ser considerado um representante da linha pandectista de idéias no Brasil¹²⁵ – a relação jurídica serviu como conceito subjacente ao arranjo estrutural do Código Civil de 1916 (situação que se manteve no Código Civil de 2002).

Com efeito, a divisão do Código Civil de 1916 em uma Parte Geral e uma Parte Especial, bem como a divisão dos títulos constantes de cada uma das referidas partes, têm por trás de si a teoria geral da relação jurídica, com seus quatro elementos¹²⁶. Isso fica claro a partir da observação das denominações dos títulos da Parte Geral: o Título I – Das pessoas – corresponde aos sujeitos da relação jurídica (primeiro elemento); o Título II – Dos bens – corresponde ao objeto da relação (segundo elemento); o Título III – Dos fatos jurídicos – corresponde ao fato jurídico constitutivo da relação (o terceiro elemento). Quanto ao quarto elemento, a garantia, é interessante notar que o Código Civil de 1916 trazia referência direta também a ele, através do disposto em seu art. 75: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”. Trata-se, aí, do conceito de ação *em sentido material*, tão raramente compreendido no Brasil, com exceção da obra de F. C. PONTES DE MIRANDA, e que é coextensivo ao conceito de garantia da relação jurídica¹²⁷.

Nesses termos, é perceptível que a Parte Geral, nos dois códigos civis brasileiros, corresponde a nada mais do que a aplicação da teoria geral da relação jurídica, tal como concebida pela Pandectística alemã, a um sistema de direito positivo. As divisões

¹²⁵ Não é raro atribuir-se a A. TEIXEIRA DE FREITAS um papel original na construção da diferenciação entre uma parte geral e uma parte especial em matéria de ordenação civil, haja vista a divisão por ele empregada em sua Consolidação das Leis Civis (1858). Contudo, ao lado do fato de que o próprio jurista jamais reivindicou este papel para si, cumpre assinalar que já se encontra na obra de F. K. VON SAVIGNY esse princípio sistematizador. Há, no entanto, originalidade de A. TEIXEIRA DE FREITAS no que tange à aplicação de tal princípio a um diploma de direito positivo. O Código Civil brasileiro de 1916 – nesta parte seguindo a tradição que se acaba de mencionar – esteve, quando do seu surgimento, entre os melhores do seu tempo, por aplicar a um sistema de direito positivo o critério de separação entre parte geral e parte especial.

¹²⁶ Conforme lição de A. TOMASETTI JR. (Compilação de aulas da disciplina Tipos Contratuais Gerais, ministradas no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 2004).

¹²⁷ Enquanto no Código Civil brasileiro de 2002 não foi repetida a regra expressa correspondente ao art. 75 do Código de 1916, o Código Civil português contém um subtítulo inteiro ligado à idéia de garantia das relações jurídicas (o Subtítulo IV – Do exercício e tutela dos direitos –, dentro do Título II – Das relações jurídicas – da Parte Geral; especialmente, o Capítulo I – Disposições gerais – do Subtítulo IV). Isso é indício de que o conceito de garantia é sistematicamente fundamental; de fato, a ausência de um texto expresso como o do art. 75 do CC 1916 no CC 2002 não significa que o conceito de garantia tenha sido retirado do sistema jurídico brasileiro, até porque as repercussões e aplicações do conceito estão verdadeiramente entranhadas no ordenamento (basta conferir as regras expressas sobre legítima defesa e estado de necessidade (art. 188 do CC de 2002), sobre desforço imediato na proteção da posse (art. 1.210, § 1º, do CC de 2002), dentre outras.

da Parte Geral são produto desta aplicação da teoria da relação jurídica como um critério de arranjo estrutural. A Parte Especial, por seu turno, corresponde a um autêntico catálogo de relações jurídicas em espécie; um agrupamento das principais categorias de relações jurídicas privadas identificáveis nos séculos XIX e XX, à época do Código de 1916 (*relações de direito das coisas, relações de direito das obrigações, relações de direito de família e relações de direito das sucessões*), que o Código de 2002 tentou atualizar para o seu próprio tempo (inclusive, também, com a inserção das *relações jurídicas de direito de empresa*, na esteira de promover a unificação parcial do direito privado). Novamente, a observação das denominações dos títulos da Parte Especial (seja do Código de 1916, seja do Código de 2002) é extremamente reveladora.

Após a segunda guerra mundial, juristas alemães, inspirados em idéias protestantes e católicas, bem como na filosofia de KANT e HEGEL, dentre outras fontes, constituíram uma linha de pensamento jurídico a que se pode denominar *personalismo ético*¹²⁸. Trata-se de uma linha ética, que se liga também à Igreja Católica (bastando referir o mandamento “*amar o próximo como a si mesmo*”). Esses juristas protestantes alemães deram grande contribuição à teoria da relação jurídica.

O ponto de partida foi a filosofia de KANT. Para este filósofo, os seres irracionais correspondem às *coisas*, e estas são simples meios para a realização de certos fins. Por outro lado, os seres racionais são as pessoas. A pessoa pode ser considerada como um fim em si mesmo; não pode ser utilizada como meio. Com base nessa ordem de idéias, constrói KANT o seu imperativo ético fundamental: “Aja de tal modo que no seu relacionamento com a humanidade nunca se esquecendo de te respeitares como pessoa, bem como aos outros como pessoas iguais a ti”. O fundamento do imperativo ético kantiano é a razão: ele retira a sua força da possibilidade, da capacidade de ser racionalmente conhecido pelo homem. Daí se extrai o valor absoluto do homem: a sua *dignidade*. Em HEGEL, por outro lado, já se encontra a formulação do imperativo em termos de um imperativo *jurídico* fundamental: “sê pessoa, e respeita aos outros como pessoa”.

¹²⁸ Cf. KARL LARENZ. *Derecho civil – parte general*. Trad. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, p. 44 e ss.

A linha jurídica do personalismo ético, então, deu margem ao surgimento do conceito de *relação jurídica fundamental*, concebido como essencial à juridicidade. Estruturalmente, a relação jurídica fundamental tem, em seu pólo ativo, o sujeito ativo universal (a universalidade das pessoas humanas); em seu pólo passivo, igualmente, figura o sujeito passivo universal. Quanto ao fato jurídico constitutivo dessa relação, ele se associa aos nascimentos com vida das pessoas humanas, a partir dos quais estas são inseridas no âmbito da relação fundamental. Quanto ao objeto da relação, é dado por comportamentos orientados ao respeito à dignidade da pessoa humana. Finalmente, no que concerne à garantia da relação, ela pode ser considerada como equivalente à totalidade do ordenamento jurídico que esteja sendo tomado como referência.

A relação jurídica fundamental passa a ser, então, uma espécie de *filtro* de todas as demais relações jurídicas: não se pode admitir como *relação jurídica* algo que vá contra a relação jurídica fundamental, mesmo que uma norma sobre ela incida. No Brasil, houve inclusive a positivação da categoria, através da consagração do princípio constante do art. 1º, III, da Constituição Federal.

Há, ainda, duas noções complementares à noção de pessoa em sentido ético: (i) a noção de esfera jurídica; (ii) a noção de patrimônio.

Esfera jurídica é o complexo de posições jurídicas subjetivas ativas e passivas, elementares e complexas, patrimoniais e não patrimoniais, de que é titular determinada pessoa pela atribuição que faz o ordenamento jurídico pelo simples fato desta pessoa ser pessoa¹²⁹. Toda pessoa é titular de uma esfera jurídica. Trata-se, evidentemente, de um conceito instrumental, metafórico.

Já o patrimônio se revela como um setor da esfera jurídica – precisamente o setor a que se denomina *patrimonial*. Consiste no conjunto de posições jurídica subjetivas ativas e passivas, simples e complexas suscetíveis de valoração econômica e expressão pecuniária¹³⁰.

¹²⁹ A. TOMASETTI JR. *Compilação de aulas da disciplina Tipos Contratuais Gerais, ministradas no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 2004.*

¹³⁰ Cf. o capítulo 5 do presente trabalho.

Assim, às categorias de relação jurídica cristalizadas em fins do século XIX, veio a se somar essa nova categoria, a da relação jurídica fundamental, que se eleva sobre as demais.

Diante do que se disse até agora, resta evidente o fato de que uma teoria tão enraizada em nosso sistema não pode ser desprezada, mas ao contrário, precisa ser adequadamente dominada pelos intérpretes/aplicadores, sob o risco de se desvirtuar os institutos e sub-teorias que dela partem. É assim com a própria idéia de sucessão, tomada como sucessão em uma relação jurídica (sucessão singular) ou em um conjunto (potencial) de diversas relações (sucessão universal).

A análise até aqui exposta revelou algo sobre a estrutura da relação jurídica. Contudo, para a plena compreensão do seu conteúdo (que se exprime nas denominadas *posições jurídicas subjetivas*) é preciso agregar algumas considerações de ordem funcional – ligadas, inclusive, à função do direito (enquanto fenômeno e enquanto ciência). E aqui a contribuição de F. CARNELUTTI merece o adjetivo de brilhante.

Se a economia é a ciência da escassez, o direito é a ciência que se liga ao conflito, aos choques intersubjetivos que surgem do fato de que sempre haverá mais interessados, sempre haverá mais interesses, do que bens¹³¹. Surge, aí, um primeiro conceito fundamental na teoria de F. CARNELUTTI, que é o conceito de *interesse*. Adotado operacionalmente, o conceito de interesse na obra do autor é definido como a propensão à realização de uma necessidade própria ou alheia¹³².

A satisfação de um dos interessados, no entanto, prejudica aos outros interessados. Surge, então, o segundo conceito fundamental na teoria de F. CARNELUTTI: o de *conflito (intersubjetivo) de interesses*. Este existe sempre que os titulares de interesses excludentes entre si pretendem a obtenção de um mesmo bem para si próprios, excluindo aos demais. A degeneração do conflito de interesses leva à ocorrência de *lide*. Tal degeneração, como é cediço, pode ser grotesca, ocasionando um estado de guerra, como a história da humanidade dá tantos testemunhos. É, precisamente, o conceito de *lide* o

¹³¹ Esta explicação não é dissonante do conceito de direito (enquanto fenômeno, não ciência) de F. C. PONTES DE MIRANDA: *processo de adaptação social*.

¹³² *Teoria generale del diritto*. 3. ed. Roma: Foro Italiano, 1951, p. 11-14.

terceiro conceito fundamental da visão carneluttiana. Lide é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, ou não satisfeita. Caracteriza-se a lide por esse aspecto, qual seja, o da *resistência*.

Da noção de lide se extrai, finalmente, o quarto conceito fundamental na construção de F. CARNELUTTI: o de *pretensão*¹³³, tão essencial à ciência do direito. De plano, fica evidente que *interesse* e *pretensão* não se confundem: enquanto o primeiro consiste na *propensão à realização de uma necessidade*, a segunda exprime uma *exigência de subordinação do interesse de outrem ao próprio*. E é assim, desse modo, que se deixa antever, na obra de F. CARNELUTTI, aquela que é a primeira posição jurídica subjetiva ativa elementar: a pretensão.

Mas antes de prosseguir com o exame das posições jurídicas subjetivas, é necessário frisar alguns aspectos do modelo ora perscrutado. Nos termos deste modelo, em toda relação jurídica existe um bem (objeto). Existem, igualmente, dois ou mais sujeitos com interesses conflitantes (ao menos no modelo ideal). Em face do conflito de interesses, para evitá-lo, o ordenamento jurídico escolhe, seleciona quem será o portador do interesse privilegiado e quem será o portador do interesse subordinado. Para isso, o ordenamento atribui um *poder jurídico* ao portador do *interesse dominante*¹³⁴. Este se torna o sujeito ativo da relação, titular de um poder jurídico.

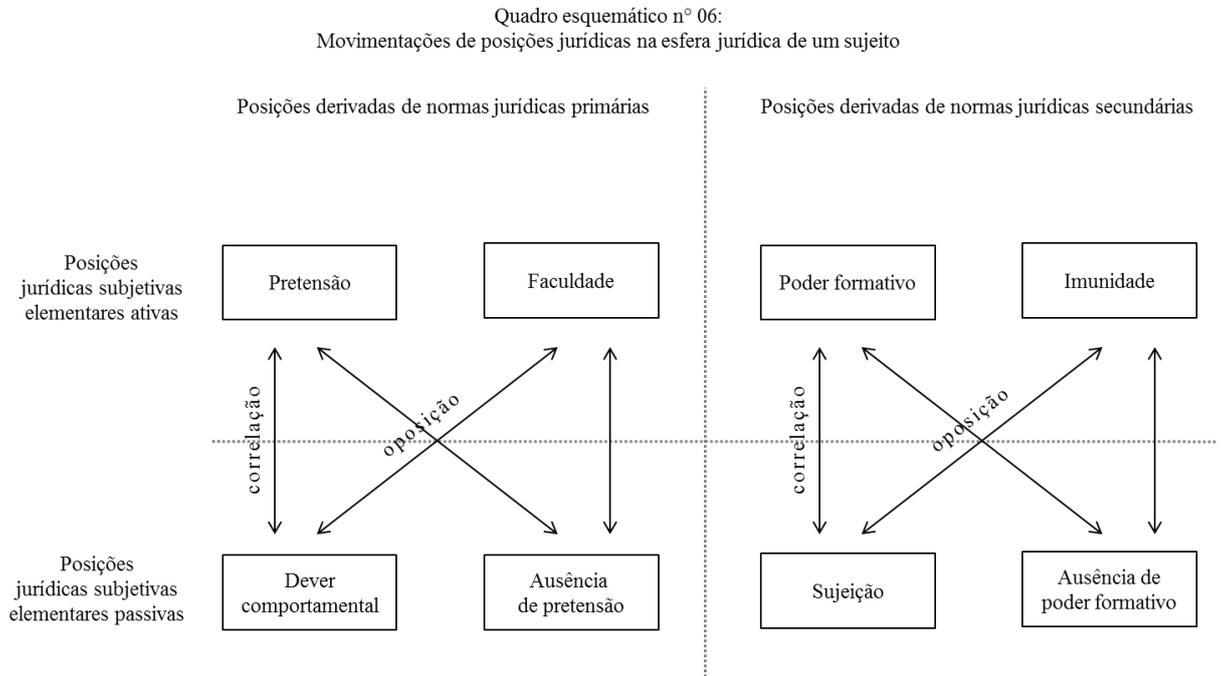
Nesse ponto, devem ser examinados os ulteriores desenvolvimentos agregados à teoria geral da relação jurídica. E aqui se destacam os estudos de W. N. HOHFELD acerca das formas diversas que assumem as posições jurídicas subjetivas¹³⁵. Tais estudos, a despeito de realizados no âmbito da *Common Law*, exerceram influência sobre os mais variados autores, de tal o pode analítico da visão de W. N. HOHFELD – de A. ROSS (que se

¹³³ Cf. o conceito de pretensão (*Anspruch*) em B. WINDSCHEID (*Diritto delle pandette*. Trad. de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1925, vol. 1, p. 121-125), harmonioso com o que aqui se expõe.

¹³⁴ Mostra-se aqui a utilidade, ainda atual, do conceito de direito subjetivo como *interesse juridicamente protegido*, de R. VON JHERING, a despeito da necessidade de ser revisto com os ulteriores desenvolvimentos da ciência do direito (cf. J. OLIVEIRA ASCENÇÃO. *Direito civil – Teoria Geral – Volume III – Relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 9-345).

¹³⁵ Cf. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. New Haven: Yale University, 1923, p. 1-420. Há edição (parcial) em espanhol, com preciosa introdução de G. CARRIO (*Conceptos jurídicos fundamentales*. Trad. de Genaro Carrió. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p. 7-87). Sobre a importância de W. N. HOHFELD para o pensamento jurídico norte-americano, cf. D. KENNEDY e W. FISHER (orgs.). *The canon of american legal thought*. New Jersey: Princeton University, 2006, p. 47-54.

encarregou de propagar o pensamento de HOHFELD no direito escandinavo, e europeu em geral)¹³⁶ a R. ALEXY¹³⁷; de H. HART a G. LUMIA (que procurou avançar no estabelecimento de um sistema lógico de posições jurídicas subjetivas)¹³⁸. É encontrado na obra de G. LUMIA o quadro esquemático que se segue, baseado no pensamento de W. N. HOHFELD:



Este quadro pode ser explicado nos termos que se seguem.

H. HART introduziu na teoria geral do direito positivo uma distinção fundamental: a dicotomia entre norma jurídica primária e norma jurídica secundária. A distinção entre elas, como é cediço, não se faz pelo grau de relevo para o sistema: ambas apresentam a mesma importância¹³⁹. Normas primárias são aquelas que regulam um determinado comportamento humano. O objeto dessas normas é o regramento, a disciplina do comportamento humano. Normas secundárias são aquelas cujo objeto é o regramento, a regulação, de outras normas. É devido a uma tradição de juristas – que inclui entre suas

¹³⁶ *Direito e justiça*. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000, p. 192 e ss.

¹³⁷ *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 209 e ss.

¹³⁸ *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 102-123 (trad. port., com adaptações e modificações, de Alcides Tomasetti Jr., *Teoria da relação jurídica*, 1999, mimeo).

¹³⁹ A distinção não é valorativa. Talvez na doutrina de H. KELSEN as secundárias sejam mais importantes.

fileiras B. WINDSCHEID, H. KELSEN, H. HART, N. BOBBIO e A. ROSS – o desenvolvimento das bases desta dicotomia, bem como das bases do conceito de *posições jurídicas*. Grande poder de análise e síntese de todas as posições jurídicas que um indivíduo pode assumir - foi o que se tentou construir com base no pensamento desses autores da *civil law*¹⁴⁰ – ao mesmo tempo em que esforço semelhante fora engendrado, no âmbito da *common Law*, por autores de orientação analítica, como W. N. HOHFELD (cujo pensamento é a base utilizada por G. LUMIA para o quadro de posições jurídicas acima trazido). Nesse quadro, há quatro posições jurídicas ativas: pretensão e faculdade (deduzidas das normas primárias); poder formativo e imunidade (deduzidas de normas secundárias). Há, ainda, quatro posições jurídicas passivas: dever comportamental e ausência de pretensão (deduzidas de normas primárias); sujeição e ausência de poder formativo (deduzidas de normas secundárias). Ao titular do interesse predominante o ordenamento jurídico atribui uma posição jurídica ativa; ao titular do interesse subordinado, impõe uma posição jurídica passiva.

O conceito de pretensão é coextensivo ao de F. CARNELUTTI: trata-se de um poder exigir. O sujeito ativo na teoria da relação jurídica é o titular do interesse predominante, protegido. Logo, sempre que este sujeito, nessa posição, tem uma pretensão, pode exigir um dever comportamental de outrem. No caso do direito de domínio (ou propriedade plena), *e.g.*, sobre um barco, o titular do domínio tem a pretensão à exclusão de todos os demais sujeitos quanto a esse direito. O sujeito passivo é o denominado sujeito passivo universal (todos os demais sujeitos, numa abstração um tanto quanto artificial, mas funcional), sobre quem incide um dever comportamental.

A faculdade, por outro lado, é *quase* um poder de fato. Um poder de forte característica fática, e que exprime aquela noção de *liberdade* no sentido dos pensadores modernos: liberdade de fazer ou deixar de fazer o que se quiser. A faculdade só pode ser exercida na ausência de pretensão de um outro sujeito. Exemplo de faculdade pode ser dado pela faculdade de uso da coisa, no direito de domínio (por sinal, a posição jurídica que mais ressalta nesse direito).

¹⁴⁰ Os esforços foram empreendidos por diversos juristas, e resultaram em variados arranjos. Para um modelo alternativo, cf. P. ROUBIER. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963, p. I-446.

Tanto pretensão quanto faculdade são posições jurídicas subjetivas (isto é, exercidas por sujeitos em relação) que derivam de normas primárias, na medida em que essas normas, que regulam diretamente o comportamento humano, as confere aos indivíduos.

A parte do quadro atinente às posições derivadas de normas secundárias é a mais complexa. Dá-se um exemplo de poder formativo: o poder formativo constitutivo que pode decorrer de uma procuração para venda de imóvel. O titular desse poder é o procurador. Vendendo perfeitamente, coloca o procurante na posição de sujeição. Se for revogada a procuração, a alteração é na *relação jurídica*.

O poder formativo é um poder de afetar a esfera jurídica de outro sujeito, um poder de caráter marcadamente jurídico. Pode-se considerar extraído de normas secundárias (normas que regulam outras normas) na medida em que a sua mecânica corresponde àquela própria de *dar normas a outrem, que fica sujeito à sua incidência*. Não à toa que o a autonomia privada, concebida enquanto um *poder de autonomia privada*, pode ser enquadrado, consoante uma visão, como poder formativo. O poder formativo é tratado por F. C. PONTES DE MIRANDA sob a denominação usual de *direito formativo*¹⁴¹. Trata-se de poder exclusivamente jurídico. É nisso que o poder formativo difere da pretensão: opera modificação no plano puramente jurídico, não comportamental. Não há dever atribuído ao *alter*. Há sujeição do outro, e isso é tudo de que o sujeito ativo (titular do interesse dominante) precisa. Não precisa que o sujeito passivo faça ou deixe de fazer qualquer coisa.

Finalmente, a imunidade é uma posição jurídica ativa que confere ao seu titular a possibilidade de não ser tocado pelo poder formativo de outrem. Diz-se, nesse caso, que

¹⁴¹ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 5, p. 302 e ss. Há autores que se referem a essa posição jurídica como *direito potestativo*, expressão que colide com a idéia de que o poder formativo é um poder inserto no direito subjetivo, e não uma posição que seja do seu mesmo nível, esteja ao seu lado no quadro das posições jurídicas. Em verdade, na Alemanha e no direito europeu de um modo geral, a questão está longe de ser pacífica. Adotando (não de modo acrítico) a concepção de que o poder formativo é uma posição jurídica elementar que se pode considerar interna à posição complexa direito subjetivo, cf. L. CABRAL DE MONCADA. *Lições de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 66-68 e 390. Em sentido contrário, R. VANZELLA menciona a “metáfora da pedra”, desenvolvida por P. OERTMANN, segundo a qual, do mesmo modo que a força que movimenta uma pedra não está contida na própria pedra, mas na mão que a arremessa, o poder de dispor (*que é um poder formativo*) não pode estar inserido *dentro* do direito subjetivo a que se refere, senão fora deste, tomando a este como objeto (*objeto de direito de segundo grau*). Cf. Numerus Clausus *dos direitos reais e autonomia nos contratos de disposição*. Tese de doutorado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 72-73.

o sujeito está imune a que outro ou outros sujeitos possam operar modificações em sua esfera jurídica. Pode-se dar como exemplo a imunidade eficaz absoluta do proprietário de um bem com relação a atos e negócios jurídicos inoperáveis *a non domino*¹⁴².

O que representam as posições jurídicas no âmbito da relação jurídica? Elas são, precisamente, o *conteúdo* da relação (que não deve ser confundido com o seu objeto). O entrelaçamento entre posições jurídicas ativas e passivas compõe a própria trama da relação. Destarte, a relação jurídica é algo mais amplo, que representa um vínculo, um complexo normativo mediante o qual se relacionam as posições jurídicas subjetivas ativas e passivas.

Importante mencionar que se utiliza o termo genérico *poderes jurídicos* para designar a todas as posições ativas, tradicionalmente. Do mesmo modo, utiliza-se o termo genérico *deveres jurídicos* para designar a todas as posições jurídicas passivas.

Ao se examinar a relação jurídica, se está no campo eficaz. Logo, se está diante de estudos intra-eficazes, ao analisar as posições jurídicas subjetivas. A relação jurídica não é o único fenômeno do plano eficaz, mas é o mais importante.

A teoria das posições jurídicas subjetivas tem importante função didático-organizacional: ela ensina o jurista a aplicar a matéria, visto que não se deve confundir as espécies as posições, pois cada uma está sujeita a regime próprio. É evidente que, nessa seara, se está trabalhando com acerto de terminologia, com convenções estipuladas. Cada sintagma passa a ter o seu significado, em linguagem técnica jurídica, de modo que não se pode dizer que o credor tem uma *faculdade*, quando pode exigir do devedor o cumprimento da prestação. O que há, aí, é pretensão.

Fulcral, nesse passo, é o estabelecimento de uma distinção entre as posições jurídicas subjetivas ativas e passivas *elementares*, e as posições jurídicas subjetivas ativas e passivas *complexas*. O quadro elaborado por W. N. HOHFELD e reconstruído por G. LUMIA que citamos acima é um quadro das oito posições jurídicas elementares, as formas mais

¹⁴² Cf. A. TOMASETTI JR. *A propriedade privada entre o direito civil e a Constituição*. In: *RDM* 126, 2002, p. 213.

simples pelas quais um sujeito pode se posicionar perante outro. São como átomos. Os átomos, contudo, têm uma tendência a formar moléculas...

O direito subjetivo é uma posição jurídica subjetiva ativa e complexa. Ele é como um feixe, integrado por diversas posições elementares: pretensões, faculdades, poderes formativos e imunidades. É um conjunto de posições jurídicas subjetivas ativas elementares (pretensões + faculdades + poderes formativos + imunidades) que o ordenamento atribui a um ou mais sujeitos, para que possam perseguir a realização de interesse próprio. Portanto, aquilo que os juristas em geral estão acostumados a chamar de direito subjetivo é, na realidade, um complexo passível de redução a unidades menores.

Destarte, existem as posições jurídicas simples e as complexas. Dentre as posições jurídicas subjetivas ativas, a que se divisa como a mais importante é o *direito em sentido subjetivo*, ou *direito subjetivo*. É nada mais do que um conjunto, formado por pretensões, faculdades, poderes formativos e imunidades (posições jurídica subjetivas ativas elementares). Por seu turno, o *dever jurídico* é a mais importante posição jurídica subjetiva passiva complexa. É também um complexo, que envolve deveres comportamentais, ausência de pretensão, sujeição e ausência de poder formativo.

O direito subjetivo não é, porém a única posição jurídica subjetiva ativa complexa, embora seja a primeira em grau de relevo teórico. Uma segunda posição jurídica corresponde ao chamado *poder funcional* (cujo desenvolvimento teórico é creditado à obra de SECKEL). Trata-se de uma posição complexa composta pelas posições elementares já estudadas, mas que se caracteriza por existir em função de um interesse alheio, e normalmente superior ao próprio. O titular do poder funcional tem como que o *dever* de exercê-lo. Exemplo típico é o poder familiar. O pai não pode renunciar, dispor do poder familiar quanto ao seu filho. O titular do interesse protegido é o filho, e é em benefício deste que se exerce o poder familiar. Por sinal, o direito de família é composto de modo predominante por posições complexas do tipo poder funcional. São freqüentes as referências na literatura ao poder funcional sob a denominação de *poder-dever*.

O modelo relacional-posicional aqui descrito não é o único possível. Pode ser considerado, no entanto, como um dos mais operacionais.

