

(as nascidas directamente da lei, as constituídas pelo terceiro assuntor, ou por terceiro ou pelo antigo devedor, que tenham consentido na transmissão) se mantêm, a despeito da alteração registada na relação obrigacional.

O artigo 600.º resolve directamente uma questão que é levantada pela generalidade dos tratadistas do instituto: a de saber qual a responsabilidade do primitivo devedor, no caso de o novo obrigado se mostrar insolvente, quando seja liberatória a assunção da dívida. A solução prescrita é a de que o antigo devedor não responde, excepto se o credor, apesar de o considerar exonerado, tiver ressalvado, por declaração expressa, a responsabilidade dele.

A lei não distingue, para o efeito, entre a insolvência contemporânea da transmissão da dívida e a posterior à assunção (1).

Cabe ao credor, antes de exonerar o devedor, averiguar com cuidado da possibilidade económica de cumprimento por parte do assuntor. Se ele libera o obrigado, sem ressaltar expressamente a sua responsabilidade, é porque presuntivamente quis correr o risco de insolvência do assuntor.

SECÇÃO V

CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL*

423. *Exemplos. Noção.* O fenómeno da *transmissão* dos direitos de crédito e das obrigações, por meio de negócios entre vivos, pode ainda revestir uma outra forma, de sentido mais amplo do que qualquer das analisadas nas secções precedentes.

dis, quanto ao dono da coisa, que a deu como penhor ou a hipotecou para garantir a dívida de outrem.

(1) Em sentido um pouco diferente, o artigo 1206 do Código Civil espanhol, que ressalva do regime geral de isenção da responsabilidade a hipótese da insolvência do assuntor, anterior à assunção, desde que seja pública ou conhecida do devedor, ao delegar a dívida.

* GALVÃO TELES, *Cessão do contrato*, 1950; VAZ SERRA, *Lugar da prestação. Tempo da prestação — Denúncia. Cessão da posição contratual*, 1955, pág. 212 e segs.; PIRES DE LIMA

Pela *cessão de créditos* (definitivamente consagrada, no plano legislativo, como forma de sucessão no crédito, pelo Código Civil francês), o credor *transfere* para terceiro (o *cessionário*), independentemente do consentimento do devedor, a titularidade dum direito de crédito, correspondente a uma relação obrigacional *simples*. Pela *assunção de dívida* (que só adquire foros de cidade depois da sua consagração legislativa no Código civil alemão), transfere-se do devedor para terceiro (*assuntor*), com o imprescindível consentimento do credor, a obrigação (*simples*) de efectuar a prestação a que este tem direito.

Mas na vida prática, designadamente no domínio das relações mercantis, sente-se desde há muito a necessidade de facultar aos contraentes a possibilidade de transmitirem a terceiro, não apenas o encargo duma dívida ou a titularidade dum direito de crédito isoladamente considerados, mas o complexo de direitos e obrigações que para um ou outro deles tenha advindo da celebração de certos contratos.

O arrendatário do prédio onde está instalado o estabelecimento comercial que lhe pertence, e que ele pretende vender a outrem, terá, naturalmente, justificado interesse em *transmitir* ao adquirente do estabelecimento a posição de locatário do imóvel, abrangendo não só o direito de o fruir, como a correlativa obriga-

e A. VARELA, *Cód. civil anot.*, I, pág. 280 e segs.; ANTUNES VARELA, *Cessão da posição contratual*, *Bol. Fac. Dir.*, 46, pág. 195; MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, 1970; ORLANDO GOMES, *Contratos*, 7.^a ed., 1979, n.^o 108 e segs.; DIEZ-PICAZO, n.^o 1009 e segs.; DIEGO ESPIN, III, pág. 261 e segs.; GARCIA AMIGO, *La cesion de contrato en el derecho español*, 1963; CRISTOBAL MONTES, *La cesión de contrato*, no *Anuario de der. civ.*, 1968, pág. 851; LAPP, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, 1951; BECQUÉ, *La cession de contrats*, 1959; FONTANA, *Cessione di contratto*, na *Riv. dir. com.*, 1934, I, pág. 173; PULEO, *La cessione del contratto*, 1939; CLARIZIA, *La cessione del contratto*, 1946; CARRFSI, *La cessione del contratto*, 1950; BARBERO, II, n.^o 716 e segs.; CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, 1962; *Id.*, *Cessione del contratto*, na *Enc. del dir.*; ANDREOLI, *La cessione del contrato*; DEMELIUS, *Vertragsübernahme*, nos J.J., 72, pág. 241; PIEPER, *Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt*, 1963; FABRICIUS, *Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt*, no J.Z., 67, pág. 144; LARENZ, § 35, III; ESSER, § 56, IV.

ção de pagar periodicamente a renda. Se o dono duma fábrica de têxteis tiver realizado com uma empresa produtora de algodão um contrato de fornecimento de matéria-prima, para satisfazer uma vultosa carteira de encomendas de tecidos, que, entretanto, vem a faltar por qualquer motivo, poderá ter justificado e legítimo interesse em negociar a sua posição contratual com a gerência da fábrica vizinha, a quem, por hipótese, falta o algodão necessário para cumprir a tempo as suas encomendas.

O subscritor de acções de uma sociedade anónima, ainda não completamente liberadas, pode ter igualmente compreensível interesse em ceder a terceiro a sua posição, compreendendo esta, além do mais, o direito à subscrição e a obrigação de pagar as prestações em dívida (1).

Noção. A cessão da posição contratual (arts. 424.º e segs.) consiste no negócio pelo qual um dos outorgantes em qualquer contrato bilateral ou sinalagmático (2) transmite a terceiro, com o consentimento do outro contraente, o complexo dos direitos e obrigações que lhe advieram desse contrato (3).

(1) PIEPER (*ob. cit.*, pág. 16 e segs.) põe bastante em relevo a projecção que a cessão da posição contratual tem na vida económica dos nossos dias.

(2) O artigo 424.º refere-se aos contratos com *prestações recíprocas*. Mas os contratos donde nascem *deveres de prestação* ligados por um vínculo de *reciprocidade* são, em princípio, os contratos bilaterais a que se reportam, logo adiante, os artigos 426.º e segs., ao tratarem da excepção de não cumprimento do contrato: cfr., a propósito da terminologia idêntica do artigo 1406 do Código italiano, CICALA, *ob. cit.*, pág. 4, nota 3.

MOTA PINTO (*ob. cit.*, n.º 61 e 62) entende, no entanto, que a cessão da posição contratual tem interesse e real cabimento para além dos termos em que a limita a definição do artigo 424.º.

(3) Na *cessão da posição contratual* há sempre que ter bem presente a distinção entre dois contratos: o contrato-base, que é, num dos exemplos do texto, o contrato de fornecimento de algodão celebrado entre a empresa produtora e a fábrica de fição e tecidos; e o contrato-instrumento da cessão, o contrato de cessão, que é o realizado posteriormente (entre as gerências das duas fábricas de fição, no mesmo caso concreto), para transmissão de uma das posições derivadas do contrato-base.

São três os protagonistas da operação: o contraente que transmite a sua posição (*cedente*); o terceiro que adquire a posição transmitida (*cessionário*); e a contraparte do cedente, no contrato originário, que passa a ser contraparte do cessionário (*contraente cedido*; ou o *cedido, tout court*).

O elemento que imprime carácter ao negócio é o objecto da transmissão efectuada por um dos contraentes. Trata-se da posição contratual de que é titular um dos outorgantes, nessa posição cabendo, pelo menos, o direito a uma prestação e a obrigação de efectuar, no todo ou em parte, a respectiva contraprestação. Se do contrato-base tiverem resultado, para o interessado em transmitir, apenas direitos ou somente obrigações, a cessão que ele efectuar para terceiro reduzir-se-á naturalmente a uma cessão de créditos ou a uma assunção de dívida ⁽¹⁾.

Crismando a operação com o nome de *cessão* da posição contratual ⁽²⁾, a doutrina e a legislação (art. 424.º) querem expressivamente significar que a modificação subjectiva operada num dos pólos da relação contratual básica não prejudica a identidade desta relação ⁽³⁾. A relação contratual que tinha como um dos titulares o cedente é a mesma de que passa a ser sujeito, após o novo negócio, o cessionário: *successio non producit novum ius sed vetus transfert*.

(1) DIEZ-PICAZO, n.º 1013, pág. 832. Cfr., porém, MOTA PINTO, *ob. cit.*, n.º 61 e 62.

(2) O termo *cessão* (da p.c.) tanto pode abranger a espécie contratual, a factuabilidade negocial no seu conjunto, como o efeito *parcelar, típico*, que por sinédoque empresta o nome à operação global dos contraentes. Rigorosamente, a espécie negocial consiste na venda, na doação, na dação em pagamento, etc. da posição de um dos contraentes, não passando a cedência desta posição de um dos dois efeitos fundamentais do negócio. Cfr., por todos, CICALA, *ob. cit.*, págs. 3 e 5.

(3) A designação geralmente usada pelos autores alemães, para mencionar a nossa figura negocial, é a de *Vertragsübernahme* (assunção do contrato): cfr., por todos, LARENZ, § 35, III e ESSER, § 56, IV. Outros, como LEHMANN (*Die Abtretung von Verträgen*, 1950), preferem o termo *cessão* (*Abtretung*), enquanto FRÜH (*Die Vertragsübertragung im schw. Recht*, 1944) opta pelo vocábulo *transmissão* (*Übertragung*). Há um defeito comum a todas as fórmulas: é a de não acentuarem que a transmissão abrange apenas um lado da relação contratual.

