

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

MARCIO ASBAHR MIGLIOLI

Cessão da posição contratual

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

MARCIO ASBAHR MIGLIOLI

Cessão da posição contratual

DISSERTAÇÃO APRESENTADA À BANCA
EXAMINADORA DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE
CATÓLICA DE SÃO PAULO COMO EXIGÊNCIA
PARCIAL PARA OBTENÇÃO DE TÍTULO DE
MESTRE EM DIREITO CIVIL, SOB
ORIENTAÇÃO DA PROFESSORA DOUTORA
CLÁUDIA ELISABETE SCHWERZ CAHALI.

SÃO PAULO

2014

Banca Examinadora

RESUMO

O presente trabalho visa o estudo do instituto da cessão da posição contratual conceituando-o e analisando seus efeitos em relação às partes nele envolvidas. Para que o leitor tenha uma melhor compreensão do tema, será feita uma breve abordagem sobre princípios contratuais. Diversas teorias a respeito do tema foram encontradas e serão analisadas e diferenciadas, bem como será esclarecido qual delas é hoje a mais aceita pelos aplicadores do direito. Serão abordados os requisitos da cessão da posição contratual e analisada a natureza jurídica do instituto para que possamos diferenciá-lo dos demais institutos que a ele se aproximam. Serão abordadas as três figuras envolvidas na cessão da posição contratual, bem como os efeitos da cessão nas relações jurídicas entre elas. Como há discussão quanto a nomenclatura do tema ora estudado, será discutido sobre os dois mais usuais, cessão de posição contratual e cessão de contrato, analisando qual seria o mais tecnicamente correto. As conclusões a respeito do tema, como qualquer assunto em Direito, são relativas e têm apenas a pretensão de demonstrar a linha adotada nesse trabalho, sem que se desprezasse a importância dos argumentos adotados pelas posições contrárias, fundamentais para a elaboração crítica desta monografia.

Palavras-chave: Direito Civil. Cessão. Contrato. Relação Jurídica Obrigacional.

ABSTRACT

The present work aims to study the institute of the assignment of the contract from the conceptualizing and analyzing their effects in relation to the parties to it. To the reader has a better understanding of the topic, a brief approach to contractual principles will be taken. Several theories on the subject were found and will be analyzed and differentiated as well as will be made clear which one is currently the most accepted by the executors of law. The requirements of the assignment of contractual position will be addressed and analyzed the legal nature of the institute so we can differentiate it from the other institutes that are close to it. Will address the three figures involved in the assignment of contractual position as well as the effects of the transfer on the legal relations between them. As there is discussion regarding the nomenclature of the subject studied herein, will be discussed on the two most common, assignment of contractual position and assignment of contract, analyzing what would be the technically correct. The conclusions on the subject, as any subject in law, are relative and have only the pretense of showing the line taken in this work, without which disregard the importance of the arguments adopted by the contrary, fundamental positions for critical elaboration of this monograph.

Keywords: Civil Law. Civil Law. Assignment. Contract. Obligation Legal Relationship.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	8
1	PRINCÍPIOS CONTRATUAIS	11
1.1	AUTONOMIA PRIVADA	19
1.2	RELATIVIDADE DOS EFEITOS DOS CONTRATOS	27
1.3	PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA	30
1.4	EQUILÍBRIO ECONÔMICO	40
1.5	FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	47
1.6	FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS	57
2	CONCEITO E TEORIAS EXPLICATIVAS DA CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL	59
3	TERMINOLOGIA	70
4	REQUISITOS GENÉRICOS	73
5	REQUISITOS ESPECÍFICOS DO CONSENTIMENTO	74
6	REQUISITOS ESPECÍFICOS DO OBJETO	79
7	REQUISITOS ESPECÍFICOS DA FORMA	89
8	FORMA DA CESSÃO E RELAÇÃO ENTRE AS PARTES	93
9	EFEITOS DA CESSÃO NO QUE SE REFERE À RELAÇÃO ENTRE CEDENTE E CEDIDO	94
10	EFEITOS DA CESSÃO NO QUE SE REFERE À RELAÇÃO ENTRE	98

CEDENTE E CESSIONÁRIO

11	EFEITOS DA RELAÇÃO NO QUE SE REFERE À RELAÇÃO ENTRE CEDIDO E CESSIONÁRIO	101
12	CESSÃO IMPRÓPRIA	101
13	CESSÃO DE CRÉDITO	106
14	ASSUNÇÃO DE DÍVIDA	108
15	SUBCONTRATO	110
16	CONTRATO A PESSOA A DECLARAR	111
	CONCLUSÃO	116
	BIBLIOGRAFIA	123

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa delinear o instituto da cessão da posição contratual, apontando a sua aplicação no sistema jurídico brasileiro.

Cada vez mais há circulação de riquezas. A globalização, o avanço da tecnologia, o desenvolvimento da economia, o conhecimento de novas culturas, são fatores que propiciam e aceleram essa circulação.

Essas circulações de riquezas podem ser obtidas mediante a transferência do conteúdo obrigacional. Entretanto, a cessão da posição contratual é uma dessas transferências que chama especial atenção.

Isso porque, muito embora tal instituto não esteja presente em nosso ordenamento jurídico, mas tão-somente a cessão de crédito e a assunção de dívida, em razão da consagração do princípio da autonomia privada e do posicionamento da jurisprudência, ele não é somente viável como de fato é recepcionado por nossa sociedade.

Justamente por esse motivo de não estar positivado em nosso ordenamento jurídico que traz a riqueza de seu estudo, discutindo a natureza jurídica do negócio da cessão da posição contratual, que vai além da simples soma da transmissão de créditos e débitos.

A cessão da posição contratual tem como objetivo a transferência de uma das partes de um contrato, designado como cedente, que será substituído por um terceiro, o cessionário, permanecendo na relação o cedido.

O trabalho é dividido em duas grandes partes, sendo a primeira uma breve abordagem nos princípios contratuais, com a finalidade de auxiliar o leitor a uma melhor compreensão do tema estudado, e a segunda adentra no tema da cessão da posição contratual propriamente dita.

A segunda parte do trabalho inicia com a conceituação do instituto ora estudado e expõe as suas diversas teorias, com a finalidade de se averiguar qual delas é a mais aceita e por qual motivo.

Umas das partes fundamentais para o entendimento do presente trabalho, refere-se à terminologia do tema estudado. Há diversas nomenclaturas utilizadas na doutrina que pode confundir o leitor.

As duas terminologias mais encontradas são a cessão da posição contratual e a cessão de contrato. Salienta-se que se tratam de coisas distintas. A expressão “cessão de contrato” confunde objeto do contrato com seus efeitos, uma vez que indica que a cessão é a do próprio contrato objeto da negociação e, não, a substituição de uma das partes da relação do contrato original.

Se entendermos que haverá a cessão do contrato, sendo o objeto o próprio contrato original, o cedente permanecerá, obrigatoriamente, no contrato, por ser parte integrante dele. Entretanto, como veremos, na maioria das vezes, o cedente é liberado da relação originária.

O que efetivamente se transfere é a posição contratual, substituindo uma das partes originárias do contrato por outra – terceiro estranho a essa relação, que assumirá os direitos e as obrigações assumidas pelo cessionário perante o cedido.

Vale antecipar que tecnicamente, o mais correto seria chamar a figura ora em estudo de “cessão da posição contratual”. Porém, em razão de ser comum o uso da expressão “cessão de contrato”, utilizaremos as duas expressões indistintamente.

Por restarem envolvidas na cessão da posição contratual três figuras distintas, o cedente, o cessionário e o cedido, trataremos dos efeitos nas relações jurídicas entre todas elas, ou seja, entre cedente e cedido, entre cedente e cessionário e entre cedido e cessionário.

Será dada ênfase à relação entre cedido e cessionário, mais precisamente em relação à natureza do aceite do cedido, pois, em nosso entendimento, trata-se de requisitos de validade da cessão da posição contratual.

E por fim, em razão de haver em nosso ordenamento jurídico alguns institutos que se assemelham ou parecem se assemelhar com o tema estudado, interessante fazer uma abordagem com a finalidade de distinguir alguns desses institutos com a cessão da posição contratual.

1 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Antes de adentrarmos propriamente na questão atinente aos princípios contratuais, bem como na questão da cessão de posição contratual, mister se faz discorrer, ainda que brevemente, sobre a noção de princípio, pois sem dúvida será de grande valia para a compreensão tanto dos mencionados princípios contratuais quanto para a matéria tema do presente trabalho.

Ressalta-se que o intuito aqui não é o de esgotar o tema, nem mesmo delinear todos os contornos gerais dos princípios, mas tão somente desenvolver um breve apontamento sobre a noção de princípio e dos principais princípios contratuais, para dar maior riqueza e compreensão ao trabalho.

Os princípios são fruto da materialização de valores migrados da filosofia para o mundo jurídico, valores esses compartilhados por toda uma comunidade, em um dado momento em lugar.¹

Para Robert Alexy, a colisão entre princípios e a colisão entre valores somente se diferenciam pela natureza de solução, pois na primeira define-se o que seria devido, enquanto na segunda define-se o que seria melhor. Uma norma tem caráter deontológico, pois diz o que é devido, esclarecendo o ordenado, o proibido ou o permitido. Quando se discute a questão do bom e do mau, do melhor e do pior, estamos diante de um caráter axiológico. Diante dessa explicação, conclui o autor que “princípios y valores son lo mismo, uma vez con ropaje deontológico y outra con ropaje axiológico”²

¹ BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Renovar, v. 225, jul./set. 2001. p. 24.

² Em tradução livre “Portanto, princípios e valores são a mesma coisa, ora com a roupagem deontológica, ora com a roupagem axiológica” ALEXY, Robert. *El concepto y validez del derecho*. Gedisa: Barcelona, 1994. p. 164.

Princípios seriam normas, por justamente ter um conteúdo deontológico, e na sua inobservância, o infrator sofreria uma sanção.³

Muito embora princípio e regras sejam consideradas normas, há uma diferença entre eles quanto à abstração de seu objeto. O primeiro tem um conteúdo mais genérico e abstrato e amolda-se a uma variedade maior de situações concretas, enquanto as regras, amolda-se a uma variedade mais restrita de situações concretas, por ter seu conteúdo mais específico e objetivo.⁴

Além do grau de abstração e generalidade, existe uma outra diferença entre ambos. Na hipótese de haver conflito entre duas regras, uma será válida e a outra inválida, estamos diante do tudo ou nada. Enquanto se houver conflito entre princípios, um deverá ser aplicado em detrimento do outro a um determinado caso concreto, não se falando em invalidade ou exclusão de um desses princípio do ordenamento jurídico. O aplicador da norma tem que usar de ponderação a fim de sopesar qual seria o melhor princípio para ser aplicado caso concreto.⁵

Para Arruda Alvim, entretanto, para entendermos princípios, devemos ponderar a ideia de unidade do ordenamento jurídico, formado por leis, constitutivas de um sistema, justamente porque inseridas nesse

³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria de norma tributária*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1981. pp. 35/45

⁴ “A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento”. BARROSO, Luis Roberto. op. cit., 2001. p. 25.