Trazer o fenômeno da transmissão de posições jurídicas em geral para o modelo baseado na relação jurídica acaba suscitando alguns problemas. O primeiro deles tem conexões com a filosofia do direito, e mesmo com a filosofia em geral, dizendo respeito à possibilidade de se aceitar que uma relação jurídica alterada subjetivamente *possa ser considerada ainda a mesma relação*. Tal problema merecerá um tratamento em separado (cf. capítulo 6, item 6.3.1, *infra*):

Por outro lado, é preciso deixar claro que a abordagem que admite a alteração nos pólos da relação jurídica como a imagem do que se passa, do ponto de vista subjetivo, na transmissão, só será admissível se for operado um corte, um destacamento, de uma relação jurídica parcelar em relação à relação jurídica mais ampla que é, por exemplo, a relação jurídica contratual. Tome-se como exemplo a cessão de crédito: a imagem da cessão como substituição no pólo ativo é falha se pensada em termos da relação contratual *global*, mas não se pensada em termos de uma relação específica destacada desta relação-mãe, uma relação referenciada em um crédito específico e um débito específico¹⁴³. Esta linha de pensamento ganha operatividade, particularmente, nas relações de duração continuada, sendo digno de nota o exemplo da locação.

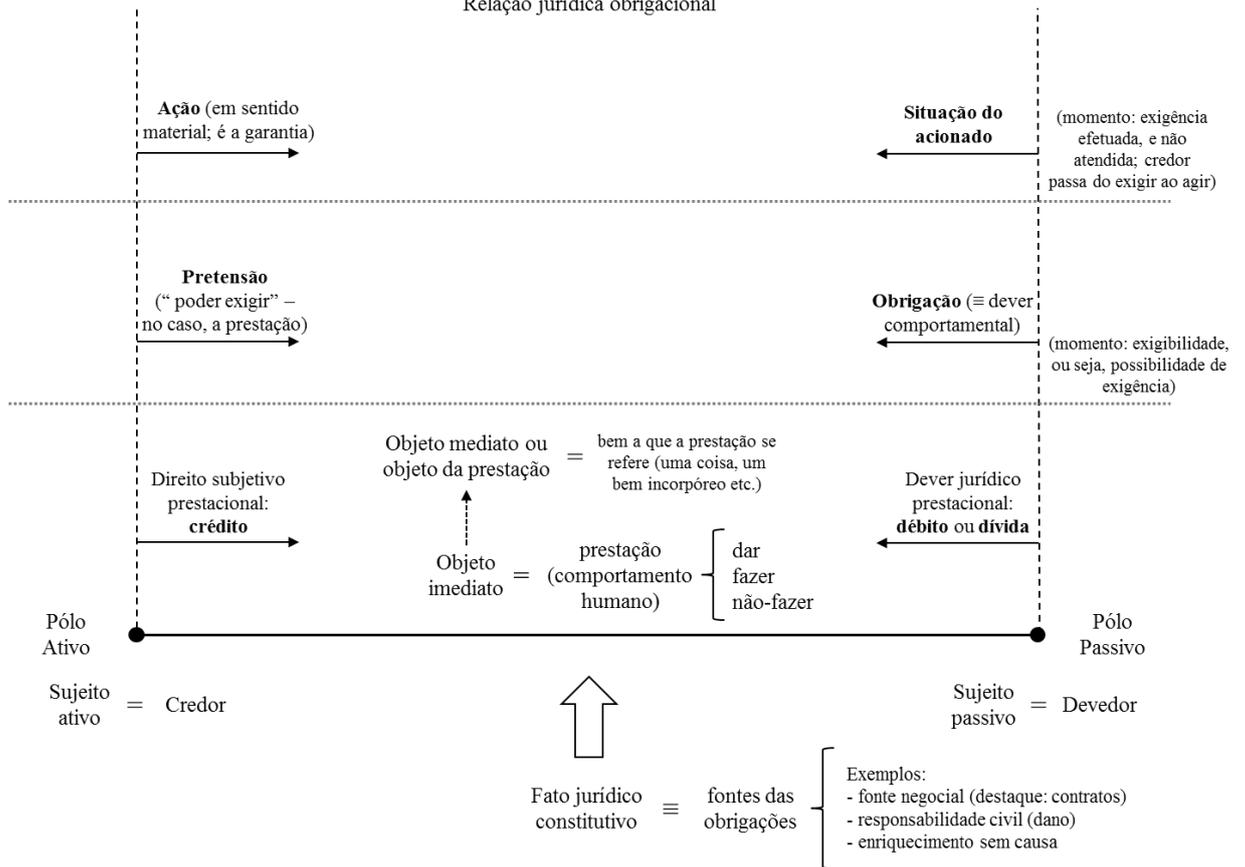
4.2. Relação jurídica obrigacional

A teoria geral da relação jurídica pode ser particularizada ao campo do direito das obrigações, através de um processo de adaptação dos seus termos às características próprias a este setor do sistema jurídico privado.

A figura abaixo mostra uma imagem ideal de relação jurídica obrigacional complexa, encarada como *organismo* (K. LARENZ) ou como *processo* (C. COUTO E SILVA):

¹⁴³ “Sempre que o crédito não é a única e tóda a relação jurídica que se irradia, há relação jurídica *antes dela*, conceptualmente, de que se originam créditos e, pois, relações jurídicas. Então, é necessário frisar-se a diferença entre a relação jurídica fundamental e as relações jurídicas de crédito (e portanto de pretensões, ações e exceções) que derivam daquela” (F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 276).

Quadro esquemático n° 07:
Relação jurídica obrigacional



A figura é imperfeita, visto que deixa de fora, por exemplo, os deveres laterais (*Nebenpflichten*) que se materializam na relação jurídica por força da irradiação do princípio da boa-fé objetiva, bem como deveres acessórios da prestação, dentre outros elementos. Mas ela já é capaz de demonstrar a dimensão do fenômeno a que se denomina *complexidade intra-obrigacional*.

Deve-se fazer aqui a conexão direta com a teoria geral da relação jurídica, examinada no item 4.1, buscando-se a sua decantação ao campo do direito das obrigações.

Em primeiro lugar, é preciso advertir que os pólos da relação jurídica, em se tratando, *e.g.*, de uma relação jurídica obrigacional contratual bilateral, como uma compra e venda, se caracterizam como pólos intercambiários – ambos os sujeitos, vendedor e comprador, são sujeito ativo e passivo simultaneamente. Daí a necessidade de, quando se pretender trabalhar com a imagem *pura* da relação obrigacional baseada num único

binômio crédito-débito, dever-se extrair da relação obrigacional contratual quadro uma figura menor, parcelar, nos termos da imagem acima apresentada.

Como visto, o conteúdo da relação jurídica é dado pelas posições jurídicas subjetivas ativas e passivas. São estas que compõe a própria tessitura da relação – são a relação (ou relações, dependendo do ponto de vista unitário ou parcelar). As posições jurídicas simples ou elementares aglutinam-se, formando posições jurídicas complexas. A posição complexa mais importante, como também já dito, é o direito subjetivo.

Aplicando-se agora os conceitos da teoria geral à relação jurídica obrigacional, temos que esta se caracteriza por seus sujeitos: o sujeito ativo recebe o nome de *credor*, ao passo que o sujeito passivo recebe o nome de *devedor*. Isso é algo absolutamente elementar no âmbito do estudo do direito das obrigações; contudo, o que freqüentemente se esquece é que *apenas* nas relação jurídica obrigacional os sujeitos recebem esses nomes. Nas relações jurídicas reais, por exemplo, ou em outras espécies de relações jurídicas, não há, *proprio sensu*, credor e devedor. Isso é da maior importância, para o fim de se traçar a individualidade do conceito de relação obrigacional.

Quanto ao objeto imediato da relação jurídica, em direito das obrigações ele recebe uma denominação técnica: *prestação*.

Por outro lado, o direito subjetivo de que é titular o sujeito ativo numa relação obrigacional recebe a denominação técnica de *crédito*. Esta é, portanto, a natureza jurídica do crédito: posição jurídica subjetiva ativa complexa – justamente, um direito subjetivo. É vital manter esse dado em mente, quando do exame dos processos de transmissão de crédito: trata-se de processo de transmissão de um direito subjetivo – posição jurídica subjetiva ativa complexa, que traz consigo toda uma gama de posições jurídicas elementares, como pretensões creditícias, poderes formativos modificativos de concentração da prestação (no caso de relações obrigacionais alternativas), etc. Direito subjetivo prestacional pode ser decomposto em um conjunto de posições jurídicas simples. O dever jurídico prestacional, por seu turno, recebe, na relação obrigacional, a denominação técnica de *débito* ou *dívida*. Tem-se, em suma, o direito subjetivo de crédito e o dever jurídico de débito.

A prestação é sempre um comportamento, de fundo humano (dar, fazer ou não-fazer), direcionado ao interesse do credor (sua realização – termo que se mostra melhor do que satisfação). Nesses termos, o direito de crédito, sendo direito a uma prestação, é direito a um comportamento, um *quid* imaterial, mas passível de valoração econômica. Trata-se de um comportamento dotado de valor econômico, que deve ser realizado pelo devedor a benefício do interesse do credor.

Nessa altura da análise, é lícito questionar: e o vocábulo *obrigação*? A que ele se refere no quadro amplo da relação jurídica obrigacional? A partir de que momento surge o instante obrigação, ou, o que é o mesmo, a partir de que momento o devedor está obrigado? A contribuição dos estudos de F. C. PONTES DE MIRANDA é aqui decisiva. Parte o autor da compreensão de que a posição jurídica elementar mais importante para a atuação do direito de crédito é a pretensão. Isso surge da avaliação da vida, do modo de desenvolvimento, da relação obrigacional. A pretensão surge, no pólo ativo da relação, no exato momento em que, na posição passiva, surge a *obrigação*, em sentido técnico: quando surge a exigibilidade da prestação¹⁴⁴. Desafortunadamente, a palavras obrigação acaba sendo utilizada, na linguagem jurídica, em vários sentidos não técnicos (como os de prestação, negócio jurídico, relação obrigacional, débito), o que cria um ruído pernicioso à comunicação, prejudicando-a.

Por isso se compreende que seja perfeitamente possível já haver uma relação de crédito e débito, sem que ainda não haja uma relação entre pretensão e obrigação (uma relação obrigacional *próprio sensu*). O momento obrigação surge para o devedor quando a prestação torna-se exigível pelo credor. O conceito de obrigação em sentido estrito é o de um *dever comportamental no sentido de realizar a prestação*. Essa a sua natureza: posição jurídica subjetiva elementar passiva, correspondente à posição jurídica subjetiva elementar ativa *pretensão*, que se forma contemporaneamente no pólo ativo (*rectius*: que passa a poder ser exercitável, com o advento do momento *exigibilidade*, na vida da relação).

¹⁴⁴ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 22, p. 7-30. Cf., no mesmo sentido, A. TOMASETTI JR. *Comentários aos arts. 1.º a 13 da Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991*. In: OLIVEIRA, Juarez de (coord.). *Comentários à lei de locações de imóveis urbanos*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 5-6.

Prosseguindo-se com a análise dos elementos da relação jurídica obrigacional, encontramos no âmbito do fato jurídico constitutivo duas sub-categorias que são de suma importância: a do negócio jurídico e a do fato ilícito. Em verdade, em sede do fato jurídico constitutivo das relações obrigacionais, se está diante da problemática das fontes das obrigações (no sentido de relações jurídicas obrigacionais), dentre as quais o negócio jurídico (especialmente o contrato) e os fatos ilícitos *lato sensu* (geradores de relações obrigacionais de responsabilidade civil) ocupam posição de destaque. Assim como o fato jurídico é causa, de que a relação jurídica é efeito, o contrato é causa, de que a relação contratual é efeito.

Não é sem interesse assinalar que os povos latinos, a partir de uma tendência (talvez analisável sob a ótica psico-social) de privilegiar o enfoque à posição passiva, opta por colocar em evidência a posição do devedor, daí derivando a denominação tradicional da relação como relação jurídica obrigacional, e o respectivo campo no direito privado como direito das obrigações. Em outros sistemas, *e.g.*, na *Common Law*, ainda que a referida tendência de enfoque não esteja ausente, se mostra mais reduzida, com outras denominações de caráter mais neutro sendo adotadas (bastando lembrar que, em última análise, no direito americano a matéria acaba se enquadrando no âmbito do chamado *property law*). A denominação *relação obrigacional* deve ser mantida, não apenas em função da tradição, mas também por colocar em evidência que o interesse do credor só poderá ser realizado (em um primeiro momento) via comportamento do devedor. Nesse sentido é que se encontra na literatura, por vezes, a referência a sucessão *na obrigação*, estando o termo aí tomado na acepção de relação obrigacional. Pode-se falar, assim, com rigor terminológico, em sucessão na relação obrigacional ou sucessão na relação creditícia, bem como em transmissão de posições jurídicas creditícias, transmissão de posições jurídicas debitórias e – em falta de um melhor termo genérico – em transmissão de posições jurídicas *obligacionais*, ou melhor, de direito das obrigações (abrangendo tanto a transmissão de créditos quanto a de débitos).

Adotadas estas distinções terminológicas, pode-se entender perfeitamente que alguém deva sem estar obrigado¹⁴⁵. O exemplo escolar é dado por um contrato de compra e

¹⁴⁵ Cf. A. TOMASETTI JR. *Comentários aos arts. 1.º a 13 da Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991*. In: OLIVEIRA, Juarez de (coord.). *Comentários à lei de locações de imóveis urbanos*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 6.

venda em que seja ajustada a entrega da coisa em data posterior: já há crédito e débito (eficácia de primeiro nível da relação jurídica; vinculação) desde o momento da constituição do contrato. Só haverá, entretanto, pretensão e obrigação (eficácia de segundo nível) no momento em que a prestação se torna exigível, momento o qual, no exemplo, foi diferido para data futura. Igual fenômeno ocorre nos casos de compras parceladas, a prazo: a prestação relativa a cada parcela somente é exigível no seu vencimento – antes, há débito, mas não há obrigação de realizar a prestação. Tais noções são de suma importância para a compreensão da transmissão de créditos vencidos (com pretensão exercível) e vincendos (em que a pretensão ainda não pode ser exercida), terminologia que também pode ser aplicada ao lado passivo (dívidas vencidas ou vincendas).

Pelo exposto, conclui-se que a relação jurídica obrigacional apresenta os seguintes caracteres identificadores: (i) só nela há, como sujeitos, *credor e devedor* (trata-se de uma relação pessoal entre sujeitos determinados ou determináveis, mas *substituíveis*, o que está na base da teoria da transmissão obrigacional); (ii) só nela o objeto é uma *prestação*; (iii) há, nela, a marca da patrimonialidade (embora esta marca aparece também em outras espécies de relações, como as reais).

Há um ponto que é fulcral, e especificamente ligado à fenomenologia da perda e aquisição das posições jurídicas creditícias ou debitórias. Esse ponto pode ser expresso nos seguintes termos: em que momento surge a pretensão? Ora, como visto, surge no momento em que advém a *exigibilidade*. Mas esse surgimento equivale ao *nascimento* da pretensão, ou meramente ao surgimento da possibilidade de seu *exercício*? Em outras palavras: o direito subjetivo (síntese de posições jurídicas subjetivas ativas elementares) é *ontologicamente*¹⁴⁶ diferente das posições que o compõem, ou tem uma existência correspondente à soma delas? Dito ainda de outros modos: a pretensão só se *constitui* com a exigibilidade, ou já existia antes desse momento, *in potencia*, no direito subjetivo? Será que as posições jurídicas elementares, a exemplo da pretensão, se adquirem junto com a respectiva posição complexa, ou apenas se constituem em um segundo momento?

Há aqui que se operar a distinção entre a aquisição do direito e o exercício do direito. Um direito subjetivo pode já existir, sem poder ser plenamente exercido, ou

¹⁴⁶ Usa-se o termo *ontológico*, aqui, apenas mediante uma licença poética.

exercido num certo sentido, ou exercido através de uma de suas posições elementares. A melhor resposta parece ser aquela segundo a qual a aquisição das posições elementares se dá pelo conjunto (a posição jurídica complexa). O direito subjetivo não é ontologicamente diferente das posições que o compõem. O momento do exercício das posições jurídicas elementares pode ser posterior ao momento de sua aquisição. Isso tem reflexo, no âmbito de uma teoria da transmissão de posições jurídicas obrigacionais, na medida em que no trespassse da posição jurídica crédito deve-se entender incluídas todas as posições elementares nele insertas, salvo disposição em contrário (quando admissível).

Concluindo a análise da imagem da relação obrigacional, cumpre assinalar que a resistência à pretensão faz com que o credor passe a prescindir do comportamento do devedor – este já foi exigido, e denegado –, materializando-se ao credor a possibilidade de exercer a ação em sentido material. Passa-se do *poder exigir* ao *poder agir*: o credor poderá agir, por todos os meios que o ordenamento lhe permita (inclusive a “ação” processual, mas em alguns casos também pelo desforço imediato, pela legítima defesa etc.), a fim de fazer valer o seu direito e ver realizado o seu interesse subordinante. É por isso que se entende que a ação é uma posição jurídica subjetiva elementar ativa do tipo *poder formativo*: no momento em que ela surge, na vida da relação jurídica, no pólo ativo, surge simultaneamente, no pólo passivo, uma situação de sujeição do devedor – este não é mais demandado a realizar um comportamento, comissivo ou omissivo, mas sim passa a ter sua esfera jurídica sujeita à atuação do credor, sem que a possa ou precise fazer algo quanto a isso.

O direito das obrigações é um direito de caráter patrimonial¹⁴⁷. A pertinência de posições jurídicas subjetivas obrigacionais a um determinado sujeito se amolda ao

¹⁴⁷ Em sentido contrário, relativizando a marca da patrimonialidade como característica das prestações obrigacionais, F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 22, p. 40-42. Também A. MENEZES CORDEIRO. Antônio. *Tratado de direito civil português – Volume II – Direito das obrigações – Tomo I – Introdução – sistemas e direito europeu das obrigações – dogmática geral*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 322-324, versando, contudo, sobre o direito português, onde há a norma do art. 398, n.º 2, primeira parte, do Código Civil português (“A prestação não necessita de ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de proteção legal”) – causa, aliás, de bastante discussão na doutrina daquele país. Deve-se atentar, contudo, para a correção da tese que aponta a marca da patrimonialidade das obrigações, no âmbito de um sistema que pretende separar posições jurídicas de caráter não passível de mercantilização (e.g., direitos da personalidade, direitos pessoais de família) daquelas intrinsecamente voltadas ao tráfico econômico.

conceito de *propriedade* em sentido amplíssimo¹⁴⁸ (que não o sentido de direito real de propriedade plena – o domínio –, nem o sentido amplo de direito real). Nessa acepção, realmente muito lata, o uso da palavra *propriedade* abarca as diversas espécies de posições jurídicas patrimoniais; nessa linha de idéias, é possível a extração de fundamento constitucional implícito para a transmissibilidade das obrigações a partir do art. 5º, inciso XXII, da Carta Magna. Já no nível legal, impõe-se o reconhecimento de um postulado geral de transmissibilidade das posições jurídicas de direito das obrigações, a partir da dedicação do Título II do Livro I da Parte Especial do Código Civil ao tratamento da transmissão entre vivos, bem como a partir da destinação de todo um livro (o Livro V da Parte Especial) à sucessão por morte. Esta, por sinal, também encontra base constitucional, através do disposto no art. 5º, XXX, da Lei Maior.

É importante referir com clareza a presença deste postulado geral de transmissibilidade dos créditos e débitos, assim como a extensão do seu significado, já que este não é um dado que se impõe por si só no sistema. Conforme já visto acima, durante longo período da história do direito, a transmissão de posições jurídicas obrigacionais não foi admitida a não ser por vias indiretas, em razão de diversos obstáculos que tiveram de ir sendo superados com o desenvolvimento da ciência jurídica, como a concepção da relação obrigacional como vínculo personalíssimo e a dificuldade de visualização prática do fenômeno.

Em relação ao primeiro destes obstáculos, deve ser lembrado que a concepção sócio-filosófica que encarava a relação obrigacional como um vínculo *sempre* personalíssimo, isto é, estritamente ligado à pessoa do devedor que contraiu o débito e à pessoa do credor em benefício do qual foi constituído o crédito, não permitia a separação das posições jurídicas de seus respectivos sujeitos sem desembocar em sua extinção. A necessidade prática de haver alguma continuidade de situações implicava que essa extinção fosse seguida, então, de um fenômeno novativo, com a constituição de novas posições jurídicas *em substituição* às extintas. Entretanto, os inconvenientes eram grandes, na medida em que, não se tratando do *mesmo* crédito ou débito substituído, a situação dos acessórios e garantias do crédito restava definida no sentido da sua extinção, ficando ao

¹⁴⁸ O qual corresponde, aproximadamente, ao uso que o direito norte-americano faz com a expressão “*property law*”.

alvedrio das partes tentar (e conseguir) o seu refazimento ou repetição. Importante lembrar que tal concepção personalista encontrava fundamento na consideração dos interesses subjacentes à vinculação: ao credor, realmente, não é indiferente quem seja o seu devedor – vincula-se a um sujeito atentando para a sua capacidade de cumprir a prestação ou responder pelo não cumprimento; igualmente, ao devedor importa quem é o seu credor (apenas para exemplificar, basta lembrar que determinados credores são mais compreensivos do que outros). Num momento da história em que as concepções jurídicas se acham indissociadas das crenças religiosas, da moral, e dos demais corpos de regras que visam à adaptação social, a concepção personalista tende a se absolutizar. Não resiste, entretanto, como a história mostrou, aos desenvolvimentos da economia e às exigências que esta passa a apresentar.

Quanto ao segundo obstáculo, não se pode negar que o fenômeno da transmissão obrigacional é de difícil visualização por indivíduos (ou por povos, como os antigos romanos) infensos a elucubrações teóricas abstratas, visto que não há uma imagem concreta tão forte – como o há na transmissão de propriedade, por exemplo – da dação de uma coisa. A própria transmissão de direitos reais não foi concebida na Roma Antiga exatamente como *transmissão de direitos*, senão mais propriamente como *transferência da coisa*. Ainda hoje, é difícil explicar ao leigo os conceitos próprios da ciência jurídica – até onde é possível deve-se fazer concessões à simplicidade e abrangência, porém, sem sacrifício de técnicas mais desenvolvidas que podem representar um benefício geral. A transmissão de posições jurídicas obrigacionais tal como é concebida contemporaneamente exige um certo grau de desenvolvimento da ciência jurídica.

Do ponto de vista histórico, no direito romano, como já se viu, a única sucessão possível era a sucessão universal *causa mortis*, a qual tinha, além do mais, uma significação algo diversa da atual, presa também à questão sócio-política da substituição do *paterfamilias*. No que tange à transmissão *inter vivos*, e de modo singular, entendia-se, a princípio, que a relação obrigacional só poderia se manter a mesma em se mantendo os sujeitos que a constituíram. Contudo, já em Roma determinadas exigências de ordem econômica se materializaram, a partir da intensificação das trocas mercantis em virtude da expansão do Império, fazendo surgir os mecanismos indiretos que visavam resolver o

problema prático da necessidade de alterações de sujeitos, como (i) a novação subjetiva e (ii) a *procuratio in rem suam*.

A grande ruptura a esse modelo de pensamento que, grosso modo, se perpetua nos séculos seguintes, pode ser situada no século XIV, na região norte da Europa, a partir (uma vez mais) de surto de desenvolvimento comercial – nesse caso, de proporções bastante singulares. Vai se sedimentando uma nova visão, de cunho eminentemente pragmático, que desvia o foco dos sujeitos da relação jurídica para o seu objeto e/ou conteúdo, e cuja repercussão no campo jurídico vai precisar, como primeira etapa, da separação entre um gênero de obrigações *intuitu personae* e um gênero de obrigações que admite a substitutividade do sujeito.

O Código Civil francês (1804) consagrou a transmissão relativa ao lado ativo das relações obrigacionais, através do instituto da cessão de créditos (arts. 1.689 a 1.701), bem como da sub-rogação pessoal (arts. 1.249 a 1.252). Estava aberto o caminho para a comunicação destas figuras às codificações europeias subseqüentes – inicialmente, o Código Civil italiano de 1865 e o Código Civil português de 1867. O Código Civil alemão (BGB) veio, num segundo momento, a representar a consolidação dos entendimentos de transmissibilidade obrigacional, prevendo a cessão de créditos nos §§ 398 a 413.

Contemporaneamente, além dos já referidos regramentos quanto à transmissão de créditos no BGB e no *Code Civil*, o Código Civil italiano de 1942 prevê o pagamento com sub-rogação em seus artigos 1.201 a 1.205 e a cessão de crédito em seus artigos 1.260 a 1.267; o Código Civil português de 1966 regula a cessão de crédito em seus artigos 577 a 588 e a sub-rogação pessoal em seus artigos 589 a 594; o Código Civil espanhol (1889) trata a cessão de créditos sob os artigos 1.526 a 1.536 e admite a sub-rogação pessoal em seu art. 1.203 (o qual, embora sob a rubrica da novação, é interpretado como pertinente ao conjunto dos fenômenos transmissivos); o Código Civil holandês de 1992 (talvez o mais avançado do mundo, por ocasião de sua promulgação) cuida da cessão de crédito em seus artigos 142 a 149 e da sub-rogação pessoal em seus artigos 150 a 154; sem mencionar a disciplina de outros códigos europeus, além do Projeto Preliminar do Livro I do Código Europeu dos Contratos, elaborado no âmbito da Academia de Jusprivatistas Europeus (arts. 121 a 124 sobre cessão de crédito; art. 79 quanto à sub-rogação pessoal); dos Princípios do

Direito Europeu dos Contratos, elaborados no âmbito da Comissão para o Direito Europeu dos Contratos (arts. 11.101 a 11.401 sobre a cessão de crédito)¹⁴⁹; e dos Princípios UNIDROIT dos contratos comerciais internacionais (artigos 9.1.1 a 9.1.15, relativos à transmissão dos créditos). No âmbito da América Latina, digno de nota é a extensa disciplina da matéria da cessão de crédito no Código Civil argentino (arts. 1.434 a 1.484).

Como já se afirmou no presente trabalho, mais árduo foi o caminho trilhado rumo à aceitação da transmissão dos débitos. Não havia qualquer previsão sobre a assunção de dívida no Código Civil francês, nem no Código italiano de 1865 ou no português de 1867. Aqui, uma vez mais, a obra da pandectismo alemão foi fundamental para o progresso dos institutos, ocupando posição central na construção da visão favorável à transmissão singular das dívidas por ato *inter vivos*. Os pandectistas passaram a postular a admissão dessa transmissão a partir do exame do fenômeno sucessório *mortis causa*. Uma vez que no direito das sucessões operava-se claramente a transmissão do passivo do falecido para os sucessores (a despeito de regra da limitação das dívidas às forças do ativo), por razões sistemáticas, não havia fundamento para se negar a possibilidade de transmissão do débito inter vivos – ainda mais sob a ótica de uma construção científica que era globalmente influenciada por idéias liberais. A partir dessa influência, o BGB foi, então, diploma pioneiro na previsão da assunção de dívida (art. 414 e seguintes). Contemporaneamente, além do BGB, o Código Civil italiano de 1942 prevê a assunção de dívida, sob três formas distintas, em seus artigos 1.268 a 1.276; o Código Civil português de 1966 cuida da assunção em seus artigos 595 a 600; o Código Civil holandês de 1992 regula a matéria em seus artigos 155 a 159, dentre outros códigos europeus.