Pela mesma razão, porém, por que não é possível a assunção de dívida sem o assentimento do credor, também a substituição do cedente, na transmissão da posição contratual, se não pode consumir sem o consentimento do contraente cedido.

424. *Consagração legislativa. Evolução histórica do fenómeno da transmissão no campo das obrigações.* Inteiramente desconhecida no Código de 1867 como figura de carácter geral⁽¹⁾, a cessão da posição contratual só adquiriu foros de cidadania legal, apadrinhada pelos trabalhos precursores de GALVÃO TELLES⁽²⁾ e de VAZ SERRA⁽³⁾, com a publicação do novo Código Civil (arts. 424.º e segs.).

Há assim uma linha de evolução bastante curiosa e instrutiva, com marcos miliários bem definidos, quer no conceito da *obrigação*, quer no fenómeno da transmissão dos vínculos por ela criados⁽⁴⁾.

Durante séculos, enquanto dominou a concepção estritamente pessoal da *obligatio* e se mantiveram os vestígios acentuadamente formalistas do primitivo direito, não se admitiu a possibilidade de uma transmissão na relação creditória, a não ser por morte de qualquer dos titulares, relativamente a quem ocupava *locum defuncti*. A obrigação permanecia indissolúvelmente ligada, enquanto se não extinguia, à pessoa dos seus titulares no momento da constituição do vínculo.

(1) Já no Código de 1867 se encontra, porém, na disciplina do contrato de mandato (arts. 1342.º e 1343.º), um afloramento singular da cessão da posição contratual, na medida em que aí se reconhece a possibilidade de substituição do mandatário. Cfr., ainda, o disposto no § 2.º do artigo 369.º, no artigo 374.º e no artigo 431.º do Código Comercial. Quanto à interpretação desses preceitos e outros da legislação anterior ao Código de 1966, capazes de interessarem à história do instituto, veja-se MOTA PINTO, *ob. cit.*, n.º 10.

(2) *Dos contratos em geral*, 1.ª ed., 1947, pág. 317; *Cessão do contrato*, na *Rev. Fac. Dir. Lisboa*; VI, pág. 148.

(3) *Ob. cit.*

(4) *Vide*, entre muitos outros, CARNEIRO PACHECO, *ob. cit.*, pág. 9 e segs.; MOTA PINTO, *ob. cit.*, n.º 18 e segs.; DIEZ-PICAZO, n.º 1009.

A *cessão de créditos*, fortemente estimulada pelas novas necessidades da economia de troca que se criou e floresceu nas cidades costeiras do Mediterrâneo e da Flandres ainda no período medieval⁽¹⁾, foi a primeira brecha aberta no dogma da intransmissibilidade das obrigações. O Código civil francês, que abertamente a consagrara (arts. 1689.º e segs.), era ainda completamente omissivo em relação à transmissão das dívidas.

A *assunção de dívidas* só aparece legislativamente reconhecida no Código alemão (§§ 414 e segs.), graças à revolução conceitual operada, nesse como noutros sectores do direito, pela ciência pandectística germânica⁽²⁾.

A transmissão da posição contratual, que representa o último passo da escalada, tem o seu assento legal de baptismo no Código italiano de 1942 (arts. 1406 e segs.).

A permissão da transferência de todos os direitos e obrigações nascidas do contrato bilateral, nos termos *gerais* em que aquele diploma legislativo a sancionou, corresponde a necessidades próprias de economias bastante evoluídas, e só foi verdadeiramente compreendida, em todo o seu alcance, a partir da época em que a moderna doutrina das obrigações pôs a descoberto a complexidade da teia de vínculos compreendidos no seio da relação creditória.

Numa primeira fase, em que as necessidades práticas imperavam ainda mais do que a precisão científica da linguagem, os autores falavam a cada passo na *venda do contrato*, por a transmissão ser geralmente feita mediante o correspectivo do *preço*. E usou-se depois disso, ainda durante bastante tempo, a expressão *cessão do contrato*⁽³⁾, aliás adoptada no Código italiano: expressão imprópria, pois o que o *cedente* transmite não é o acordo negocial, mas uma parte da relação contratual dele derivada⁽⁴⁾.

(1) FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, I, pág. 8 e segs.

(2) Para maiores desenvolvimentos, cfr., entre nós, MOTA PINTO, *ob. cit.*, págs. 138 e segs.

(3) Veja-se, especialmente, CICALA, *ob. cit.*, pág. 34 (nota 2) e segs.

(4) VAZ SERRA, *ob. cit.*, pág. 213; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, pág.

Além de a ter consagrado com a amplitude adequada (como figura de carácter geral) e de lhe ter dado a designação mais correcta (*cessão da posição contratual*), o Código português de 1966 situou a transmissão da posição contratual no lugar sistemático que parece mais lhe convir: na secção (arts. 405.º e segs.) que trata dos *contratos em geral* (1), e não no capítulo do *negócio jurídico* (arts. 217.º e segs.), nem no título que regula os *contratos em especial* (arts. 874.º e segs.).

425. *Confronto com as figuras próximas: a) Sub-contrato; b) Sub-rogação ex lege na posição contratual; c) Adesão ao contrato (Vertragsbeibritt)*. A cessão da posição contratual tem notórias semelhanças com outras figuras afins. O confronto entre uma e outras tem interesse para a caracterização da *cessão* do contrato, na medida em que realça os seus traços mais típicos.

Sub-contrato. Uma das figuras que interessa distinguir da cessão da posição contratual é a do *sub-contrato*. Diz-se *sub-contrato* o contrato que alguém celebra, aproveitando a posição que lhe advém de um contrato anterior da mesma natureza (2). É uma concretização deste conceito genérico a definição que o artigo 1060.º, por exemplo, nos dá da sublocação.

«A locação diz-se sublocação, afirma o preceito, quando o locador a celebra com base no direito de locatário que lhe advém de um precedente contrato locativo.»

A diferença fundamental existente entre a cessão da posição contratual e o subcontrato ou contrato derivado está em que, na primeira, o cedente se *demite* da sua posição de contraente, entrando o cessionário para o lugar dele (3), ao passo que o consti-

(1) Por consequência, no *Livro das Obrigações*, visto tratar-se de um fenómeno de transmissão da relação obrigacional: VAZ SERRA, *ob. cit.*, pág. 214.

(2) ORIANDO GOMES, *ob. cit.*, n.º 101 e segs.; RUGGIERO-MAROL, pág. 205; R. MARTINEZ, *O subcontrato*, Coimbra, 1989.

(3) A *cessão* envolve, por conseguinte, um fenómeno de *transmissão* ou de *sucessão (lato sensu)* na relação obrigacional (complexa). Há nela uma simples *substituição* de sujeitos, geradora duma *modificação subjectiva* da (mesma) relação contratual.

tuinte do sub-contrato mantém a sua posição contratual anterior e limita-se a constituir *uma outra* relação contratual, à custa daquela posição (1).

A cessão da posição contratual opera uma simples *modificação subjectiva* na relação contratual básica, a qual persiste, embora com um novo titular. O sub-contrato envolve a criação de uma *segunda* relação contratual, cujo processamento (ou fase funcional) se desenrola em paralelo com a primeira, tendo a sua coexistência de característico o facto de uma depender da outra e de haver, além disso, um contraente comum a ambas elas (2).

Se *A* ceder a *B* a sua posição de arrendatário do prédio pertencente a *C*, o resultado da operação é que *A* deixa de ser arrendatário, e quem passa a ser contraparte de *C*, na relação locativa, é *B*, em lugar dele.

Se, porém, em vez de ceder a sua posição, *A* sublocar o prédio a *B*, ele não deixa de ser o arrendatário do imóvel, nem *C* deixa de ser o seu senhorio. Passa simplesmente a haver, ao lado da primitiva relação de inquilinato entre *A* e *B*, uma outra relação de locação entre *B* e *C*, estando esta última estreitamente dependente, na sua eficácia, da sorte da primeira (cfr. art. 1 102.º) (3).

Sub-rogação ex lege na posição contratual. A figura mais próxima da cessão da posição contratual, no concernente aos seus efeitos, é

(1) A existir neste caso qualquer fenómeno sucessório, dir-se-ia, por *simile* com os direitos reais constituídos à custa da propriedade, que há no subcontrato uma *sucessão constitutiva* com base no direito do contraente comum a ambos os contratos.

(2) «A cessão, escreve ORLANDO GOMES (*ob. cit.*, n.º 102), não implica formação de novo contrato, mas substituição de um contratante por outro, enquanto o *subcontrato* é outro contrato que uma das partes do contrato principal estipula com terceiros».

(3) Os artigos 1059.º, 2; 1093.º, 1, f), além de outros, distinguem entre a sublocação e a cessão da posição jurídica do locatário.

Tudo quanto no texto se afirma, aliás, em relação ao confronto entre estas duas figuras, pode, em princípio, considerar-se aplicável à distinção entre a subempreitada, o subcomodato, etc. e a cessão da posição contratual do empreiteiro, do comodatário, etc.

a sub-rogação legal no contrato, a que também se poderá chamar *cessão forçada* ou *legal* da posição contratual (1).