⁵ “Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação”. Idem, p. 26.

sistema. Seria “*incompreensível um sistema sem unidade*”⁶. Esse sistema é informado por seus princípios, sem os quais torna-se difícil ou inseguro resolver os problemas⁷.

Complementa o mesmo autor que “os princípios exercem uma função de orientar ou amarrar a ordem jurídica, integrando-a, virtualidades essas que auxiliam o entendimento do interprete e manifestam a unidade do sistema jurídico”. Os princípios situam-se dentro do sistema jurídico ou podem até estar localizados em textos legais, por essa razão que não podemos vislumbrar um princípio destacado ou separado do sistema jurídico estudado, se pretender que esse, a tal sistema diga respeito.⁸

Os princípios gerais imprimem as linhas dominantes de um sistema. São ideias fundamentais e informadoras da organização jurídica que constituem a pedra angular de tal organização em sua totalidade, porque sobre elas se sustenta e vive o sistema jurídico.⁹

Na visão de Renan Lotufo, princípios são ideias matrizes e motrizes do sistema, do ordenamento, tendo em vista serem seus pontos de partida e seus movimentos, originando e ensejando interpretação das normas.¹⁰

Esclarecida a noção de princípio, convém mencionarmos os princípios basilares do Código Civil de 2002, uma vez que se trata de um dos Códigos mais importantes de nosso ordenamento jurídico. Para Miguel Reale, relator do Projeto do Código, o Código Civil deve ser classificado como “*a constituição do homem comum*”.¹¹

⁶ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Princípios Gerais do Direito das Coisas: Tentativa de Sistematização in ALVIM E CAMBLER, Angélica Arruda e Everaldo Augusto (coord.) *Atualidades do Direito Civil*. São Paulo. Juruá Editora, 2006. p. 171.

⁷ Idem ibidem.

⁸ Idem, p. 172

⁹ FLÓREZ-VALDES, Joaquim Arce. *Los Principios Generales del Derecho y su Formación Constitucional*. Madri: Ed. Cuardenos Civitas, 1990. p. 99-100.

¹⁰ LOTUFO, Renan. Teoria Geral dos Contratos in LOTUFO, Renan e NANNI, Giovanni Ettore, (coord.) *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p.9.

¹¹ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. Coordenação Miguel Reale e Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 11.

O mesmo autor justifica a enorme importância do mencionado Código, bem como a qualificação dada, em razão de dispor sobre os direitos e deveres do homem antes mesmo de seu nascimento e até depois de sua morte.¹²

Para realizar o trabalho de que foi incumbido, Miguel Reale houve por bem alicerçar o novo Código Civil em três princípios fundamentais: eticidade, socialidade e operabilidade.

Com relação ao princípio da eticidade, o relator do Projeto de Código Civil entendeu que haveria necessidade de aumentar a participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, nem que para isso tivesse que afastar o formalismo jurídico reinante no Código de 1916, influenciado pelo Direito tradicional português e pela escola germânica dos Pandectistas. Recorreu, assim, ao suporte de *normas genéricas* ou *cláusulas gerais*, sem se preocupar exageradamente com rigor conceitual, possibilitando a criação de modelos hermenêuticos pelos operadores do direito. Com isso, pretendeu alcançar uma contínua atualização dos preceitos legais. Podemos citar, como exemplo, os artigos 113, 187 e 422 do Código Civil de 2002.¹³

Muito embora Miguel Reale fundamente a necessidade de se utilizar da técnica legislativa das cláusulas gerais para majorar os valores éticos, podemos apontar algumas outras razões para utilização dessa técnica, sendo elas: a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado.¹⁴

Tal técnica afetou sobremaneira o modo de atuação e as funções do judiciário, principalmente, pelo desapego às teorias positivistas do direito e pelo abandono do rigorismo de um ordenamento

¹² Idem Ibidem.

¹³ Idem, Op. cit., p. 37-38.

¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 286.

jurídico hermético, sem lacunas e de estrutura piramidal, que se valia da subsunção lógica de forma mecânica.

Ressalta-se que as cláusulas gerais, segundo Engisch, devem ser entendidas como uma “formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”.¹⁵ Para o mencionado autor a cláusula geral seria um “conceito multissignificativo”, e a melhor maneira de compreendê-la seria analisá-la em contraposição à técnica legislativa casuística, mediante a elaboração casuística da hipótese legal da norma

Deste modo, por cláusula geral compreende-se pela estipulação da hipótese legal marcada por uma grande generalidade, de modo a abranger todo um domínio de casos que passa, assim, a ser submetido a um regime jurídico.¹⁶ E é assim, na medida em que “graças à sua generalidade”¹⁷, afirma o autor, “as cláusulas gerais tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica”.¹⁸

As cláusulas gerais fogem da tradicional casuística de hipótese legal e consequência jurídica. Há uma intenção dos legisladores, exigindo uma ativa participação do juiz para aplicação da norma, em desenhar a cláusula geral como uma vaga moldura, permitindo a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado.¹⁹ A técnica da casuística tendencialmente enrijece os códigos civis e os conduz ao envelhecimento precoce, às cláusulas gerais, por outro lado, “é assinalada a vantagem da mobilidade proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* que contém”²⁰, de sorte que “o risco do imobilismo é afastado por esta técnica porque aqui é utilizado

¹⁵ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 229.

¹⁶ Idem, p. 233.

¹⁷ Idem Ibidem.

¹⁸ Idem Ibidem.

¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., 1999, p. 286.

²⁰ Idem, p. 298.

em grau mínimo o princípio da tipicidade”²¹. Consequentemente o juiz goza de maior esfera de criatividade na determinação da hipótese da norma e da estatuição jurídico-normativo que se deve deflagrar, caso a norma seja vigente e seu pressuposto se verifique.

A utilização das cláusulas gerais²² dá margem ao desenvolvimento de caráter qualitativo e quantitativo do papel criativo do juiz, que deve ser cada vez mais maduro e responsável pelas suas funções. Com isso, há uma exigência da progressiva construção jurisprudencial das respostas aos problemas concretos.

Como as cláusulas gerais tratam-se de dispositivo normativo composto por um enunciado de linguagem intencionalmente aberta, fluida ou vaga dotada, assim, de um campo semântico amplo, confere ao juiz um mandato, de modo que, diante dos casos concretos, atue de forma criativa e complementar para desenvolver normas jurídicas, por meio do reenvio para elementos fora do sistema. Estes elementos, entretanto, na medida em que constituem a *ratio decidendi*, serão, com a reiteração no tempo dos fundamentos decisórios, ressystematizados no interior do ordenamento e perderão, logo assim, o caráter da extra sistematicidade.²³

Nota-se que houve alteração da função judicante após a utilização dessa técnica legislativa, permitindo ao juiz adaptar as regras jurídicas às novas realidades sociais, porém com responsabilidade e bom senso.

²¹ Idem Ibidem.

²² Nas palavras de Luis Roberto Barroso: “As denominadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa-fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação” BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007, p. 138.

²³ Idem, p. 303.

Diante da nova realidade do Brasil, Miguel Reale quis afastar o caráter individualista do Código Civil de 1916, e deu ênfase ao predomínio social sobre o individual. Os artigos 421, 422, 1.238 e 1.239, do Código Civil de 2002, além de trazerem a ética em seu bojo contemplam o imperativo da socialidade.²⁴

Diferentemente do Código Civil antigo, o novo Código Civil deu ênfase à operabilidade, objetivando estabelecer soluções normativas a fim de facilitar a interpretação e aplicação do operador do direito. Dúvidas persistentes na aplicação do Código Civil de 1916 foram eliminadas, e podemos citar como exemplo disso a clara distinção entre prescrição e decadência feita no novo Código. Além disso, afastou sinônimas que podiam causar dúvidas, por exemplo, a distinção entre associação e sociedade, tratando-se a primeira de entidade sem fins econômicos e a segunda, com fins econômicos.²⁵

O mencionado princípio está diretamente relacionado à aplicação da norma jurídica ao caso concreto, e, na hipótese do operador do direito sentir dificuldade nessa aplicação, deve optar pela interpretação que resulte na solução que melhor e mais efetivamente aplique o direito para aquele caso. Conforme explica Miguel Reale:

Toda vez que tivemos de examinar uma norma jurídica, e havia divergência de caráter teórico sobre a natureza dessa norma ou sobre a convivência de ser enunciada de uma norma ou de outra, pensamos no ensinamento de Jhering, que diz que é da essência do Direito a sua realizabilidade: o Direito é feito para ser executado; Direito que não se executa – já dizia Jhering na sua imaginação criadora – é como chama que não aquece, luz

²⁴ Idem, p. 38-40.

²⁵ Idem, p. 40-42.

que não ilumina. O Direito é feito para ser realizado; é para ser operado.²⁶

Vistos os três princípios que alicerçam o novo Código Civil, na explicação do relator do mencionado Projeto, passemos a explorar os princípios gerais da relação contratual. Para tanto nos socorremos das lições de Orlando Gomes,²⁷ afirmando que a relação contratual encontra-se erguida por quatro princípios gerais, sendo eles: (i) autonomia da vontade; (ii) consensualismo; (iii) força obrigatória, e; (iv) boa-fé. Para esse autor, esses são os princípios tradicionais do contrato, exceto pelo último que, em que pese tenha estado presente no Código Comercial de 1850, assumiu sentido e efeito completamente novos nas doutrinas contemporâneas, desempenhando um papel de destaque no atual Código Civil.

O pensamento jurídico também acompanhou essa evolução e alterou a concepção de contrato, diante das inúmeras modificações ocorridas no mundo, bem como na economia, pois ocorreu uma migração de direção para uma concepção social do contrato – modelo contemporâneo que se contrapõe ao modelo liberal clássico de contrato. Diante dessa modificação houve interferência direta na renovação da teoria contratual, inclusive em relação aos princípios contratuais.²⁸ Por essa razão, Teresa Negreiros menciona, além dos princípios tradicionais – que para essa autora seriam o da autonomia privada, da obrigatoriedade e da relatividade –, a existência de “novos princípios do contrato”,²⁹ sendo eles: boa-fé, equilíbrio econômico e função social.

O formalismo do direito contratual clássico seria incompatível com a nova concepção social do contrato, pois determinadas

²⁶ REALE, Miguel. *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. Saraiva: São Paulo, 1986. p. 10.

²⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizado por: Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009., p.25.

²⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 24.

²⁹ Idem, p. 29.

características das partes contratantes, antes inteiramente desconsideradas, ganham relevância jurídica.³⁰

Para uma melhor compreensão do trabalho, entendemos ser relevante analisar, ainda que superficialmente, os três princípios tradicionais dos contratos (autonomia privada, obrigatoriedade e relatividade), bem como os princípios da boa-fé, do equilíbrio econômico e a função social.

1.1 AUTONOMIA PRIVADA

Para tratar sobre o tema da autonomia privada não poderíamos deixar de tecer alguns comentários sobre o princípio da autonomia da vontade, que, nas palavras de Caio Mario, ao conceituar genericamente esse princípio, trata-se da “*faculdade que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos*”.³¹ No mesmo sentido, Godoy³² afirma que autonomia da vontade é o princípio da liberdade de contratar, o que contratar e de quem contratar.

Essa liberdade de contratar não podia ser mais vista de maneira absoluta, tendo em vista que nesse modelo liberal, que seguia à risca o brocado jurídico do *pacta sunt servanda* (o contrato faz lei entre as partes), em que prevalece a declaração de vontade feita pelas partes contratantes, acabava por sobressair a igualdade formal entre os contratantes. Havia, portanto, uma complementação recíproca entre a liberdade contratual e a igualdade formal das partes, resultando na

³⁰ Idem Ibidem.

³¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, p. 25.

³² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato, os novos princípios contratuais*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.13.

equação de que o contrato, por ser contrato, deveria ser considerado justo – *qui dit contratuel dit juste*.³³

Objetivando sanar tais desigualdades, a sociedade reivindicou ao Estado para que interviesse nas relações contratuais, a fim de que fossem levados em consideração novos valores, como o da dignidade da pessoa humana e do solidarismo, prestigiando não a igualdade formal, mas sim a igualdade substancial.³⁴

Em relação a esse aspecto, nunca é demais lembrar os ensinamentos de Padre Lacordaire no sentido de que, entre o forte e o fraco, é a liberdade que oprime e a lei que liberta.

Houve, portanto, uma mitigação da liberdade de contratar, com intervenção de regras públicas, a fim de assegurar uma atuação das partes contratantes, conferindo-lhes uma igualdade substancial. Com efeito, podemos citar como exemplo a hipótese de renovação compulsória do contrato de locação, bem como a prestação compulsória das obrigações monopolísticas. Diante de tal fato, houve o nascimento de um novo princípio do direito contratual, o princípio da autonomia privada decorrente da autonomia da vontade, que, como visto, consistia no poder dos contraentes em reger suas relações jurídicas, voltadas a satisfazer seus interesses.³⁵

Nessa senda, diante do novo panorama, o princípio da autonomia privada é o poder dos contratantes se autodeterminarem, disciplinando suas relações jurídicas, mas não de forma absoluta como ocorria na autonomia da vontade, devem ser respeitados os limites impostos no ordenamento jurídico.

³³ MELO, Diogo Leonardo Machado de. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo, in LOTUFO, Renan; NANNI, Gionanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 81.

³⁴ Idem, p. 17.

³⁵ Idem, p.13-15.

Pietro Perlingieri³⁶ esclarece que a autonomia privada “*não é mais a fonte exclusiva do contrato, no sentido de que este é a expressão não mais do autorregulamento, mas do regulamento que tem sua fonte, além do contrato, na lei, nos usos, na equidade*”.

Ressaltemos que, além das regulamentações jurídicas, existem outras limitações que incidem em relação à liberdade de autodeterminar-se. Muito embora as partes tenham a liberdade de se autodeterminarem, ainda que com certa limitação, essa liberdade é repudiada na hipótese de haver qualquer prejuízo a terceiros.

Esse entendimento já vinha consagrado nos ensinamentos de Pontes de Miranda quando ele afirmava que eram consideradas vinculadas as partes figurantes de um negócio bilateral ou plurilateral, devendo se investigar se teria havido, ou não, ofensa a interesses gerais ou a interesses de outrem.³⁷

É dever do Estado evitar eventual sobreposição de interesses individuais sobre os interesses da coletividade. Porém, isso não quer dizer eventual enfraquecimento dos interesses individuais, mas sim, que estes devam ser completados e ajustados. Nesse sentido, o Estado deverá se valer de corretivos sociais a fim de que tal sobreposição seja evitada.

Há, portanto, uma invasão por parte do Estado na liberdade de contratar das partes, a fim de afastar eventuais desigualdades criadas por elas ao prevalecer somente a declaração de vontade, sem limitação alguma. O Estado deixa de ser mero protetor de direitos, passando a ter também uma função positiva, com a promoção de objetivos determinados.³⁸

³⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, Trad. Maria Cristina di Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 141.

³⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 38, §4.193, p. 39.

³⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Op. cit., 2009, p. 6.

Para que o Estado pudesse cumprir com a sua função positiva, houve necessidade de dotar o juiz de meios e modos para alterar a disposição do contrato, contrariando assim completamente o pensamento do sistema do liberalismo, no qual prevalecia a declaração de vontade das partes, restando apenas ao Estado o papel de garantidor das regras da livre contratação e dos efeitos do não cumprimento do contratado, ou de sua anulação, em casos de vício – para corrigir situações de desigualdade, quer desde logo quando da contratação (lesão), quer no momento posterior (onerosidade excessiva).³⁹ Como exemplo de leis protetivas podemos citar a Consolidação das Leis do Trabalho, leis de locação e o Código do Consumidor.

Nos antecipando, convém mencionar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, visando a intervenção judicial no contrato celebrado, de maneira a fazer prevalecer a igualdade substancial em detrimento da igualdade formal entre as partes.

O Ministro relator Paulo de Tarso Sanseverino, quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.158.815/RJ⁴⁰, foi esclarecedor, após discorrer sobre os princípios da autonomia privada, função social, da boa-fé objetiva, ao afirmar sobre a intervenção do Estado no campo do Direito Privado “deve ser mínima, em respeito à vontade manifestada de forma efetivamente livre pelas partes”

Os pensamentos predominantes no século XIX primavam pela liberdade mais ampla possível, satisfazendo-se com a igualdade formal das partes, conforme constatado abaixo:

Por outro lado, liberdade contratual e igualdade formal dos contraentes apareciam como os pressupostos, não só da prossecução dos interesses particulares destes últimos, mas

³⁹ Idem Ibidem.

⁴⁰ REsp 1158815/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 17/02/2012.

também do interesse geral da sociedade. As teorias económicas então prevalentes - traduzidas no plano prático, na directiva do laissez-faire, laissez-passer - pretendiam, de facto, que o bem estar colectivo podia conseguir-se da melhor forma, não já com intervenções autoritárias do poder público, mas só deixando livre curso às iniciativas, aos interesses, aos egoísmos individuais dos particulares, que o mecanismo do mercado e da concorrência – a “mão invisível” de Adam Smith – teria automaticamente coordenado e orientado, para a utilização óptima dos recursos, para o máximo incremento da “riqueza da Nação”. E é claro que esta liberdade de iniciativa económica, considerada socialmente útil e necessária, traduz-se no plano jurídico precisamente na liberdade, entendida igualmente como conforme ao interesse social, de estipular contratos quando, como e com quem se queira. Na segunda metade do século passado um juiz inglês exprimia sugestivamente este pensamento: “Se há uma coisa – afirmou sir George Jessel na fundamentação de uma sentença de 1875 – que o interesse público (public policy) requer mais do que qualquer outra, é que homens adultos e conscientes tenham a máxima liberdade de contratar, e que os seus contratos tenham a tutela dos tribunais.”⁴¹

A lei da oferta e da procura, consubstanciada na liberdade contratual era a base para regulamentar o mercado, sendo que o brocado francês “*laissez faire, laissez aller, laissez passer*”, que significa literalmente deixar fazer, deixar ir, deixar passar trata-se da expressão-símbolo do liberalismo económico, prevalecendo as vontades assumidas entre as partes.

⁴¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Edições Almedina, 2009. p. 35-36.

Em razão disso, poderia haver uma desigualdade brutal entre as obrigações assumidas pelas partes. No entanto, isso era irrelevante, sobressaindo a declaração de vontade delas, com a assunção de livre compromisso.

Enzo Roppo lembra que a liberdade absoluta de contratar, muito embora, formalmente assegure a igualdade, substancialmente essa igualdade pode não ocorrer, e conseqüentemente poderia ocasionar gravíssimas desigualdades, como exposto pelo autor:

Como se disse, na ideologia agora em discussão, a liberdade de contratar assegura também a “justiça” de cada relação contratual, em virtude da igualdade jurídica entre os contraentes. Mas desta forma esquece-se que a igualdade jurídica é só igualdade de possibilidades abstractas, igualdade de posições formais, a que na realidade podem corresponder - e numa sociedade dividida em classes correspondem necessariamente - gravíssimas desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de força econômico-social entre contraentes que detêm riqueza e poder e contraentes que não dispõem senão da sua força de trabalho.⁴²

Visando evitar tais desigualdades substanciais, o Estado tomou o freio da situação, limitando a liberdade de contratar preponderantemente pelo interesse público. Identificando os interesses sociais para distingui-los dos interesses particulares.

⁴² Idem, p. 37.

Dito em outras palavras, o contrato deixa de ser somente a auto-regulamentação dos interesses das partes, a que subjacente determina operação econômica que tencionam encetar, fazendo-as dotadas de uma liberdade intocável, porque exercida em pé de igualdade formal de iniciativa. Sobressaem, em novo paradigma, valores impostos pela concepção do Estado Social, de privilégio à igualdade real, ao equilíbrio das partes, tidas em verdadeira posição de cooperação, corolário do solidarismo, em que sua autonomia da vontade se vê, na afirmação de Roppo, relançada em novas bases e para desempenho de um novo papel.⁴³

Notemos, portanto, que a vontade das partes não seria a única fonte da relação contratual. Há uma concorrência com valores e princípios, e ainda que as partes não disponham expressamente deles, estes são impostos pelo ordenamento jurídico.

Hodiernamente houve uma migração da autonomia da vontade para a autonomia privada, sendo que esta se expressa mediante negócio jurídico destinado aos indivíduos para manifestarem a sua vontade com o intuito de produzir efeitos jurídicos. Contudo, a autonomia privada se sujeita à limitação da ordem estatal, de onde se extrai a sua validade.⁴⁴ Em razão de o negócio jurídico ser o instrumento dessa autonomia, concretizado pela vontade das partes em uma sociedade, esse instrumento não deve ir de encontro à vida social da sociedade em que se encontra, pois é essa própria sociedade que dá fundamento à autonomia privada, admitindo o negócio jurídico.⁴⁵

⁴³ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Op. cit., 2009, p. 7.