A assunção de débitos não ficou de fora do Projeto Preliminar do Livro I do Código Europeu dos Contratos, elaborado no âmbito da Academia de Jusprivatistas Europeus (arts. 125 a 127); também foi prevista nos Princípios do Direito Europeu dos Contratos, elaborados no âmbito da Comissão para o Direito Europeu dos Contratos (arts. 12.101 a 12.102) e nos Princípios UNIDROIT dos contratos comerciais internacionais (artigos 9.2.1 a 9.2.8).

¹⁴⁹ Cf. C. CASTRONOVO (org.). *Principi di diritto europeo dei contratti*. Milano: Giuffrè, 2005, parte III.

É preciso, nesse momento, compreender os argumentos e os vetores subjacentes à consolidação da transmissão em sede das relações jurídicas obrigacionais, visto que eles constituem dados importantes para o próprio entendimento do modelo atual. Em primeiro lugar, é preciso deixar totalmente claro algo que já se poderia extrair a partir de todas as incursões históricas feitas ao longo deste trabalho: a consagração de mecanismos de transmissão no direito das obrigações é fato eminentemente histórico, construído a partir de um processo histórico. As sociedades antigas de base agrária não demandavam o desenvolvimento de um instrumental teórico avançado concernente à transmissibilidade das obrigações: o tráfico econômico e jurídico que nelas se verificava era restrito e pouco dinâmico, visto que os direitos de *propriedade*, especialmente sobre bens imóveis, é que constituíam a parte mais nobre de um patrimônio. Nesse contexto, imprescindível é apenas a construção da forma jurídica para a transmissão dos direitos reais.

A partir do momento em que se passa a verificar, no seio de determinada sociedade, algum surto de desenvolvimento econômico, especialmente marcado por expansão de atividade comercial, surgem pressões no sentido da transmissibilidade dos créditos (em primeiro lugar) e, eventualmente, também dos débitos¹⁵⁰. A multiplicação de títulos que registram operações econômicas é o passo decisivo dessa evolução. Em grande parte, a história dos institutos da cessão de crédito e da assunção de dívida é partilhada com a história do desenvolvimento dos títulos de crédito.

No sistema de economia de massa engendrado no século XX – produção em série, aumento e padronização do consumo – o valor de um patrimônio é apreciado muito menos de forma estática e em termos absolutos, do que de modo funcional e em termos de liquidez: em se tratando de patrimônio afeto a empresa, o que importa não é tanto o inventário, mas o balanço e a conta de lucros e perdas, os créditos a receber e as dívidas a pagar.

Não difere desta linha de idéias a seguinte exposição de G. RIPERT, que se transcreve pela sua clareza descritiva:

¹⁵⁰ A transmissão dos débitos tem a seu favor um segundo argumento, paralelo, ligado à proteção do credor, mas extraído, num primeiro momento, somente a partir da sucessão *mortis causa*: reforça a segurança do credor que os débitos não morram junto com o devedor, mas ao contrário, possam subsistir na pessoa de outrem, de um continuador.

“Como uma fôlha de papel pode ser considerada como bem dotado de valor de troca? Há aí um fenômeno jurídico curioso: a substituição pelo crédito da propriedade – EMMANUEL LÉVY bem percebera o fenômeno: ‘a transição do direito privado, escrevia, pode ser formulada: substituição de um regime de posse por um regime de valores. (...) O direito passa da posse ao crédito e muda, sem dizê-lo, o sentido da palavra propriedade.

A propriedade é o direito de usar e gozar de uma coisa e também de ceder tais uso e gozo. (...) O crédito é o direito de obter de uma outra pessoa que vos dê alguma coisa, bens ou serviços. (...) O regime capitalista transformou os proprietários em credores.

Outrora a propriedade era desejada e respeitada: implicava nas vantagens da exploração e conferia poder. O crédito era desprezado e suspeito: parecia abusivo exigir o preço de serviços prestados e a moral cristã condenava a usura. O regime capitalista mudou tudo isso. Convidou os proprietários a trazer seus bens a sociedades que lhes dão ações. Legitimou e exaltou o empréstimo a juros empregando na produção o capital emprestado pelos portadores de obrigações. O Estado deu exemplo, convidando os bons cidadãos a lhe confiar sua economia e a viverem de rendimentos”¹⁵¹.

Nessa esteira, os processos de transmissão das posições jurídicas obrigacionais se apresentam como um passo essencial e necessário na vida econômica moderna, bastando lembrar que, sendo intransmissíveis, elas perderiam em muito seu valor econômico¹⁵².

Portanto, a concepção arcaica de relação jurídica obrigacional como vínculo personalíssimo e exclusivo entre credor e devedor é incompatível com o aumento do tráfico jurídico e econômico, o qual exige a livre transmissibilidade de créditos e dívidas entre os patrimônios dos sujeitos.

No entanto, o modo de pensar dos juristas, freqüentemente voltado à conservação das situações, não encampou essa evolução de modo instantâneo. Na base do pensamento dos juristas, ao longo dos séculos, desde a Roma Antiga e passando pela Idade

¹⁵¹ *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Trad. de Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, p. 141-142.

¹⁵² Nesse sentido, O. GOMES, *Obrigações*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 199.

Média, estão concepções de relação obrigacional de enfoque subjetivo, personalizantes, até mesmo marcadas por dados filosóficos atinentes às idéias de essência e existência: se a prestação é um comportamento especificamente assumido pelo devedor em face do credor, como mudar este ou aquele sem que com isso se altere, em sua existência, o débito, o crédito, e toda a relação? Como aceitar que a prestação prestada por outro sujeito ou a outro sujeito possa ser ainda *a mesma prestação*?

A resposta a essas questões é dotada até de surpreendente simplicidade: somente com a refundação da noção mesma de obrigação. Num primeiro momento, isso foi tentado através de uma viragem da teoria clássica das obrigações para abordagens de caráter realista, as quais, a partir de um cotejo com a transmissão de direitos reais, definem a relação obrigacional não como uma relação entre sujeitos, mas como uma relação entre patrimônios¹⁵³.

Essa noção, muito radical, foi sendo temperada, até se chegar a uma concepção moderada, nos seguintes termos: o crédito é, efetivamente direito a uma prestação e, destarte, a relação jurídica obrigacional se trava entre dois sujeitos; contudo, a prestação pode ser tomada, no mais das vezes, como algo despersonalizado, algo que pode ser levado em conta de modo objetivo. O comportamento humano (= prestação), via de regra, pode ser desempenhado *com o mesmo valor econômico* seja por A, por B ou por C, e deste modo pode ser tomado como *bem*. A prestação passa a ser encarada como um bem econômico e jurídico (ao lado, e.g., das coisas) e, por uma espécie de *figura de linguagem*, o crédito que a essa prestação se refere também passa a ser tomado como um bem (um bem de segundo grau). Em resumo: na teoria geral das obrigações contemporânea, o crédito pode ser visto como um poder jurídico sobre uma atividade específica de um sujeito; mas, ao mesmo tempo, representa um valor patrimonial (econômico) atual, de caráter objetivo, e passível de transmissão.

É o crédito, nas palavras de K. LARENZ, um *valor patrimonial atual*, sendo esta a razão que justifica sua disponibilidade¹⁵⁴. Aliás, a transmissão tem, para o autor, o interesse teórico de configurar uma das formas – certamente a mais importante – de

¹⁵³ Essa a postura de E. GAUDEMET. *Étude sur le transport de dettes a titre particulier*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1898, p. 30-31.

¹⁵⁴ K. LARENZ. *Derecho de obligaciones*. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, p. 444.

manifestação do chamado *poder de disposição*¹⁵⁵, relacionado com a própria titularidade dos direitos de crédito. O poder de disposição do credor revela nitidamente como, além de relação pessoal entre dois sujeitos de direito, orientada à satisfação do interesse do sujeito ativo, o crédito é um valor patrimonial realizável pelo interessado, antes mesmo de atingir o seu vencimento¹⁵⁶.

Igualmente, a transmissão de dívidas corporifica vantagens de ordem econômica, mostrando-se interessante, e por isso havendo sido admitida pelos sistemas jurídicos contemporâneos¹⁵⁷. É suficiente atender ao fato de que determinados objetos patrimoniais ou universalidades (e.g., um bem imóvel qualquer, ou um estabelecimento comercial), apresentam dívidas que estão diretamente ligadas à sua própria administração ou proveito, e que muitas vezes se liquidam com seus rendimentos ou exploração (e.g., débitos inerentes à empresa, como uma promessa de celebrar um contrato de fornecimento, ou então despesas com benfeitorias introduzidas em um imóvel). Nessas hipóteses, em querendo o titular do bem patrimonial ou universalidade transferi-lo a outrem, surge a necessidade prática de que as dívidas a satisfazer sejam igualmente assumidas pela pessoa que vai adquirir, para a conveniência ou viabilidade do negócio de transferência¹⁵⁸.

De todo o exposto, resulta indubitável que, ocupando a relação jurídica obrigacional e o direito de crédito um papel central nos nossos sistemas jurídico e econômico, o estudo do fenômeno da transmissão de créditos e débitos – ainda que se trate de fenômeno acidental no desenvolvimento do processo obrigacional – reveste-se de

¹⁵⁵ Cumpre apenas repisar que *poder de disposição* é posição jurídica subjetiva ativa elementar, da espécie *poder formativo*, que integra o complexo de posições jurídicas elementares correspondente à posição jurídica subjetiva ativa complexa *direito subjetivo*. Seu estudo é absolutamente indispensável para o entendimento do tema ora em tela, tal como já o percebeu K. LARENZ (*Derecho de obligaciones*. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, p. 445-446). Acerca dos conceitos de poder formativo, e de poder de disposição, cf. A. TOMASETTI JR. *A propriedade privada entre o direito civil e a Constituição*. In: *RDM* 126, 2002, p. 123-127; G. LUMIA. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 102-123 (trad. port., com adaptações e modificações, de Alcides Tomasetti Jr., *Teoria da relação jurídica*, 1999, mimeo); K. LARENZ. *Derecho de obligaciones*. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, p. 412, 445 e ss., e 476; e A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico e declaração negocial – Noções gerais e formação da declaração negocial*. Tese no concurso para a cátedra de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986, p. 154-159.

¹⁵⁶ Cf. J. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 288.

¹⁵⁷ Como visto, não sem objeções iniciais por parte da doutrina jurídica, entretanto. Deve ser creditado a autores como H. DELBRÜCK e B. WINDSCHEID o mérito de terem iniciado a reação contra o dogma da intransmissibilidade singular dos débitos, que culminou na consagração da assunção de dívida pelo Código Civil alemão.

¹⁵⁸ K. LARENZ. *Derecho de obligaciones*. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, p. 475.

especial relevo. Ainda mais se considerando que, ao longo de sua evolução, a cessão de créditos, a assunção de dívidas e a cessão de posição contratual passaram a representar muito mais do que sofisticados mecanismos de *transmissão de riquezas* – converteram-se, em muitos casos, em autênticas operações de criação de produtos financeiros, ou de *geração de riquezas* de maneira geral. Merecem atenção, neste passo, as operações de *factoring*¹⁵⁹, de desconto bancário etc.

Por outro lado, diversos problemas atinentes ao trespasse dos créditos e débitos se resolvem adequadamente através do seu reenvio a um modelo bem delineado de teoria geral da relação jurídica obrigacional (cf. o quadro esquemático n. 07).

Assim: é possível a cessão do crédito sem a pretensão? E a cessão da pretensão sem o respectivo crédito, é admissível? O problema foi enfrentado pelo extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, em dois acórdãos – divergentes, aliás – proferidos em sede de agravos de instrumento interpostos no mesmo caso¹⁶⁰. A despeito de os recursos extraordinários tirados contra os referidos acórdãos não terem sido julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude de acordo entre as partes, o caso em questão permanece paradigmático, na medida em que não apenas o teor dos julgados em segundo grau merece atenta análise, como igualmente a merece o teor dos pareceres que foram elaborados por renomados juristas: L. CANDIOTA DE CAMPOS, A. WALD e G. LACERDA¹⁶¹ em favor da posição do autor; C. COUTO E SILVA¹⁶² e S. RODRIGUES em favor da posição dos réus.

O caso versava sobre operação de “cessão e transferência de créditos” (sic), realizada entre instituição financeira, na qualidade de cedente, o Banco Central do Brasil (Bacen), na qualidade de cessionário. O Bacen fora autorizado pelo Conselho Monetário Nacional a utilizar recursos da Reserva Monetária para resgatar compromissos vinculados a empréstimos externos de instituição financeira, então em liquidação. Para tanto, celebrou contrato com a instituição financeira sucessora da liquidada, assumindo os débitos com

¹⁵⁹ R. X. LEONARDO. *A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro*. In: *Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná* 42, 2005, p. 152.

¹⁶⁰ TARS, 3ª Câm. Cível, AI n.º 187076807, rel. Juiz Celeste Vicente Rovani, j. 13.04.1988. In: *RT* 644, 1989, p. 156; e TARS, 4ª Câm. Cível, AI n.º 188075576, rel. Juiz Jauro Duarte Gehlen, j. 13.10.1988. In: *Revista do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul* 68, 1988, p. 189.

¹⁶¹ *Cessão de crédito e legitimação no sistema bancário*. In: *RT* 644, 1989, p. 18-28.

¹⁶² *Cessão de crédito – cessão do direito subjetivo – reserva da pretensão e do direito de ação ao cedente inadmissível por inviável no Direito brasileiro*. In: *RT* 638, 1988, p. 10-14.

credores externos, que tinham sido repassados à instituição sucessora pela instituição liquidada. Em contrapartida, a instituição financeira cedeu ao Bacen créditos relativos aos contratos de repasse aos devedores internos. Em aditivo, estabeleceu-se que tal cessão era *pro solvendo* com reserva de pretensão a favor da instituição financeira, a fim de que esta pudesse se encarregar da cobrança dos créditos.

Os argumentos alinhados em contrariedade à tese da possibilidade de cisão entre crédito e pretensão foram os seguintes: (i) sob o ângulo do direito processual, há ilegitimidade *ad causam* do cedente para a cobrança, pois não se admite que alguém possa convencionalmente atribuir a outrem o direito de agir em nome próprio, porquanto a esse efeito somente se pode chegar por meio da competente procuração; (ii) não há norma expressa no direito brasileiro que autorize essa cisão.

Já os argumentos favoráveis à possibilidade de cisão entre pretensão e crédito foram os seguintes: (i) a cessão foi celebrada *pro solvendo*, de sorte que permanece em situação de pendência a responsabilidade da instituição financeira cedente para com o cessionário – e aí reside o seu interesse na realização do crédito cedido; (ii) o princípio da autonomia privada permite às partes que estipulem livremente acerca da configuração das ligações entre as posições jurídicas de natureza patrimonial.

Considerados os argumentos expedidos nos dois sentidos, cumpre realizar uma tomada de posição. Em primeiro lugar, é preciso proceder, no espírito do que se recomenda no presente trabalho, à observação do *ato ou negócio basal* da operação de cessão de crédito, a fim de que se possa extrair o regime jurídico aplicável. Como já se disse *supra*, é o ato ou negócio basal a fonte determinante da disciplina a ser observada em uma determinada operação de cessão. No caso, não se pode deixar de reconhecer que o ato de base celebrado entre o Bacen e a instituição financeira foi marcado pela presença de *interesse público*, agindo o primeiro na qualidade de ente administrativo e disciplinador do sistema financeiro. Não se trata, meramente, de operação privada, e tal fato deveria ser levado em consideração pelo intérprete para avaliar a *finalidade* subjacente à operação e à configuração que lhe foi dada, bem como os seus limites. De todo modo, as partes recorreram a uma estrutura tipicamente de direito de privado – uma operação de cessão de

crédito, celebrada por ato oneroso – aplicando-se, no que couber, as normas de direito privado.

Em segundo lugar, cumpre destacar que não há razão para se deixar de admitir a possibilidade de cisão entre a pretensão e o direito de crédito no direito brasileiro. F. C. PONTES DE MIRANDA expressamente o admite no caso de cessão do crédito reservando-se a pretensão¹⁶³. Mas não parece que seja o caso de se negar também a hipótese de cessão da pretensão, conservando-se o crédito com o cedente. De fato, a cessão da pretensão para fins de cobrança do crédito é um dos modos imagináveis de se realizar a terceirização da cobrança de um crédito, permanecendo o mesmo no patrimônio do cedente. Com uma tal construção, se evitam os inconvenientes do trespasse total da posição complexa ao cessionário, inclusive com o respectivo poder formativo de disposição – o que é mais gravoso para o cedente. Estando-se na órbita do direito das obrigações – campo por excelência do exercício da autonomia privada – é admissível a contratação desse mecanismo, uma vez que não ofenda norma cogente. Apenas se deve atentar, no caso da cessão de crédito, conservando-se a pretensão com o cedente, qual o fundamento pelo qual as partes contrataram um mecanismo que permite ao cessionário receber o crédito, mas não exigí-lo, nem demandar por ele – não se deve admitir a ocorrência de enriquecimento sem causa por parte do cedente (devendo estar presente o regresso ao cessionário).

O argumento contrário de cunho processual não convence – há casos de dissociação entre posições jurídicas no art. 42 do Código de Processo Civil, no negócio fiduciário, dentre outros.

Finalmente, sob o ângulo da teoria geral da relação jurídica e da teoria das posições jurídicas subjetivas, é possível cogitar que uma posição jurídica elementar ativa (como é o caso da pretensão) apareça destacada, sozinha, fora do conjunto complexo que é o direito subjetivo. Há casos em que o poder de dispor sobre uma posição patrimonial é atribuído a terceiro.

¹⁶³ *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 273.

5. TEORIA DO PATRIMÔNIO – APONTAMENTOS

Se a esfera jurídica de uma pessoa corresponde ao conjunto das posições jurídicas subjetivas ativas e passivas, simples e complexas, de que ela é titular, o subconjunto destas posições jurídicas (ativas e passivas, simples e complexas) que é passível de *valoração econômica* e conseqüente *expressão pecuniária*¹⁶⁴ constitui o conceito de *patrimônio*¹⁶⁵.

A partir desta compreensão teórica, duas conclusões podem ser extraídas: (i) o patrimônio consiste em um setor da esfera jurídica (precisamente, o denominado *setor patrimonial*); (ii) o patrimônio (em sentido jurídico) não é integrado pelos bens de uma pessoa, mas pelas posições jurídicas que recaem sobre estes bens¹⁶⁶.

Cabe aqui fazer um breve excursus sobre o conceito de bem. Bem jurídico é um conceito coextensivo ao de objeto de relação jurídica. Compreende as coisas (que são os bens de caráter material), assim como bens de caráter imaterial, sendo que, entre estes, se incluem as prestações. A rigor, nessa linha de idéias, os créditos não seriam bens; bens

¹⁶⁴ Ser passível de valoração econômica significa, a uma, ser a posição jurídica (e o respectivo bem a que se refere) passível de ser objeto de interesse de mais de uma pessoa e, a duas, poder ser a posição jurídica objeto de mudança de titularidade (transmissão). Ser passível de expressão pecuniária significa admitir representação em dinheiro (em outras palavras: significa que se pode *por um preço* nas posições patrimoniais).

¹⁶⁵ Um estudo completo sobre as teorias acerca do patrimônio transborda os limites do presente trabalho. Assim, para as finalidades aqui perseguidas, adotar-se-á este conceito estipulado de patrimônio, que exprime uma teoria propriamente jurídica, e especificamente conectada com a visão sobre o assunto nos países latinos.

¹⁶⁶ Cf. A. VON TUHR. *Derecho civil – Teoría general del derecho civil alemán – Volumen I¹ – Los derechos subjetivos y el patrimonio*. Trad. de Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 320: “Os objetos dos direitos não entram no patrimônio, porque este se acha constituído unicamente pela propriedade que compete ao titular sobre suas coisas e não pelas coisas mesmas; pelos créditos e não pelas prestações que podem ser exigidas em virtude deles. Sem embargo, como já sucedeu aos romanos, *resulta natural enumerar as coisas no lugar da propriedade*, porque esta outorga o senhorio pleno sobre as mesmas, e considerar como integrante do patrimônio as coisas, os créditos e os demais direitos que pertencem a uma pessoa” (sem itálico no original). Pode ser *natural* enumerar as coisas no lugar da propriedade, mas não é *técnico*, no atual estágio da ciência jurídica. Assim, no mesmo sentido, M. BERNARDES DE MELLO afirma que o patrimônio corresponde à soma de todos os direitos patrimoniais, e apenas destes, que sejam titularizados por um sujeito de direito. Dessa forma, prossegue esclarecendo este autor, no conceito de patrimônio não entram os bens, mas apenas as posições jurídicas a eles relativos, e exemplifica: não compõe o patrimônio de A o apartamento no edifício X, mas sim o seu direito de propriedade (domínio) sobre este apartamento (*Teoria do fato jurídico – Plano da eficácia – 1ª Parte*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 75, nota 129). Ainda acerca do conceito técnico-jurídico de patrimônio, cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 5, p. 365-410.

seriam as prestações (os comportamentos humanos) aos quais os créditos se referem. No entanto, a discussão não é tão simples assim.

A tendência contemporânea de *objetivação* ou *objetificação* das relações jurídicas obrigacionais é fenômeno disseminado a nível mundial, que não se pode ignorar. Se bem que mais avançada nos sistemas da *Common Law*, verifica-se também a tendência em países da *Civil Law*, não apenas por si só, mas também como decorrência da crescente integração econômica e jurídica entre os países, da formação de blocos, de movimentos de integração internacional do direito privado. M. FONTAINE relata, em trabalho redigido no âmbito da elaboração da segunda edição dos Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais da UNIDROIT, o quanto segue: “the discussions held in Rome showed from the start that the subject of assignment of rights and duties is a very difficult one (SR, pp. 26-40). Much preliminary work must be done to overcome the different perceptions of the problems involved. Some civil lawyers were extremely surprised to hear that at common law, *assignment was essentially a property notion* (SR n° 166), there was ‘sharp distinction’ between present assignments and promises to assign (SR n° 176, 178), the effectiveness of the transaction was dependent on whether the rules on gifts had been complied with (SR n° 185). Common lawyers were undoubtedly just as surprised at the reactions such statements produced from the other side. Within the civil law systems, perceptions are not uniform either: *German law is probably more aware of the interaction between property and contractual aspects of transfer of rights than some other systems.*”¹⁶⁷ (sem itálico no original). Portanto, a transmissão de créditos é, na *Common Law*, noção de *property law* – como, aliás, o são as noções de crédito e de direitos pessoais patrimoniais. Nos países da *Common Law*, a circulação de créditos e de contratos, é *cediço*, é tratada sempre de modo muito objetivado. O crédito é tratado menos como posição subjetiva do que como bem – visão que, absolutamente, não é desconhecida no âmbito dos países da *Civil Law*.

Por sinal, é justamente a consideração de que, contemporaneamente, os processos de passagem de um crédito ou de um débito de sujeito a sujeito apresentam a tendência de serem considerados de modo objetivado, isto é, com mais atenção ao dado

¹⁶⁷ *Assignment of contractual rights and duties* [Preparatory work for the second edition of *Principles of International Commercial Contracts* - Position paper - Study L - Doc. 61]. Roma: Unidroit, 1999, p. 2-17. Disponível in <<http://www.unidroit.org/english/documents/1999/study50/s-50-061-e.pdf>>, acesso em 26-10-2010, p. 2.

objetivo do que ao que se passa nos pólos das relações jurídicas, que conduziu à adoção prioritária no presente trabalho – já desde o seu título – do vocábulo *transmissão*, ao invés de *sucessão*.

Dogmaticamente, a possibilidade de se encarar toda e qualquer posição jurídica subjetiva patrimonial como bem ganha terreno com a construção do conceito de *objetos de direito de segundo grau*, referida por autores alemães, dentre eles K. LARENZ e M. WOLF¹⁶⁸.

Mas retornando-se ao conceito de patrimônio, insta assinalar que, na realidade, existem variadas concepções quanto ao patrimônio, identificáveis em comparação jurídica. Pode-se falar em uma concepção francesa, uma concepção italiana e uma concepção alemã do patrimônio (nesta última, por exemplo, de acordo com certa visão sobre o denominado *patrimônio líquido*¹⁶⁹, só entrariam as posições jurídicas subjetivas ativas, após um movimento de subtração do passivo). A redação do Código Civil brasileiro de 2002, ao falar em relações jurídicas, por seu turno, deixa patente que adota conceito no qual entram o ativo e passivo.

¹⁶⁸ *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. 8. ed. C. H. Beck, 1995, § 20 I, n.º 1 (*apud* J. OLIVEIRA ASCENÇÃO. *Direito civil – Teoria Geral – Volume III – Relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 144).

¹⁶⁹ Cf. A. VON TUHR. *Derecho civil – Teoría general del derecho civil alemán – Volumen I^l – Los derechos subjetivos y el patrimonio*. Trad. de Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons, 1998; K. LARENZ. *Derecho civil – parte general*. Trad. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

6. TEORIA GERAL DA TRANSMISSÃO

6.1. Transmissão de posições jurídicas em geral

Antes de se tentar a harmonização entre os mecanismos de transmissão próprios ao direito das obrigações, mostra-se necessário o exame das *noções gerais* acerca da transmissão de quaisquer posições jurídicas, bem como o exame da transmissão em sede do direito das coisas. A primeira análise será objeto do presente item; a segunda, do seguinte.

Conforme já se advertiu na introdução deste trabalho, não existe uniformidade, seja de terminologia, seja de construção teórica ou base de pensamento, no que diz respeito ao tratamento, nos diversos sistemas jurídicos, da matéria da transmissão de posições jurídicas em geral. Trata-se, com efeito, de matéria muito ligada às peculiaridades sociais e influxos mentais próprios de cada povo, em relação à qual a base unificadora romanística (para os países da família romano-germânica) cumpre um papel apenas limitado. A despeito de traços e princípios comuns, as visões alemã, italiana, francesa, portuguesa, espanhola, britânica etc são distintas – além do fato de que, dentro de cada sistema, há também uma miríade de linhas doutrinárias e jurisprudenciais que divergem consideravelmente entre si.