O exemplo mais conhecido de sub-rogação *ex lege* no contrato é o da transmissão legal da posição do locador para quem adquire a propriedade da coisa locada.

Diz-se, com efeito, no artigo 1057.º, que «o adquirente do direito com base no qual foi celebrado o contrato sucede nos direitos e obrigações do locador, sem prejuízo das regras do registo.»

Assim, se A, dono de certo prédio, o arrendar a B e o vender mais tarde a C, este sucederá ao transmitente, por força da lei, na posição de senhorio em face de B. É a manutenção da regra *emptio non tollit locatum*, que, a partir de certa época, se substituiu na generalidade das legislações ao preceito romanista de sinal oposito. Por força dessa regra, também se opera, de facto, a favor do terceiro adquirente da coisa, uma transmissão do conjunto de direitos e obrigações que o contrato de locação produziu em relação a uma das partes.

Simplemente, a transmissão não procede neste caso (nem nos restantes casos do mesmo tipo (2)) da vontade dos contraentes, como sucede na cessão da posição contratual (3), mas da determinação da lei (4), que a impõe a uma das partes, em nome dos superiores interesses do sub-rogado.

(1) MOTA PINTO, *ob. cit.*, n.º 11.

(2) Trata-se, de um modo geral, de casos em que a sucessão na titularidade de certa relação contratual está ligada *ope legis* à titularidade de certo direito: MOTA PINTO, *ob. cit.*, n.º 12.

Aliás, desde que a cessão da posição contratual exige, justificadamente, o consentimento do contraente cedido, não podem deixar de considerar-se integradas no núcleo das hipóteses de cessão *forçada* ou legal (*hoc sensu*: independentemente da vontade do contraente cedido) os casos de cessão da posição do arrendatário previstos nos artigos 1118.º (cfr., a propósito, ORLANDO DE CARVALHO, *Conteúdo e estrutura do estabelecimento comercial*, I, pág. 613 e ANTUNES VARELA, anot. ao ac. do S.T.J., de 1-III-1968, na *Rev. Leg. Jurisp.*, 102, pág. 77) e 1120.º, 1, do Código Civil.

(3) Designadamente na cessão da posição de locatário, prevista no artigo 1059.º, 2.

(4) A transmissão da posição contratual pode ainda ser efectuada *ope iudicis*, como sucede na transferência da posição de arrendatário, regulada no artigo 1110.º, 2 e 3.

Adesão ao contrato. Diferente da cessão da posição contratual, mas tendo grandes afinidades com ela, é a *adesão ao contrato*, largamente versada na literatura jurídica alemã (com a designação de *Vertragsbeitritt* ⁽¹⁾).

A adesão ao contrato é o negócio pelo qual um terceiro assume a mesma posição de um dos outorgantes em outro contrato, não em substituição dele, mas ao lado dele, como contitular dos seus direitos e obrigações derivados de tal contrato.

A empresa algodoeira comprometera-se, por exemplo, a fazer certo fornecimento à firma *A*. E obriga-se depois, por virtude do acordo efectuado entre as firmas *A* e *B* (igualmente carecidas de matéria-prima) e por ela sancionado, a realizar o fornecimento, com as obrigações e direitos correspondentes, a ambas as empresas.

A *adesão ao contrato* está, assim, de algum modo, para a cessão da posição contratual tal como a *assunção cumulativa* de dívida está para a *assunção liberatória*. Trata-se de um tipo de convenção negocial não directamente previsto na lei, mas cuja admissibilidade não pode ser posta em dúvida, em face do princípio da liberdade contratual.

426. O contrato (instrumento) da cessão da posição contratual e o contrato que é objecto da cessão. *Requisitos do primeiro.* Para que possam ser definidos com precisão os direitos e deveres de cada um dos três protagonistas da cessão da posição contratual e compreendida a função específica deste tipo negocial, importa ter presente no espírito a distinção entre os dois contratos que se cruzam na operação.

Há, por um lado, o contrato de cessão da posição jurídica de certo contraente, o contrato que opera a transmissão dessa posição,

⁽¹⁾ Cfr., por todos, PIEPER, *ob. cit.*, pág. 217 e segs.; ESSER, § 56, IV, 3 e MOTA PINTO, *ob. cit.*, pág. 453.

que é o *instrumento* dela; e há, por outro, o contrato (*básico*)⁽¹⁾) donde nasceu a posição (complexo de direitos e deveres) que um dos contraentes (cedente) transmite a terceiro.

Uma coisa é, na verdade, o contrato de fornecimento realizado entre a companhia algodoeira angolana e a fábrica portuguesa de fiação e tecidos; e outra, o contrato (em regra posterior) pelo qual esta fábrica transmite a outra, carecida da matéria-prima que ela está disposta a ceder, os direitos e obrigações que lhe advieram do contrato de fornecimento.

A conexão existente entre os dois contratos provém do facto de o contrato de cessão ter por efeito *típico* a transmissão da posição de um dos contraentes na relação nascida do contrato básico.

O cedente do contrato de fornecimento não cede, como a princípio se dizia, o próprio *contrato* que celebrou, o acordo negocial na sua *fase genética*. Mas cede, *em determinado momento*, a posição jurídica que lhe cabe na relação nascida do contrato básico; transmite uma parte dessa relação, em determinado momento da sua *fase funcional*.

Requisitos do contrato de cessão. Ora, cada um dos contratos envolvidos na operação — o contrato-*instrumento* da cessão e o contrato-*objecto* da transmissão — tem os seus *requisitos* específicos e o seu *regime* próprio.

Os requisitos do contrato de cessão estão sintética e indirectamente definidos pela *norma em branco* exarada no artigo 425.º.

«A forma da transmissão, a capacidade de dispor e de receber, a falta e vícios da vontade e as relações entre as partes, diz este

(1) Não confundir o contrato *básico*, de que se fala no texto, e que é o contrato donde nasce a posição transmitida pelo cedente a terceiro, com o «negócio que serve de base à cessão», referido na parte final do artigo 425.º, e que é o negócio *causal* (venda, dação em cumprimento, doação, sociedade, etc.) em que a cessão se integra.

Este último é o contrato de *cessão* — visto em toda a sua *plenitude*, e não apenas *amputadamente*, como fonte da transmissão da posição do cedente.

preceito, definem-se em função do tipo de negócio que serve de base à cessão.»

O negócio que serve de invólucro à transmissão da posição contratual nem sempre reveste, de facto, o mesmo *tipo*.

As mais das vezes a aquisição da posição contratual tem como correspectivo o *preço* (o valor que as partes lhe atribuem, expresso em dinheiro) e a cessão reveste, conseqüentemente, a fisionomia jurídica duma *compra e venda* ⁽¹⁾. Mas pode bem suceder que o subscritor das acções ainda não inteiramente liberadas, num dos exemplos anteriormente referidos, tenha cedido o seu direito de subscrição sem nenhum correspectivo, no intuito de fazer uma *liberalidade* ao cessionário ⁽²⁾. Pode ter feito uma *doação em cumprimento*, se a cessão da posição contratual tiver sido efectuada e aceite como forma de cumprimento duma prestação diferente, ou pode ter realizado um contrato oneroso inominado, se o cedente tiver recebido, em troca da posição que transmitiu, uma *vantagem* não integradora de qualquer dos tipos contratuais especialmente previstos e regulados na lei ⁽³⁾.

Além da variedade de tipos que pode revestir o negócio da cessão, cabe ainda acrescentar que não há sequer uma coincidência necessária entre a natureza (gratuita ou onerosa) desse contrato e a natureza (geralmente onerosa) do contrato básico.

Nada impede, com efeito, a cessão a título gratuito da posição do cedente num contrato a título oneroso.

A cessão da posição contratual, tal como a cessão de créditos (é flagrante o paralelismo das fórmulas consagradas nos arts. 425.º

⁽¹⁾ Os termos amplos em que o artigo 874.º delimita o âmbito da compra e venda, por contraste com a definição restrita do direito anterior (art. 1 444.º do Cód. de 1867), abarcam no seu *espírito* (mais do que na *letra*) a cessão da posição contratual em troca dum preço (PIRES DE LIMA e A. VARELA, *Cód. civil anot.*, II, pág. 118 e 119).

⁽²⁾ A obrigação de pagar as prestações em falta não terá, em regra, na economia da cessão do direito de subscrição, a função dum *correspectivo*, mas sim a dum *ônus* ou *encargo* da doação.

⁽³⁾ VAZ SERRA, *ob. cit.*, pág. 227.

e 578.º), é um negócio *policausal*, um contrato de *causa variável* (1). Mas não é um negócio *abstracto*.

A forma como o artigo 425.º define o regime da falta e dos vícios da vontade, no contrato de cessão, remetendo para a disciplina do tipo negocial que serve de base à cessão (a venda, a doação, a dação em cumprimento, a sociedade, etc.), mostra que a nulidade e a anulação, fundadas na falta ou nos vícios da vontade dos outorgantes, obedecem aí à disciplina própria dos negócios causais (2).