⁴⁴ NANNI, Giovanni Ettore. Autonomia Privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei Federal n. 9.434/97 e da Constituição Federal. In LOTUFO, Renan (coord.). *Direito Civil Constitucional*, cadernos I. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 257/286 em especial p. 260.

⁴⁵ Idem Ibidem.

Não poderíamos deixar de mencionar a excelente obra da autora portuguesa Ana Prata sobre o tema:

A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designadamente, a sua actividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.⁴⁶

Colocando-se em evidência a consagração do princípio da autonomia privada em detrimento da autonomia da vontade, Otavio Luiz Rodrigues Junior⁴⁷ apresenta os pontos de aproximação dos autores do século XX, que se engajaram nessa metamorfose, que seriam: a) a supremacia do interesse público e da ordem pública sobre o interesse particular e a esfera privada; b) a colocação do negócio jurídico como espécie normativa, de caráter subalterno, mas com caráter normativo; c) a autonomia privada revelando um poder normativo conferido pela lei aos indivíduos, que o exerceriam nos limites e em razão dessa última e de seus valores; d) autonomia privada tida como um poder outorgado pelo Estado aos indivíduos.

Com a limitação da vontade individual, pelo ordenamento jurídico, de gerar obrigações houve a substituição do conceito de autonomia da vontade pelo de autonomia privada.⁴⁸

⁴⁶ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11.

⁴⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação – notas sobre a evolução de um conceito da modernidade e na pós-modernidade. *Revista de informação legislativa*. Brasília, jul.-set., 2004, v. 41, n. 163, p. 113-130, especialmente p. 121.

⁴⁸ BDINE JR. Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13.

1.2 RELATIVIDADE DOS EFEITOS DOS CONTRATOS

Esse princípio está diretamente ligado aos efeitos produzidos pelos contratos, bem como às partes que serão afetadas por ele. Como visto, um dos requisitos para a formação do contrato é a vontade de contratar, consubstanciada na autonomia privada. Diante desse pensamento, é lógico concluir que somente as partes que manifestaram sua vontade de contratar estão sujeitas aos seus efeitos, ou seja, somente os contratantes podem sofrer os efeitos dos contratos.

O princípio da relatividade dos contratos diz respeito ao âmbito de sua eficácia, na qual o contrato não aproveita nem prejudica terceiros, vinculando exclusivamente as partes contratantes. Afastando, em regra, a possibilidade de criar direitos e obrigações para outrem.

O autor italiano Enzo Roppo⁴⁹ esclarece que compromissos ou mesmo efeitos negativos sobre o patrimônio das pessoas podem derivar da vontade das próprias, ou eventualmente da lei, mas não da vontade de outros sujeitos estranhos à relação contratual. Diante dessa situação, estaria obstada que eventual execução recaísse sobre patrimônio de terceiros que não participaram da formação do contrato, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação.

Pode-se afirmar, assim, que terceiro seria aquele que não é parte (*rectius*: centro de interesses) do contrato; trata-se de um estranho ao contrato ou à relação sobre a qual ele estende os seus efeitos.⁵⁰

⁴⁹ Vejamos exemplos formulados pelo autor italiano: “A promete a B que X dará ou fará qualquer coisa a favor de B, não é por esse facto que X estará obrigado a dar ou a fazer; se este se recusa a dar ou fazer não é, por isso, responsável face a quem quer que seja; mas A não deixa de ser :responsável face a B (promessa de facto de 'terceiro: (art. 1381.cód. civ.). Isto não exclui, porém, que a posição e os interesses de um terceiro possam ser, de facto, atingidos desfavoravelmente pelos efeitos de um contrato celebrado por outros: se A pensa adquirir de B, que o tem à venda, um bem a cuja posse dá grande importância, e que não conseguiria encontrar junto de outrem, mas C antecipa-se na compra, evidentemente que o contrato entre B e C prejudica o interesse de A; mas tratando-se de uma lesão de facto, não recai sob o princípio do art. 1372º c. 2 cód. civ.” ROPPO, Enzo. Op. cit., 2009, p. 129/130.

⁵⁰ MELO, Diogo Leonardo Machado de. *Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo*. In LOTUFO, Renan; NANNI, Gionanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 93.

É importante ressaltar que o mencionado princípio da relatividade dos contratos vem sofrendo uma releitura em face da sociabilidade sobre a qual se assenta o contrato, havendo uma mitigação quanto a quem deve sofrer os efeitos dos contratos.⁵¹ Portanto, podemos afirmar que a forma clássica do princípio da relatividade dos contratos vem sendo suavizada pela função social do contrato.

No mesmo sentido podemos nos socorrer das lições de Orlando Gomes ao esclarecer que o princípio da relatividade dos contratos refere-se à sua eficácia, seguindo a regra na qual *“ninguém pode se tornar credor ou devedor contra a vontade se dele depende o nascimento do crédito ou da dívida”*.⁵²

Porém, o mesmo autor deixa claro que esse princípio não é absoluto. E entende necessário distinguir três categorias de terceiros: (i) os que são estranhos ao contrato, mas participantes do interesse, cuja posição jurídica é subordinada à da parte, como os subcontratantes e os mandatários; (ii) os que são interessados, mas têm posição independente e incompatível com os efeitos do contrato; (iii) os que são normalmente indiferentes ao contrato, mas podem ser legitimados a reagir quando sofram particular prejuízo dos efeitos do mesmo contrato, como os credores. Nesse último caso pode-se citar como exemplo nas hipóteses dos artigos 158 (fraude contra credores) e 593 (fraude à execução), ambos do Código Civil.

Os efeitos dos contratos podem ultrapassar essa regra, transcendendo seus efeitos às partes contratantes, atingindo terceiros,

⁵¹ “Todavia, em face da sociabilidade sobre a qual se assenta o contrato, o princípio da relatividade sofre, ou deve sofrer, uma nova releitura, por isso que pode ensejar, sim, vantagens ou deveres a terceiros. Afinal, e aí a sociabilidade referida ‘o contrato não é um assunto individual, mas que tem passado a ser uma instituição social que não afeta somente o interesse dos contratantes’. Ou, como observa Antônio Junqueira de Azevedo, a determinação constitucional do valor social da livre iniciativa ‘impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interesse às partes, desvinculando de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170, *caput*, da Constituição da República, de novo salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa”.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Op. cit., 2009, p. 135.

⁵² GOMES, Orlando. Op. cit., 2009, p. 46-47.

quer criando, quer impondo obrigações, como no caso de estipulação em favor de terceiro (exemplo: seguro de vida em favor de outrem), quer nos casos de contrato coletivo de trabalho etc.⁵³

Outros casos em que os efeitos do contrato poderiam extravasar a fim de atingir terceiros, seriam nas situações citadas por Teresa Negreiros, ou seja, no contrato de *bystander* ou da rede de contratos, na qual um terceiro, estranho à relação original, vinculando-se a uma prestação principal, possa ser dele exigido o seu cumprimento.

É importante salientar que não estamos sugerindo que o terceiro faça parte do contrato como contratante, mas apenas que possa sofrer efeitos de um contrato que não tenha celebrado. Isso seria, nas palavras de Godoy, *eficácia social*⁵⁴ do contrato, considerando que o contrato não poderia ser indiferente à sociedade em que foi constituído, assim como não poderia influir na esfera jurídica de terceiro.⁵⁵

Não podemos deixar de mencionar a regra disposta no artigo 928 do Código Civil de 1916, que previa que “a obrigação, não sendo personalíssima, opera, assim entre as partes, como entre os seus herdeiros”, semelhante às disposições encontradas no Código Civil espanhol⁵⁶, no Código Civil argentino⁵⁷, no Código Civil italiano de 1942⁵⁸ e no Código Civil francês⁵⁹.

⁵³ MELO, Diogo Leonardo Machado de. Op. cit., 2011, p. 97-143, em especial p. 98.

⁵⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Op. cit., 2009, p. 135.

⁵⁵ Idem, p. 136.

⁵⁶ Art. 1.257. Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso de que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada.

⁵⁷ Art. 1.195. Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros.

⁵⁸ Art. 1.372. Efficacia del contratto - Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge (1671, 2227). Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge (1239, 1300 e seguente, 1411, 1678, 1737).

⁵⁹ Art. 1.165. Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1.121.

Muito interessante é o posicionamento de Teresa Negreiros⁶⁰ sobre o tema. A mencionada autora divide seu estudo entre a visão do terceiro “vítima” e do terceiro “ofensor” do contrato. Para tanto exemplifica que, na hipótese de o consumidor, terceiro “vítima”, adquirir um produto defeituoso, serão responsáveis solidários, independentemente de ter sido parte no contrato de compra e venda, todos da cadeia – fabricante, produtor, construtor e o importador. Além disso, traz a situação de rede de contratos, havendo responsabilidade da incorporadora, em conjunto com a construtora, pela obrigação da entrega do imóvel financiado. Para o segundo caso, terceiro “infrator”, o terceiro seria responsável pelo descumprimento de uma obrigação contratual que não faz parte do contrato, referindo-se a autora à chamada “*tutela externa do crédito*”, protegendo os contratantes de quem não é parte no contrato. O primeiro refere-se à extensão da responsabilidade e o segundo à expansão da oponibilidade dos ajustes.

A mesma autora esclarece a necessária conectividade entre este e os demais princípios contratuais, especialmente o princípio da autonomia da vontade. Entretanto, deixa claro que não poderia conferir um maior peso ao princípio da autonomia da vontade, almejando diferenciar e colocar em patamar elevado o princípio da autonomia da vontade, pois dificilmente haveria a possibilidade de se responsabilizar terceiros, alheios ao contrato, pelo não cumprimento da obrigação principal.⁶¹

1.3 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé trata-se de um princípio que se irradia de forma difusa nos demais princípios do contrato, conferindo-lhes o valor da

⁶⁰ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., 2002, p. 230-259.

⁶¹ Idem, p. 250.

ética, sendo composto em seu substrato pela lealdade, correção, veracidade e confiança.⁶²

Nas palavras de Claudia Lima Marques:⁶³

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Por não mais entender o homem como um ser isolado, mas sim como uma parte integrante da sociedade, bem como se atentando para o objetivo fundamental da República, que visa a construção de uma sociedade solidária, e a fim de resguardar o respeito ao próximo como elemento essencial de qualquer relação jurídica, pode-se afirmar que o princípio da boa-fé tem seu fundamento constitucional na cláusula geral de tutela da pessoa humana.⁶⁴

Em razão da sua importante função no ordenamento jurídico brasileiro, visto como princípio basilar da vida negocial, não há dúvida, como lembrado por Renan Lotufo, “que o princípio da boa-fé não é exclusivo do campo do Direito Civil, mas um paradigma de toda e qualquer relação humana”.⁶⁵

⁶² Idem, p. 116.