Assim, resta aos estudiosos se conformar com esse cenário de investigação, na busca por um modelo conceitual generalizante que não pode pretender ser *definitivo* ou *autêntico*, mas apenas pactuado com o auditório a que se dirige.¹⁷⁰ Evidente que, no processo de isolamento desse modelo ou teoria, algumas pautas são de atendimento desejável, a saber: (i) que os conceitos sejam adequados ao sistema jurídico positivo a que dizem respeito, em primeiro lugar; (ii) que os conceitos estejam de acordo com a tradição e a cultura jurídicas da sociedade de referência; (iii) que os conceitos tenham a máxima

¹⁷⁰ Trata-se, aqui, do recurso aos *conceitos estipulados* – conceitos que se assumem, desde o início, como não sendo os únicos possíveis, mas que são acordados, ainda que tacitamente, entre dois interlocutores, ou entre o expositor dos conceitos e seu auditório, a fim de permitir o prosseguimento da comunicação a contento. Cf. a respeito A. TOMASETTI JR. *Compilação de aulas da disciplina Tipos Contratuais Gerais, ministradas no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 2004.*

abrangência possível para, se assim for viável, serem comunicados a um auditório mais amplo (vale dizer: para serem aproveitáveis, se possível, na órbita de outros sistemas jurídicos). É a partir destas pautas que se desenvolve o ensaio de síntese e harmonização que se segue.

Como é cediço, os fatos jurídicos tem o condão de desencadear conseqüências no plano da eficácia. Essas conseqüências são repercussões sobre um conjunto atual e potencial de efeitos jurídicos, efeitos dentre os quais se situam as relações jurídicas e as posições jurídicas nelas insertas como seu conteúdo. Consagrou E. BETTI a expressão *vicissitudes* para designar tais fenômenos que afetam a vida das relações e posições jurídicas¹⁷¹.

Realizando um esforço de catalogação, J. OLIVEIRA ASCENSÃO identifica as seguintes espécies, mais freqüentes, de vicissitudes que tocam as posições jurídicas:

- (i) constituição;
- (ii) modificação;
- (iii) transmissão;
- (iv) extinção;
- (v) publicidade;
- (vi) violação;
- (vii) defesa¹⁷².

Interessa de perto, no âmbito do presente trabalho, o desenvolvimento da terceira vicissitude mencionada no rol acima, a transmissão. Esta, ao ser colocada sob uma lente de aumento, pode ser decomposta em dois aspectos: a *perda* da posição jurídica, sofrida do lado do sujeito transmitente, e a *aquisição* da posição jurídica, experimentada do lado do sujeito transmissário.

¹⁷¹ “Com a expressão ‘vicissitude’ se designa uma situação jurídica concernente aos sujeitos ou ao objeto, a qual sobrevém na vida da relação jurídica, modificando a situação preexistente de modo a assinalar uma fase de desenvolvimento da relação, ou a produzir sua extinção” (E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1955, v. III,2-IV, p. 5). Utilizam a expressão, no mesmo sentido, M. ALLARA. *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*. Torino: Giappichelli, 1950, p. 6 e ss; e J. OLIVEIRA ASCENSÃO. *Direito civil – Teoria Geral – Volume III – Relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 140 e ss., especialmente 140.

¹⁷² J. OLIVEIRA ASCENSÃO. *Direito civil – Teoria Geral – Volume III – Relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 140-141.

Perda pelo transmitente e aquisição pelo transmissário são duas faces da mesma moeda, duas metades do mesmo todo, que é a transmissão translativa da posição de um sujeito a outro. Contudo, não existe perda de posição, nem aquisição de posição, tão somente no contexto de um processo de transmissão. É que aquisição e perda estão ligadas, em verdade, a outros critérios (complementares) de ordenação das vicissitudes das posições jurídicas subjetivas.

Assim, fala-se em aquisição originária ou derivada de posições jurídicas subjetivas; fala-se, de outra banda, em perda relativa ou absoluta. O cenário a ser estudado vai se tornando cada vez mais complexo.

É possível a construção de um autêntico quadro atinente às movimentações intersubjetivas de posições jurídicas, o qual poderá ser de bastante utilidade na compreensão das conseqüências práticas destas movimentações.

As movimentações de posições jurídicas em relação à esfera jurídica de um sujeito podem ser de duas ordens: ou representam um *ingresso* ou *aumento*, ou então representam uma *saída* ou *redução*. Ambas as ordens de movimentações podem ser, por seu turno, subdivididas, conforme se refiram a posição jurídica subjetiva ativa ou a posição jurídica subjetiva passiva. Há autores que não incorporam esta última diferenciação, tratando o ingresso ou aumento de modo unitário, isto é, não fazendo distinção pela circunstância de ser a posição jurídica ativa ou passiva – adotam, também, a mesma postura ao tratar da saída ou redução. A análise em separado, contudo, se justifica pelo fato de que há algumas peculiaridades que são próprias às movimentações de posições ativas (como a consideração do poder de dispor e das aptidões para adquirir), e outras que são próprias às movimentações de posições passivas (como a consideração do interesse subordinante inserto na correspondente posição ativa).

O ingresso ou aumento de posição ativa recebe o nome de *aquisição*, ao passo que, em se tratando de posição passiva, o termo a ser utilizado é *vinculação* (ou, então, *subordinação*). A saída ou redução de posição ativa é chamada *disposição*; já a saída ou redução de posição passiva, *liberação*.

Portanto, a aquisição é fenômeno que diz respeito ao lado ativo da esfera jurídica (e não apenas no seu setor patrimonial): em sentido estrito, aquisição corresponde ao ingresso, na esfera jurídica de um sujeito, de uma posição jurídica subjetiva ativa, simples ou complexa, patrimonial ou não patrimonial. Pode-se concordar aqui com a proposição de I. GALVÃO TELLES, no sentido de que a “aquisição” de uma posição jurídica passiva não é, propriamente, aquisição: toca o lado passivo da esfera jurídica, de modo que o melhor será reservar para esse fenômeno um outro vocábulo, como *vinculação* ou *subordinação*¹⁷³.

A aquisição é *originária* nos casos em que não há qualquer alusão a outro sujeito¹⁷⁴, isto é, nos casos em que a aquisição da posição jurídica não tem relação com alguém, antecessor, que era seu titular¹⁷⁵. A posição adquirida não foi *entregue* por ninguém ao adquirente, nem retira seu fundamento da posição de um outro sujeito: ela é gerada *ex nihilo* e assim ingressa na esfera jurídica em questão¹⁷⁶. Corresponde à *constituição (stricto sensu) de posição jurídica*, da classificação de J. OLIVEIRA ASCENSÃO acima mencionada. É o momento do nascimento de uma posição jurídica nova. São exemplos de aquisição originária a constituição de um crédito, e as aquisições de direito de domínio por modo originário, como a ocupação e a usucapião.

A aquisição é derivada se o adquirente obtém precisamente a mesma posição jurídica que pertencia a um titular anterior, ou se obtém outra diversa mas que desta retira seu fundamento. Como deixa claro F. C. PONTES DE MIRANDA, no suporte fático de um fato jurídico que opera aquisição derivada está presente, como elemento, o direito (*rectius*, a posição ativa) de outra pessoa¹⁷⁷. É lícito adotar-se a mesma classificação, no que toca ao

¹⁷³ I. GALVÃO TELLES. *Teoria geral do fenômeno jurídico sucessório*. Lisboa: s.e., 1944, p. 14-20. O autor adota o termo *vinculação*; contudo, também se pode dizer que o sujeito titular da posição ativa em uma relação jurídica está *vinculado*, na medida mesma em que é parte desta relação. Para evitar ambigüidade, talvez seja preferível o uso dos termos *subordinação* ou *assunção* para se referir ao ingresso de uma posição passiva na esfera jurídica de um sujeito. É o que se dá em sede da assunção de dívida: o sujeito passivo assume (não propriamente adquire) um débito (posição passiva), colocando-se, destarte, em situação de subordinação de seu interesse (em relação ao interesse do credor).

¹⁷⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 5, p. 14.

¹⁷⁵ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 5, p. 17.

¹⁷⁶ Cf. R. VANZELLA. *Numerus Clausus dos direitos reais e autonomia nos contratos de disposição*. Tese de doutorado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 255-256.

¹⁷⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 5, p. 25.

campo passivo da esfera jurídica, em vinculação (ou subordinação) originária ou derivada, como se verá mais adiante.

A aquisição derivada pode ser dividida, por seu turno, em *translativa* e *constitutiva*.

A modalidade denominada *translativa* consubstancia a aquisição, pelo novo sujeito, da *mesma posição ativa* que tinha um sujeito anterior, mantida a sua *identidade essencial*¹⁷⁸. O poder jurídico como um todo passa de um sujeito a outro. O adquirente recebe a posição jurídica tal como se encontrava na esfera jurídica do transmitente e, destarte, com os mesmos vícios ou defeitos que porventura tivesse – o que constitui um importante traço caracterizador desta espécie de movimentação de posição jurídica¹⁷⁹. O efeito da cessão de crédito, considerado pelo lado do terceiro cessionário, e a aquisição derivada de domínio (pelo ângulo do adquirente) configuram exemplos de aquisição derivada translativa. Também a aquisição de posições jurídicas em virtude do trespasse do estabelecimento comercial (arts. 1.142 a 1.149 CC)¹⁸⁰, e a cessão de posição contratual

¹⁷⁸ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 5, p. 16; A. MENEZES CORDEIRO. *Tratado de direito civil português – Volume II – Direito das obrigações – Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento – transmissão – modificação e extinção – garantias*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 207-208; I. GALVÃO TELLES. *Teoria geral do fenômeno jurídico sucessório*. Lisboa: s.e., 1944, p. 16; P. OERTMANN. *Introducción al derecho civil*. Trad. de Luis Sancho Seral. Barcelona: Labor, 1933, p. 182-183; K. LARENZ. *Derecho civil – parte general*. Trad. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, p. 305-307; R. VANZELLA. *Numerus Clausus dos direitos reais e autonomia nos contratos de disposição*. Tese de doutorado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 257.

¹⁷⁹ Cf. J. OLIVEIRA ASCENSÃO. *Direito civil – Teoria Geral – Volume III – Relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 146.

¹⁸⁰ A discussão sobre ser o estabelecimento comercial universalidade de fato (conjunto de bens com destinação unitária conferida por um sujeito) ou universalidade de direito (conjunto de posições jurídicas subjetivas ativas e passivas, com destinação unitária usualmente conferida pela lei) é mais teórica do que prática, pois no final as conseqüências de regime acabam se nivelando. O art. 1.142 do CC, por inspiração de S. MARCONDES MACHADO, e pela influência da obra de O. BARRETO FILHO na doutrina comercialista pátria, segue o padrão italiano, apontando para a tese da universalidade de fato: o estabelecimento seria uma universalidade de fato, mas o seu trespasse implica a transferência do patrimônio aziendal, inclusive o passivo (o que acaba se conectando com as cessões legais de créditos, assunções legais de dívidas e cessões legais de posições contratuais ligadas ao patrimônio). Não se trata, aqui, do fenômeno da sub-rogação. De todo modo, parece-nos, em visão que não é refutada por F. C. PONTES DE MIRANDA, que o estabelecimento comercial poderia ser enquadrado no conceito de universalidade de direito, dando margem à sua consideração como um patrimônio especial do empresário. Considerando-se que toda posição jurídica subjetiva ativa pode ser considerada como *bem de segundo grau*, um conjunto de posições jurídicas ativas patrimoniais pode ser considerado um conjunto de “bens”. Portanto, universalidade de direito. Uma concepção como essa estaria, inclusive, em consonância com a nova teoria econômica (que vê a empresa como um bloco de contratos, de relações e de posições). O empresário organiza posições jurídicas – e isso seria a própria *atividade*. O trespasse do estabelecimento implica a transmissão de uma posição jurídica de *propriedade* (em sentido lato) sobre um bem coletivo (art. 90 CC), o que implica a translação de diversas posições jurídicas que tem uma relação de pertinência com esse “bem coletivo”.

(ambos tomadas do ângulo do adquirente) são exemplos desta modalidade de aquisição. A dogmática alemã utiliza com freqüência, aqui, a expressão *transmissão* (em sentido estrito), para designar o conjunto dos casos de aquisição derivada *translativa*, ao passo que reserva para o *gênero aquisição derivada* o termo *sucessão*¹⁸¹. Tal uso apresenta dois inconvenientes. Em primeiro lugar, ao igualar *sucessão* e *aquisição derivada*, bem como *transmissão* e *aquisição derivada translativa*, se está colocando em evidência apenas um dos lados da movimentação jurídica intersubjetiva (a saber, o lado do ingresso), deixando-se na sombra o outro lado (o da saída da posição jurídica da esfera jurídica de origem). Em segundo lugar, ao se restringir a concatenação dos termos *sucessão* e *transmissão* a esta aplicação, esquece-se que na transmissão derivada constitutiva (veja-se conceito *infra*) também há transmissão; aliás, de acordo com a etimologia dos vocábulos (como se verá oportunamente), o que há realmente é transmissão, e não sucessão. Portanto, não será esta a aplicação dos termos *transmissão* e *sucessão* a ser aproveitada no quadro que ora se delinea neste trabalho.

Na aquisição derivada constitutiva, por outro lado, o adquirente não obtém exatamente o poder jurídico que correspondia até então ao sujeito antecessor, mas sim recebe uma *parcela* deste poder jurídico mais amplo, o qual subsiste, mas de algum modo alterado. Em outras palavras: ocorre a recepção, na esfera jurídica do adquirente, de uma posição jurídica elementar, ou aspecto de posição jurídica elementar, ou de mais de uma posição jurídica elementar, que se destaca (ou destacam) da posição jurídica de outrem e nesta tem (ou têm) fundamento. A parcela destacada do poder de origem se refunde na esfera jurídica do adquirente – daí a idéia de *constitutividade* – seja formando uma posição jurídica complexa nova (como ocorre com o direito real de usufruto, em relação à propriedade), seja mantendo a sua identidade enquanto posição, mas com alteração (é o que ocorre no caso de cessão de uma pretensão inserta em um crédito, a qual permanece basicamente a mesma pretensão, mas modificada já em virtude da dissociação com o

¹⁸¹ Assim: L. ENNECCERUS e H. C. NIPPERDEY. *Parte General*. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Trad. de Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1950, t. 1, v. 2, p. 20-21; P. OERTMANN. *Introducción al derecho civil*. Trad. de Luis Sancho Seral. Barcelona: Labor, 1933, p. 182-183; e A. VON TUHR. *Derecho civil – Teoría general del derecho civil alemán - Volumen II – Los hechos jurídicos*. Trad. de Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 32. Também K. LARENZ. *Derecho civil – parte general*. Trad. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, p. 306, especialmente nota 83 (mas com alguma especificidade, vale dizer, fazendo um contraponto entre a *sucessão* – equivalente à aquisição derivada – e o que chama de *transferência de direito* – mudança de sujeito com identidade de conteúdo do direito –, e incluindo nesta casos de aquisição originária, precedidos de perda absoluta de direito de conteúdo idêntico por outro sujeito).

crédito, junto ao qual compunha um todo orgânico, e então deixa de compor)¹⁸². O poder jurídico do adquirente provém do poder jurídico do transmitente, apesar de não ser o mesmo. É, como assevera F. C. PONTES DE MIRANDA, a passagem a outrem de direito (*rectius*: de poder) tirado do direito (*rectius*: do poder) de outrem¹⁸³. São exemplos de aquisição derivada constitutiva, como já mencionado, a constituição de um direito real limitado de garantia (e.g., a hipoteca) ou de fruição (e.g., o usufruto) em relação ao adquirente, bem como a cessão de uma posição jurídica elementar (e.g. pretensão) contida em um crédito (sempre, é evidente, pelo ângulo do adquirente).

O ingresso ou aumento de posição de posição jurídica subjetiva passiva na esfera jurídica de um sujeito pode ser denominada, conforme já se assinalou, *vinculação* ou *subordinação*. Assim como se dá com a aquisição de posição ativa, a vinculação a posição passiva pode ter caráter originário ou derivado. A vinculação originária corresponde à constituição, em sentido estrito, de uma posição passiva, como ocorre, por exemplo, na constituição de um débito. Já a vinculação derivada (somente translativa), corresponde à passagem de uma mesma posição passiva de um sujeito a outro, e pode ser exemplificada pelos casos de assunção liberatória de dívida (tomada pelo lado do terceiro assuntor).

Em sede do fenômeno da vinculação em geral, contudo – e aí reside a justificativa para o seu trato em apartado do fenômeno da aquisição de posição ativa –, é conveniente manter em perspectiva que ela se verifica sempre tendo em conta o interesse subordinante do sujeito ativo correspectivo. A conhecida afirmação de C. DO COUTO E SILVA, de que a relação obrigacional se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, *à satisfação do interesse do credor*¹⁸⁴, aqui pode ser utilizada como uma imagem desse fenômeno de direcionamento da vinculação em geral em conformidade com o interesse do sujeito ativo correspectivo. Vale dizer: enquanto a aquisição de posição ativa

¹⁸² É sustentável que aqui se trate, na realidade, apenas da aquisição derivada translativa de uma posição jurídica elementar. Isso é perfeitamente coerente, do ponto de vista da posição elementar adquirida, mas deixa de lado o quadro geral, isto é, a ligação com a posição jurídica de origem. Sucede que, na hipótese de aquisição de uma posição elementar ou de um conjunto de posições elementares sem que haja sua reorganização na esfera jurídica do adquirente como uma nova posição, a carga de constitutividade do fenômeno é menor.

¹⁸³ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 5, p. 16.

¹⁸⁴ C. DO COUTO E SILVA. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 5. Não se recusa, aqui, o fato de que tal afirmação do autor é criticável (ou ao menos passível de alguma revisão) a partir das concepções que descortinam na relação obrigacional de feição contemporânea o dado da *cooperação* (em maior ou menor grau, de acordo com fisionomia da relação em concreto).

se opera em benefício do próprio adquirente, a vinculação se opera em benefício do sujeito ao qual se vincula.

Estudadas as categorias pelas quais pode se dar o ingresso de posições jurídicas subjetivas ativas e passivas em uma esfera jurídica, cumpre agora examinar o seu reverso, ou seja, as categorias pelas quais pode se dar a saída ou redução das citadas posições.

Consoante já referido acima, a saída ou redução de posição jurídica passiva recebe o nome de *disposição*. Trata-se de conceito de enorme importância, que ainda não obteve na dogmática brasileira sua completa sedimentação.

Em princípio, os fatos jurídicos dispositivos são aqueles que operam uma *diminuição* do ativo de uma esfera jurídica. Entretanto, constata-se a ocorrência de uma força expansiva subjacente ao conceito do poder de disposição, a qual o habilita a operar *modificação* (em sentido amplo) da posição ativa a que se refere¹⁸⁵, e inclusive chegar ao ponto de atuar sobre a correspondente posição passiva¹⁸⁶.

A disposição de uma posição jurídica subjetiva ativa pode ser de natureza *absoluta* ou *relativa*.

A disposição absoluta é a perda absoluta da posição ativa, a qual, ao sair da esfera jurídica de um sujeito e não se reconectar à esfera jurídica de outro sujeito, cessa de existir. Logo, disposição absoluta equivale à extinção da posição ativa. Exemplificam o fenômeno, com relação ao direito de domínio, o abandono, a destruição da coisa, a usucapião (sob o ponto de vista do sujeito que perde a posição); com relação a outros direitos, pode-se indicar o exemplo da renúncia.

¹⁸⁵ G. GORLA se refere ao poder de disposição como poder de incidir imediatamente sobre um direito subjetivo, modificando-o, subjetiva ou objetivamente, como se verifica nos três exemplos típicos: alienação, extinção e limitação (*L'atto di disposizione dei diritti*. Perugia: Guerriero Guerra, 1936, p. 7). Ora, esse modo de expor o poder de disposição traz implícita uma *força expansiva* do conceito, na medida em que (i) a *modificação objetiva* mencionada pelo autor possibilita que se pense não só no objeto do poder de disposição (o direito), mas também no objeto do objeto do poder de disposição (o objeto do direito, o bem jurídico, o qual pode, de fato, ser configurado de modo variado, bastando lembrar, e.g., do direito de domínio sobre determinada coisa); e (ii) a referência a três exemplos *típicos* permite inferir-se a abertura a *outros* exemplos ou manifestações de poder de disposição.

¹⁸⁶ Conforme visto no capítulo 2 do presente trabalho, com relação à assunção de dívida bifigurativa: é consequência do poder de disposição do credor escolher contra quem dirigir o seu crédito, de modo que a substituição do devedor decorre de ato de disposição do credor.

A disposição relativa apresenta a característica de estar direcionada a um ou mais sujeitos, ainda que não especificados. Destarte, a posição jurídica em questão não se extingue, mas ao contrário, subsiste.

A disposição relativa pode ser subdividida em *total* ou *parcial*. A disposição relativa total nada mais é do que a *perda relativa* da posição jurídica ativa, ou seja, o deslocamento da exata posição de um sujeito a outro. Em se tratando de direitos reais (e, num uso mais lato, de direitos patrimoniais em geral), a disposição relativa total, por negócio jurídico, de caráter *inter vivos*, recebe o nome de *alienação*. No caso de outros direitos que não os reais, se costuma empregar o termo *cessão*.

A disposição relativa designada aqui como *parcial* corresponde à *limitação* ou *oneração* incidente sobre uma posição jurídica subjetiva ativa. É, evidentemente, o reverso da aquisição derivada constitutiva. Na disposição relativa parcial, ou limitação, o sujeito disponente continua a ser titular do poder jurídico que até então detinha, assistindo, apenas, à saída de parcela deste poder de sua esfera jurídica, em benefício de outrem. Na realidade, a posição jurídica do disponente sofre uma espécie de decréscimo, que pode ser descrita como a retirada de uma ou mais posições elementares que a compõe ou como a sua compressão ou limitação. São exemplos desta categoria de disposição a gravação, isto é, a constituição de um direito real limitado (pelo lado do constituinte), bem como a cessão de uma pretensão creditícia (pelo lado do cedente).

I. GALVÃO TELLES identifica, ainda, mais uma forma de manifestação de disposição, consistente na destinação *mortis causa*¹⁸⁷. O autor esclarece que, nessa hipótese, não ocorre uma perda ou limitação atual, e, destarte, uma diminuição imediata da esfera jurídica. Contudo, ao ser conjugada com a morte do sujeito, a destinação *mortis causa* resulta em uma limitação (e.g., no caso de constituição de um usufruto por testamento) ou indica os beneficiários da transmissão (e, portanto, da disposição relativa) que tomará lugar por ocasião da referida morte¹⁸⁸.

¹⁸⁷ É mais um sinal da força expansiva que o conceito de poder de disposição manifesta nos quadrantes do pensamento jurídico.

¹⁸⁸ *Teoria geral do fenómeno jurídico sucessório*. Lisboa: s.e., 1944, p. 19.

Finalmente, à saída ou redução de uma posição jurídica subjetiva passiva constante da esfera jurídica de alguém se denomina *liberação*. Esta também se divide, tal como a disposição, em absoluta e relativa. A liberação absoluta equivale à extinção da posição passiva, e pode ser exemplificada através dos modos de extinção das dívidas, como o adimplemento pelo devedor e a novação subjetiva (encarados pelo ponto de vista do devedor). Já a liberação relativa corresponde à saída de uma posição passiva da esfera jurídica de um sujeito sem a sua extinção, visto que orientada à esfera jurídica de outro sujeito (o exemplo, então, pode ser dado pela assunção liberatória de dívida, sob a perspectiva do devedor).

Ao cabo deste esforço de mapeamento é possível, enfim, alcançar-se o conjunto de resultados que se segue.

A soma de uma perda relativa com uma aquisição derivada translativa constitui a denominada *transmissão translativa de posição ativa*.

A conjugação de uma liberação relativa e uma vinculação derivada, por sua vez, constitui a *transmissão translativa de posição passiva*.

Finalmente, a combinação de uma *disposição parcial* ou *limitação* com uma *aquisição derivada constitutiva* corresponde à chamada transmissão constitutiva de posição ativa¹⁸⁹.

E, com isso, clarifica-se o conceito de *transmissão*, central para o presente trabalho, através da especificação de sua estrutura, que exprime a passagem de uma

¹⁸⁹ Essas não são as únicas combinações possíveis, com base no quadro apresentado. Um binômio perda absoluta – aquisição originária é o que resulta do fenômeno a que F. C. PONTES DE MIRANDA se refere como *impossibilidade de coexistência entre dois direitos* (*Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 5, p. 117). É o que se dá na usucapião: não há, neste modo originário de aquisição do domínio, ligação com fenômeno transmissivo, mas sim o desaparecimento do domínio do sujeito antecessor em virtude da ultimação do processo de formação do direito de domínio do sujeito adquirente. Enquanto corre o prazo para a usucapião, um novo direito de propriedade vai se formando nas mãos do adquirente, até o momento em que, formado, suplanta o direito velho, que não pode com este coexistir. Não há, aí, sucessão, *senão apenas em sentido cronológico*: há *seqüência temporal de direitos*, até com o mesmo conteúdo, mas sem dependência um do outro (F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 5, p. 22 e 24). A imagem da sucessão cronológica entre os direitos de domínio em sede de usucapião induziu a equívoco alguns juristas, que viram aí uma espécie de *transferência de direito*, a qual, nesse caso, não existe (por exemplo, K. LARENZ. *Derecho civil – parte general*. Trad. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, p. 305-306).

posição jurídica ou de parcela desta, da esfera jurídica de um sujeito para a de outro. Entretanto, não se encaminhou a contento, ainda, a questão ligada à fixação dos campos semânticos dos vocábulos transmissão e sucessão, e à ligação entre eles.

Já se destacou, acima, o uso comum na doutrina alemã do termo sucessão como sinônimo de aquisição derivada, e do termo transmissão (em sentido estrito) como sinônimo de aquisição derivada na modalidade translativa. Após o exame das movimentações de posições jurídicas que se acaba de realizar, porém, esse uso não se apresenta o mais operacional, visto que a transmissão não corresponde exatamente à aquisição de posição jurídica, mas sim à combinação de uma aquisição derivada com uma perda relativa, ou de uma vinculação derivada com uma liberação relativa. Além disso, *sucessão* exprime imagem que se presta melhor, em primeiro lugar e nos termos mais amplos possíveis, ao entendimento daquilo que se passa com os *sujeitos* da relação jurídica (A sucede a B)¹⁹⁰, assim como a imagem que E. BETTI denomina *acessão*¹⁹¹ (subjéitiva) se presta a mostrar o que acontece no caso de pluralização nos pólos da relação. Sucessão e acessão são imagens descritivas de vicissitudes por que passa a relação jurídica, no que tange aos seus pólos: na primeira, há a troca, a mudança, de um sujeito por outro; na segunda, há o acréscimo de um sujeito.

Ocorre que essas imagens de viés subjéitivo descrevem apenas parte do fenômeno global: no que tange ao *conteúdo* da relação, a sucessão de sujeitos (nessa acepção ampla) implica a transmissão de posição jurídica do sujeito A ao sujeito B, ao passo que a acessão pode se fazer acompanhar da constituição de uma nova posição jurídica (por exemplo, nos casos de acréscimo de um credor ou devedor solidário, em que cada credor ou devedor tem o seu crédito ou débito) ou de estabelecimento de uma comunhão de posição jurídica (precisamente, nos casos de comunhão ou mancomunhão).