Assim, se a posição do contrato de fornecimento de matérias-primas tiver sido *comprada* pelo adquirente (cessionário), mas o consentimento deste tiver sido extorquido por coacção ou determinado por dolo ou erro relevantes (cfr. arts. 247.º e segs.), o contrato de cessão será *anulável*, como qualquer outro contrato de compra e venda. Como anulável será a cessão a título oneroso feita pelo pai a um dos filhos, sem o consentimento dos demais, nos termos do artigo 877.º.

De igual modo se aplicam à cessão as prescrições da forma (3), as regras de capacidade, as indisponibilidades, etc. próprias da doação, quando tenha sido por meio de uma liberalidade entre vivos que as partes operaram a transmissão da posição contratual.

(1) Em sentido substancialmente conforme com a afirmação do texto, escreve DIEZ-PICAZO (n.º 1 014, pág. 833): «Há um esquema parcial dum negócio causal, que assume vida e fisionomia típica apenas quando fica integrado em concreto com uma causa determinada».

(2) «A posição contratual, afirma VAZ SERRA (*ob. e loc. cit.*), pode ser cedida a título de venda, de doação, etc., donde resulta que a forma do contrato, a capacidade de dispor e de receber, os vícios do consentimento, as relações entre as partes, etc. têm de ser apreciadas tendo em conta a causa do contrato, isto é, a relação fundamental».

(3) Assim, se a cessão da posição contratual abranger bens móveis, terá de constar de escritura pública (art. 947.º, 1); compreendendo coisas móveis, haverá que observar o disposto no artigo 947.º, 2.

427. *Efeitos do contrato de cessão*: A) *Nas relações entre o cedente e o cessionário*. O contrato de cessão da posição contratual descreve, na sua configuração gráfica, um circuito de natureza *triangular*, visto a sua perfeição exigir o consentimento dos três sujeitos colocados em posições diferentes. Além da vontade dos intervenientes directos na transmissão (o *cedente*, dum lado; o *cessionário*, do outro), o artigo 424.º, 1, alude directamente à necessidade do consentimento do contraente-cedido⁽¹⁾, para quem não é indiferente a pessoa do devedor nas obrigações de que ele seja credor.

Da *trilateralidade* do contrato nasce uma complexidade correspondente nos seus *efeitos*, que respeitam aos três autores da operação. Um balanço completo desses efeitos obriga a um exame sucessivo dos três grupos de relações, que a cessão desencadeia: entre o cedente e o cessionário; entre o cedente e o contraente cedido; e, por último, entre o cessionário e o contraente cedido.

O efeito típico da cessão, nas relações entre os dois primeiros contraentes, é a transmissão da posição do cedente, no contrato básico, para o cessionário. Transmissão que, analiticamente, se decompõe nos seguintes factos: a) perda, para o transmitente, dos *créditos*, dos *direitos potestativos* e das *expectativas* correspondentes à posição contratual cedida; b) *liberação* (para o mesmo contraente) das *obrigações*, dos *deveres* e dos *estados de sujeição* referentes à mesma posição; c) aquisição derivada translativa, para o cessionário, dos *créditos*, *direitos* e *expectativas* perdidas pelo cedente e subingresso daquele nos vínculos de que este fica exonerado⁽²⁾. E transmissão que atinge, em princípio, a relação contratual básica com a confi-

(1) Diz-se na parte final do n.º 1 desse artigo: «desde que o outro contraente (refere-se ao cedido), antes ou depois da celebração do contrato, consinta na transmissão».

(2) A síntese das três ordens de fenómenos descritas no texto é a *modificação* subjectiva operada na relação contratual básica, cuja identidade subsiste, não obstante a alteração verificada nos seus sujeitos: MOTA PINTO, *ob. cit.*, n.º 63.

guração que ela reveste no momento da cessão, e não no momento imediatamente posterior à celebração do contrato (básico)⁽¹⁾.

Se, como as mais das vezes sucede, a cessão for efectuada a título oneroso, à transmissão *devida* pelo cedente, nos termos analíticos que acabam de ser descritos, corresponde a contraprestação prometida pelo cessionário. O modo de cumprimento das duas prestações, o lugar e o momento da sua realização, os efeitos do vínculo (*sinalagma*) que as une, desde a excepção de não cumprimento do contrato até à sua resolução por falta de cumprimento de qualquer das partes, serão regulados em função do tipo de negócio que serve de base à cessão e que, nesse caso, será por via de regra a compra e venda. Se a cessão for efectuada a título gratuito, será o regime da doação a que, no geral, conduz a remissão do artigo 425.

Relativamente aos direitos potestativos e correspondentes estados de sujeição abrangidos pela transmissão, há um ponto importante a assinalar.

Tal como na cessão de créditos (art. 582.º, 1), há na cessão da posição contratual direitos potestativos e estados de sujeição que, por serem *pessoais* (ligados ao contrato básico, e não à relação contratual dele nascida), não se transmitem, em princípio, ao cessionário.

Em contrapartida, para o cessionário transmitem-se os direitos potestativos (e os correlativos estados de sujeição) inerentes à relação contratual (na sua fase funcional), como a excepção de não cumprimento e o próprio direito de resolução do contrato (básico), ao invés do que sucede na cessão de créditos, que apenas abrange

(1) Se, no contrato de fornecimento de 200 t. de algodão, a empresa produtora já tiver fornecido 50 t. na altura em que a firma compradora cede a terceiro a sua posição, é o direito à prestação remanescente e a correlativa obrigação de pagar o preço correspondente que transitam para a firma cessionária da posição contratual.

Trata-se, aliás, duma simples questão de interpretação da vontade dos contraentes.

os acessórios ligados ao crédito, e não à relação contratual em que ele porventura se integra.

E em que termos garante o cedente a existência e a validade da posição transmitida, bem como o cumprimento das obrigações a que continua adstrito o contraente cedido?

A lei responde directamente à dúvida muitas vezes posta pelos autores e fá-lo em termos paralelos aos da resposta dada à questão análoga no capítulo da cessão de créditos. Tal como o artigo 587.º, também o artigo 426.º distingue, na esteira da melhor doutrina, entre a *ventas nominis* e a *bonitas nominis*.

O cedente garante ao cessionário, no momento da cessão, a existência da posição transmitida (1), mas não lhe garante o cumprimento das obrigações de que este fica sendo credor.

E, tal como na cessão de créditos, também o conteúdo da garantia da existência da posição contratual transmitida varia consoante a natureza onerosa ou gratuita do contrato de cessão (2).

No primeiro caso, o paradigma para que remete o artigo 426.º, 1, é o regime da compra e venda de coisa inexistente ou de coisa alheia.

Se a posição contratual tiver sido vendida (art. 874.º) e mais tarde se apurar, por exemplo, que ela não pertencia ao vendedor, mas a uma outra pessoa, o regime directamente aplicável ao caso será o consignado nos artigos 892.º e seguintes, cujos traços mais salientes são a nulidade do contrato (art. 892.º), a obrigação de convalidá-la, no caso de boa fé do comprador (art. 897.º), e a

(1) «Ao cessionário, escreve VAZ SERRA (*ob. cit.*, pág. 228) para justificar a solução, não deve impor-se o encargo de investigar se o contrato existe e é válido, o que seria contrário às necessidades do comércio jurídico; cedendo-lhe a sua posição contratual, o cedente garante-lhe implicitamente que o contrato é válido».

(2) Não se trata, por conseguinte, de uma garantia imposta ao cedente em termos uniformes, como uma espécie de cobertura do resultado almejado pelo cessionário, fosse qual fosse o seu título de aquisição.

Como também se não trata de aplicar ao caso os simples efeitos normais da invalidade do negócio jurídico.

obrigação de indemnizar, estando o comprador de boa fé, mesmo que o vendedor tenha agido sem dolo nem culpa (art. 899.º) (1).

No segundo caso, o modelo aplicável é o regime da doação que, incluindo embora a nulidade do contrato (no caso de cessão da posição contratual alheia, de posição inexistente, declarada nula ou anulada), só prevê a obrigação de indemnizar, a cargo do cedente, no caso de ele ter agido com dolo (art. 956.º, 2, al. b)).

Desde que a posição contratual tenha sido validamente transmitida (porque ela existia, pertencia ao cedente e este podia dispor validamente dela), cessa, em princípio, a responsabilidade do transmitente. Mesmo que o contraente cedido não cumpra as obrigações a seu cargo, porque não possa ou não queira fazê-lo, ao cessionário não será lícito recusar com esse fundamento a contra-prestação eventualmente devida ao cedente, nem resolver o contrato de cessão.

Há, desta forma, uma diferença prática muito importante entre a situação do comprador que cede a terceiro a sua posição contratual e a do comprador que *revende*, por exemplo, a mercadoria por ele adquirida (2).

O primeiro, uma vez efectuada a cessão, não responde nem pela falta de cumprimento, nem sequer pela insolvência do vendedor; o segundo, se o vendedor não quiser ou não puder cumprir, não ficará em condições de cumprir a principal obrigação por ele assumida no contrato de revenda e terá de sofrer, salvo convenção em contrário, as respectivas consequências.

O cedente da posição contratual pode, no entanto, como se diz no n.º 2 do artigo 426.º, responder pelo cumprimento das obrigações do contraente cedido, se tiver prestado essa garantia.