⁶³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 180-181.

⁶⁴ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., 2002. p. 117.

⁶⁵ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. v. 1. p.314.

O princípio da boa-fé está presente em todas as fases contratuais,⁶⁶ seja ela pré-contratual, durante o contrato e mesmo após o término do contrato, tornando-se tanto uma limitação de direitos quanto uma fonte de deveres para aqueles que integram a relação contratual. Esse ensinamento restou registrado por Menezes Cordeiro, conforme podemos verificar abaixo:

O comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres reconduzidos, num prisma juspositivo e numa óptica histórico-cultural, a uma regra de actuação de boa fé. As incursões anteriores permitiram detectar esses deveres – e logo o aflorar dessa regra – no período pré-negocial, na constância de contratos válidos, em situações de nulidades contratuais e na fase posterior à [sic] extinção de obrigações.⁶⁷

Aproveitamos para distinguir a boa-fé objetiva da subjetiva. Tal distinção conceitual é relevante para reafirmar a coexistência das duas vertentes da boa-fé no plano da codificação brasileira.⁶⁸

Porém, antes de se diferenciar a boa-fé objetiva da subjetiva, convém mencionar a existência de um núcleo ético comum entre elas. O

⁶⁶ No mesmo sentido Judith Martins-Costa: “Desde logo, a boa-fé vem posta como princípio fundamental e cláusula geral dos contratos (art. 422), seja na fase de sua conclusão (abrangendo, por óbvio, a fase das tratativas, se considerada, como deve ser, a noção da obrigação como um processo), seja na sua execução, isto é, no seu desenvolvimento, alcançando o adimplemento, que é a sua finalidade e projetando eficácia inclusive na relação com terceiros, isto é, denotando eficácia transindividual”. (Comentários ao Novo Código Civil. Vol. 5, Tomo 1, Rio de Janeiro: Forense, 2011. (Coleção Forense sob coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira) p. 47.

⁶⁷ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 632. (Coleção teses)

⁶⁸ NALIN, Paulo. *Princípios do direito contractual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade* in LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 97/143 em especial p. 123.

denominador comum, conforme entendimento de Arruda Alvim, seria “a consciência de não lesar outrem”.⁶⁹

Muito embora, tanto a boa-fé objetiva quanto a subjetiva encontrem unidade no princípio geral da confiança, que domina todo o ordenamento jurídico, cada uma exerce um papel diferente. Esta última, ou seja, a boa-fé subjetiva traduz a ideia naturalista da boa-fé, contrapondo a ideia de má-fé. E de ser compreendida como estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios.⁷⁰

Para José de Oliveira Ascensão: “A *boa-fé subjetiva* representaria de qualquer modo um estado de espírito: seja de dimensão psicológica, na *boa-fé psicológica*, seja de dimensão valorativa, na *boa-fé ética*, em que se pergunta se o agente conhecia ou deveria conhecer”.⁷¹

Conforme nos ensina Fernando Noronha⁷² conceituando a boa-fé subjetiva: “A *boa-fé subjetiva*, ou *boa-fé crença*, é um estado – um estado de ignorância sobre características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem”.

O princípio da boa-fé está intrinsecamente ligado à boa-fé objetiva e não à subjetiva, pois se trata de um dever de agir⁷³ e não simplesmente um fator psicológico do agente.

Diante de tal fato iremos nos atentar com um pouco mais de detalhes à boa-fé objetiva, em que pese não ser esse o objetivo do presente trabalho, mas sim discutir sobre cessão da posição contratual.

⁶⁹ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Comentários ao Código Civil Brasileiro: *Direito das Coisas*. Vol. XI, tomo I. Forense: São Paulo, 2009. p. 461.

⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. V. 5, t. 1, p. 33. (Coleção Forense sob coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira)

⁷¹ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, out.-dez., 2000, n. 4, p.19.

⁷² Idem, p. 132.

⁷³ NORONHA, Fernando. *O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 129.

A boa-fé objetiva, também chamada de boa-fé lealdade ou boa-fé confiança, não se trata de um estado de consciência do agente, mas sim de uma regra de conduta, de um dever de agir consubstanciado em padrões socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, com o objetivo de não haver quebra de confiança para com a outra parte contratante.⁷⁴

Judith Martins-Costa inclui ainda que seria o critério de interpretação dos negócios jurídicos, pois nas relações contratuais, o que se exige é uma atitude positiva de cooperação, e, assim sendo, o princípio é a fonte normativa impositiva de comportamentos que se devem pautar por um específico standard ou arquétipo, que seria a conduta segundo a boa-fé.⁷⁵

Para as obrigações contratuais, a boa-fé equivale não somente a um estado psicológico do agente, mas também, acaba por impor determinados deveres às partes contratantes, sendo que, para Teresa Negreiros, trata-se de uma autêntica norma de conduta,⁷⁶ na qual se exige uma recíproca cooperação e lealdade⁷⁷ entre as partes que celebram o contrato.⁷⁸

Em nosso Código Civil encontramos a presença tanto da boa-fé objetiva quanto a da boa-fé subjetiva, podendo citar como exemplo da primeira os artigos 113, 187 e 422 e da segunda os artigos 167, §2º, 286, 637, 686, 814, 879, 1201, 1214 1217, 1257, 1238, 1268, 1270, 1561.

Convém nos reportarmos às lições de Teresa Negreiros⁷⁹ que de maneira clara conseguiu diferenciar a boa-fé subjetiva da objetiva:

⁷⁴ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., 2002, p. 136.

⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., 2011, p. 33.

⁷⁶ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., 2002, p. 120.

⁷⁷ Idem, p. 123.

⁷⁸ No mesmo sentido, Fernando Noronha: “o dever de agir de acordo com a boa-fé está presente quer nas negociações que precedem o contrato, quer na conclusão deste, quer ainda na sua interpretação e na sua execução – e até chega a justificar a extinção de obrigações, com resolução de contratos”. NORONHA, Fernando. Op. cit., 1994, p. 150.

⁷⁹ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., 2002, p. 122-123.

Ontologicamente, a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante; obriga a um certo comportamento, ao invés de outro; obriga à colaboração, não se satisfazendo com a mera abstenção, tampouco se limitando à função de justificar o gozo de benefícios que, em princípio, não se destinariam àquela pessoa. No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado.

Notemos, portanto, a diferença patente entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva. Entretanto, tal diferença é maior na doutrina alemã, que acaba por se utilizar de duas expressões distintas, referindo-se à boa-fé objetiva por *Treu und Glauben* e por *Guter Glauben*, a boa-fé subjetiva. Sendo que no BGB, há menção de 5 disposições da boa-fé objetiva, podendo citar como exemplo o §242: “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico”, bem como há menção de 16 disposições da boa-fé subjetiva, citando como exemplo o §932/2, que a define pela negativa: “o adquirente não está de boa fé quando lhe seja conhecido ou, em consequência de grande negligência, desconhecimento, que a coisa não pertence ao alienante”.⁸⁰

⁸⁰ Segundo tradução feita por Menezes Cordeiro, relacionando os quatro dispositivos do BGB relacionados à boa-fé objetiva além do §157: “os contratos interpretam-se como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico”; § 162/1 e 2: “Quando a verificação da condição seja, contra a boa fé, impedida pela parte a quem desfavoreça, tem-se por ocorrida” e “Quando a verificação da condição seja, contra a boa-fé, provocada pela parte a quem favoreça, tem-se por não ocorrida”; no § 242: “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico”; § 320/2: “Quando, por uma das partes, apenas tenha havido uma prestação parcial, a contraprestação não pode,

A boa-fé objetiva está diretamente vinculada à regra que visa sancionar um comportamento repreensível ou anormal.

Ademais, pode-se afirmar que a boa-fé teria a função de amenizar a vetusta regra da *pacta sunt servanda*, porém de forma oposta concederia mais segurança para as partes, no sentido de reprimir comportamentos obtusos, orientar certa interpretação e moralizar o contrato. Entretanto, é importante ressaltar que caberia ao juiz, na hipótese de uma das partes deixar de agir nos moldes alinhavados pelo princípio da boa-fé, desde que retirada a inércia do Poder Judiciário, a aplicação da boa-fé. Isso não deve ser visto como substituição da vontade das partes pela vontade do juiz, pois a aplicação da boa-fé, quando realizada pelo magistrado, deve se pautar no agir com prudência.⁸¹

Para Antônio Junqueira Azevedo a regra da boa-fé tem função chamada por ele de “pretorianas” em relação ao contrato, relacionando-a ao antigo direito pretoriano, que “*veio adjuvandi, supplendi, vel corrigendi jûris civilis gratia*”. Igualmente ao “direito pretoriano”, a boa-fé tem algumas funções, sendo elas: (i) a de ajudar a interpretação do contrato (*adjuvandi*); (ii) a de suprir algumas falhas do pacto (*supplendi*), e; (iii) eventualmente de corrigir alguma coisa que é de direito no sentido de justo (*corrigendi*).⁸²

Nesse ínterim, convém mencionar a tripartição das funções da boa-fé objetiva, feita por Judith Martins-Costa, que seria (i) cânone

contudo, ser recusada quando a recusa, segundo as circunstâncias, em especial por causa da pequenez relativa do que falta, seja contrária à boa fé”; § 815, a propósito do enriquecimento sem causa: “A restituição por não ocorrência do resultado visado com a prestação é excluída quando fosse, desde o princípio, impossível e o autor da prestação soubesse disso e quando este, contra a boa fé, tenha impedido tal resultado”. “A boa fé subjectiva [(guter Glauben)] consta, no BGB, de dezesseis disposições. Assim: dos §§ 926, 932, 932a, 933 e 934, sobre aquisição de móveis; dos §§ 937 e 945, sobre prescrição; dos §§ 955 e 957, sobre aquisição de frutos e partes de coisas; dos §§ 990, 991, e 1007, sobre a aquisição da posse; do § 1058, sobre o usufruto; do § 1208, sobre a aquisição de penhor; dos §§ 2024 e 2025, sobre a posse da herança.” CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes, op. cit., 2007, p. 325-326.

⁸¹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos no código civil*. São Paulo: Método, 2002, p. 67.

⁸² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos”. RT 775/11

hermenêutico-integrativo do contrato; (ii) norma de criação de deveres jurídicos, e; (iii) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos⁸³. Nasce dessas funções o caráter de cooperação e respeito mútuo entre os contratantes, afastando qualquer entendimento de vontade única e egoísta de somente um deles.⁸⁴

Vamos aqui tecer breves esclarecimentos sobre cada uma dessas funções, conforme ensinamento da autora, sem, contudo, aprofundar o tema, uma vez que não é esse o objetivo do presente trabalho.