Nessa linha de idéias, resta concordar com a posição de F. C. DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, no sentido de que, tomados *em sentido amplo*, e com base em uma rigorosa análise etimológica, histórica e de lógica jurídica, os termos transmissão e sucessão

¹⁹⁰ Cf. V. SCIALOJA. *Negozi giuridici*. Roma: Foro Italiano, 1950, p. 6.

¹⁹¹ *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1955, v. III,2-IV, p. 15.

descrevem uma mesma realidade, só que por ângulos diversos¹⁹². Transmissão (de *trans-mitto*, enviar ao outro lado) significa a passagem de algo das mãos de uma pessoa a outra. Superada pela evolução do pensamento jurídico a concepção antiga, romana, de transmissão da coisa em si, deve ser concebida como a passagem de uma posição jurídica subjetiva, ativa ou passiva, simples ou complexa, da esfera jurídica de um sujeito à esfera jurídica de outro sujeito. Já sucessão (de *sub cedere*) expressa a entrada de um ser no lugar de outro ser, significando o mesmo que substituição ou sub-rogação (em sentido amplo). Aplicada a palavra quanto a sujeitos de relações jurídicas, se diz que há sucessão quando um entra no lugar do outro em uma relação qualquer^{193 194}.

Destarte, a transmissão translativa de posição jurídica, ativa ou passiva, e a transmissão constitutiva compõem o conceito de transmissão *lato sensu*, coextensivo – até certo ponto – ao conceito de sucessão *lato sensu*¹⁹⁵. É possível, porém, falar-se ainda em

¹⁹² DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe Clemente de. *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera*. Madrid: Victoriano Suárez, 1912, p. 120. O autor apenas se afasta parcialmente da conclusão aqui alcançada (e por ele próprio encaminhada nas páginas precedentes de sua obra) ao associar o vocábulo transmissão à descrição do que se passa com o transmitente, e o vocábulo sucessão ao que se passa com o transmissário (na realidade, como se viu, o vocábulo transmissão pode ser associado de modo mais útil à descrição do que se passa com a posição jurídica movimentada da esfera jurídica de um sujeito ao outro, enquanto o vocábulo sucessão pode ser guardado para a descrição do que se passa entre os próprios sujeitos, considerados em face do pólo da relação jurídica).

¹⁹³ DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe Clemente de. *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera*. Madrid: Victoriano Suárez, 1912, p. 101-103.

¹⁹⁴ Apenas se deve fazer a ressalva de que, nessa ordem de idéias, a sucessão de sujeitos no *pólo da relação* colhe um conceito de relação jurídica simples, tendo por conteúdo a conexão entre uma posição ativa e uma posição passiva, e não, por exemplo, um conceito quadro como o de relação contratual (que comporta, eventualmente, sua decomposição em diversas sub-relações). Não é demais sublinhar que a transmissão de um crédito não implica a transmissão de posição contratual, e que enquanto a sucessão no pólo de uma relação contratual (tomada como um todo) somente é possível através deste último mecanismo, a sucessão em uma relação de tipo crédito-débito extraída idealmente a partir da relação total é possível por meio de cessão de crédito. Nesse sentido, F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 276.

¹⁹⁵ No que tange à transmissão constitutiva, o enquadramento é mais controverso. Com efeito, V. SCIALOJA adverte que “esta, que com palavra tradicional e exata chamamos de *derivação* de uma relação jurídica de outra se pode chamar também de sucessão em sentido lato, porque se assemelha muito esta derivação de servidão da propriedade àquela, por exemplo, de propriedade da propriedade, como se dá por compra e venda, na qual se tem o caso típico da sucessão em sentido estrito. Naturalmente, se falamos em sucessão, também neste segundo caso, devemos dizer que a sucessão não é constituída somente pela substituição de uma pessoa na precedente relação jurídica atribuída a outra pessoa, mas resulta do conceito mais lato de constituição de uma relação, a qual baseia toda a sua força jurídica e o seu conteúdo na existência de uma relação jurídica precedente” (*Negozi giuridici*. Roma: Foro Italiano, 1950, p. 7). Por outro lado, F. C. PONTES DE MIRANDA (o qual, entretanto, trabalha com a visão de sucessão *no direito*, e não na relação) afirma que a aquisição constitutiva foi tida por alguns, com razão, como sucessão (*Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 5, p. 16). Tudo depende do conceito, e do campo semântico que se reconhece aos vocábulos. Em verdade, nos casos em que a posição jurídica transmitida em transmissão constitutiva não se reconfigura nas mãos do transmissário (e.g., cessão de uma pretensão, ou ação), é possível com mais facilidade falar-se em sucessão em uma relação jurídica em que figurava o titular anterior da posição (no exemplo da cessão de pretensão creditícia, uma relação de estrutura pretensão – obrigação, extraível da

um conceito de transmissão *stricto sensu*, bem como em um conceito de sucessão *stricto sensu*, com irrecusáveis vantagens para o manejo do modelo, pela distinção de conseqüências práticas que permite identificar. Portanto, transmissão *lato sensu* (conceito coextensivo ao de sucessão *lato sensu*) é gênero, que comporta as espécies transmissão *stricto sensu* e sucessão *stricto sensu*.

Ocorre sucessão *stricto sensu* quando alguém é colocado na exata situação (e.g., o pólo de uma relação jurídica) que anteriormente era ocupada por outrem, havendo manutenção perfeita de identidade no que tange à posição jurídica antes e depois do trespasse. Não há alteração de outras características circundantes ou laterais à relação jurídica, para além da alteração subjetiva¹⁹⁶. O exemplo típico é dado pela sucessão *causa mortis*: nesta, o herdeiro é concebido como um continuador do autor da sucessão – em imagem que tem forte conotação não apenas jurídica, mas econômico-social – e, assim sendo, passa a ocupar a exata posição que o *de cuius* ocupava nos pólos de relações jurídicas. Considera-se que não há a interposição de nenhum título que diversifique o caráter pelo qual o herdeiro está em uma relação antes ocupada pelo *de cuius*, ao contrário do que se dá na transmissão¹⁹⁷. A morte opera a alteração subjetiva e esgota seu papel. Mesmo na sucessão testamentária, o testamento esgota seu papel ao possibilitar a alteração subjetiva; após, na vida das relações jurídicas já ocupadas pelo sucedido, não há que se recorrer ao testamento para fins de interpretação. Outro exemplo de sucessão *stricto sensu* apontado pela doutrina se coloca em sede de fusão, incorporação ou cisão de sociedades (arts. 1.116 a 1.122 CC)¹⁹⁸. Nestas operações, os respectivos contratos fundamentam a alteração subjetiva, mas não se projetam sobre a vida da relação alterada. Vale dizer: o

relação mais ampla de estrutura crédito – débito). Já nos casos em que a posição jurídica ou o conjunto de posições jurídicas transmitido sofre uma reconfiguração, uma remodelação, na esfera jurídica do transmissário (e.g., hipótese da constituição do direito real de usufruto, a partir da mescla de faculdade de uso e de poder formativo de fruição retirados do direito de domínio), difícil é falar-se em sucessão em *relação jurídica preexistente*, em virtude da carga de constitutividade maior. No exemplo do usufruto, a despeito da composição deste direito a partir de poderes extraídos do domínio (os quais já existiam), a carga de constitutividade é tão forte que se enxerga, com toda a clareza, um novo direito.

¹⁹⁶ Cf. J. OLIVEIRA ASCENSÃO. *Direito civil – Teoria Geral – Volume III – Relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 145-146; A. MENEZES CORDEIRO. *Tratado de direito civil português – Volume II – Direito das obrigações – Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento – transmissão – modificação e extinção – garantias*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 207-208.

¹⁹⁷ Cf. J. OLIVEIRA ASCENSÃO. *Direito civil – Teoria Geral – Volume III – Relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 146.

¹⁹⁸ Nesse sentido, J. OLIVEIRA ASCENSÃO. *Direito civil – Teoria Geral – Volume III – Relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 146.

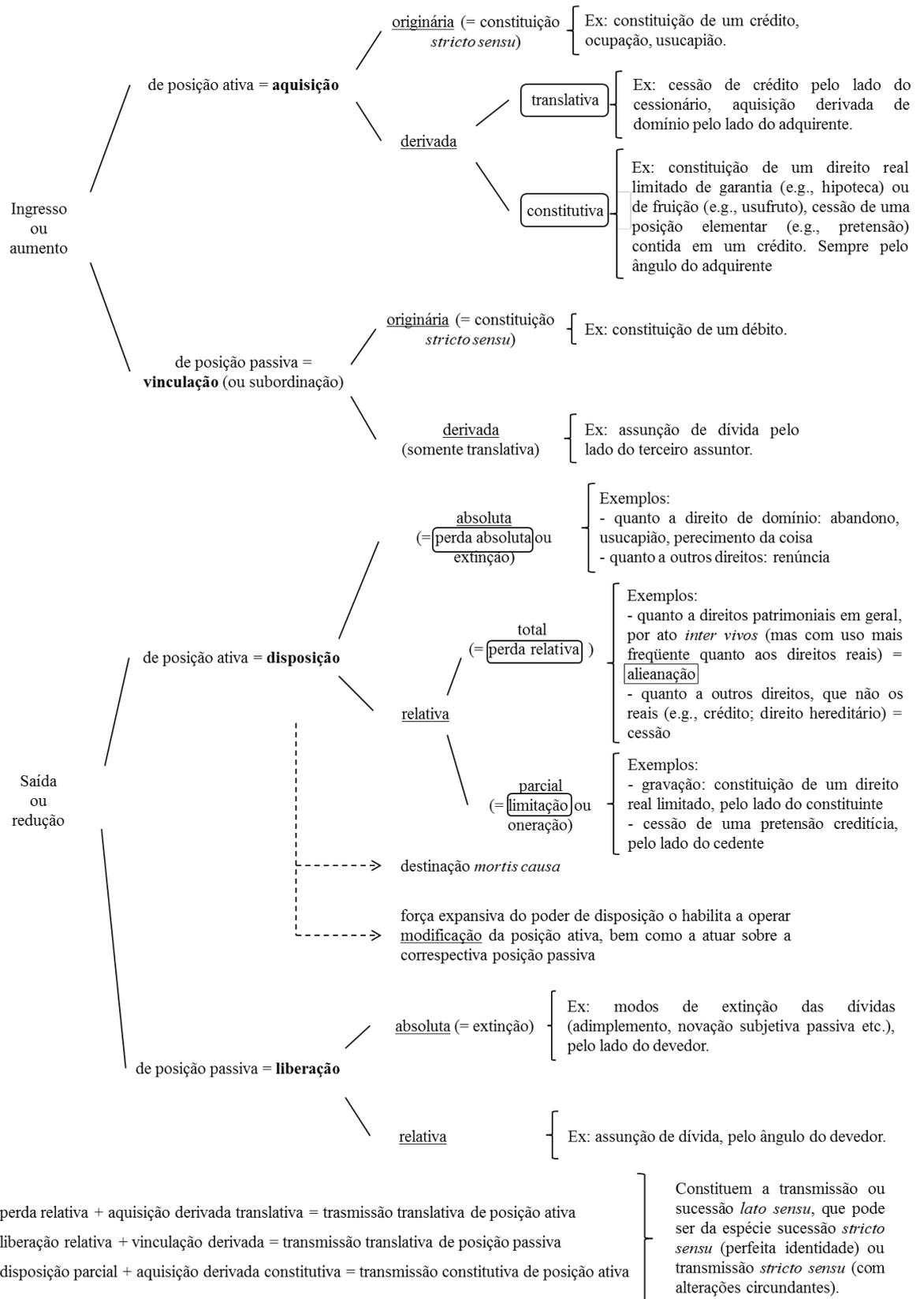
intérprete não precisa se deter, a toda hora, sobre o contrato de fusão a fim de avaliar a extensão do trespassse das posições jurídicas ao sucedido.

Verifica-se transmissão *stricto sensu* quando a posição jurídica subjetiva passa de um sujeito a outro, mantendo a sua identidade essencial, mas admitindo alteração de aspectos circundantes¹⁹⁹. Na transmissão em sentido estrito, para além da mudança subjetiva, a relação jurídica que sofre a vicissitude assiste a uma mudança no que se refere ao seu título de base: a presença do transmissário no pólo da relação, assim como toda a contextura da relação jurídica, passam a estar apoiados em dois pilares – o título original da relação jurídica (seu fato constitutivo) e o título da própria transmissão. O título da transmissão não esgota sua função em operar a alteração subjetiva, projetando-se sobre a vida subsequente da relação: se o título é de base negocial (e.g., conjunto de negócios jurídicos que operam a transmissão na cessão negocial de crédito), o *instrumento* ou *conjunto de instrumentos* podem vir a ser invocados a qualquer tempo como pauta para a interpretação da extensão e limites da posição jurídica ocupada pelo sujeito.

Tudo o que se expôs até agora neste item pode ser exposto no seguinte quadro:

¹⁹⁹ Cf. J. OLIVEIRA ASCENSÃO. *Direito civil – Teoria Geral – Volume III – Relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 146; A. MENEZES CORDEIRO. *Tratado de direito civil português – Volume II – Direito das obrigações – Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento – transmissão – modificação e extinção – garantias*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 208.

Quadro esquemático n° 08:
Movimentações de posições jurídicas na esfera jurídica de um sujeito



Obs.: impossibilidade de coexistência entre duas posições (e.g., usucapião) ⇒ perda absoluta + aquisição originária

Há uma pluralidade de critérios consoantes os quais se pode classificar o fenômeno transmissivo ou sucessório, *lato sensu*. Um primeiro critério diz respeito à natureza do fato que gera a transmissão, opondo, de um lado, a morte de uma pessoa natural e, do outro, fatos de qualquer outra ordem. É assim que se constrói a dualidade entre a transmissão *mortis causa* (por causa da morte) e a transmissão *inter vivos* (entre vivos). A transmissão *mortis causa* é objeto de um setor próprio do direito civil, o direito das sucessões, de modo que sua análise no âmbito do presente trabalho somente se justifica quanto a aspectos gerais, comuns à sucessão *inter vivos*.

Um tratamento amplo do fenômeno transmissivo ou sucessório não estará completo sem o detalhamento de uma outra classificação: aquela que opõe a sucessão *universal* à sucessão *singular*. Insta destacar que o critério base desta distinção não é quantitativo, isto é, não está na presença ou não de uma pluralidade de posições jurídicas transmitidas, bastando observar que o trespasse de estabelecimento comercial não constitui um caso de sucessão universal²⁰⁰. Na realidade, o cerne da classificação em tela reside, como avalia E. BETTI, na consideração da função desempenhada por cada espécie, e no problema prático que cada qual almeja resolver²⁰¹.

A sucessão universal busca solucionar um problema de organização dos sujeitos jurídicos, ligado ao desaparecimento, à falta, de um determinado sujeito (e.g., por morte, ou extinção), e à exigência de que as relações jurídicas precisam de sujeito para subsistir. Nesse sentido, optando o sistema pela conveniência de que não se extingam (algumas) relações do sujeito faltante, impõe-se a necessidade de um *continuador* deste, o qual deve *sucedê-lo* nas citadas relações. Estruturalmente, a sucessão universal é desencadeada pela falta de uma pessoa, acarretando o ingresso de um continuador em uma ou mais posições jurídicas concretamente presentes, eleitas pelo sistema como passíveis e/ou merecedoras de subsistência²⁰².

A sucessão singular, por outro modo, visa a resolução de um outro problema prático, a saber: a possibilidade de um sujeito substituir a um outro em uma posição

²⁰⁰ E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1955, v. III,2-IV, p. 16.

²⁰¹ *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1955, v. III,2-IV, p. 16.

²⁰² Cf. E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1955, v. III,2-IV, p. 16-17.

jurídica, ativa ou passiva, por este ocupada na relação jurídica. O problema é de circulação de determinada ou determinadas posições jurídicas, como reflexo de uma exigência econômica imprescindível à dinâmica de mercado. Estruturalmente, a sucessão singular se funda no negócio ou fato jurídico que justifica o trespasse da posição²⁰³.

Cessão de crédito, assunção de dívida e sub-rogação pessoal são modos de transmissão translativa de posições jurídicas no direito das obrigações, e como tal estão sujeitas às regras, princípios, postulados e cânones interpretativos que conformam o regime jurídico deste fenômeno.

Algumas dessas regras foram isoladas por K. S. ZACHARIAE, com base em antigos postulados: (i) *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*; (ii) *accessio cedit principali*²⁰⁴.

6.2. Transmissão de posições jurídicas reais

Como exigência de harmonia sistemática, não devem existir assimetrias injustificadas entre o processo de transmissão de posições reais e o processo de transmissão de posições obrigacionais. O paralelismo entre o tratamento dos dois processos deve ser pressuposto, evidentemente que não em termos absolutos, mas considerando-se que as opções valorativas expressas em um dos dois processos, a princípio, podem ser tomadas como subjacentes igualmente ao outro processo. É sob esta ótica que se pode argumentar que, se no processo brasileiro de transmissão de posições reais vigora o princípio da separação relativa entre o plano do direito das obrigações e o do direito das coisas, mas não há a abstração do acordo de transmissão; em linha de princípio o acordo de transmissão em sede da transferência de posições obrigacionais igualmente não pode ser abstrato no Brasil, mas sim causal.

Impõe-se, destarte, a apreciação do processo de transmissão de posições jurídicas reais – em relação ao qual aquele atinente ao direito real de domínio, ou

²⁰³ *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1955, v. III,2-IV, p. 16-17.

²⁰⁴ K. S. ZACHARIAE VON LINGENTHAL. *Manuale del diritto civile francese*. Trad. de Ludovico Barassi. Milano: Società Editrice Libreria, 1907, v. 1, p. 311-318.

propriedade plena, serve de arquétipo –, apreciação esta para a qual é necessário, em primeiro lugar, o recurso à comparação jurídica, considerando-se a afluência para o direito brasileiro de categorias concebidas no seio de outros sistemas.

Na Alemanha, consoante análise percuciente conduzida por A. TOMASETTI JR.²⁰⁵ e R. X. LEONARDO²⁰⁶, podem ser identificadas quatro fases no processo de transmissão do direito de domínio sobre bens imóveis:

(i) O *negócio jurídico de base*, ou basal, que é o negócio jurídico contratual (*Grundgeschäft*) e opera apenas no campo do direito das obrigações. Sua eficácia preponderante, mas não única, está na criação da relação jurídica obrigacional de compra e venda, gerando para o vendedor o dever jurídico (débito) de transferir a coisa, e para o comprador o dever jurídico (débito) de transferir o numerário. Havendo consentimento sobre a troca da coisa pelo preço, tem-se o negócio devidamente aperfeiçoado no plano obrigacional.

(ii) O *acordo de transmissão (Einigung)*. A doutrina alemã, sob a influência de F. C. VON SAVIGNY, identificou a existência de contratos cujos efeitos não se expandiam somente no campo do direito das obrigações, mas alcançavam, também no campo do direito das coisas. A *Einigung* está no campo do direito das coisas, de sorte que na Alemanha entende-se poder haver compra e venda perfeita, sem que tenha sido acordada a transmissão da coisa vendida.

(iii) *Eintragungsbewilligung* (inserção do consentimento para o registro): É negócio jurídico unilateral, que opera exclusivamente no campo do direito das coisas e, cujo conteúdo vem dado pelo consentimento para uma nova aquisição constituída mediante o registro. É discutível se se trata realmente de hipótese de consentimento, ou, mais propriamente, de assentimento (que é manifestação de vontade lançada por quem não é parte no ato em jogo).

²⁰⁵ A. TOMASETTI JR. *Compilação de aulas da disciplina Tipos Contratuais Gerais, ministradas no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 2004.*

²⁰⁶ R. X. LEONARDO. *A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro.* In: *Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná* 42, 2005, p. 143.

(iv) *Eintragung*. Trata-se de um ato jurídico de direito público, praticado pelo oficial habilitado, consistente no ato de registro.

A transmissão imobiliária na Alemanha, portanto, envolve três negócios jurídicos de direito privado (os três primeiros) e um ato jurídico de direito público estatal.

No direito francês, preponderou o entendimento que não faz discernimento entre o negócio jurídico obrigacional (e.g., o contrato de compra e venda) e o acordo de transmissão da propriedade. Em França, os juristas alcançaram apontar, como dois efeitos distintos da própria compra e venda, o efeito de irradiação da relação jurídica obrigacional e o efeito de vinculação à transmissão (que irá se completar com a tradição, ou o registro). Como afirma F. C. PONTES DE MIRANDA, dissociaram os efeitos, mas não os negócios jurídicos²⁰⁷.

No Brasil, se impõe o reconhecimento da presença no sistema das categorias do acordo de transmissão da propriedade e do acordo de transmissão da posse. Há diversos elementos sistemáticos que revelam claramente essas categorias – a começar pela prática notarial, no uso da expressão “por esta escritura vende e transfere a propriedade e a posse”²⁰⁸.

A imagem que aqui auxilia o entendimento provém da astronomia: tal como, freqüentemente, o astrônomo não consegue enxergar diretamente determinado astro, mas sabe da sua presença, da sua existência, através das forças gravitacionais que repercutem por todo o entorno, assim é o acordo de transmissão: por vezes desafia o olhar mais aguçado do jurista, o qual, no entanto, não consegue deixar de perceber a sua presença. Podem ser mencionados os seguintes argumentos, mencionados por C. DO COUTO E SILVA²⁰⁹:

(i) o negócio dispositivo (acordo de transmissão) permite a inserção de uma condição. O exemplo pode ser dado pela figura da reserva de domínio. Só se pode admitir que o condicionamento é feito no acordo de transmissão, visto que a eficácia do negócio

²⁰⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 22, p. 10-11.

²⁰⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 22, p. 11.

²⁰⁹ C. DO COUTO E SILVA. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 64.

obligacional (a constituição dos créditos e débitos) não se encontra sob condição, e que a tradição-entrega, enquanto mero ato-fato jurídico, não admite a oposição de condição;

(ii) o negócio dispositivo é passível de representação. A tradição-entrega, não, pois não é negócio jurídico. Na tradição entrega só interessam considerar as figuras da posse e da servidão da posse;

(iii) há casos em que o negócio dispositivo produz por si só a transmissão de propriedade. Isso ocorre, por exemplo, na *traditio brevi mano*, no constituto possessório, e na cessão de pretensão à entrega. Cuida-se, nessas últimas hipóteses, de vontade específica que não se pode ter como co-declarada no negócio obrigacional.

Isso não significa, em absoluto, igualar a sistemática brasileira à alemã. Isso foi bem posto em relevo por C. DO COUTO E SILVA. No Brasil, há o negócio obrigacional e há o acordo de transmissão; entretanto, não há a separação absoluta entre o plano do direito das obrigações e o plano do direito das coisas, nem a abstração do negócio de disposição.

6.3. Teoria geral limitada da transmissão de posições jurídicas obrigacionais

São cânones para a fixação de um regime (ao menos parcialmente) unificado da transmissão em matéria obrigacional:

(i) a manutenção da essência da relação obrigacional, a despeito da mutação subjetiva (no que o sistema parece fundamentalmente apontar para a importância da *prestação* – afinal, todos os demais elementos podem sofrer modificações sem que deixe de se tratar de operação de transmissão de posição obrigacional; no entanto, as mutações operadas quanto à prestação são toleradas apenas até certo ponto, além do qual não mais se pode falar que se trata da mesma relação, mas sim de outra);

(ii) postulado geral no sentido de que a transmissão não deve operar piora na situação do sujeito original permanente (seja o credor, seja o devedor), salvo

manifestação de vontade por parte deste²¹⁰ (este postulado, contudo, longe de ser absoluto, apresenta exceções que não inquinam o mecanismo transmissivo);

(iii) como regra geral, deve haver a manutenção dos acessórios, garantias e exceções que não sejam de caráter *pessoal*, ou, melhor dizendo, que não sejam ligadas à *pessoa do sujeito sucedido*²¹¹. Aqui, e especificamente no que tange à assunção de dívida, o cenário se torna complexo, na medida em que há garantias que são prestadas pelo próprio devedor e garantias que são prestadas por terceiros; há garantias que são reais e garantias que são pessoais; há garantias que são prestadas tendo em conta a pessoa do credor e garantias que são prestadas tendo em conta a pessoa do devedor. Tal complexidade do quadro geral das garantias, no entanto, não deve inibir um exame cuidadoso, devendo ser feita a separação de cada uma das hipóteses, rumo à estruturação de um modelo harmônico, racional. Claro está que, aqui, não se pode escapar a considerações de cunho muito variado, e que desafiam as tentativas de construção puramente lógicas – é o caso da postulação como regra geral da não transmissão das garantias prestadas por terceiros, como exigência de *equidade*²¹².

Um passo prévio necessário para a aferição da real possibilidade de uma teoria geral da transmissão obrigacional está no arrolamento dos pontos de aproximação e de diferenciação entre os regimes jurídicos e os pressupostos das figuras em tela²¹³.

Entre o regime da cessão de crédito (tendo por paradigma a modalidade negocial) e o da sub-rogação (tendo por paradigma a modalidade legal), os pontos de diferenciação são os seguintes:

²¹⁰ “*A priori*, a cessão – negócio jurídico entre credor e terceiro – não pode prejudicar a situação do devedor. O crédito transfere-se tal qual é” (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado cit.*, v. 23, p. 296).

²¹¹ R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de Code Civil pour l’Empire allemand*. 3. ed. Paris: LGDJ, 1925, p. 101.

²¹² E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes a titre particulier*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1898, p. 524-525. A questão do destino das garantias é essencial para apurar a viabilidade ou não de uma teoria geral em matéria de transmissão obrigacional. Nesse contexto, a existência de traços distintos entre os regimes da cessão de crédito e da assunção de dívida, reflexo de relevantes opções axiológicas, perturba o ânimo dos autores, conduzindo muitos a afirmar que entre a cessão de crédito e assunção de dívida o que ressaltam são mesmo as diferenças (por todos, D. MEDICUS. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Trad. de Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995, v. 1, p. 325).

²¹³ Cf. K. THARWAT. *Le paiement avec subrogation en droit français et en droit suisse*. Genève: Coopérative d’imprimerie, 1963, p. 5-238.

No que tange ao aspecto teleológico – talvez o mais importante ponto de diferenciação entre os institutos, do ponto de vista teórico – a cessão de crédito está voltada, em primeiro plano, para a função de *circulação do crédito*, vale dizer, para a função de possibilitar que o crédito do sujeito “A” seja transferido ao sujeito “B” – atendendo assim aos interesses *in concreto* envolvidos, que podem ser de variada natureza²¹⁴. A sub-rogação pessoal, por seu turno, apresenta a função primordial de operar um *reforço da garantia de reembolso, um reforço da garantia de restituição* para o terceiro que realiza o adimplemento²¹⁵. Claro está que a sub-rogação realiza o trespasse da posição jurídica crédito; mas a finalidade primordial do instituto não está (como na cessão de crédito) em possibilitar a circulação da posição como matéria que é passível de tráfico jurídico e econômico, e sim no reforço da garantia de reembolso. Nesse sentido, a sub-rogação pessoal é uma *medida de proteção* do terceiro *solvens* que dela se beneficia.