(1) Sobre a questão de saber se, no caso da nulidade da cessão por inexistência ou invalidade da posição transmitida, o cedente obrigado a indemnizar tem de reparar o interesse contratual *positivo* (interesse no cumprimento) ou o i. c. *negativo* (dano de confiança), veja-se MOTA PINTO, *ob. cit.*, n.º 65 e ANTUNES VARELA, *art. cit.*, no Bol. Fac. Dir., XLVI, pág. 211.

(2) MOTA PINTO, *ob. cit.*, pág. 468, nota 1.

Em que termos responderá o cedente perante o cessionário, quando tiver prestado semelhante garantia? Como fiador? Como devedor solidário? Como assuntor de dívida alheia? Como garante do resultado visado pelo cessionário⁽¹⁾?

A resposta a esta pergunta tem manifesto interesse prático, mas só pode ser obtida, em cada caso concreto, através da interpretação e, eventualmente, da integração da cláusula negocial em que a prestação da garantia tiver sido convencionada.

428. *Recusa do consentimento do cedido: sua repercussão nas relações entre cedente e cessionário.* O consentimento do contraente cedido, necessário à plena eficácia do negócio, tanto pode ser prestado antes, como depois da celebração do contrato de cessão (art. 424.º 1). Se for prestado antes, para que a cessão produza efeitos, torna-se necessário que seja levada ao conhecimento do cedido (por meio de *notificação*, que é uma simples declaração *unilateral*, embora *receptícia*) ou que ele a reconheça (expressa ou tacitamente) ⁽²⁾ (art. 424.º, n.º 2).

Se, porém, não tiver havido consentimento prévio e o contraente cedido recusar o consentimento requerido, depois de efectuado o contrato de cessão, que consequências advirão da recusa?

Uma primeira consequência é certa: a de que a cessão da posição contratual se não tem por consumada, independentemente da resposta a dar à questão (muito debatida entre os autores) de saber se o consentimento do cedido é elemento *integrante* do contrato de cessão ou é apenas um elemento *exterior*⁽³⁾, em certo sen-

(1) MOTA PINTO, *ob. cit.*, pág. 469. Cfr., sobre a questão paralela suscitada pelos casos em que o contraente cedido não consente na *liberação* do cedente, *infra*, n.º 385.

(2) É a disposição do direito português paralela ao artigo 1407, 1, do Código civil italiano; cfr. as considerações feitas por PIEPER (*ob. cit.*, pág. 207), à míngua de texto explícito no direito alemão.

(3) Referindo-se à prestação do consentimento do cedido, *antes* ou *depois* da celebração do contrato de cessão, o texto do n.º 1 do artigo 424.º parece apostado em vincar que se trata de elemento *exterior* à realidade factual do contrato. Mas não pode levar-se demasiado longe a simples *aparência* ou *impressão* criada pela *letra* da lei.

tido semelhante à *ratificação* do negócio, *posterior* por conseguinte à plena *formação* do contrato.

Desde que a transferência da posição contratual se não pode operar, por falta de um requisito insuprível como é a vontade do contraente cedido, e foi essa transmissão *global* que o cedente e o cessionário quiseram (*unitariamente*) levar a cabo, há muito quem sustente que o acordo celebrado entre estes dois contraentes é nulo e não produz nenhum efeito ⁽¹⁾.

Outros, porém (mais atreitos à concepção doutrinal que decompõe a cessão da posição contratual em duas operações *distintas*, embora complementares), distinguem, na transmissão *global* que os interessados pretendiam efectuar, entre as obrigações e os direitos de crédito do cedente: as primeiras não podem ser transmitidas sem o acordo do credor, que é o contraente cedido; os segundos podem ser transmitidos a terceiro, sem o consentimento do devedor. Na sequência desta cisão, a cessão da posição contratual não aprovada pelo contraente cedido seria nula, mas converter-se-ia, em regra, num contrato misto de cessão de crédito, por um lado, e de assunção cumulativa de dívida, por outro ⁽²⁾, ou numa adesão ao contrato ou numa cessão de contrato sem liberação do cedente.

Como regra, não pode aceitar-se tal regime de conversão. A própria assunção cumulativa de dívida necessita do consentimento do credor, e a hipótese formulada é a de o contraente cedido (credor das obrigações nascidas do contrato básico para o cedente) ter recusado o seu consentimento ao contrato de cessão. Além disso, nada autoriza o intérprete a concluir que o cedente, não sendo exonerado das obrigações a seu cargo, esteja disposto a abrir mão definitiva ou incondicionalmente dos direitos de crédito que tenha sobre o contraente cedido.

(1) MOTA PINTO, *ob. cit.*, n.º 67.

(2) PIEPER, *ob. cit.*, pág. 208; H. LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, II, pág. 337 e VAZ SERRA, *ob. cit.*, pág. 223, nota 19.

Ressalva-se, como é óbvio, o caso de as partes terem querido *realmente*, em alternativa, o negócio misto ou híbrido a que se faz alusão ou de as suas declarações deixarem transparecer a ideia de que os contraentes teriam preferido esse resultado à solução da nulidade (pura e simples) do contrato (cfr. art. 293.º).

429. B) *Nas relações entre o cedente e o contraente cedido*. Ao mesmo tempo que perde os direitos de crédito (e os respectivos acessórios e garantias) de que dispunha, o cedente obtém, através da cessão da posição contratual, a liberação das obrigações a que estava adstrito perante o *cedido*, por força do contrato básico.

Ao invés do que sucede com a simples assunção de dívida, em que a *liberação* do devedor necessita de declaração *expressa* nesse sentido, a liberação do cedente, no caso da cessão da posição contratual, não precisa de ser *expressamente* declarada: trata-se do efeito *normal* da cessão, o único focado no retrato normativo que da figura nos faculta o artigo 424.º, 1.

Tanto a perda dos direitos, como a liberação das obrigações, operam em princípio *ex nunc*, e não com efeito retroactivo, pois a cessão abrange a relação nascida do contrato básico com a sua configuração *actual* e não com a sua *primitiva* estrutura.

O Código italiano (art. 1408, 2) prevê, entretanto, a propósito da situação do cedente após a cessão, a possibilidade de a cessão do contrato se efectuar, por convenção das partes, sem *liberação* do cedente.

Igual previsão se não encontra na lei civil portuguesa. Mas o princípio da liberdade contratual basta para permitir que a mesma cláusula, ou outra de sentido análogo, possa ser incluída no texto do contrato, por livre iniciativa das partes⁽¹⁾.

Quando assim suceda, a definição precisa do vínculo estabelecido entre cedente e cedido, por virtude da convenção, depende

(1) Na prática, a cláusula de não liberação do cedente pode bem ser a contrapartida do consentimento *prévio* da cessão requerido à contraparte.

obviamente da interpretação da cláusula especial introduzida no convénio pelas partes. Com a declaração de não liberação do cedente, podem os interessados ter querido significar que este garante, como fiador (com ou sem benefício de excussão, consoante os casos) o cumprimento das obrigações devolvidas para o cessionário ou que ele responde solidariamente por essas dívidas, ou que apenas garante subsidiariamente o seu cumprimento⁽¹⁾, etc.

Trata-se, em todo o caso, de fixar o conteúdo dum *novo* vínculo (entre o *cedente* e o *cedido*), diferente do que entre eles existia antes da cessão. Com efeito, desde que as partes declaram *transmitir* a *posição* de um dos contraentes a terceiro e apenas pretendem, no interesse de uma delas, responsabilizar o transmitente por uma parte das relações compreendidas na cessão global, deve a cessão da posição contratual sem liberação do cedente ser, em princípio, considerada como uma *transmissão* da posição (de toda a posição) desse outorgante, completada com a instituição dum *novo* vínculo de garantia para o cedido.

A perda efectiva da qualidade de contraparte (do cedido) sofrida pelo cedente, em virtude da transmissão, tem, evidentemente, a sua importância prática, na medida em que assim deixam de competir a esse sujeito (e passam a caber exclusivamente ao cessionário) os direitos potestativos, as expectativas e os estados da sujeição que lhe advinham da relação contratual transmitida⁽²⁾.

Quanto à caracterização do novo vínculo, a doutrina tende mais, na dúvida, atentas as circunstâncias em que normalmente se processa na prática a cessão da posição contratual sem liberação do

(1) MOTA PINTO (*ob. cit.*, pág. 481 e segs.) aponta o sentido e alcance de cada uma destas possíveis variantes da obrigação assumida pelo cedente.

(2) É notória, nesse aspecto, a diferença entre a cessão sem liberação do cedente e a simples adesão ao contrato, na qual o primitivo contraente não perde os direitos que lhe advêm da relação contratual básica, apenas dividindo com o aderente a sua titularidade.

cedente, a considerar este como um responsável a título *subsidiário* do que como um devedor *solidário* (1).

Esta responsabilidade *subsidiária* constitui, por assim dizer, uma situação a meio termo entre a *fiança* e a *solidariedade passiva*. Distingue-se da *fiança*, na medida em que o cedente responde pelo cumprimento, logo que o cessionário se recuse a cumprir; não se confunde com a *solidariedade*, porquanto o cedente não responde por uma dívida própria, assegura apenas a satisfação de uma dívida alheia.

430. C) *Nas relações entre o cessionário e o cedido*. O contrato de cessão da posição contratual tem como principal efeito a substituição do cedente pelo cessionário, como contraparte do cedido, na relação contratual básica, tal como esta existe à data da cessão.