Com relação à primeira função, trata-se de boa-fé atuar não somente como recurso para a interpretação flexibilizadora da vontade das partes, mas também a fim de integrar lacunas a ela ligadas. Isso porque, em determinados casos, para que o contrato possa produzir de forma coerente seus efeitos é necessário que as partes contraentes adotem certos comportamentos que não estão dispostos na lei nem nas cláusulas contratuais pactuadas. Assim, a boa-fé, como cânone hermenêutico, atua de forma a integrar tais comportamentos, qualificando-os, a fim de salvaguardar a própria essência do contrato, e, conseqüentemente, para que este possa emanar os efeitos objetivamente postos.⁸⁵

O artigo 113, do Código Civil, representa a função interpretativa da boa-fé, ao nortear os destinatários do negócio jurídico, conferindo segurança às partes celebrantes a alcançarem o real

⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit, 1999, p. 427/428.

⁸⁴ Fernando Noronha formula uma outra estrutura relativa as funções da boa-fé: “âmbito da interpretação e da execução do contrato (e do negócio jurídico em geral), a boa-fé traduz em três comandos, correspondendo, cada um, a uma sua diversa finalidade, ou função. Ao comando segundo o qual as partes devem proceder de acordo com a boa-fé, quando se trate de determinar o sentido das estipulações contidas em determinado contrato (ou outro negócio jurídico), chamemos de função interpretativa da boa-fé. Aos dois comandos em que se desdobra o dever de agir de acordo com a boa-fé na execução do contrato, chamemos de funções de integração e de controle – um explicitará deveres, o outro delimitará direitos: o primeiro comando explicita (e de certo modo amplia) os deveres de comportamento de credor e devedor, ainda que não expressamente previstos nem no pacto celebrado, nem na lei; o segundo marca os limites dos direitos que o credor tem a faculdade de exercer contra o devedor”. NORONHA, Fernando. Op. cit., 1994, p. 151.

⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., 1999. p. 429.

significado atribuído ao contrato celebrado, procedendo com lisura, ou na hipótese de cláusulas ambíguas, conferir preferência ao significado que a boa-fé aponte como mais razoável.⁸⁶

A interpretação dos contratos, segundo o mencionado artigo, se norteia tanto pelo princípio da boa-fé quanto pelos meios auxiliares da interpretação, que segundo Renan Lotufo⁸⁷ seria: o caráter habitual das relações mantidas entre as partes, manifestações anteriores do declarante e do destinatário, que reconhecidamente se ligam à declaração, tais como uma expressão típica do declarante, conhecida pelo destinatário, bem como o lugar; o tempo e as circunstâncias inerentes.

É importante salientar que, com a introdução do princípio da boa-fé como um dos pilares da relação obrigacional, nasceu uma preocupação em relação aos deveres laterais de conduta, denominados por Judith Martins-Costa de “deveres instrumentais”,⁸⁸ sendo que esses deveres começaram a ser levados em consideração e verificados quanto ao cumprimento da obrigação. Isso porque a principal característica da boa-fé, nas relações obrigacionais, é justamente a criação de deveres instrumentais, ou anexos, nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo.⁸⁹ Estamos diante da segunda função da boa-fé, a criação de deveres jurídicos.

A boa-fé há de dar mais do que uma simples vetorização geral, criando, sim, deveres jurídicos. Tais deveres não constituem elementos da relação contratual existentes *ab initio* e nem têm conteúdo fixo. Serão verificados os pressupostos existentes no caso concreto, analisando a conduta das partes consubstanciada no dever de agir com correção e

⁸⁶ LOTUFO, Renan. Op. cit., 2003. v. 1. p. 316.

⁸⁷ Idem Ibidem.

⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, t. II, p. 36.

⁸⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O princípio da boa-fé nos contratos. *Revista do CEJ*, Brasília, v. 9, 1999, disponível no site: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo7.htm> - acessado em 07 de junho de 2012.

lealdade. Porém, cumpre ressaltar que essa análise da conduta deve corresponder à finalidade do contrato e não de modo aleatório.⁹⁰

Nesse sentido podemos citar o artigo 762/2 do Código Civil Português que prevê: *“No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé”*.

Verificamos que a boa-fé está ligada umbilicalmente à realização de deveres anexos à relação obrigacional. Para Fernando Noronha,⁹¹ na hipótese de violação desses deveres, implica na obrigação de reparar os danos que tenham sido causados. Essa violação pode ser enquadrada como adimplemento defeituoso de obrigação ou, até mesmo, poderão integrar situações de inadimplemento absoluto, em caso de a violação frustrar o próprio cumprimento da prestação.

Como vimos, o cumprimento defeituoso abrange não somente as deficiências da prestação principal, mas também a violação de deveres anexos. Lembra Antunes Varela⁹² que foi justamente a *“inclusão dos deveres acessórios de conduta na relação contratual, feita em grande parte por aplicação da regra da boa-fé, que contribuiu em certa medida para a automatização da figura do cumprimento defeituoso ou da prestação defeituosa”*.

No mesmo sentido podemos nos socorrer dos ensinamentos de Antonio Junqueira, esclarecendo que a boa-fé objetiva se estende da fase pré-contratual à pós-contratual e cria deveres entre as partes. Na fase contratual os mencionados deveres existem em paralelo às obrigações assumidas contratualmente.⁹³

⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., 1999, p. 449.

⁹¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações, introdução a responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1. p. 103.

⁹² VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, v. 2. p. 130.

⁹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 141.

Por fim, a boa-fé objetiva implica na limitação de direitos subjetivos. Essa função está correlacionada à função anterior, pois, ao criar deveres para determinada parte do contrato, poderá haver também uma limitação ao seu direito subjetivo. Judith⁹⁴ faz uma excelente exposição citando três situações na qual pode ser observado essa limitação ao direito subjetivo, quais sejam, teoria do adimplemento substancial, oposição da exceção de contrato não cumprido e o *venire contra factum proprium*.

1.4 EQUILÍBRIO ECONÔMICO

Hodiernamente há uma patente preocupação por equilíbrio, equidade e proporcionalidade, sendo que essa complexa tríade está intimamente ligada aos contratos contemporâneos, exigindo dos juristas uma reflexão filosófica.

A Constituição Federal do Brasil prevê em seu artigo 3, III o princípio da igualdade substancial, sendo tal princípio pressuposto da justiça social. Assim, a fim de alcançar o objetivo constitucionalmente previsto, o contrato não pode ser instrumento para que haja excessivo lucro a uma das partes em detrimento à outra parte.⁹⁵

O princípio do equilíbrio econômico visa analisar tanto o conteúdo do contrato quanto o seu resultado a ser alcançado, uma vez que, inspirado pela igualdade substancial, compara as vantagens e desvantagens relacionadas à cada uma das partes. Tal princípio busca a proteção da parte mais fraca, objetivando evitar que esta saia prejudicada ou até mesmo seja escravizada pela obrigação assumida, por nunca conseguir adimpli-la.

⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé*. Op. cit., 1999, p. 455-472.

⁹⁵ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., 2002, p. 156.

Ademais nos reportamos aos ensinamentos de Teresa Negreiros⁹⁶ sobre o tema da justiça contratual:

Com efeito, a noção de equilíbrio no contrato traz para o seio da teoria contratual a preocupação com o justo, entendido tal valor sob a ótica acima definida, isto é, o justo como sendo um critério paritário de distribuição dos bens. Justo é o contrato cujas prestações de um e de outro contratante, supondo-se interdependentes, guardam entre si um nível razoável de proporcionalidade. Uma vez demonstrada a exagerada ou a excessiva discrepância entre as obrigações assumidas por cada contratante, fica configurada a injustiça daquele ajuste, exatamente na medida em que configurada está a inexistência de paridade.

Convém salientar que boa parte da doutrina entende que a justiça contratual não seria um princípio autônomo, mas tão somente se encontraria incluído no campo da boa-fé objetiva. Esses autores embasam seu argumento na Constituição Federal em seu artigo 3º, I que prevê, dentre outros objetivos fundamentais da República, o estabelecimento de relações sociais justas e solidárias. Antonio Junqueira de Azevedo,⁹⁷ Fernando Noronha,⁹⁸ José Oliveira Ascensão⁹⁹,

⁹⁶ Idem, p. 167.

⁹⁷ “Hoje, diante do toque de recolher do Estado intervencionista, o jurista com sensibilidade intelectual percebe que está havendo uma acomodação das camadas fundamentais do direito contratual – algo semelhante ao ajustamento subterrâneo das placas tectônicas. Estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três princípios que gravitam em volta da autonomia da vontade e, se admitido como princípio, ao da ordem pública, somam-se outros três – os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios. Quais são esses novos princípios? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato.” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Op. cit., 2004, p. 140.

⁹⁸ “o princípio da boa-fé, exigindo comportamento leal e tendo por objetivo proporcionar aos sujeitos de qualquer relação obrigacional aquela confiança que é necessária às relações sociais de intercâmbio de bens e serviços, já é uma espécie de antecâmara do princípio da justiça contratual. (218) E mais adiante “quando se diz que a justiça contratual é princípio

Antonio Junqueira discorda desse posicionamento por lhe parecer mais operacional deixar a boa-fé para controle de comportamento das partes do contrato e tratar a relação sinalagmática entre as prestações e contraprestações sob o princípio geral do equilíbrio econômico e proteção da parte mais fraca.¹⁰²

No entendimento de Miguel Reale, na hipótese de haver violação ao princípio do equilíbrio contratual afastaria o contrato como instrumento hábil para circulação de riqueza, abalando-se a circulação econômica ordinária, frustraria a livre iniciativa, em clara oposição ao mandamento constitucional.¹⁰³

Importante salientar que de fato tanto o princípio da boa-fé quanto o princípio do equilíbrio econômico das prestações (justiça

fundamental dos contratos, tem-se em vista, é claro, a justiça substancial, porque só esta contém a ideia de efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações.” NORONHA, Fernando. Op. cit., 1994, p. 221.

⁹⁹ Note-se o mesmo entendimento destacado por José de Oliveira Ascensão sobre ser o desequilíbrio econômico das prestações um desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva: “*Nem ocorre nenhuma espécie de abuso, que consistiria em exigir o cumprimento do contrato naquelas condições. Não se valora uma actuação do sujeito, mas directamente o próprio conteúdo do contrato. É porque nesse conteúdo se cria um grande desequilíbrio entre as prestações que se estabelecem as consequências referidas quanto a subsistência do contrato. Sendo assim, a referência à boa-fé é de todo deslocada. E o conteúdo em si que se julga, a luz da desproporção criada. Poderá dizer-se que o desequilíbrio deverá ser grave, ou manifesto, ou injustificado, ou o mais que se entenda. Mas a apreciação é sempre uma apreciação puramente objectiva.*” (ASCENÇÃO José de Oliveira. *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa-fé in Revista de Direito Privado* n.º 4, Revistas dos Tribunais: São Paulo, out.-dez. 2000, p. 9-25, especialmente p. 19.)