O dado fundamental no suporte fático das hipóteses de sub-rogação é dado pela presença do *adimplemento*. Este elemento é fundamental para a completude dos suportes fáticos ligados ao adimplemento com sub-rogação; não ocorre o mesmo com a cessão de crédito.

Na cessão de crédito, o cedente garante a existência e a legitimidade do crédito ao cessionário, ao momento em que se fez a cessão. Trata-se da chamada garantia da *veritas*. Em sede de sub-rogação pessoal, o credor não garante a quem efetua o adimplemento a existência e a legitimidade do crédito²¹⁶. Assim, no caso de inexistência do crédito, na cessão de crédito o cessionário pode se valer de ação de garantia, por meio da qual almeja indenização total (inclusive podendo-se pensar em custos da operação) através da mera prova da inexistência. No mesmo caso de inexistência do crédito, em se tratando de sub-rogação pessoal, socorre ao sub-rogado a ação de repetição de indébito, a qual se limita à restituição do valor pago indevidamente, apenas, e depende de prova de ocorrência de erro por parte do sub-rogado²¹⁷. Trata-se de aspecto de extrema importância,

²¹⁴ Sejam de caráter negocial, sejam os interesses em jogo nos casos de cessão legal ou de cessão judicial.

²¹⁵ Nesse sentido, com invulgar cuidado, E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1955, v. III,2-IV, p. 62; também LUIS DíEZ-PICAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2008, v. 2, p. 969-970 e 996-997.

²¹⁶ Cf. G. ALVES MOREIRA. *Instituições do direito civil português – Volume segundo – Das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1925, p. 209.

²¹⁷ N. STOLFI. *Diritto civile – Le obbligazioni in generale*. Torino: UTET, 1932, v. 3, p. 402.

ao ponto de ter conduzido C. CROME a afirmar que a garantia da *veritas* é incompatível com o conceito mesmo de sub-rogação²¹⁸.

A cessão de créditos precisa da notificação ou manifestação de ciência do devedor-cedido para ser eficaz em relação a este; a sub-rogação pessoal, ao contrário, dispensa tais expedientes, produzindo efeitos em relação ao devedor desde a sua realização²¹⁹.

As regras de capacidade e de legitimidade²²⁰ não são as mesmas para a cessão de crédito e para a sub-rogação pessoal. Para a cessão de crédito negocial, exige-se, obviamente, a capacidade negocial (plena aos 18 anos de idade), ao passo que para a sub-rogação pessoal, nos casos em que o adimplemento a ser realizado se caracterize como ato-fato jurídico, exige-se a capacidade para a prática de ato-fato (valendo lembrar que menores de 18 anos têm a capacidade para realizar em tais casos adimplemento válido e eficaz, bem como para receber adimplemento). No que tange à legitimidade, basta referir o fato de que não pode o tutor adquirir um crédito do tutelado através de cessão; pode, contudo, o tutor ficar sub-rogado em um crédito, se realizar o adimplemento deste crédito por ter interesse em fazê-lo²²¹.

Na cessão de crédito, há a necessidade de o intérprete examinar o título da transmissão, vale dizer, deve ele analisar o conteúdo preceptivo dos negócios jurídicos que compõe a cadeia da cessão. Tal providência é dispensável na sub-rogação pessoal legal, instituto no qual a transmissão da posição creditícia se opera por força do ato-fato do adimplemento.

Existe, ainda, a questão probatória. Para se provar a transmissão de um crédito e os termos em que se deu via cessão de crédito, é preciso a análise dos instrumentos

²¹⁸ C. CROME. *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*. Trad. de A. Ascoli e F. Cammeo. Milano: Società Editrice Libreria, 1908, p. 295.

²¹⁹ N. STOLFI. *Diritto civile – Le obbligazioni in generale*. Torino: UTET, 1932, v. 3, p. 402. Contudo, o autor assinala que na prática é aconselhável que advertir o devedor, para evitar que pague ao credor originário.

²²⁰ Os conceitos de capacidade, legitimidade e legitimação não podem ser confundidos no Brasil, desde as investigações conduzidas por A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico e declaração negocial – Noções gerais e formação da declaração negocial*. Tese no concurso para a cátedra de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986, p. 154-159.

²²¹ Cf. GUILHERME ALVES MOREIRA. *Instituições do direito civil português – Volume segundo – Das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1925, p. 210.

contratuais que corporificam a operação. Já para a prova da sub-rogação, basta alegar e demonstrar o adimplemento.

Há, finalmente, a questão da medida da transferência: cessão de crédito por valor inferior ao do crédito, em comparação com a sub-rogação parcial²²². Nesse contexto se põe a problemática da concorrência entre cedente e cessionário, e entre sub-rogante e sub-rogado: no primeiro caso, ambos concorrem em pé de igualdade, no caso de insolvência do devedor; no segundo, o credor primitivo tem prioridade em relação ao sub-rogado²²³ (art. 351 CC).

6.3.1. Transmissão de posições e manutenção da essência da relação obrigacional. Modificação de elementos e modificação orgânica do todo

Conforme se vem afirmando no presente trabalho, o bom entendimento do modelo teórico subjacente aos temas em discussão é absolutamente imprescindível – não apenas do ponto de vista da didática da matéria, mas igualmente do ponto de vista das conseqüências que esse bom entendimento desencadeia para a interpretação dos casos concretos, para a busca de soluções práticas e a tomada de decisões.

Se a transmissão das posições jurídicas *crédito* e *débito* implica, sob o ângulo subjetivo, um fenômeno de *sucessão*, e se este fenômeno de sucessão implica uma modificação no que tange aos pólos da relação, será realmente exata a afirmação – corrente, por sinal – de que a relação modificada é *a mesma* relação jurídica obrigacional de antes?

F. C. PONTES DE MIRANDA apresenta, em um primeiro momento, argumentos que permitem negar essa possibilidade. Para o autor, a sucessão é *no direito* (*rectius*: na

²²² Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 506.917/MG, Quarta Turma, Relator Min. Luis Felipe Salomão, j. 01.12.2009.

²²³ Cf. M. PLANIOL e G. RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954, v. 7, p. 487. Consoante explicita A. P. ROMERO, “seguindo a regra *nemo contra se subrogasse censeturo*, ou seja, de que ninguém se sub-roga contra si mesmo, o sub-rogado, no caso de sub-rogação parcial, suporta a preferência do credor primitivo, ou do cessionário deste, pelo remanescente do crédito” (*Anotações sobre a cessão de crédito no direito empresarial*. Dissertação de mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 68).

poisção jurídica subjetiva), mas não na relação – ou, melhor dizendo: não se pode continuar a chamar a relação com um novo sujeito de *mesma* relação. A relação entre A e B é uma; a relação entre A e C já é outra.

A despeito do nível de abstração tão peculiar aos debates dos juristas, essa não é uma discussão *de lana caprina*. A meta de posicionar adequadamente no sistema os mecanismos de transmissão obrigacional não prescinde da demarcação de fronteiras em face de outras figuras que com eles poderiam se imiscuir – deve ser citada em destaque, neste ponto, a novação.

A relação jurídica é categoria construída pelo pensamento humano com base em fatos sociais, não categoria pura da natureza.

Uma das concepções que tem se mostrado mais rica, mais aberta à solução dos problemas contemporâneos em sede de direito das obrigações, é sem dúvida a concepção da obrigação como um processo, ou melhor como uma estrutura ou cadeia de processos – uma complexidade que não mais pode ser tomada para análise apenas do ponto de vista estático (a relação como uma estrutura congelada no tempo), mas deve ser considerada, ainda, sob o ponto de vista dinâmico. Ora, essa concepção traz ainda a imagem da relação obrigacional como um *organismo*. Longe de se propugnar aqui qualquer forma de *biologismo*, essa imagem pode ser útil na seguinte medida: um organismo vivo que perde um órgão, ou sofre uma modificação em um órgão de qualquer forma, continua a ser *na essência* o mesmo organismo, a despeito de modificação quanto à sua *existência*. Para que a essência do organismo mude (*e.g.*, para que ele deixe de ser um organismo *vivo*), é preciso que algum órgão fundamental seja atingido, como o coração. Ora, já vimos que no direito das obrigações contemporâneo, a tônica se deslocou dos sujeitos para a prestação, que passa a ser encarada de modo mais objetivo, ou objetivada. A alteração nos sujeitos da relação jurídica obrigacional, sua substituição, como regra não afeta a essência do organismo que é essa relação.

O próprio F. C. PONTES DE MIRANDA fornece um caminho que pode ser trilhado, ainda que a sua conclusão na questão específica ora em tela seja diversa da conclusão que aqui se alcança. Ao tratar da *estrutura* do fenômeno da pluralidade de

sujeitos em titularidade de direito, o autor narra que a doutrina teve que se posicionar entre duas alternativas possíveis: ou admitia a unidade de direito com a pluralidade de sujeitos, ou admitia a pluralidade de direitos, cada qual com seu respectivo sujeito, ainda que ligados entre si. Tese e antítese, afirma, para então expor a seguinte conclusão: “Quanto à pluralidade de sujeitos, nenhuma dificuldade há em que se conceba a relação jurídica como relação com pluralidade de sujeitos, nem o direito como direito com pluralidade de titulares. Apenas – e aqui se tem de afastar qualquer resposta *a priori*, quer no sentido da tese, quer no sentido da antítese – os fatos e as conveniências da vida social exigem que alguns direitos sejam suscetíveis de pluralidade subjetiva, e outros não; que a inserção de mais um sujeito implique cissiparidade do direito, ou não na implique; e que a transmissão a dois, ou mais, determine a comunhão, ou determine a pluralização do direito mesmo”²²⁴.

Sabemos que F. C. PONTES DE MIRANDA virá a conceber a estrutura da solidariedade (seja ativa como passiva) como caracterizada pela presença de uma só relação jurídica na qual se desenvolve a pluralidade de posições jurídicas. No que tange à solidariedade passiva, por exemplo, postula haver uma só relação jurídica, um só crédito e uma só pretensão, mas com pluralidade de obrigações²²⁵. Por outro lado, na análise da comunhão (ao menos da comunhão *unitária*), o autor trabalhará com a imagem do direito uno, com vários titulares²²⁶. Há aqui, portanto, uma certa abertura do pensamento ponteano às *conveniências da vida social* e às necessidades de adaptabilidade do modelo, ao invés da fixidez teórica que se poderia esperar. O modelo vai sendo construído em razão da experiência, da realidade, e não vice-versa.

Nessa esteira, deve ser lembrado que existe, na assunção de dívida bifigurativa liberatória, uma etapa em que se verifica pluralidade subjetiva passiva (enquanto o credor não manifesta consentimento quanto à liberação). Durante esta etapa tem-se, no pólo passivo da relação obrigacional, a cumulação subjetiva, o acréscimo de mais um devedor – o qual, consoante a visão de F. C. PONTES DE MIRANDA que se acaba de expor, não partilha

²²⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 5, p. 352-353.

²²⁵ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 22, p. 334. Também a imagem ponteana do condomínio (*Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 11, p. 55) se baseia na pluralidade de direitos, e não em um mesmo direito de domínio dividido entre vários titulares.

²²⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 5, p. 354. É mesmo a construção germânica da comunhão, também tomada por J. OLIVEIRA ASCENSÃO. *Direito civil – Teoria Geral – Volume III – Relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 137-138.

o mesmo débito com o outro devedor, mas sim assume um débito seu idêntico àquele. Há solidariedade entre as duas dívidas, consoante o autor.

Ora, se num contexto de ingresso de sujeitos nos pólos da relação pode-se admitir que a relação jurídica obrigacional alterada por este ingresso é *essencialmente a mesma*, porque não se poderia admitir que, num contexto de mudança de sujeitos nos pólos desta relação ocorresse o mesmo?

6.3.2. Transmissão com nexos derivativo e sem nexos derivativo em um ato de transmissão

A rigor, toda transmissão derivada é com nexos derivativo, vale dizer: em toda a transmissão derivada a titularidade do adquirente extrai a sua fundamentação da titularidade precedente do disponente. Contudo, E. BETTI introduziu importante distinção no tocante ao modo de ser desta *derivação* em sede da transmissão no direito das obrigações. A passagem da obra do autor que merece atenta análise é a seguinte:

“A questo punto è proponibile la questione se possa ancora qualificarsi derivativo, o assuma carattere originario, l'acquisto del credito nella surrogazione che la legge (...) ricollega al soddisfacimento del precedente creditore. È da rispondere che l'acquisto in parola è fondato, bensì, sopra un rapporto con l'antecedente titolare, nella cui posizione giuridica si subentra, suppone quindi presente un nesso derivativo, ma non è fondato sopra un atto di trasferimento che ponga siffatto nesso”²²⁷.

Portanto, segundo E. BETTI, a aquisição do crédito em decorrência de sub-rogação pessoal é de natureza derivada, mas não tem um nexos derivativo com o título do sujeito anterior que se exprime *através de um ato de transmissão*. Isso resulta em uma importante distinção entre a sub-rogação pessoal, de um lado, e a cessão de crédito e a assunção de dívida, do outro. No que tange à cessão de crédito e à sub-rogação, é necessário que o intérprete analise o *título da transmissão*, que é ato jurídico (normalmente

²²⁷ E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1955, v. III,2-IV, p. 68

negócio jurídico contratual, ou complexo de negócios jurídicos contratuais) com abertura para a autonomia privada. É preciso examinar, na cessão e na assunção negociais, o complexo de negócios jurídicos a fim de conhecer a disciplina exata e os limites da transmissão²²⁸. Já no que tange à sub-rogação, uma análise desse gênero é privada de sentido. Na sub-rogação legal, a transmissão se opera por meio do ato-fato do adimplemento. Mesmo na sub-rogação convencional por ato do credor, na visão de E. BETTI e de outros a vontade exerce o papel apenas de preencher o suporte fático, ao lado do adimplemento, indicando que o sujeito será sub-rogado. É uma liberdade restrita a escolher se irá sub-rogar ou não o *solvens*.

6.3.3. Hipóteses de intransmissibilidade

Há determinados padrões que se repetem nas hipóteses de intransmissibilidade que tocam tanto a cessão de crédito quanto a assunção de dívida quanto, ainda, a sub-rogação pessoal.

Um destes padrões toca à natureza da prestação. Há prestações que são, pela natureza dos fatos, incedíveis, e outras a que a lei atribui a característica da incedibilidade (particularmente para a proteção de algum interesse ou a promoção de determinado valor).

Conforme já visto no item 1.2.2, os créditos relativos a débitos alimentares e de natureza alimentar não podem ser cedidos. A partir daí, extrai-se que os créditos por acidentes do trabalho não podem ser objeto de cessão. Essa hipótese de incedibilidade põe em evidência a questão das operações de cessão de créditos por acidentes do trabalho, atuais ou futuros, contidos em precatórios judiciais (art. 100 da Constituição Federal), que se multiplicaram na realidade brasileira em função da lentidão dos sistemas judiciário e administrativo.

Conforme já visto, há que se fazer uma distinção entre o crédito de natureza alimentar e sua repercussão financeira (o direito de fundo e o direito a parcelas financeiras), assim como há de se fazer uma distinção entre os créditos vincendos e os

²²⁸ E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1955, v. III,2-IV, p. 24.

vencidos. Quanto aos créditos vencidos, não há razão que justifique a manutenção de sua qualidade de incedíveis e indisponíveis, na medida em que o seu caráter de essencialidade é relativizado, até pelo fato de que o credor já se manteve sem recebê-los.

6.3.4. Transmissão de posições jurídicas obrigacionais e repercussão sobre acessórios, garantias e exceções

Uma vez compreendido que a natureza da transmissão obrigacional se liga à manutenção essencial da relação jurídica a despeito da mutação subjetiva, fica claro que desta natureza se extraem conseqüências específicas sobre o que acontecerá com os acessórios do crédito, as garantias e exceções. Estes configuram *aspectos adjacentes*, *elementos adjacentes* ao crédito ou à dívida.

Os acessórios do crédito são gênero que engloba com espécies (i) as garantias reais (como a hipoteca, o penhor e a anticrese); (ii) as garantias fidejussórias ou pessoais (como a fiança e a caução); (iii) os juros; (iv) os poderes formativos inerentes ao crédito (como o poder de escolha nas obrigações alternativas e o poder de constituir em mora).

A regra fundamental, que entendemos aplicável a todos os mecanismos de transmissão no direito das obrigações, foi colocada em evidência de modo lapidar por F. C. PONTES DE MIRANDA, ao analisar a cessão de crédito: o que não é personalíssimo vai com o crédito cedido²²⁹. Trata-se, é certo, de regra dispositiva, que pode ser afastada pela manifestação de vontade das partes na cessão de crédito, ou na assunção de dívida. Contudo, é fundamental o seu conhecimento, para possibilitar a interpretação e a resolução dos casos em que os sujeitos não disciplinem de modo expreso o destino destes *dados adjacentes ao crédito*.

No direito brasileiro, em sede de cessão de crédito, transmitem-se junto com o crédito a hipoteca, o penhor, as fianças, os créditos e pretensões originados de penas convencionais, a pretensão à apresentação de contas. Não se transferem: o direito de retenção, a propriedade reservada (reserva de domínio), os juros já vencidos

²²⁹ *Tratado de direito privado cit.*, v. 23, p. 296.

Em sede de assunção de dívida, as fianças se extinguem, não subsistem – assim como outras garantias dadas em íntima ligação com a pessoa do devedor originário. Isso ocorre porque o terceiro garante fora impulsionado por um vetor de *confiança*, confiança em que o devedor cumprirá sua obrigação. Presta garantia somente a um determinado devedor, portanto, a qual não pode ser automaticamente estendida ao seu sucessor²³⁰. No entanto, *se a garantia dada não se prende de modo tão íntimo à pessoa do devedor*, transmite-se. Esse é o sentido do Projeto de Reforma do CC.

O tratamento do destino dos *aspectos adjacentes* em sede de cessão de crédito pode ser sumariado da seguinte forma (sempre lembrando que se trata de regras dispositivas, que podem ser afastadas pelos sujeitos, mas cujo conhecimento é decisivo para a interpretação nos casos em que nada diverso é estipulado):

(i) Transmitem-se com o crédito as suas garantias, tais como a hipoteca, o penhor, a fiança e a caução. O que subjaz à manutenção das garantias aqui é a visão de que, como regra, a concessão destas se faz em função de considerações objetivas (isto é, sobre a prestação) e subjetivas *relacionadas ao sujeito devedor* – seja o garantidor o próprio devedor, sejam terceiros. Embora as garantias gerem um aumento de segurança para o credor, que tem reforçada a sua confiança na ocorrência do adimplemento, e, por isso, sejam tomadas como acessórios do crédito (ao qual acompanham por lhe agregar vantagens), o fato é que sua constituição e continuidade não levam em conta os dados subjetivos inerentes ao credor.

(ii) Por outro lado, não se transmitem ao cessionário os acessórios do crédito que sejam inseparáveis da pessoa do credor-cedente, isto é, que tenham um caráter de subjetividade, de ligação íntima com o cedente. A norma legal contida no art. 287 CC não o prescreve de modo expreso, mas é conclusão que se extrai por adequada interpretação sistemática, considerando-se inclusive o escopo da norma relativa à assunção de dívida (art. 300 CC), bem como a lógica ínsita aos mecanismos de transmissão no direito das obrigações. Assim, por exemplo, o impedimento de curso da prescrição deferido em

²³⁰ K. LARENZ. *Derecho de obligaciones*. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, p. 482.

função de qualidades pessoais do credor, como a menoridade (art. 198 CC c.c. art. 3º, I, CC), não subsiste.

(iii) Transmite-se a pretensão aos juros vincendos, mas não aos juros vencidos²³¹. Os juros já vencidos não têm a característica de auxiliares do crédito, e entende-se que passam a constituir crédito em separado, daí a razão pela qual não passam ao cessionário.

(iv) A pretensão à apresentação de contas é auxiliar do crédito e, destarte, transmite-se com a cessão.

(v) As pretensões derivadas de penas convencionais (cláusula penal) transmitem-se ao cessionário.

(vi) Os débitos de todos os co-devedores se mantêm;

(vii) Transmitem-se ao cessionário os poderes formativos ligados ao crédito, isto é, que se refletem na vida da relação jurídica obrigacional enquanto eficácia que ela é, a exemplo do poder de concentração nas obrigações alternativas. Não se transferem, por outro lado, os poderes formativos ligados ao contrato, isto é, poderes formativos que se somam ao lado do crédito na relação jurídica complexa contratual, e que são diretamente ligados ao fato jurídico constitutivo contratual. São exemplos de poderes formativos ligados ao contrato: o poder formativo extintivo de resolução da relação jurídica contratual, o poder formativo extintivo de rescisão da relação contratual, o poder formativo modificativo de denúncia da relação contratual por tempo indeterminado, o poder formativo extintivo de desconstituição do contrato nulo (e de desconstituição do contrato e da relação jurídica contratual no caso de nulidade), etc. Na realidade, *todas* as posições jurídicas subjetivas intimamente ligadas ao fato jurídico contratual, o título da relação jurídica contratual, não se transmitem pela via da cessão de créditos, como a pretensão à revisão do conteúdo do contrato, e a exceção de contrato não cumprido. Tais posições somente se transmitem por meio da figura da cessão de posição contratual.

²³¹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 295.

(viii) O poder de retenção não acompanha o crédito cedido.

(ix) A eficácia *erga omnes* atribuída a determinados créditos (e.g., em virtude do pertinente registro) mantém-se após a transmissão.

(x) A exeqüibilidade de crédito inserto em título executivo é qualidade que se mantém.

(xi) Os poderes e faculdades ligados a cláusula arbitral se transferem.

(xii) O lapso de tempo transcorrido antes da cessão é computado para o fim de verificação do decurso do prazo de prescrição. A cessão de crédito *em si* não provoca interrupção do prazo prescricional (art. 196 CC). Entretanto, pode-se fazer uma ressalva, concernente à hipótese em que o devedor-cedido não permanece dentro dos limites de uma mera *comunicação de conhecimento* após ser notificado quanto à cessão: não se limita ele a apor o seu ciente no documento da notificação escrita, ou a fazer uma declaração de conhecimento escrita quanto à notificação. Vai além: manifesta-se com palavras que exprimem um *reconhecimento do direito*²³². Nesse caso, em virtude do reconhecimento realizado, tem-se a interrupção da prescrição (art. 202, VI, CC).

(xiii) as exceções e objeções (de direito material ou processual) que o devedor tinha contra o cedente, no momento da conclusão do acordo de transmissão, se mantêm contra o cessionário (art. 294 CC)²³³. Incluem-se aí a exceção de prescrição, a objeção de pagamento, a exceção de contrato não cumprido, a *exceptio doli*, as exceções processuais e

²³² O problema é particularmente sensível nas hipóteses em que o devedor é instado a participar da operação de cessão, em virtude da presença de uma hipótese legal ou negocial de incredibilidade relativa, de modo que deve manifestar sua vontade, praticando ato que se assemelha a uma *aceitação* da cessão. C. A. MOTA PINTO se refere à hipótese como “cessão aceite” (*Cessão da posição contratual*. Almedina: Coimbra, 2003, p. 166), e P. PERLINGIERI (*Cessione dei crediti*. In: *Enciclopedia Giuridica Treccani* 6, 2007, p. 6-7) explica que esse ato do devedor é considerado ora como um *ato autorizativo privado* (pela doutrina italiana majoritária), ora como uma *aceitação em sentido técnico*. Fica muito claro que a hipótese é diferente daquela padrão, na qual o crédito é transferível livremente sem que o devedor manifeste a sua vontade, de modo que o seu ato configura apenas *comunicação de conhecimento*. Mas, mesmo na hipótese padrão, o devedor pode acabar externando, de por circunstâncias inequívocas, um reconhecimento de direito, incidindo então a norma do art. 202, VI, CC).

²³³ O art. 294 CC fala na transmissão das exceções que o devedor tinha contra o cedente *no momento em que veio a ter conhecimento da cessão*. Contudo, há aí um problema de lógica: a transmissão do crédito se opera com a cessão (vale dizer, finaliza-se com o acordo de transmissão). Logo, as objeções e exceções posteriores à conclusão do contrato dispositivo já são objeções e exceções nascidas em face de crédito de titularidade do cessionário, e não do cedente.

objeções processuais ligadas à litispendência, coisa julgada, desistência, transação etc. Quanto à compensação, há disciplina própria no art. 377 CC: (i) a compensação contra o cedente que já está materializada ao tempo da cessão é alegável contra o cessionário; (ii) a compensação contra o cedente surgida entre a cessão e a notificação do cedido, ou a declaração de conhecimento por parte deste, é alegável contra o cessionário; (iii) em qualquer dos dois casos, (i) e (ii), o momento para alegar a compensação é o momento da notificação, sob pena de preclusão de direito material (*Verwirkung*); (iv) a compensação contra o cedente há de ser alegada perante o cessionário, mas a que foi alegada perante o cedente antes da notificação ou da declaração de conhecimento pelo devedor-cedido é eficaz contra o cessionário.

Evidente, também, que as exceções que o devedor obtém, posteriormente à transmissão do crédito, em face do cessionário, podem ser contra este exercidas. Isso já não é um problema que tenha a ver com a transmissão do crédito.

(xiv) os privilégios não intimamente ligados à pessoa do credor, mas ao crédito, objetivamente, se transmitem, consoante se examinará adiante (cf. art. 964 CC – privilégio especial na insolvência civil; art. 965 CC – privilégio geral na insolvência civil; art. 83 da Lei n.º 11.101/2005 – ordem de classificação dos créditos na falência e créditos privilegiados; art. 84 da Lei n.º 11.101/2005 – créditos extraconcursais na falência).