Assim, se a fábrica de fiação *A* tiver comprado à empresa (*B*) produtora de algodão duzentas toneladas desta mercadoria e ceder a sua posição, com o consentimento de *B*, a uma outra fábrica de tecidos (*C*), depois de já ter recebido uma partida de cinquenta toneladas, quem passa doravante a ser contraparte de *B*, na relação contratual de fornecimento, quanto às prestações por efectuar, é *C* e não *A*. Se *B* entregar qualquer nova partida de algodão ao primitivo comprador, não se desonera da sua obrigação em face do cessionário, porque a prestação foi efectuada, não ao credor, mas a terceiro.

Ao lado dos direitos e obrigações fundamentais, o cessionário assume perante o cedido os deveres laterais ou secundários, as expectativas, os ónus e os deveres acessórios de conduta que adviriam da relação contratual básica para o cedente.

As garantias de cumprimento das obrigações que estavam anteriormente a cargo do cedente manter-se-ão relativamente ao

(1) VAZ SERNA, *ob. cit.*, pág. 225; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Cód. civ. anot.*, I, pág. 281; MOTA PINTO, *ob. cit.*, pág. 483; DIEZ-PICAZO, n.º 1017, pág. 835; BARBERO, II, n.º 719, pág. 229.

cessionário, como devedor perante o cedido, se tiverem sido prestadas pelo cedente ou pelo mesmo cessionário, não havendo sequer que ressaltar, quanto ao primeiro (à semelhança do que faz o art. 599.º, 2, no caso de assunção de dívida, quanto ao primitivo devedor), a possibilidade de ele não ter consentido na transmissão, visto a cessão não ser possível sem a sua vontade. As garantias prestadas por terceiro (como a fiança, ou o penhor ou a hipoteca sobre bens de pessoa estranha ao contrato básico) é que não se mantêm, a não ser que o autor as queira renovar.

Ao lado das garantias, o artigo 582.º, 1, consagra o princípio de que também se transmitem para o cessionário, no caso da cessão de créditos, os acessórios do direito transmitido, que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente. Na hipótese da cessão da posição contratual, a transmissão abrange igualmente os *acessórios* (entre os quais se destacam os direitos potestativos e os estados de sujeição), não apenas do direito de crédito, mas de toda a relação contratual cedida (¹). Assim, se a empresa algodoeira (no exemplo anteriormente citado) faltar a alguma das prestações devidas, terá o cessionário, não só a faculdade de recusar a contraprestação correspondente (excepção de não cumprimento do contrato), mas também a faculdade, se for caso disso, de resolver o contrato.

É a solução que decorre, tanto da ideia geral da transmissão global referida no artigo 424.º, como da disposição explícita do artigo 427.º, segundo a qual «a outra parte do contrato tem o direito de opor ao cessionário os meios de defesa provenientes desse contrato, mas não os que provenham de outras relações com o cedente, a não ser que os tenha reservado ao consentir na cessão».

(¹) Em compensação, haverá que ressaltar também, na cessão da posição contratual, tal como na cessão de créditos, os direitos inseparáveis da pessoa do cedente — entre os quais cumpre destacar os ligados, não à relação contratual, mas ao próprio contrato básico, ao acordo negocial; cfr. *infra*, n.º 431.

Embora a doutrina esteja, por uma razão de carácter accidental (1), formulada apenas em relação ao *cedido*, outra não pode ser a orientação aplicável à definição da posição do *cessionário* em face do *cedido* (2).

Há, todavia, entre a solução fixada para a cessão da posição contratual e a doutrina estatuída no artigo 585.º para a questão paralela suscitada na cessão de créditos, uma diferença notória.

No primeiro caso, o contraente *cedido* só pode opor ao *cessionário* (e vice-versa) os meios de defesa provenientes do contrato básico, ao passo que, na cessão de créditos, o devedor pode invocar contra o *cessionário* todos os meios de defesa que lhe era lícito opor ao cedente, desde que não se fundem em facto posterior ao conhecimento da cessão — incluindo a compensação alicerçada em créditos do devedor, que nenhuma conexão tenham com a relação donde brotou o crédito transmitido ao *cessionário*.

A razão essencial da diferença assenta em que a cessão de créditos se pode efectuar sem o consentimento do devedor, não se considerando, por isso, nem justa nem razoável a solução de tolher ao obrigado a faculdade de recorrer a qualquer dos meios de defesa, de que lhe seria lícito lançar mão contra o cedente. Em contrapartida, a cessão da posição contratual não pode efectuar-se sem o consentimento do cedente nem do contraente *cedido*, ficando assim um e outro com a possibilidade de reservarem os meios de defesa que pretendam salvaguardar, ao manifestarem a sua vontade negocial.

Ainda em relação aos direitos potestativos abrangidos pela transmissão, tem dado margem a dúvidas entre os autores a questão de saber se transitam ou não para a titularidade do *cessionário* aqueles cuja origem procede de facto anterior à cessão.

(1) A razão da referência *unilateral* ao *cedido* está em a lei ter pretendido introduzir a ressalva contida na 2.ª parte do artigo 427.º, sendo certo que esse esclarecimento se não torna necessário em relação a quem era um estranho ao contrato básico, antes de efectuada a cessão.

(2) No mesmo sentido, MOTA PINTO, *ob. cit.*, n.º 70, pág. 491.

Admitamos que a empresa obrigada a efectuar certo fornecimento de matéria-prima, em prestações escalonadas no tempo, já se encontrava em falta relativamente a uma delas, quando a contraparte cedeu a terceiro a sua posição contratual. Pode o cessionário, alegando a falta de cumprimento do cedido anterior ao contrato de cessão, resolver o contrato de fornecimento?

A resposta à questão, posta em tese geral, depende sempre da razão de ser do direito potestativo cuja transmissão está em causa. No caso particular do direito de resolução fundado na falta de cumprimento de um dos contraentes, quer a ameaça de resolução constitua um meio de coacção sobre o devedor em mora, quer a resolução seja tida como a saída natural de quem fundadamente perdeu a confiança na outra parte, a transmissão dela para o cessionário da posição contratual, não se justifica: quer porque o cessionário não tenha, como normalmente sucederá, direito à prestação vencida antes da cessão; quer porque o cedido não cometeu, *para com o cessionário*, nenhuma falta que justifique a perda da confiança naquele depositada.

Outra será, evidentemente, a solução aplicável ao caso, se o fundamento da resolução (ou de qualquer outro direito potestativo) consistir num facto duradouro, que persista para além do contrato de cessão⁽¹⁾, ou em facto posterior à celebração deste contrato.

Assim, se a coisa locada padecer de algum dos vícios previstos no artigo 1032.º e esse vício persistir para além do momento em que o locatário cedeu a sua posição a terceiro, pode este resolver o contrato, nos termos da mesma disposição, apesar de o fundamento da resolução remontar, por hipótese, a uma data anterior à cessão⁽²⁾.

(1) Foi uma hipótese deste estilo que os tribunais deram como verificada no caso (não de cessão da posição contratual, mas de sub-rogação legal no contrato) decidido pelo ac. do S.T.J., de 23-VII-1972 (B.M.J., 218, pág. 189).

(2) PIEPER, *ob. cit.*, pág. 210. Paralelamente se passam as coisas no caso, por exemplo, de a obra dada de empreitada acusar defeitos e de estes serem imputáveis

431. *A questão da legitimidade para a impugnação do contrato básico, após a cessão da posição contratual.* Tem suscitado divergências entre os autores o problema de saber quem tem legitimidade para arguir a anulabilidade do contrato básico, quando a anulação se funde na incapacidade ou em qualquer vício de vontade de que tenha sido vítima o cedente⁽¹⁾.

O arrendatário foi coagido ou dolosamente induzido pelo senhorio a efectuar o arrendamento. Cede, entretanto, a sua posição de locatário a terceiro. Pode ainda arguir a anulabilidade do contrato? Poderá fazê-lo, em algum caso, o cessionário da posição contratual?

A resolução do problema não levanta embaraços, no caso de a cessão da posição contratual ter sido efectuada em circunstâncias que denunciem, por parte do cedente, titular do direito de anulação, uma vontade (expressa ou tácita) de confirmação do negócio viciado.

E nos outros casos?

Note-se que o direito potestativo de anulação não tem a sua raiz, dentro das situações em causa, na *relação contratual* em que houve uma modificação subjectiva, mas no *contrato*, no *acordo negocial* efectuado entre os primitivos contraentes, que não foi, nem podia logicamente ser, objecto da cessão. O titular do interesse legalmente protegido com a anulabilidade do contrato é o cedente, quer antes, quer depois da cessão, visto ter sido a sua vontade que se formou viciadamente. Por conseguinte, só ele pode ser chamado a optar, uma vez finda a coacção ou descoberto o erro de que foi

ao empreiteiro, mas só terem sido descobertos e denunciados depois de este ter cedido a sua posição a terceiro. Também aqui os estados de sujeição correspondentes aos direitos mencionados no artigo 1222.º atingem o cessionário, apesar de a sua origem remontar a um facto anterior à cessão, que todavia, persiste para além desta.