¹⁰⁰ “La normativa contractual del Código civil no puede ser comprendida solamente a partir del principio de autonomía privada – si quiera éste ocupe un lugar central – ni a partir del principio de Fe o del principio de justicia contractual compensatoria exclusivamente, sino sólo mediante la armonización de estos principios”. LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte General*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: EDERSA, 1978. p. 64.

¹⁰¹ “Da funcionalidade da boa-fé decorrem subprincípios, como o do equilíbrio entre as prestações, nos contratos bilaterais e sinalagmáticos, da vedação das condutas contraditórias e o da proteção das justas expectativas dos partícipes da relação obrigacional e de terceiros eventualmente atingidos, direta ou indiretamente.” MARTINS-COSTA, Judith. op. cit., 2003, p. 94. E ainda “Um dos mais relevantes subprincípios que decorrem do dever de agir segundo a boa-fé objetiva é o ‘princípio do equilíbrio’ em matéria contratual. Esse não atua apenas nas relações de consumo, embora aí tenha o seu domínio maximizado em razão da vulnerabilidade que é reconhecida ao consumidor: atua, por igual, nas relações de direito comum na medida em que, da boa-fé, nasce a função corretora do desequilíbrio contratual que encontra, como um de seus mecanismos de atuação, justamente a correção monetária.” Idem, p. 210.

¹⁰² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Op. cit., 2004, p. 140.

¹⁰³ REALE, Miguel. *Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 8.

contratual) se relacionam. Como igualmente ambos se relacionam com o princípio da autonomia privada e da função social. Há, portanto, uma complementação, sendo que nas palavras de Larenz¹⁰⁴ *“mediante la armonización de estos principios”*. Portanto há de ter uma complementação e necessária harmonização dos princípios, afastando qualquer anulação de um princípio em detrimento do outro, como por exemplo, a liberdade contratual necessita da justiça contratual como corretivo, sendo que esta pressupõe a liberdade contratual.

Com efeito, vale a citação de Cláudio Luiz Bueno de Godoy:¹⁰⁵ afirmando ser *“a mesma preocupação com a dignidade humana e com o solidarismo que impõe novo padrão de conduta das partes que transacionam e que, também, determina e assegura o equilíbrio de suas prestações”*.

Há de se verificar, conforme atual orientação escolástica do justo preço e, do justo salário, mercê da qual nos ajustes sinalagmáticos *“cada parte debe obtener por su prioria prestación una contraprestación ‘adecuada’, correspondiente al valor de aquèlla”*.¹⁰⁶

Em que pese haja garantia de equivalência objetiva, na qual a prestação está assegurada, objetivamente, por uma contraprestação, afastando-se da avaliação das partes quanto ao balanço das vantagens e desvantagens a elas inerentes, conforme nos ensina Godoi,¹⁰⁷ há uma dificuldade em relação à identificação sobre qual seria a justa extensão desse balanceamento, visando equilibrar a prestação com a contraprestação. Segundo Larenz,¹⁰⁸ muito embora não haja um critério a fim de solucionar tal questão, deve-se buscar sempre um valor justo que seja razoável e aproximado.

Convém mencionar que nosso ordenamento jurídico traz em seu bojo positivado inúmeros exemplos do princípio do equilíbrio

¹⁰⁴ LARENZ, Karl. Op. cit., 1978, p. 64.

¹⁰⁵ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit., 2009, p. 33.

¹⁰⁶ LARENZ, Karl. Op. cit., 1978, p. 61-62.

¹⁰⁷ Idem, p. 37.

¹⁰⁸ Idem, p. 62.

econômico, a fim de manter o balanceamento entre a prestação e contraprestação das obrigações assumidas pelas partes. Um desses exemplos seria o *exceptio non adimpleti contractus*, porém não somente no Código Civil há essa positivação, também no Código de Defesa do Consumidor ao vedar a perda de parcelas pagas, em contrato de venda e compra a prestação, disposto no artigo 53 do CDC.¹⁰⁹

Por se tratar de balanceamento de prestação e contraprestação, a fim de se manter a equidade entre as respectivas prestações (vantagens e desvantagens), o Princípio Contratual do Equilíbrio está diretamente atrelado a ajustes bilaterais, sinalagmáticos e comutativos.¹¹⁰ O mesmo entendimento vem corroborado por Larenz,¹¹¹ para quem tal princípio está relacionado aos contratos cujas obrigações são recíprocas, em rigor bilaterais, sinalagmáticas e comutativas, quer pela equivalência objetiva entre prestação e contraprestação, quer pela equitativa distribuição dos ônus e riscos contratuais entre as partes contratantes.¹¹²

Nesse sentido, o princípio do equilíbrio econômico do contrato, consubstanciado no comando constitucional, visa garantir às partes contratantes uma obrigação justa, sem que haja desproporcionalidade nas prestações com vantagens para uns e desvantagens para outros.

1.5 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Em razão da importância do princípio da função social do contrato o legislador houve por bem incluí-lo expressamente em nosso

¹⁰⁹ Para mais exemplos conferir em GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit., 2009, p. 37-38 e NORONHA, Fernando. Op. cit., 1994, p. 222-223.

¹¹⁰ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit., 2009, p. 39.

¹¹¹ LARENZ, Karl. op. cit., 1978, p. 61.

¹¹² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit., 2009, p. 36.

ordenamento jurídico, reservando, para tanto, o artigo 421,¹¹³ do atual Código Civil.

Da leitura do mencionado artigo verifica-se que não somente as partes contratantes são importantes, merecendo atenção, mas também deve ser considerado o interesse da própria sociedade na elaboração e no cumprimento do contrato. Há de se levar em consideração os reflexos do contrato na sociedade, tanto no exame da validade quanto no exame da interpretação do contrato.

Esse princípio tem como escopo a destinação de integrar os contratos em uma ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas. A ideia de função social do contrato está diretamente relacionada à Constituição Federal, que fixa como um dos fundamentos da República o valor social da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV), afastando o jurista de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes contratantes, desvinculado de todo o resto. O contrato é importante para toda a sociedade, sendo que esse entendimento é irradiado pelo disposto no artigo 170, *caput*, da Constituição Federal, ao salientar o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa,¹¹⁴ em que o contrato é o principal instrumento.

Cabe aqui citar os esclarecimentos de Godoy sobre o assunto, quando ele afirma que o interesse social está assegurado pela Constituição Federal do Brasil:

Deve, há de se reconhecer, voltar-se à promoção dos valores básicos do ordenamento, o que, no Brasil, resta claro da disposição do art. 170, logo no *caput*, da Constituição Federal,

¹¹³ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

¹¹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Op. cit., 2004, p. 141-142.

que estabelece, como princípios fundamentais da ordem econômica – de que o contrato é fundamental instrumento, conforme atrás examinado, no Capítulo 1 –, a dignidade da pessoa humana e a justiça social, já antes, nos arts. 1º, III e IV, bem assim no art. 3º, I, consagrados como princípios e objetivos fundamentais da República (princípios da dignidade e do solidarismo).¹¹⁵

A relevância do presente princípio está, antes de tudo, na promoção dos objetivos do Estado Social, com principal atenção à eficácia dos valores básicos do ordenamento, que, em nossa Constituição, constitui preceito expresse, conforme acima relatado.¹¹⁶

Ressaltemos que não somente os interesses sociais são assegurados na celebração ou na execução do contrato, os interesses das partes contratantes também o são, uma vez que a proteção desses interesses atende a própria função social do contrato. Tanto é assim que podemos citar como exemplo a proteção ao equilíbrio das prestações, repudiando tanto eventuais cláusulas abusivas incluídas no contrato, que beneficiem um dos contraentes em detrimento do outro, quanto a vantagem excessiva para uma das partes. Quando um desses exemplos ocorre, fica caracterizada violação ao princípio da função social do contrato.

Outro exemplo, citado no artigo Função Social do Contrato de autoria do Professor Arruda Alvim¹¹⁷, após dirimir sobre a natureza da norma da rescisão do contrato prevista no artigo 473, do CC, se seria norma cogente ou dispositiva, destaca que

¹¹⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Op. cit., 2009, p.118.

¹¹⁶ Idem, p. 119.

¹¹⁷ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Função Social do Contrato. RT 815/11-31.

a minha impressão é a de eu esta é uma norma de ordem pública, é ela uma norma que dá um conteúdo necessário do contrato a que se refere. Trata-se, assim, segundo me parece, de um comando que ex lege há de reputar-se inserido no contrato, e, que, portanto, não pode ser afastado pela vontade das partes. Então há algumas normas do Código que procuram assegurar um equilíbrio contratual. Tenho a impressão de que, em suas linhas gerais, isso é que é função social.

O princípio da função social do contrato, portanto, visa afastar eventual tentativa de transformar o contrato em um instrumento para a prática de atividades abusivas, o que pode causar dano tanto à outra parte quanto a terceiros.

Em paralelo ao princípio da função social do contrato, nosso ordenamento jurídico pátrio dispõe em seu artigo 187, do Código Civil que *“também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*.¹¹⁸

Ao elaborar o Código Civil de 2002, o legislador estava diante de três opções possíveis no que se refere à relação privada: poderia privilegiar os interesses individuais, como ocorreu no Código Civil de 1916; privilegiar os interesses coletivos, visando a promoção da socialização dos contratos; ou, então, poderia adotar uma posição intermediária, dando ênfase tanto ao individual quanto ao coletivo, havendo uma mescla entre os dois, a fim de um complementar o outro, adotando o critério de cláusulas abertas com o objetivo de propiciar soluções equitativas e concretas. Como demonstrado acima, o legislador acabou por optar pela terceira possibilidade.¹¹⁹

¹¹⁸ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. Coordenação de Miguel Reale e Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 267.

¹¹⁹ Idem, p. 268.

O Código Civil não define o termo “*função social*”, porém, deixa transparecer a importância do elemento moral e da equidade nas relações entre as partes contraentes. Podemos afirmar que a regra disposta no artigo 421, do Código Civil pode vir a ser complementada pelo disposto no artigo seguinte, o artigo 422, do mesmo Código, que determina que os contraentes devem guardar os princípios da probidade e da boa-fé na conclusão e na execução dos contratos.^{120,121}

Uma vez que o contrato não é mais algo restrito apenas às partes contratantes, mas que reflete em toda a sociedade, terceiros têm a obrigação de respeitá-los, não podendo agir como se eles não existissem. Sendo que, na hipótese de impedirem que haja o cumprimento de determinada obrigação, poderão ser responsabilizados.