No que diz respeito à assunção de dívida, o regime de repercussão da operação quanto aos elementos adjacentes ao crédito é diverso, mas apresenta pontos em comum com o regime da cessão de crédito – de modo que nesse passo já é possível aferir-se que se mostra justificável (e mesmo desejável, em razão dos benefícios de previsibilidade que trará) a construção de uma teoria geral limitada da transmissão em matéria obrigacional. O regime na assunção de dívida pode ser sumariado da seguinte forma:

(i) Operada a assunção de dívida, subsistem as garantias *que não sejam intimamente ligadas à pessoa do devedor*²³⁴. Essa é a regra, e esse é o sentido que deve ser

²³⁴ Nesse sentido, sob a égide do CC/1916, L. FREITAS GOMES. *Da assunção de dívida e sua estrutura negocial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 206-220; F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 371 e 373-374. Já sob a vigência do CC/2002, *de lege lata*, M. L. RÉGIS. *Comentários aos arts. 286 a 303 e 346 a 351 do Código Civil*. In: FIUZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (orgs.). *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 271-272. Na

extraído a partir de uma interpretação construtiva do art. 301 CC, no âmbito de uma teoria unificante do fenômeno transmissivo no direito das obrigações. De fato, a má redação do referido artigo talvez possa, em uma primeira leitura, conduzir a uma conclusão em sentido inverso, vale dizer, a uma conclusão de que a regra geral é a extinção das garantias em sede de assunção de dívida. Não é. Ainda que, de fato, as exceções à regra geral possam ser mais numerosas do que a verificação da própria regra, tal circunstância não se presta a inverter a orientação, a transformar a exceção em regra. Se assim fosse, se sempre que as exceções sobrelevassem quantitativamente à regra deveriam elas se converter na própria regra, então diversos atos ilícitos que ocorrem na realidade social deveriam passar a ser considerados o padrão lícito. A questão de fixação de uma diretriz normativa geral é *qualitativa*, e não *quantitativa* – e a regra geral de manutenção das garantias *que não sejam intimamente ligadas à pessoa do devedor*, a ser extraída do teor do art. 300 CC, serve para diferenciação com o regime da novação subjetiva (art. 364). A questão merece uma análise minuciosa, para o seu pleno entendimento.

Com efeito, é preciso separar quatro grupos de situações, cada qual apresentando suas próprias peculiaridades: (a) as garantias prestadas pelo devedor liberado; (b) as garantias prestadas pelo assuntor; (c) as garantias prestadas por terceiros; (d) as garantias legais.

(a) As garantias prestadas pelo devedor liberado devem subsistir com a assunção de dívida *nos casos em que este devedor manifesta sua vontade na operação de assunção* (vale dizer, na assunção bifigurativa de dívida), *e sempre que possam ser dissociadas da pessoa do devedor*. P. RESCIGNO assevera, com precisão, que quando o devedor toma a iniciativa de substituir a si por um outro sujeito na relação obrigacional, não pode, no exato ato em que vê verificar-se a transferência do débito ao terceiro (pelo consentimento do credor), transparecer a sua desconfiança na solvabilidade do terceiro, recolhendo suas garantias anteriormente prestadas. A norma de responsabilidade do devedor primitivo no caso de insolvência do assuntor ao momento da liberação permite concluir que a manifestação de vontade do devedor originário no contra com o terceiro inclui o

doutrina italiana, P. RESCIGNO. *Successione nel debito*. In: *Novissimo Digesto Italiano* 5, 1960, p. 194. No direito alemão, L. ENNECCERUS e H. LEHMANN. *Derecho de obligaciones*. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Trad. de Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1954, t. 2, v. 1, p. 425. No direito suíço, H. DE PAGE. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Bruylant, 1967, v. 3, p. 374.

consentimento à manutenção das garantias que ele haja prestado. Desnecessário dizer que se ressalva a estipulação expressa em sentido contrário.

O art. 300 CC afirma, aparentemente em contradição com o que se acaba de dizer, que se consideram extintas em virtude da assunção as garantias especiais prestadas pelo devedor primitivo ao credor. Contudo, há aí a necessidade de se interpretar o que sejam essas “garantias especiais” às quais o dispositivo se refere. Uma primeira análise, e não sem escoramento na teoria geral da relação jurídica e na teoria geral da relação jurídica obrigacional, sugeriria que se trata, *in casu*, da oposição entre a *garantia geral das obrigações* (consistente no *patrimônio* do devedor, ou, dito de modo mais completo, na ação que se volta contra o patrimônio do devedor em caso de não se verificar o devido cumprimento da prestação) e as *garantias especiais* (o estabelecimento de reforços específicos à garantia geral, seja aumentando-se o número de patrimônios submetidos à ação de determinado credor, seja extraindo-se parcelas do patrimônio do devedor – que é garantia comum a todos os credores – a fim de afetá-las especificamente a determinado credor, estabelecendo-se preferências)²³⁵. Mas o CC não utiliza a expressão “garantias especiais” nesse sentido; quando pretende se referir a esse conceito de garantias especiais enquanto reforços da garantia geral, o Código utiliza apenas o termo “garantias”, como faz, por exemplo, no art. 349, relativo à manutenção das garantias na sub-rogação. Portanto, o conceito de “garantias especiais” trazido pelo art. 300 não corresponde a todo o gênero “meios de reforço da garantia geral”, mas sim a um subconjunto dentro deste gênero.

E qual seria esse subconjunto? Quais seriam as garantias especiais, isoladas dentro do gênero *garantias reforçadoras da garantia geral*, e que não se transmitem com a assunção de dívida? A resposta somente pode ser no sentido de que são aquelas garantias *intimamente ligadas à pessoa do devedor*, isto é, garantias de natureza mais subjetiva do que objetiva. É nessa ordem de idéias que se entende que as garantias reais prestadas pelo devedor primitivo, tais como as hipotecas, não são afetadas pela assunção, isso é, subsistem a não ser que haja estipulação em contrário e que o credor efetivamente abra mão de tais garantia. Pode-se imaginar, então, que já outros tipos de garantias, não reais, são as que se extinguem²³⁶.

²³⁵ J. ANTUNES VARELA. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, v. 2, p. 419-432 e 471.

²³⁶ Cf. M. L. RÉGIS. *Comentários aos arts. 286 a 303 e 346 a 351 do Código Civil*. In: FIUZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (orgs.). *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 271.

De lege ferenda, o Projeto de Lei n.º 276/2007, que versa sobre alteração de redação de dispositivos do CC, se presta a esclarecer o sentido do termo *garantias especiais* constante do atual texto do art. 300. Referido projeto propõe o seguinte conteúdo ao dispositivo em exame:

“Art. 300. Com a assunção da dívida transmitem-se ao novo devedor, todas as garantias e acessórios do débito, com exceção das *garantias especiais originariamente dadas ao credor pelo primitivo devedor e inseparáveis da pessoa deste*.

Parágrafo Único. As garantias do crédito que tiverem sido prestadas por terceiro só subsistirão com o assentimento deste” (sem itálico no original).

Com a alteração proposta, o Projeto de Lei torna mais clara a criticável redação atual do dispositivo; contudo, mesmo sob a atual dicção é possível vislumbrar-se idêntico espírito e construir-se a norma do mesmo modo, por meio das pautas teleológica e sistemática de interpretação.

Destarte, em suma, com a assunção liberatória de dívida bifigurativa, conservam-se as garantias prestadas pelo devedor liberado que não sejam dissociáveis da pessoa deste.

No que tange à assunção unifigurativa, deve ser aplicada a mesma *ratio* de proteção que se confere aos terceiros garantidores: devem ser reputadas extintas as garantias em geral prestadas pelo devedor liberado, visto que a assunção decorre de operação entabulada entre o credor o assuntor. Uma vez que o devedor concedeu garantias em benefício de dívida própria, não pode ser constrangido a garantir a dívida que passa a ser de outrem, através de processo de transmissão no qual não consentiu. Em virtude da sua situação de sujeito alheio à operação, as garantias por ele prestadas consideram-se todas como *indissociadas* da sua pessoa, e, portanto, extintas, salvo disposição em contrário.

(b) As garantias reais prestadas pelo assuntor anteriormente à assunção subsistem, visto que podem ser tomadas como dissociáveis da pessoa do devedor liberado, e também porque se reverterem no interesse de ambos os sujeitos da relação

obrigacional já modificada. A fiança que o assuntor tenha prestado anteriormente, por outro lado, se extingue, na medida em que, em virtude da assunção, nessa hipótese, o mesmo sujeito se tornaria fiador e afiançado.

(c) As garantias prestadas por terceiros, tais como hipotecas e fianças, extinguem-se com a assunção de dívida. Resta claro que, nessa hipótese, as referidas garantias são indissociáveis da pessoa do devedor originário em benefício do qual foram concedidas, pois o dado subjetivo do garantido é essencial ao garantidor. Como se pode perceber, a lógica inerente ao destino das garantias prestadas por terceiros na assunção de dívida é diversa da lógica subjacente ao destino das mesmas garantias em sede de cessão de crédito: o fato é que, em se tratando de cessão de crédito, as garantias são automaticamente transferidas ao cessionário. Esta solução se justifica pelo fato de que a cessão de um crédito não implica a mudança de um aspecto essencial à situação do garantidor, vale dizer, não implica a modificação de um dado fundamental ao cálculo feito pelo terceiro para prestar a garantia, de modo que esta pode continuar a servir ao seu propósito como se nada tivesse se alterado. A assunção de dívida, inversamente, provoca a modificação do contexto no qual a garantia foi prestada. A pessoa do devedor garantido, sua situação patrimonial e capacidade de cumprir a prestação não são indiferentes ao terceiro garantidor. Se o devedor original fosse liberado e a garantia prestada pelo terceiro houvesse de ser estendida automaticamente ao assuntor, o risco de inadimplemento ou insolvência com que o terceiro garantidor teria que arcar não seria o mesmo por ele levado em conta ao prestar a garantia. O quadro de concessão da garantia foi alterado, e interesses merecedores de tutela do garantidor seriam injustificadamente prejudicados. Por isso, a continuidade das garantias prestadas por terceiros precisa, na assunção de dívida, do consentimento expresso destes.

(d) As garantias impostas por lei, como as fianças e os direitos de penhor legais, se mantêm após a assunção.

(ii) Quanto aos outros aspectos acessórios, em geral, a disciplina é pautada pela mesma lógica que se verifica na cessão de crédito: subsistem na relação jurídica aqueles que não sejam *inseparáveis da pessoa do devedor liberado*. Essa lógica, esse postulado geral, feito o cotejo entre a cessão de crédito e assunção de dívida, permite subir-se um

grau na escala conceitual, e concluir-se que na transmissão obrigacional, seja da posição ativa, seja da posição passiva, permanece inalterado no quadro da relação tudo aquilo que não se prende essencialmente ao sujeito que se retira. Trata-se de importante pauta para a construção de uma teoria geral em matéria de transmissão no direito das obrigações; não obstante, como se pôde observar na análise do destino das garantias na assunção de dívida, tal teoria geral somente poderá ter um alcance limitado – e isso ocorre porque, precisamente, os diversos aspectos adjacentes da relação não sofrem sempre a mesma repercussão sendo a mudança do sujeito ativo ou do sujeito passivo. Tudo depende da relação de essencialidade, da situação de incindibilidade, e dos interesses em jogo. Há variação. O exemplo foi dado pelo destino das garantias prestadas por terceiros: o interesse do garantidor levou/leva em conta o sujeito passivo; a incindibilidade é com o sujeito passivo; a garantia se extingue com a mudança do sujeito passivo (mas segue inalterada no caso de mudança do sujeito ativo).

(iii) O novo devedor pode opor ao credor as exceções e objeções que cabiam ao devedor originário, *desde que não se caracterizem como exceções e objeções pessoais deste* (art. 302 CC).

No tocante à sub-rogação pessoal, a base legal do regime aplicável quanto aos elementos adjacentes da relação jurídica obrigacional é o art. 349 CC. De modo geral, a sistemática é coincidente com aquela da cessão de crédito acima explicitada, e, destarte, é orientada por um vetor de *manutenção* das posições jurídicas acessórias, das garantias e das exceções.

Põe-se aqui, apenas, uma questão específica: em sede de sub-rogação legal, a norma de conservação dos aspetos adjacentes da relação obrigacional, insculpida no art. 349 CC, é dispositiva ou cogente? Vale dizer: pode ser alterada por acordo entre o credor sub-rogante e o terceiro sub-rogado? Em verdade, o art. 349 não utiliza uma fórmula ao estilo “salvo disposição em contrário”, constante do art. 287 e, com variação meramente lingüística, do art. 300. Uma vez que a função da sub-rogação legal é assegurar de modo especial uma recomposição patrimonial de um *solvens* cujo interesse no pagamento foi considerado digno dessa proteção diferenciado, parece lícita a conclusão de que a norma do art. 349 é cogente. Contudo, sustentar essa posição é difícil, na medida em que os

interesses em jogo se delineiam como de natureza particular, lançados ao domínio da autonomia privada.

Deve ser lembrado o fato de que a jurisprudência brasileira confunde todos os institutos de transmissão no direito das obrigações, freqüentemente remetendo as soluções ao lugar comum da sub-rogação, mesmo nos casos em que esta não está presente²³⁷. No entanto, é importante traçar as pertinentes distinções de regimes (exatamente aquilo que não é feito pela jurisprudência pátria):

(i) na cessão de crédito, temos a transmissão da posição jurídica crédito por força, no mais das vezes, de *operações negociais* entre o cedente e o cessionário. É importante que o intérprete olhe para estas operações negociais (mormente para o negócio basal da cessão, que pode ser uma venda, uma doação, um contrato de sociedade, etc.) para fixar o regime jurídico da cessão, especificamente no que tange ao destino das *garantias e acessórios da dívida*. Em outras palavras: é preciso ver o que estabeleceram as partes, com base na sua autonomia negocial. Em caso de silêncio das partes, se aplica o art. 287 CC: havendo a cessão do crédito, mantêm-se os acessórios e garantias (essa é a regra geral supletiva, aliás, que orienta as três figuras de transmissão no direito das obrigações; afinal, em todas as três ocorre a *transferência de uma posição jurídica obrigacional*, que se conserva, na medida do possível, com todos os seus elementos; em contraste, *na novação, há a extinção seguida da constituição de novas posições obrigacionais em substituição às extintas*, de modo que a regra é a extinção dos acessórios e garantias ligados às posições jurídicas originais - valendo a pena lembrar, aqui, que se trata de regras dispositivas, que podem ser afastadas pelas partes, mas que são fundamentais no caso de silêncio das partes);

(ii) na assunção de dívida, valem de modo geral as mesmas palavras que se acaba de usar quanto à cessão de crédito, com o acréscimo do seguinte: no caso de silêncio das partes, aplica-se o art. 300 do CC, o qual deixa entrever uma orientação no sentido de que, na transmissão do débito, os acessórios, garantias e exceções que sejam *essencialmente ligados à pessoa do devedor* não se conservam, devem ser extintos. Só se

²³⁷ TJSP, 9ª Câm. de Direito Privado, AI n.º 452.935./3-00, rel. Desembargador Sérgio Gomes, j. 07.11.2006. Extrai-se do voto do relator a seguinte passagem: “Pelos regras da cessão de crédito, quem se sub-roga nos direitos é apenas sucessor, havendo somente modificação quanto ao detentor do direito”.

conservam aqueles acessórios, garantias e exceções que não sejam desta natureza. Assim, por exemplo, em sede de assunção de dívida, as fianças se extinguem, não subsistem – assim como outras garantias dadas em íntima ligação com a pessoa do devedor originário. Isso ocorre porque o terceiro garante fora impulsionado por um vetor de *confiança*, confiança em que o devedor cumprirá sua obrigação. Presta garantia somente a um determinado devedor, portanto, a qual não pode ser automaticamente estendida ao seu sucessor.

(iii) no pagamento com sub-rogação, ocorre *satisfação sem liberação*, vale dizer: satisfação do interesse do credor originário, mas sem a liberação do devedor. É como se o interesse do credor originário, uma vez extinto, "saísse do interior do crédito", e desse lugar ao interesse do terceiro que adimple, *que passa então a vestir aquele direito de crédito (exatamente o mesmo direito de crédito)*. Não há, portanto, extinção do crédito originário (somente satisfação do interesse do credor originário). *Há transferência do crédito originário*, do credor originário para o terceiro que paga, *por força do adimplemento*. Como o adimplemento é, no mais das vezes, ato-fato, e não negócio, o intérprete não precisa olhar para as estipulações negociais das partes acerca do destino dos acessórios e garantias, visto que o regime pertinente se aplicará fundamentalmente com base na lei (cf. art. 349 CC). Se houver "disposições em contrário", já não se tratará de um pagamento com sub-rogação, mas de uma figura negocial de cessão de crédito.

Duas observações são, ainda, de grande importância: em primeiro lugar, há casos em que se opera *cessão legal* ou *cessão judicial* de crédito e, neles, há menos espaço (ou não há espaço) para disposições negociais entre as partes. Nesses casos, há a predeterminação pela lei. No entanto, mesmo esses casos de cessão de crédito não se identificam com a sub-rogação pessoal, porque neles, verdadeiramente, não se pode verificar a existência do elemento *adimplemento*. Em segundo lugar, o CC insere no art. 347, I, hipótese que, tal como modelada no direito brasileiro, não pode ser reconhecida como verdadeiro caso de sub-rogação pessoal, ao menos sob o ângulo do regime jurídico, haja vista que há a predeterminação de aplicabilidade do regime da cessão de crédito em sua integralidade (ora, se a transferência do crédito com seus acessórios e garantias discorre de disposição de vontade, não há aí sub-rogação, mas cessão de crédito, foi o pensamento do legislador).

Resta, ainda, a avaliação da questão dos chamados privilégios do crédito (arts. 707 e 955 a 965 CC; arts. 83 e 84 da Lei n.º 11.101/2005).

Trata-se de ponto da maior relevância, sendo que a falta de um regramento mais detalhado por parte do CC é alarmante.

No que concerne à sub-rogação pessoal, o art. 349 CC prevê expressamente a transferência aos sub-rogado dos privilégios ligados ao crédito. Não especifica o Código, contudo, o que ocorre em sede de cessão de crédito e assunção de dívida.

Sobre a assunção de dívida, L. FREITAS GOMES, após detalhada análise da doutrina estrangeira e pátria, toma posição no sentido de que os privilégios devem ser mantidos, uma vez que proceda da qualidade ou da causa da dívida. Não lhe convencem os argumentos contrários, inclusive aquele que afirma ser a ordem dos privilégios e preferências matéria de ordem pública, insuscetível de ser tocada pela vontade das partes²³⁸.

Considerados os argumentos acerca da manutenção ou não dos privilégios, impõe-se uma tomada de posição. Contudo, aqui parece que, realmente, a questão não é passível de resolução de modo unitário, sendo conduzida a soluções de caráter casuístico. Uma vez que a apreciação dos privilégios se resolve no âmbito de concursos de credores (insolvência civil; falência), acabam penetrando pautas de decisão calcadas em exigências de justiça ou *justidade*, às quais o interprete ou operador não podem afastar. A definição das hipóteses de manutenção ou cessação do privilégio deve ser feita caso a caso:

A análise do § 4º ao art. 83 da Lei de Falência é fundamental, pois conduz a um argumento *a contrario sensu*: se a lei quisesse que o destino de todos os privilégios após a cessão fosse o mesmo que ela dá ao privilégio do crédito trabalhista, teria afirmado isso expressamente. Então, é possível a conclusão no sentido de que, pela lógica do *accessio cedit principali* mencionada *supra*, o postulado geral sistemático é no sentido da manutenção do caráter privilegiado dos créditos nos demais casos (fala-se aqui em

²³⁸ L. FREITAS GOMES. *Da assunção de dívida e sua estrutura negocial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 279.

postulado, não em norma, porque aquele tem um caráter mais fluido do que esta). A reforçar essa espécie de diretriz geral, temos também a norma contida no art. 349 do CC, que fala expressamente na subsistência dos privilégios em sede da sub-rogação pessoal. Porém, a conclusão final sobre a questão irá pender, realmente, para uma solução de ordem casuística: essa orientação geral no sentido de que os privilégios tendem a se manter após a transmissão deve ser temperada, caso a caso, com a consideração de se tratar ou não de privilégio concedido ao crédito em razão de *circunstâncias subjetivas ou pessoais do credor*. Em caso afirmativo, deve extinguir-se o privilégio. Questão difícil de responder *a priori*, apenas, é se essa definição pode ser feita com base nas hipóteses em abstrato previstas no CC e na Lei de Falência ou se deve ser deixada para a verificação no caso concreto.

CONCLUSÕES

(i) Os mecanismos de transmissão no direito das obrigações, para além de consubstanciarem técnicas voltadas para a circulação das posições jurídicas crédito e débito, foram convertidos, no atual estágio das economias capitalistas, em verdadeiros instrumentos *geradores* de riqueza (fato que se revela com clareza, por exemplo, nas figuras do *factoring* e do *desconto bancário*).

(ii) A operação de cessão negocial de crédito, idealmente, é composta por seis etapas, sendo duas integrantes, uma eventualmente completante, e três suplementares: o contrato-base e o contrato dispositivo (integrantes); a tradição-entrega do título do crédito (completante); a notificação do devedor cedido, o assentimento para registro e o registro (suplementares). É de fundamental importância que o intérprete mantenha em perspectiva o papel próprio de cada uma destas etapas na cadeia de transmissão do crédito.

(iii) O contrato-base deve ser reconhecido como de fundamental importância para a delimitação do regime jurídico aplicável à cessão. Se se trata de uma compra e venda do crédito (*venda legalmente atípica*, considerada a hipótese normativa do art. 481 CC, mas ainda venda), o regime jurídico aplicável não será o mesmo que aquele verificável no caso de uma doação do crédito.

(iv) O contrato dispositivo (acordo de transmissão) inserido no processo da cessão de crédito é, como regra, *negócio causal* no direito brasileiro (podendo-se falar, no máximo, em eventual ocorrência de abstração *instrumental* da causa). Ao contrário do que ocorre em sede da transmissão de posições jurídicas subjetivas reais, em matéria de cessão de crédito o negócio dispositivo não se insere no plano do direito das coisas, mas sim no próprio plano obrigacional (o adimplemento – com a transmissão da posição jurídica crédito – se faz no próprio plano do direito das obrigações). É importante notar, no entanto, que há casos em que o contrato dispositivo se revela como autêntico *negócio abstrato* (destacadamente quando o crédito objeto da cessão se apresenta corporificado em título de crédito especificamente dotado da característica da abstração).

(v) Na assunção liberatória bifigurativa de dívida, quem pratica ato de disposição é o credor, ao manifestar o seu consentimento: ele dispõe de elemento do próprio crédito, ao definir que este não fique mais orientado em direção ao devedor, mas sim em direção ao assuntor.

(vi) A construção de uma teoria geral limitada da transmissão em matéria obrigacional é possível a partir do recurso aos seguintes vetores:

vi.1) O conceito de transmissão, que abriga as três figuras particulares – cessão de crédito, assunção de dívida e sub-rogação pessoal – é aquele que exprime a transmissão translativa de posições jurídicas obrigacionais, e que se caracteriza pela presença de um binômio, que ora se apresenta sob a forma de perda relativa de um crédito + aquisição derivada de um crédito, ora se apresenta sob a forma de liberação relativa quanto a um débito + vinculação derivada quanto a um débito. A aquisição ou vinculação é sempre derivada, no sentido de que a posição jurídica trespassada é sempre a mesma que se encontrava com o sujeito precedente, sendo transmitida com suas qualidades e defeitos.

vi.2) Há um postulado geral em matéria de transmissão de posições jurídicas creditícias e debitórias, segundo o qual transmitem-se junto com a posição todos os aspectos adjacentes (garantias, acessórios, exceções, privilégios) que não estejam diretamente ligados à pessoa do sujeito que se retira da relação jurídica. Trata-se de uma orientação geral, que comporta especificidades no âmbito de cada um dos mecanismos transmissivos, mas que importa conhecer, para aplicação supletiva e tomada de decisão no caso de ausência de estipulação expressa pelas partes.

vi.3) O reconhecimento da importância do título transmissivo em sede da cessão negocial de crédito e da assunção negocial de dívida as coloca, juntas, enquanto modalidades baseadas na figura do negócio jurídico, apartadas da sub-rogação pessoal legal, enquanto modalidade baseada no ato-fato jurídico do adimplemento. A sub-rogação legal é modalidade de transmissão *sem nexu derivativo* com o título do sujeito precedente, o que não significa que não ocorra, nela, aquisição derivada do crédito, mas tão somente que essa transmissão não se dá por força de um negócio jurídico diretamente orientado a esse fim, e sim é deferida em virtude da realização de um adimplemento (de modo que o

intérprete não precisa analisar detalhadamente o título da transmissão para a fixação de seu regime). A cessão de crédito e a assunção de dívida de natureza legal ou judicial, assim como a sub-rogação convencional (por vontade do credor ou por vontade do devedor), são figuras dotadas de especificidades. A sub-rogação convencional se enquadra no conceito de sub-rogação pessoal, por razões históricas e teóricas, mormente pela presença do elemento *adimplemento* em seu suporte fático. Contudo, em virtude da norma contida no art. 348 CC, o seu regime jurídico é o da cessão de crédito. Já a cessão de crédito e a assunção de dívida legal e judicial não podem ter sua disciplina dada pelo instituto da sub-rogação, visto que não têm em seu suporte fático o elemento do adimplemento. Entretanto, são figuras que apresentam desvios quanto ao regime da cessão negocial, justamente por derivarem de fatos jurídicos que não se caracterizam como negócios orientados à transmissão.

BIBLIOGRAFIA

(Obras consultadas)

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 7-627.

ALLARA, Mario. *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*. Torino: Giappichelli, 1950, p. 5-283.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio Brito de. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 7-1129.

ALVES MOREIRA, Guilherme. *Instituições do direito civil português – Volume segundo – Das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1925, p. 7-682.

AMBROSINI, Stefano. *Sconto bancario*. In: *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione commerciale* 13, 1996, p. 275-284.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, v. 2, p. 7-581.

_____. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 2, p. 1-424.

ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Trad. de Nicolau Nazo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. V-375.

ASTUTI, Guido. *Cessione (storia)*. In: *Enciclopedia del diritto* 6, 1960, v. 6, p. 805-821.

AUBRY, Charles; RAU, Charles. *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*. 6. ed. Paris: Marchal et Billard, 1935, v. 2, p. 1-432.

BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1948, v. 1, p. 3-344.

- _____. *La teoria generale delle obbligazioni*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1948, v. 3, p. 1-501.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Assunção de dívida: a primazia do Código de Processo Civil*. In: *Revista Forense* 367, 2003, p. 383-384.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil 4 – Direito das obrigações – 1ª Parte – Das modalidades das obrigações – Da transmissão das obrigações – Do adimplemento e da extinção das obrigações – Do inadimplemento das obrigações*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3-405.
- BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Traité théorique et pratique de droit civil. De la vente et de l'échange*. 3. ed. Paris: Sirey, 1908, v. 2, p. 5-1042.
- BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico – Plano da eficácia – 1ª Parte*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1-247.
- _____. *Teoria do fato jurídico – Plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. XXV-258.
- _____. *Teoria do fato jurídico – Plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1-260.
- BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1955, v. III,2-IV, p. 5-264.
- _____. *Cours de droit civil comparé II – Étude d'un système juridique – Système du Code Civil allemand*. Milano: Giuffrè, 1965, p.
- BEVILACQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, v. 4, p. 5-370.