(1) SIBER, *est. cit.*, pág. 297; FICKER, *Vertragsübernahme und droits relatifs au bien*, no AcP, 165, págs. 37-38; ENNECCERUS-LEHMANN, § 87, I, 2, II; FRUH, *ob. cit.*, pág. 67, nota 41; ROQUETTE, *Grundstückserwerb und Mietverhältnisse*, no N.J.W., 62, pág. 1553; MOTA PINTO, *ob. cit.*, pág. 495 e segs.

vítima, entre a anulação ou a manutenção do contrato básico. Pelo seu fundamento, o direito de anulação tem de ser catalogado entre os tais direitos inseparáveis do cedente, a que não pode deixar de aplicar-se, por analogia, o disposto na parte final do n.º 1 do artigo 582.º.

Se optar pela anulação do contrato básico, o cedente torna reflexamente nula, por impossibilidade do objecto, a transmissão da posição contratual que efectuou a terceiro.

Não há sequer nenhuma razão convincente para tornar a procedência da anulação requerida pelo cedente dependente da aprovação do cessionário (1). A solução privaria o cedente, sem fundamento bastante, da tutela que a lei concede ao declarante cuja vontade é viciadamente formada, e não encontra, além disso, nenhum apoio de texto no sistema jurídico português, onde se não conhecem outras medidas de tutela dos terceiros adquirentes de boa fé, que não sejam as constantes dos artigos 243.º e 291.º, inaplicáveis ao cessionário da posição contratual, como tal (2).

432. *Condições de relevância dos vícios da vontade sofridos pelo cedente ou pelo cessionário, no contrato de cessão.* Resta por último saber em que termos procedem, perante o contraente cedido, os vícios da vontade do cedente, não na realização do contrato básico, mas na do contrato de cessão, quando a procedência da acção anulatória dependa da existência de certo estado psicológico da contraparte.

O cedente queixa-se de que foi dolosamente induzido em erro pelo cessionário, para lhe transmitir a sua posição contratual.

(1) PIEPER, *ob. cit.*, pág. 212: contra, com boas razões, MOTA PINTO, *ob. cit.*, n.º 73.

(2) Em sentido diferente do sustentado no texto, precisamente por considerar a anulação (tal como a resolução) inoponível aos adquirentes de boa fé em termos diferentes dos que vigoram no direito português, CICALA, *ob. cit.*, n.º 19, págs. 113 e segs.

Bastará essa conduta dolosa do cessionário, para que a anulação possa ser arguida também perante o cedido?

Para precisar os termos exactos da questão, importa insistir de novo na observação de que não estão em causa, nestas hipóteses, vicissitudes da *relação contratual* nascida da cessão, mas *vícios* na preparação ou realização do contrato de cessão.

Seja qual for a natureza (bilateral ou trilateral) que teoricamente se queira atribuir ao contrato de cessão, certo é que o cessionário não pode recusar-se a cumprir as obrigações assumidas perante o cedido, nem muito menos resolver o contrato básico, alegando que o cedente não cumpriu até então as obrigações que assumiu no contrato de cessão ou faltou definitivamente ao seu cumprimento, a menos que, ao consentir na cessão, o cedido tenha anuído à possibilidade de invocação desses meios de defesa.

É a solução mais razoável (na medida em que há uma parte do contrato de cessão a que o cedido é, em princípio, estranho) e a que, naturalmente, parece avalizada pelo disposto no artigo 427.º. Se o cedido, em princípio, só pode opor ao cessionário os meios de defesa provenientes da relação contratual básica, também é justo e equitativo que o cessionário só possa invocar contra ele os meios de defesa fundados nessa relação, e não também os derivados da relação contratual de cessão.

Quer isto dizer, por conseguinte, que o cessionário do contrato de fornecimento não pode recusar-se a pagar os fornecimentos efectuados pelo cedido, nem a receber a mercadoria a que tem direito sem incorrer em mora (*credendi*), com o fundamento de que a firma cedente ainda não cumpriu certa obrigação a que ficou adstrita nos termos do contrato de cessão ou faltou definitivamente ao seu cumprimento, a menos que o cedido, ao consentir na transmissão, tenha admitido a oponibilidade de tais meios de defesa.

O problema que importa examinar, pelas dúvidas especiais que levanta no espirito do intérprete da lei, é o de saber em que termos procedem, contra o cedido, as causas de *invalidade* do pró-

prio contrato de cessão, radicadas na pessoa do cedente. A questão não suscita dificuldades, quer quanto às causas de nulidade, quer quanto aos casos de anulabilidade, em que a lei apenas atenda à situação psicológica do *declarante*, à sua personalidade ou a pressupostos de carácter puramente objectivo.

Pertencem a esse grupo de casos a hipótese da incapacidade (não accidental), da coacção ou da falta de consciência da declaração (art. 246.º): aí, verificado no declarante o condicionalismo de que depende a relevância do caso, a anulação procede, quer em face do cessionário, quer perante o cedido.

Onde surgem dificuldades sérias é na disciplina dos casos em que a relevância da causa de invalidade (como sucede no erro, no dolo, na reserva mental ou na incapacidade accidental) está subordinada à verificação de certos estados subjectivos na pessoa do *declaratário*.

As divergências entre os autores quanto a esse ponto nascem logo do facto de ser muito controvertida na doutrina a definição, como *bilateral* ou *trilateral*, do contrato de cessão (1).

Todavia, só por manifesto conceitualismo lógico-formal se poderá partir duma concepção *apriorística* sobre a natureza ou a estrutura do contrato de cessão (ainda que apoiada em elementos directamente colhidos nos textos legais) para solucionar questões de fundo não contempladas especificadamente na lei, como esta da oponibilidade dos vícios da vontade do cedente, no contrato de cessão, ao contraente cedido. E tão conceitualista é, nesse aspecto, a tese dos que consideram a anulação do contrato de cessão, requerida pelo cedente, como oponível ao cedido, logo que o seja ao

(1) CICALA (*ob. cit.*, pág. 17 e 18, notas 53 e 54) dá uma ampla notícia da questão e refere alguma literatura jurídica sobre a matéria. Na doutrina alemã, tanto ESSER (§ 56, IV, 2, pág. 424) como PIEPER (*ob. cit.*, pág. 194 e segs.: cfr., porém, pág. 201, quanto ao caso de haver consentimento prévio do cedido) entendem que o contrato de cessão da posição contratual é, em princípio, um contrato *trilateral*. LARENZ (§ 35, III, é, por seu turno, de parecer que a cessão tanto pode ser um contrato *trilateral*, como um contrato bilateral dependente do assentimento do contraente cedido.

cessionário, com o simples argumento de que a cessão é um negócio *bilateral*, como a doutrina dos que pretendem estender à pessoa do *cedido* a exigência dos pressupostos subjectivos de relevância fixados na lei para o declaratório, com a consideração de que, sendo a cessão um negócio *trilateral*, o *cedido* não pode deixar de beneficiar da mesma tutela que a lei concede ao declaratório nos negócios bilaterais ou unilaterais receptícios.

Afastado à partida qualquer desses critérios, eivados de pura lógica conceitual, o problema só pode ser convenientemente esclarecido e solucionado à luz de duas *coordenadas substanciais*.

Há que atender, por um lado, à posição peculiar do contraente *cedido* na economia do contrato de cessão. Ele será, sem dúvida, um dos participantes no contrato, visto este só poder considerar-se consumado com a prestação do seu consentimento ⁽¹⁾. Mas não deve ignorar-se, nem pode subestimar-se, a diferente colaboração que ele, dum lado, o cedente e o cessionário do outro, prestam à formação do contrato.

O cedente e o cessionário é que discutem e acertam entre si o processo de composição de interesses próprio da cessão, traduzido na permuta da posição contratual com a respectiva contraprestação, nos casos, de longe mais frequentes, em que a transmissão se faz a título oneroso. O *cedido*, mesmo que tenha conhecimento (acidental ou não) dessa composição, é apenas chamado a *autorizar* ou *ratificar* uma parte dela (se previamente não tiver dado o seu consentimento em branco) — a parte da transacção que consiste na transferência para o terceiro da posição jurídica assumida pelo cedente na relação contratual básica.

O *cedido não dialoga*, ou não tem normalmente que *dialogar*, com o cedente e o cessionário acerca do arranjo de interesses envolvente da transmissão que ele se limita a autorizar ⁽²⁾.

(1) DIEZ-PICAZO, n.º 1011 e 1012, págs. 830 e segs.

(2) BARBERO (II, n.º 717, pág. 226) parece ter já uma certa intuição do papel específico da intervenção do *cedido* na montagem da cessão, ao considerar essa

Por outro lado, há que ter em linha de conta a razão de ser de cada um dos pressupostos subjectivos exigidos por lei, relativamente ao declaratório, para a procedência de certos vícios da vontade do declarante. Importa averiguar, a propósito de cada um desses requisitos, se a exigência da lei tem real cabimento quanto ao contraente cedido, atenta a intervenção *especial* que ele tem na formação do contrato de cessão.

É fácil e conveniente exemplificar, para melhor compreensão da doutrina exposta.

A reserva mental, por exemplo, prevista e regulada no artigo 244.º, só procede, como causa de invalidade da declaração, *se for conhecida do declaratório*. O pressuposto subjectivo de que depende a procedência da reserva destina-se a tutelar as expectativas da contraparte, que não chegou a aperceber-se (com ou sem culpa) da contradição existente entre a declaração e a vontade real do declarante. Tanto pela sua finalidade, como pelo seu processamento, este requisito tem perfeito cabimento quanto ao contraente cedido, no caso da cessão da posição contratual, quer a reserva mental exista apenas no ânimo do cedente ou do cessionário, quer exista simultaneamente em ambos eles, quer se traduza mesmo num acordo simulatório em que o cedido não participou.