- _____. *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954, p. 7-330.
- BEZERRIL, Joseph de Paula. *Cessão de crédito e outras cessões*. Barueri: Manole, 2005, p. V-76.
- BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile III – Il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006, p. 1-747.
- _____. *Diritto civile IV – L’obbligazione*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 1-811.
- BIONDI, Biondo. *Cessione di crediti e di altri diritti. Diritto romano*. In: *Novissimo digesto italiano* 3, 1959, p. 152-155.
- BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. 9. ed. Milano: Francesco Vallardi, 1932, p. 1-646.
- BROSETA PONT, Manuel; MARTÍNEZ SANZ, Fernando. *Manual de derecho mercantil*. 11. ed. Madrid: Tecnos, v. 2, p. 31-574.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 25-699.
- CABRAL DE MONCADA, Luís. *Lições de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 5-831.
- CARBONNIER, Jean. *Droit civil IV – Les obligations*. 22. ed. Paris: PUF, 2000, p. 15-657.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. 3. ed. Roma: Foro Italiano, 1951, p. VII-404.
- _____. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933, p. VII-276.
- CARRESI, Franco. *Debito (successione nel)*. In: *Enciclopedia del diritto* 11, 1962, p. 744-749.

_____. *La cessione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1950, p. 1-136.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, v. 5 – 2ª Parte, p. 7-671.

_____. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, v. 6 – 1ª Parte, p. 5-497.

_____. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, v. 6 – 2ª Parte, p. 5-635.

_____. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, v. 6 – 3ª Parte, p. 5-491.

_____. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, v. 7, p. 5-576.

_____. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, v. 8, p. 7-592.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações – ou tratado geral dos direitos de crédito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1, p. 9-750.

_____. *Doutrina e prática das obrigações – ou tratado geral dos direitos de crédito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 2, p. 9-488.

CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, v. 14, p. 6-486.

- _____. *Cessão de crédito*. In: CARVALHO SANTOS, João Manoel de; AGUIAR DIAS, José de. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, v. 8, p. 104-131.
- CASTRONOVO, Carlo (org.). *Principi di diritto europeo dei contratti*. Milano: Giuffrè, 2005, parte III, p. XI-251.
- CESAR, Dimas de Oliveira. *Estudo sobre a cessão do contrato*. Tese (Livre Docência) defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1955, p. 5-102.
- CICALA, Raffaele. *Il negozio di cessione del contratto*. Napoli: Jovene, 1962, p. 1-274.
- COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio. *Instituições de direito civil*. In: TOMASETTI JR., Alcides (org.). *Clássicos do direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984, 2 v., p. 3-543.
- COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. 10. ed. Paris: Dalloz, 1948, v. 2, p. 1-1172.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 3-550.
- _____. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris: Dalloz, 1964, p. III-241.
- COSTANZA, Maria. *La cessione del credito da sistema di trasferimento del diritto a contratto di finanziamento*. In: TATARANO, Giovanni (org.), *La cessione dei crediti d'impresa*. Napoli: ESI, 1995, p. 7-273.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 5-215.

- _____. *Cessão de crédito – cisão do direito subjetivo – reserva da pretensão e do direito de ação ao cedente inadmissível por inviável no Direito brasileiro*. In: *RT* 638, 1988, p. 10-14.
- CRISTAS, Maria de Assunção Oliveira. *Transmissão contratual do direito de crédito – Do carácter real do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 7-574.
- CROME, Carl. *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*. Trad. de A. Ascoli e F. Cammeo. Milano: Società Editrice Libreria, 1908, p. 1-400.
- DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-450.
- DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general*. Paris: Rousseau, 1923, v. 1, p. 1-695.
- _____. *Traité des obligations en general*. Paris: Rousseau, 1923, v. 2, p. 1-940.
- DERNBURG, Heinrich. *Pandette – v. 2 – Diritto delle obbligazioni*. Trad. de Francesco Bernardino Cicala. Torino: Fratelli Bocca, 1903, p. XIII-638.
- DE CUPIS, Adriano. *Sucessione nei diritti e negli obblighi*. In: *Enciclopedia del diritto* 43, 1990, p. 1250-1257.
- DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Bruylant, 1967, v. 3, p. 7-1143.
- _____. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 2. ed. Bruxelles: Bruylant, 1951, v. 4, p. 7-949.
- _____. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles: Bruylant, 1946, v. 9, p. 7-1146.

- DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe Clemente de. *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera*. Madrid: Suárez, 1912, p. 5-338.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2007, p. 37-620.
- _____. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2008, v. 2, p. 59-1092.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, v. 2, p. 29-586.
- DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1998, v. 1, p. 1-296.
- _____. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1998, v. 2, p. 1-467.
- _____. *Teoria geral das obrigações*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1966, p. 1-440.
- EIZIRIK, Nelson. *Cessão de crédito no mercado financeiro*. In: *RDM* 116, 1999, p. 200-210.
- ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Heinrich. *Derecho de obligaciones*. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Trad. de Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1954, t. 2, v. 1, p. 1-481.
- ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Parte general*. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Trad. de Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1950, t. 1, v. 2, p. 1-569.
- FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano – vol. I – Dottrine generali – Parte I – Il diritto – I soggetti – Le cose*. Roma: Athenaeum, 1921, p. III-885.

- _____. *A simulação dos negócios jurídicos*. Trad. de A. Bossa. São Paulo: Saraiva, 1939, p. 5-511.
- FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 12. ed. Torino: UTET, 2006, p. 3-908.
- FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Trad. de J. M. Miquel Gonzáles e E. Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 7-1059.
- FONTAINE, Marcel. *Assignment of contractual rights and duties* [Preparatory work for the second edition of *Principles of International Commercial Contracts* - Position paper - Study L - Doc. 61]. Roma: Unidroit, 1999, p. 2-17. Disponível in <<http://www.unidroit.org/english/documents/1999/study50/s-50-061-e.pdf>>, acesso em 26-10-2010.
- FREITAS GOMES, Luis Roldão de. *Da assunção de dívida e sua estrutura negocial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 3-312.
- GALGANO, Francesco et al. *Atlante di diritto privato comparato*. 4. ed. Bologna: Zanichelli, 2006, p. 1-280.
- GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 9-475.
- _____. *Direito das sucessões – Noções fundamentais*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 9-336.
- _____. *Introdução ao estudo do direito*. 10. ed. Coimbra: Coimbra, 2010, v. 2, p. 9-258.
- _____. *Manual dos contratos em geral*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 9-518.
- _____. *Teoria geral do fenómeno jurídico sucessório*. Lisboa: s.e., 1944, p. IX-113.

- GANDOLFI, Giuseppe. *Código europeu dos contratos – Projeto preliminar – Livro primeiro – Dos contratos em geral*. Trad. de Naiara Posenato. Curitiba: Juruá, 2008, p. XIII-497.
- GARCIA DE ENTERRIA, Javier. *Contrato de factoring y cesión de créditos*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1996, p. 1-258.
- GAUDEMET, Eugène. *Étude sur le transport de dettes a titre particulier*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1898, p. VII-539.
- _____. *Théorie générale des obligations*. Paris: Sirey, 1937, p. V-490.
- GHESTIN, Jacques; BILLIAU, Marc; LOISEAU, Grégoire. *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*. Paris : LGDJ, 2005, p. XI-1325.
- GHESTIN, Jacques; JAMIN, Christophe; BILLIAU, Marc. *Traité de droit civil – Les effets du contrat*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2001, p. I-1289.
- GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. 7. ed. Torino: UTET, 1930, v. 3, p. 1-580.
- _____. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. 7. ed. Torino: UTET, 1930, v. 6, p. 1-560.
- _____. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. 7. ed. Torino: UTET, 1930, v. 7, p. 1-562.
- GORLA, Gino. *L'atto di disposizione dei diritti*. Perugia: Guerra, 1936, p. 1-136.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 1-320.

- _____. *Cessão de crédito: caracterização*. In: *Novíssimas questões de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 79-94.
- GONDIM NETO, Joaquim Guedes Correa. *Cessão de credito*. Recife: Imprensa Industrial, 1933, p. 1-165.
- GRAU, Eros Roberto. *Registro de capital estrangeiro: cessão de direito de crédito, empréstimo externo, moeda de pagamento no Brasil*. In: *Revista de Direito Público* 87, 1988, p. 205-223.
- GRAZIANI, Alessandro. *La cessione dei crediti*. Perugia: Guerra, 1930, p. 7-137.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derecho de obligaciones*. In: HEDEMANN, Justus Wilhelm; LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil*. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, v. 3, p. 15-562.
- HOHFELD, Wesley Newcomb. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Trad. de Genaro Carrió. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p. 7-87.
- _____. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. New Haven: Yale University, 1923, p. 1-420.
- HUC, Théophile. *Traite theorique et pratique de la cession et de la transmission des creances*. Paris: Cotillon, 1891, v. 1, p. V-455.
- _____. *Traite theorique et pratique de la cession et de la transmission des creances*. Paris: Cotillon, 1891, v. 2, p. 5-371.
- JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. 2. ed. Paris: Sirey, 1933, v. 2, p. 1-1086.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial – Noções gerais e formação da declaração negocial*. Tese no concurso para a cátedra de

Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986, p. 3-226.

_____. *Negócio jurídico – Existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. V-161.

_____. *Contrato de seguro de crédito. Ônus da seguradora de provar a má-fé do segurado. Impossibilidade do uso da exceptio non adimpleti contractus em caso de dispensa reiterada do cumprimento da obrigação por parte da seguradora (supressio). Distinção entre cessão de contrato e cessão de crédito*. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 311-328.

KARAM, Munir. *A transmissão das obrigações – cessão de crédito e assunção de dívida*. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coords.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003, p. 313-330.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. de Samuel Rodrigues e Maria Armanda de Saint-Maurice. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 1-522.

KENNEDY, David; FISHER, William W. (orgs.). *The canon of the american legal thought*. New Jersey: Princeton University, 2006, p. 1-925.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Dos efeitos das obrigações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, p. 5-388.

_____. *Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunaes, 1916, p. IX-407.

LACERDA, Galeno. *Cessão de crédito e legitimação no sistema bancário*. In: *RT* 644, 1989, p. 18-28.

LACERDA, Paulo de. *O Código Civil (Synthese)*. In: *Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacyntho, 1933, p. V-LV.

- LA PORTA, Ubaldo. *L'assunzione del debito altrui*. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi; SCHLESINGER, Piero (orgs.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 1-518.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil – parte general*. Trad. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, p. XIX-851.
- _____. *Derecho de obligaciones*. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, p. IX-518.
- _____. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 1-713.
- LAURENT, François. *Principes de droit civil français*. 3. ed. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1878, v. 24, p. 5-612.
- LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. *A operação de "factoring" como operação mercantil*. In: *RDM* 115, 1999, p. 239-254.
- LEHMANN, Heinrich. *Parte general*. In: HEDEMANN, Justus Wilhelm; LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil*. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, v. 1, p. 17-696.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro*. In: *Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná* 42, 2005, p. 133-154.
- LOMONACO, Giovanni. *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*. 2. ed. Torino: UTET, 1925, v. 2, p. 1-719.
- LONGO, Giannetto. *Diritto delle obbligazioni*. Torino: UTET, 1950, p. 3-443.

- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2000, v. 2, p. 9-748.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: Obrigações; Parte Geral (arts. 233 a 420)*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 1-492.
- LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 102-123 (trad. port., com adaptações e modificações, de Alcides Tomasetti Jr., *Teoria da relação jurídica*, 1999, mimeo).
- MACNEIL, Ian R.; GUDEL, Paul J. *Contracts – Exchange transactions and relations*. 3. ed. New York: Foundation, 2001, p. V-1298.
- MAGINI, Ugo. *La surrogazione per pagamento nel diritto privato italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1924, p. 1-285.
- MARANI, Francesco. *Notifica, accettazione e buona fede nella cessione dei crediti*. Modena: Stem-Mucchi, 1977, p. 7-257.
- MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 1-442.
- _____. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 1-295.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil, vol. V, t. I: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1-709.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*. 4. ed. Paris: Montchrestien, 1969, v. 2, p. 1-1099.
- MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Trad. de Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995, v. 1, p. 1-828.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português – Volume II – Direito das obrigações – Tomo I – Introdução – sistemas e direito europeu das obrigações – dogmática geral*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 21-735.

_____. *Tratado de direito civil português – Volume II – Direito das obrigações – Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento – transmissão – modificação e extinção – garantias*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 21-548.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles. *Cessão de créditos*. Almedina: Coimbra, 2005, p. 15-586.

_____. *Direito das obrigações, v. II – Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*. 3. ed. Almedina: Coimbra, 2005, p. 11-336.

MENEZES, Maurício Moreira Mendonça de. *Cessão e circulação de crédito no Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 211-247.

MERLO, Giovanni Maria. *Surrogazione per pagamento*. Padova: CEDAM, 1933, p. 1-338.

MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. In: MESSINEO, Francesco; CICU; Antonio. *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 1973, v. 21, t. 1, p. VII-797.

_____. *Il contratto in genere*. In: MESSINEO, Francesco; CICU; Antonio. *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 1972, v. 21, t. 2, p. 1-603.

_____. *Manuale di diritto civile e commerciale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 1959, v. 3, p. 3-700.

MESTRE, Jacques. *La subrogation personnelle*. Paris: LGDJ, 1979, p. XXI-699.

- MIRANDA, Beatriz Conde. *Assunção de dívida*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 249-273.
- MIRANDA VALVERDE, Trajano de. *Comentários à lei de falências - Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, 3 v.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 2, p. 1-484.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Almedina: Coimbra, 2003, p. XVII-521.
- _____. *Cessão de contrato: Contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. XVII-446.
- _____. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 13-641.
- MOURA, Mário de Assis. *Do pagamento com subrogação*. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 1-483.
- NERY JR., Nelson. *Contrato aleatório – Cessão de créditos tributários*. In: *Soluções práticas de direito – Volume II – Direito privado 1 – Teoria geral – Obrigações – Contratos*. São Paulo: RT, 2010, p. 235-263.
- _____. *Validade e eficácia de cessão de créditos penhorados*. In: *Soluções práticas de direito – Volume II – Direito privado 1 – Teoria geral – Obrigações – Contratos*. São Paulo: RT, 2010, p. 313-334.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 149-1561.
- NICOLÒ, Rosario. *L'adempimento dell'obbligo altrui*. Milano: Giuffrè, 1936, p. 11-303.

- NUNES, Hélio da Silva. *Execução de cessão de crédito: alienação em fraude à execução; ineficácia; adquirente falido; numerário entregue ao exequente*. In: *RDM* 124, 2001, p. 199-207.
- OERTMANN, Paul. *Introducción al derecho civil*. Trad. de Luis Sancho Seral. Barcelona: Labor, 1933, p. 13-381.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direito civil – Teoria Geral – Volume III – Relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 9-345.
- PACCHIONI, Giovanni. *Obbligazioni e contratti: Succinto commento al libro quarto del Codice Civile*. Padova: CEDAM, 1950, p. 5-161.
- PANUCCIO, Vincenzo. *Cessione dei crediti*. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1960, v. 6, p. 822-833.
- _____. *Cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 1-223.
- PASTORE, Diego. *Riflessioni a proposito di struttura e causa della cessione de credito*. In: *Revista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni* 96/1-2, 1998, p. 59-82.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 15-294.
- PERLINGIERI, Pietro. *Le cessioni dei crediti ordinari e “d’impresa” – Nozioni, orientamenti giurisprudenziali e documenti*. Napoli: ESI, 1993, p. 13-350.
- _____. *Cessione dei crediti*. In: *Enciclopedia Giuridica Treccani* 6, 2007, p. 1-19.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954, v. 7, p. 1-1105.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Cessão de dívida*, parecer in *RT* 330, 1963, p. 87-101.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 1, p. IX-480.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 2, p. 3-507.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 3, p. 3-454.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 4, p. 3-492.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 5, p. 3-502.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 6, p. 3-447.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 11, p. 5-431.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 22, p. 7-403.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 5-430.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 24, p. 3-430.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 25, p. 3-402.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, v. 44, p. 3-429.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas*. Trad. de José Homem Corrêa Telles. 2. ed. Rio de Janeiro: Garnier, s.d., v. 2, p. 1-380.

_____. *Tratado de los contratos*. Buenos Ayres: Atalaya, 1948, vol. 1, p. 7-314.

PROSPERETTI, Marco. *Il pagamento com surrogazione*. In: RESCIGNO, Pietro (coord.). *Trattato di diritto privato*. Torino: UTET, 1984, v. 9, t. 1, p. 118-131.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. *Comentários aos arts. 286 a 303 e 346 a 351 do Código Civil*. In: FIUZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (orgs.). *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 257-275, 310-315.

RESCIGNO, Pietro. *Accollo*. In: *Novissimo digesto italiano I/1*, 1957, p. 140-144.

_____. *Delegazione (diritto civile)*. In: *Enciclopedia del diritto* 11, 1962, p. 929-983.

_____. *Successione nel debito*. In: *Novissimo digesto italiano 5*, 1960, p. 191-197.

RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Trad. de Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, p. 5-366.

RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 13-251.

ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano: Giuffrè, 1947, p. 1-235.

ROMERO, Anna Paula Berhnes. *Anotações sobre a cessão de crédito no direito empresarial*. Dissertação de mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. IV-216.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000, p. 9-430.

ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963, p. I-446.

SALEILLES, Raymond. *Étude sur la theorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'Empire allemand*. 3. ed. Paris: LGDJ, 1925, p. VII-473.

- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generalli del diritto civile*. 9. ed. Napoli: Jovene, 1966, p. 17-310.
- SCHIAFFINO, Fortunato. *Cessione di crediti e di altri diritti*. In: *Digesto italiano 7* (parte 1), s.d. (mas entre 1887-1896), p. 763-802.
- SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Trad. de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960, p. 1-606.
- SCIALOJA, Vittorio. *Negozi giuridici*. Roma: Foro Italiano, 1950, p. 1-391
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil II – Obrigações em geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 5-442.
- _____. *Tratado dos registros públicos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, v. 2, p. 7-450.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 2, p. 1-273.
- SOTGIA, Sergio. *Cessione di crediti e di altri diritti. Diritto civile*. In: *Novissimo digesto italiano*, 1959, v. 3, p. 155-161.
- STOLFI, Nicola. *Diritto civile – Le obbligazioni in generale*. Torino: UTET, 1932, v. 3, p. 1-498.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1896, p. V-774.
- THARWAT, Kamal. *Le paiement avec subrogation en droit français et en droit suisse*. Genève: Coopérative d'imprimerie, 1963, p. 5-238.

- TOMASSETTI, Alessandro. *L'assunzione del debito altrui*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 1-308.
- TOMASETTI JR., Alcides. *A propriedade privada entre o direito civil e a Constituição*. In: *RDM* 126, 2002, p. 123-127.
- _____. *Compilação de aulas da disciplina Tipos Contratuais Gerais, ministradas no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 2004*.
- _____. *Comentários aos arts. 1.º a 13 da Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991*. In: OLIVEIRA, Juarez de (coord.). *Comentários à lei de locações de imóveis urbanos*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 1-172.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 41. ed. Padova: CEDAM, 2004, p. 1-1119.
- TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 17. ed. Milano: Giuffrè, 2005, p. 1-780.
- VALLADÃO FRANÇA, Erasmo. *Comentários aos arts. 35 a 46*, in SATIRO, Francisco; PITOMBO, Sergio A. de Moraes (orgs.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 186-217.
- _____. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 7-703.
- VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. *Numerus Clausus dos direitos reais e autonomia nos contratos de disposição*. Tese de doutorado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 1-340.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil II – Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 1-557.

VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. *Teoria geral das obrigações – Responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 19-355.

VON GLÜCK, Christian Friedrich. *Commentario alle pandette*. Trad. de Umberto Grego. Milano: Società Editrice Libreria, 1901, v. 18, p. 1-1008.

VON JHERING, Rudolf. *O espírito do direito romano – Nas diversas fases do seu desenvolvimento*. Trad. de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943, v. 4, p. 3-236.

VON SAVIGNY, Friedrich Karl. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. de Vitorio Scialoja. Torino: UTET, 1886-1898, v. 1, p. I-425.

_____. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. de Vitorio Scialoja. Torino: UTET, 1886-1898, v. 2, p. 1-551.

_____. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. de Vitorio Scialoja. Torino: UTET, 1886-1898, v. 3, p. 1-606.

_____. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. de Vitorio Scialoja. Torino: UTET, 1886-1898, v. 4, p. 1-696.

VON TUHR, Andreas. *Derecho civil – Teoría general del derecho civil alemán – Volumen I^a – Los derechos subjetivos y el patrimonio*. Trad. de Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. XII-368.

_____. *Derecho civil – Teoría general del derecho civil alemán - Volumen II – Los hechos jurídicos*. Trad. de Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 3-570.

_____. *Tratado de las obligaciones*. Trad. de W. Roces. Madrid: Reus, 1999, v. 1, p. 1-325.

_____. *Tratado de las obligaciones*. Trad. de W. Roces. Madrid: Reus, 1999, v. 2, p. 1-352.

- WALD, Arnoldo. *Considerações sobre a assunção de dívida*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas* 14, 1985, p. 5-12.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. IX-722.
- WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. Trad. de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1925, vol. 1, p. 1-916.
- _____. *Diritto delle pandette*. Trad. de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1925, vol. 2, p. 1-902.
- ZACHARIAE VON LINGENTHAL, Karl Salomo. *Manuale del diritto civile francese*. Trad. de Ludovico Barassi. Milano: Società Editrice Libreria, 1907, v. 1, p. 1-567.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford: Oxford University, 1996, p. 1-1241.

RESUMO

O crédito e o débito, enquanto posições jurídicas subjetivas complexas patrimoniais, são, via de regra, passíveis de transmissão do patrimônio de um sujeito para o de outro, como conseqüência, no mundo jurídico, da exigência econômica de tomar-se as prestações às quais se referem como comportamentos dotados de valor econômico e susceptíveis de redirecionamento subjetivo. Os mecanismos transmissivos engendrados pelos diversos sistemas jurídicos, contudo, não apresentam uniformidade de regras, mas ao contrário: são dotados de regimes jurídicos próprios, cuja ignorância pelos operadores conduz a uma situação de grave insegurança, em função do desconhecimento das *regras do jogo* ínsitas a tais operações. Três meios de transmissão singular das referidas posições jurídicas no direito das obrigações – a saber, a cessão de crédito, a assunção de dívida e a sub-rogação pessoal – apresentam tanto traços em comum quanto diferenças críticas no que tange à sua estrutura, função e processo. São, contudo, unidos por uma característica de base: a manutenção da essência da relação jurídica obrigacional a que se referem (por contraposição ao efeito extintivo e substitutivo que se verifica em sede da novação subjetiva).

Deste traço fundamental inerente aos três mecanismos transmissivos se extraem as mais importantes regras sobre o seu funcionamento, dentre elas uma diretriz geral de manutenção, de continuidade, dos elementos adjacentes à estrutura central da relação, tais como os acessórios (em especial as garantias), que não sejam indissociáveis do sujeito sucedido. Evidente que, estando-se no campo do direito obrigacional, as partes e também outros sujeitos interessados podem, com base na autonomia privada, estipular com alguma liberdade acerca da continuidade ou extinção destes elementos adjacentes (ao menos em sede de cessão negocial de crédito, assunção negocial de dívida e sub-rogação pessoal convencional). Podem fazê-lo, igualmente, em sede de novação subjetiva, sendo de caráter dispositivo as normas insculpidas nos arts. 287, 300 e 364 do Código Civil. É imprescindível, no entanto, o conhecimento do regime legal aplicável supletivamente, para o caso de silêncio das partes – o qual, não raro, se verifica, inclusive pela freqüente impossibilidade de previsão de todos os aspectos da operação.

Não obstante os dados em comum, as três figuras transmissivas ora em análise apresentam distinções de regime muito sensíveis, que se exprimem já a partir das diferenças entre suas funções básicas. Tal quadro resulta na possibilidade de uma teoria geral tão somente em termos limitados do fenômeno transmissivo no direito das obrigações, dadas as especificidades de cada figura.

PALAVRAS-CHAVE: Vicissitudes das relações e posições jurídicas; Transmissão de posições jurídicas patrimoniais; Cessão de crédito; Assunção de dívida; Sub-rogação pessoal.

RIASSUNTO

Il credito e il debito, quali posizioni giuridiche soggettive complesse patrimoniali, sono, in genere, passibili di trasmissione del patrimonio di un soggetto ad altro, come conseguenza, in campo giuridico, dell'esigenza economica di ricevere le prestazioni a cui si riferiscono come comportamenti dotati di valore economico e suscettibili di riderizzazione soggettivo. I meccanismi di trasmissione ideati dai diversi sistemi giuridici, comunque, non hanno regole uniformi, anzi: stante l'eterogeneità dei regimi giuridici, l'ignoranza degli operatori porta ad una grave situazione di insicurezza, e il non conoscere *le regole del gioco* genera tali operazioni. Tre mezzi di trasmissione singolari delle cosiddette posizioni giuridiche nel diritto delle obbligazioni - ovvero, la cessione di credito, l'assunzione di debito e la surrogazione personale - presentano sia punti in comune sia differenze critiche per quanto riguarda la loro struttura, funzioni e processi. Nonostante ciò hanno una caratteristica elementare che li unisce poiché essi mantengono l'essenza del rapporto giuridico dell'obbligazione a cui si riferiscono (in contrapposizione all'effetto estintivo-sostitutivo che avviene nella novazione soggettiva).

Da questi elementi insiti nei tre meccanismi di trasmissione si estraggono le più importanti regole sul loro funzionamento, tra cui una direttrice fondamentale di manutenzione, di continuità, degli elementi adiacenti alla struttura centrale del rapporto, quali gli accessori (soprattutto le garanzie), che non siano indissociabili del soggetto passivo. È chiaro che, essendo nel campo del diritto delle obbligazioni, le parti e gli altri soggetti interessati possono, basati sull'autonomia privata, stabilire con un certa libertà riguardo la continuità oppure l'estinzione di questi elementi adiacenti (almeno per quanto concerne l'operazione negoziale della cessione di credito, quelle dell'assunzione di debiti e la surrogazione personale convenzionale). Lo possono fare, ugualmente, nella novazione soggettiva, risultando di carattere dispositivo della norma in materia gli articoli 287, 300 e 364 del Codice Civile brasiliano. È da intendersi imprescindibile, però, che ci sia una conoscenza del regime legale applicabile in via suppletiva, in caso di silenzio delle parti - che, non di rado, avviene, addirittura in virtù della frequente impossibilità di prevedere ogni aspetto dell'operazione.

Nonostante i dati in comune, le tre figure giuridiche di trasmissione ora analizzate presentano distinzioni di regime molto sensibili, che vengono espresse già dalle differenze tra le loro funzioni fondamentali. Tale scenario risulta nella possibilità di una teoria generale solo in termini limitati dell'aspetto trasmissivo nel diritto delle obbligazioni, date le specificità di ogni figura.

PAROLE CHIAVE: Vicende dei rapporti e delle posizioni giuridiche; Trasmissione di posizioni giuridiche patrimoniali; Cessione di credito; Assunzione di debito; Surrogazione personale.