Quanto ao erro na declaração ou na transmissão da declaração e quanto ao erro-motivo sobre a pessoa ou o objecto do negócio, a sua força anulatória depende, além do mais, do facto de o declaratório conhecer ou não dever ignorar a *essencialidade*, para a vontade do declarante, *do elemento sobre o qual o erro incidiu*.

Trata-se agora de um requisito que já não visa, como no caso precedente da reserva mental, garantir a validade do negócio a quem, compreensivelmente, nela fundou as suas expectativas, mas

intervenção como requisito de eficácia (*condicio iuris*) do contrato entre o cedente e o cessionário. No mesmo sentido, aliás, LEHMANN (ENNECERUS-LEHMANN, § 87, II, 2)) e todos os autores alemães que tendem a considerar a manifestação do consentimento do cedido como uma espécie de *ratificação* (a *Zustimmung* de que falam os §§ 182 e segs. do Cód. alemão), embora esta não seja porventura a melhor doutrina.

limitar apenas os casos de anulação baseada no erro, circunscrevendo-a às situações em que, mercê do condicionalismo de facto descrito na lei, a protecção da vontade do declarante, isenta de erro, se afigura mais justificável do ponto de vista da própria contraparte. É, no entanto, um requisito que, logo pela sua natureza (percepção da influência que certo elemento da declaração exerceu no ânimo do declarante), só tem verdadeiro cabimento relativamente a quem participou na composição de interesses subjacente ao negócio, dialogando sobre esse ponto com o declarante, e não em relação a quem, como o contraente-cedido, apenas é chamado a autorizar a transmissão da posição contratual.

Raciocínio análogo comporta o caso do dolo.

Do preceituado no artigo 254.º depreende-se que o dolo só determina a anulabilidade do negócio quando provier da actuação de declaratário, ou quando este tiver ou dever ter conhecimento dele, sendo o erro do declarante provocado ou dissimulado por terceiro.

Em princípio, o conhecimento do dolo sofrido pelo cedente, ou o dever de o conhecer, usando da diligência requerida, também só tem cabimento em relação ao cessionário, pela franca participação que ele tem — ao contrário do contraente cedido — na preparação do contrato de cessão.

Se, porém, tiver sido o contraente cedido quem induziu o cedente em erro, já na celebração do contrato básico, e esse erro se tiver comunicado, sem culpa dele, ao cessionário, já não repugna, aceitar a possibilidade de o cessionário invocar o dolo do cedido, apesar de a actuação dolosa não ter sido exercida sobre o declarante pelo seu verdadeiro declaratário nesse ponto ⁽¹⁾.

Se estiverem certas, as soluções expostas corroboram decisivamente a tese de que o problema das condições de procedência, perante o contraente cedido, das várias causas de invalidade do

(1) ANJUNES VARELA, *art. cit.*, Bol., XLVI, pág. 212.

contrato de cessão tem sempre de ser apreciado, não à luz de puras considerações de carácter conceitual, mas em função do condicionamento substancial próprio de cada uma delas.

433. *Natureza jurídica da cessão: teoria atomista (Zerlegungstheorie) e teoria unitária (Einheitstheorie.)* Na prática não há, em direitas contas, contratos de cessão duma posição contratual, tendo por exclusivo objecto a transmissão de todos os direitos e deveres compreendidos nessa posição. O que há, na realidade, são compras e vendas, doações, dações em cumprimento, etc. da posição jurídica adquirida por certa pessoa, mediante a celebração de determinado contrato.

Regulando directamente, como figura típica ou nominada, a cessão da posição contratual, dentro da secção que trata dos contratos em geral, a lei efectuou, de caso pensado, um corte longitudinal nessas espécies *reais* para, de acordo com os seus critérios sistemáticos, regular os aspectos específicos de semelhantes operações, não abrangidos no figurino geral dos negócios causais em que elas se integram.

A parte das espécies *reais* ou *concretas*, que transcende o esquema descarnado da transmissão da posição contratual, está de algum modo concentrada na norma *remissiva* do artigo 425.º, cujo conteúdo é formulado em branco.

Tomando, porém, o negócio da cessão isoladamente considerado, os autores discutiram durante muito tempo a natureza jurídica do objecto mediato da transmissão (1).

(1) Sobre as várias doutrinas relativas à natureza jurídica da chamada cessão do contrato (novação; renovação do contrato; misto de cessão de créditos e assunção de dívida: cessão unitária), veja-se GALVÃO TELLES, *est. cit.*, n.º 2 e segs. A ideia de que a cessão se traduziria na *renovação, entre o cessionário e o cedido*, do contrato que este anteriormente efectuara com o cedente (sustentada, na Itália, por NICOLÒ e CARRESI) afasta-se manifestamente do fenómeno sucessório retratado na disciplina do instituto (cf., além do mais, o disposto no art. 426.º, 1); PIRES DE LIMA e A. VARELA, *ob. cit.*, anot. ao art. 424.º; DIEZ-PICAZO, n.º 1011, pág. 830. Por isso mesmo, e não obstante

Enquanto as diferentes legislações apenas conheceram, no capítulo das modificações subjectivas da relação obrigacional operadas por negócio entre vivos, as figuras da cessão de créditos, da sub-rogação e da assunção de dívida, a doutrina tendia no geral a decompor a cessão da posição contratual numa cessão de créditos e numa assunção liberatória de dívidas (1).

À medida, porém, que o exame analítico das relações de crédito (tanto das relações simples, como principalmente das relações complexas) se encarregou de revelar a multiplicidade dos fenómenos de transmissão que envolve o contrato de cessão, mais se radicou no comum dos autores a tendência para sobreporem à *decomposição analítica* do objecto do negócio a visão *global e unitária* do conteúdo da transmissão (2).

Os Códigos civis italiano (arts. 1046 e segs.) e português (arts. 424.º e segs.) (3), aditando à cessão e sub-rogação de créditos e à assunção de dívida, no elenco das modificações subjectivas da relação obrigacional, a figura típica da cessão da posição contratual, ajudaram decisivamente a consolidar na respectiva literatura jurídica a concepção *unitária*, que já vinha fazendo carreira entre os autores.

E essa é, de facto, a concepção retratada na expressão legal (*posição contratual*), a que melhor reflecte a disciplina do instituto (na medida em que para o cessionário se transmite uma série de pode-

o prestígio científico de NICOLÒ, a teoria da *renovatio contractus* não teve o menor successo na doutrina italiana: CICALA, *ob. cit.*, pág. 13 e segs. Veja-se ainda, acerca das diferenças entre a *assunção do contrato* e a celebração do novo contrato, PIEPER, *ob. cit.*, pág. 126 e segs.

(1) DIEGO ESPIN, III, pág. 267; PIEPER, *ob. cit.*, pág. 31 e segs.

(2) A concepção *monista* ou *unitária* do objecto da transmissão, sustentada primeiramente por SIBER (*Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit*, no J.J., 70 (1920), pág. 294 e segs.), tem hoje a maior aceitação na literatura jurídica nacional e estrangeira sobre a matéria. Vide BARBERO, II, n.º 717; GARCIA AMIGO, *ob. cit.*, pág. 294; MOTA PINTO, *ob. cit.*, pág. 191 e segs.; PIEPER, *ob. cit.*, pág. 52 e segs.

(3) DIEGO ESPIN (III, pág. 263) faz já referência à posição inovadora assumida pelo Código português, aliás na esteira do precedente aberto pelo Código italiano.

res, deveres, ónus e estados de sujeição, que transcendem a pura soma aritmética dos efeitos da cessão de créditos e da assunção de dívida) ⁽¹⁾ e ainda a que melhor se ajusta ao próprio intento das partes. A intenção normal destas é, realmente, a de efectuarem uma transmissão global de direitos e obrigações e não a de cindirem a operação em parcelas, consoante o seu sinal positivo ou negativo no património do cedente ⁽²⁾.

(1) No sentido de que a cessão de créditos (presentes e futuros) e a assunção de dívidas não bastariam, mesmo em conjunto ou ligadas sinalagmaticamente, para darem uma imagem completa da cessão da posição contratual, por não abrangerem os direitos potestativos, as expectativas, os ónus, os estados de sujeição inerentes à qualidade de *contraente* e transcendendo a esfera do direito de crédito ou da obrigação isoladamente considerada (caso típico do direito de denúncia numa relação duradoura), vide LARENZ, § 35, III; SIBER, *est. cit.*, pág. 227 e segs.; PIEPER, *ob. cit.*, pág. 168 e segs.; MOTA PINTO, *ob. cit.*, pág. 387 e segs.

(2) «A decomposição do fenómeno numa série de negócios, escreve DIEZ-PICAZO (n.º 1011, pág. 830), não se harmoniza com a vontade empírica das partes, com o carácter unitário das suas declarações e com a finalidade unitária que tratam de obter com toda a operação».

Em sentido diferente, CICALA, *ob. cit.*, pág. 26 e segs., 128 e 234 e segs.