Sendo assim, o princípio da função social do contrato condiciona o exercício da liberdade contratual e torna o contrato, como situação jurídica merecedora de tutela, oponível *erga omnes*. Nesse sentido, terceiros devem se abster de praticar determinados atos, incluindo a celebração de contratos que possam prejudicar ou comprometer o cumprimento da obrigação de contratos válidos já existentes.¹²²

Nas palavras de Teresa Negreiros¹²³ oponibilidade seria a “*obrigação de não fazer, imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte*”.

¹²⁰ LOUREIRO, Luiz Guilherme Op. cit., 2002, p. 47.

¹²¹ Veja também as lições de Miguel Reale sobre a harmonia entre os dois artigos: “*Essa colocação das avenças em um plano transindividual [sobre o princípio da função social do contrato] tem levado alguns intérpretes a temer que, com isso, haja uma diminuição de garantia para os que firmam contratos baseados na convicção de que os direitos e deveres neles ajustados serão respeitados por ambas as partes. Esse receio, todavia, não tem cabimento, pois a nova Lei Civil não conflita com o princípio de que o pactuado deve ser adimplido. A ideia tradicional, de fonte romanista, de que pacta sunt servanda continua a ser o fundamento primeiro das obrigações contratuais. Pode-se dizer que a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, veio reforçar ainda mais essa obrigação, ao estabelecer, no art. 422, que ‘os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé’*”. REALE, Miguel. Op. cit., 2005, p. 266.

¹²² NEGREIROS, Teresa. Op. cit., 2002, p. 264.

¹²³ Idem, p. 265.

Antônio Junqueira de Azevedo¹²⁴ emitiu parecer em que censurava a conduta de “atravessadores”, que burlam contratos de exclusividade de fornecimento de derivados de petróleo, celebrados entre os postos de combustíveis e as distribuidoras, concluindo pela possibilidade destas agirem diretamente contra o terceiro ofensor.

Ressalta-se que isso não implica em exigir de terceiros a obrigação contratualmente assumida, pois há impedimento pelo princípio da relatividade dos efeitos do contrato, porém, impõe a terceiros a responsabilidade e o dever de respeitar tais situações jurídicas, validamente constituídas e dignas de proteção pelo ordenamento jurídico, que seria a oponibilidade.¹²⁵

A doutrina francesa diferencia de maneira clara a oponibilidade da relatividade dos efeitos dos contratos, sendo que tal estudo foi acolhido por Antonio Junqueira de Azevedo.¹²⁶

Não podemos esquecer a realidade econômica que está umbilicalmente imbrincada ao contrato, visando a circulação de riqueza. Sendo que, para Godoy,¹²⁷ a função social do contrato, constitui um princípio estruturante da ordem econômica.

Conforme ensinamento de Loureiro:

Destarte, contrato é a formalização jurídica das operações econômicas concretamente realizadas na prática. Esta formalização jurídica dá vida a um fenômeno que possui, na prática, vida própria e autônoma, porque as normas, a

¹²⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 750, p. 113, abr. 1998.

¹²⁵ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., 2002, p. 265.

¹²⁶ “Aceita a ideia de função social do contrato, dela evidentemente não se vai tirar a ilação de que, agora, os terceiros são partes no contrato, mas, por outro lado, torna-se evidente que os terceiros não podem comportar-se como se o contrato não existisse. Com muita precisão, os juristas franceses distinguem entre dois termos: “relativité” (relatividade dos efeitos) e “opposabilité” (oponibilidade dos efeitos).” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Op. cit., 2004, p. 142.

¹²⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Op. cit., 2009, p.98.

jurisprudência e a doutrina constituem uma realidade governada pelas suas próprias regras, dotada dos seus próprios estatutos lógicos, cognoscíveis, portanto, segundo um seu universo próprio de conceitos e de categorias, possuindo uma própria linguagem técnica, que conferem existência à ciência do direito.¹²⁸

Do trecho acima citado, notamos a imprescindibilidade no conceito de contrato à operação econômica real. Além disso, há distinção entre o contrato-conceito jurídico do contrato-realidade econômica. Muito embora a figura jurídica não se constitua numa construção com um fim em si mesma, mas voltada a uma operação econômica, na qual representa uma roupagem exterior. Nas palavras de Luiz Guilherme Loureiro¹²⁹, *“a operação econômica é o substrato real e imprescindível do conceito de contrato”*.

Determinada “coisa”, não na concepção jurídica do termo, que caracterize riqueza, representaria uma riqueza para o promissário para fins de caracterização do contrato¹³⁰ – por exemplo, a promessa de fazer ou deixar de fazer determinada coisa em benefício de alguém.

Não há necessidade de as partes estarem imbuídas de interesses e objetivos de natureza ideal, cultural, moral ou de outros, para estarmos diante de um contrato.¹³¹ Basta que haja a livre circulação de bens e serviços, a produção de riquezas e a realização de trocas, visando o progresso social, afastando o abuso do poder econômico e a desigualdade entre as partes contratantes, para estarmos diante de um contrato que cumpre o seu dever social, portanto, que está em consonância com o princípio da função social do contrato.¹³²

¹²⁸ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Op. cit., 2002, p. 49.

¹²⁹ Idem Ibidem.

¹³⁰ ROPPO, Enzo. Op. cit., 1988, p. 13.

¹³¹ LOUREIRO, Luiz Guilherme Op. cit., 2002, p. 49/50.

¹³² Idem, p. 52.

O contrato não deve ficar limitado à circulação de riquezas, ao seu caráter econômico. Além da produção de riquezas, precisa também ter em vista princípios fundamentais para a organização da sociedade, ou seja, o princípio da dignidade humana e da solidariedade.¹³³

Luiz Guilherme Loureiro corrobora com esse entendimento, reconhecendo que o contrato não visa simplesmente dar cunho jurídico a uma operação econômica. Antes de tudo, deve atender os princípios básicos de nossa sociedade, sendo eles: a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; a equidade; a solidariedade e a produção de riquezas (arts. 1º e 3º, da CF). E complementa esse entendimento afirmando que, se o contrato violar um desses princípios, haverá, conseqüentemente, violação ao princípio da função social do contrato.¹³⁴

O Código de Defesa do Consumidor não passou avesso a esse princípio, acabou por incluí-lo expressamente em seu artigo 6, inciso V.¹³⁵ Por se tratar de instituto de regramento das relações de consumo, dispôs que não somente o equilíbrio nas prestações das obrigações atende a função social, mas há hipóteses em que o próprio desequilíbrio atende a esse princípio.

Outra característica da função social do contrato seria a de que se trata de uma norma de ordem pública, na qual, independentemente de alegação da parte contrária em processo judicial que versa sobre determinado contrato, poderá o juiz, se assim entender, verificar a função social dele na sua validade e execução. Na hipótese de ela não ter sido seguida, poderá, de ofício, determinar que assim as partes o façam. Tal entendimento está consubstanciado no artigo 2035,¹³⁶ parágrafo único, do Código Civil, que dispõe sobre a validade

¹³³ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Op. cit., 2008, p. 27.

¹³⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme Op. cit., 2002, p. 52.

¹³⁵ Art. 6º, do CDC São direitos básicos do consumidor: (...) V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

¹³⁶ "Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os

dos negócios e demais atos jurídicos, e determina que: *“Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”*.

Na Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília, em setembro de 2002, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior foram elaborados três enunciados relacionados ao princípio da função social do contrato – os enunciados 21, 22 e 23:

O enunciado 21 esclarece que a função social do contrato seria uma cláusula geral com a finalidade de impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.¹³⁷

O segundo enunciado sobre a função social do contrato, afirma novamente que se trata de cláusula geral e reforça o princípio da conservação do contrato, com a finalidade de assegurar trocas úteis e justas.¹³⁸

E por fim, o terceiro enunciado exara o entendimento de que a função social do contrato mitigaria a aplicação do princípio da autonomia contratual, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.¹³⁹

seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

¹³⁷ 21 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

¹³⁸ 22 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

¹³⁹ 23 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Os entendimentos consubstanciados nos enunciados confirmam o princípio da autonomia da vontade, porém não de forma absoluta e ilimitada. Podem sofrer limites pela lei, por decisões judiciais e por atos administrativos que visam assegurar preferencialmente o interesse social em detrimento ao individual.¹⁴⁰

Essa preferência ao social pode ser verificada facilmente no artigo 167, do Código Civil ao dispor que é nulo o negócio jurídico simulado.

A simulação é um vício social e não um vício de consentimento como o dolo, o erro e a coação. Justamente por se tratar de um vício que tutela a confiança das declarações de vontade, o legislador do Código Civil de 2002, houve por bem alterar sua consequência para nulidade.¹⁴¹

Tendo as partes simulado um negócio jurídico, haverá violação direta do princípio da função social do contrato. Na hipótese de ter sido simulada uma compra e venda de determinado bem, o terceiro prejudicado pode demandar a nulidade do negócio celebrado, pleiteando o retorno do bem para o titular anterior.

A função social do contrato visa assegurar às partes contratantes que não haja desproporcionalidade nas prestações, evitando assim eventual enriquecimento sem causa ou violação às noções básicas da equidade, além de visar sempre o progresso social e evitar que haja abuso de poder econômico.

Em razão de o contrato não somente revestir passivamente uma operação econômica, mas, além disso, estar em consonância com os princípios básicos de nossa sociedade, ao apreciar o cumprimento da função social do contrato, cabe ao juiz não ficar adstrito apenas ao seu

¹⁴⁰ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Op. cit., 2002, p. 50.

¹⁴¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. v. 1. p. 535.

objeto, mas, sobretudo, verificar o fim almejado pelas partes,¹⁴² analisando, contudo as condutas por elas tomadas.

Convém lembrar que o novo Código Civil está alicerçado por três princípios, sendo eles o da eticidade, da operabilidade e da socialidade. Este último, relacionado ao tema ora estudado nesse capítulo, é uma das diferenças entre o novo Código Civil e o antigo Código de Clóvis Beviláqua, que tinha cunho individualista. Essa transcendência do conceito individualista do direito subjetivo distancia-se da vetusta regra de o indivíduo como titular de regras positivas cerradas, enxergando o indivíduo em si mesmo e nas suas relações para com os outros.¹⁴³

Não estamos de modo algum criticando o antigo Código Civil, mas apenas apresentando uma diferença entre eles. Mesmo por que, como ficou bem esclarecido por Miguel Reale, o Código Civil de 1916 foi estabelecido em outra época, e o mundo desde então sofreu enormes transformações, sendo assolado por profundos conflitos sociais e militares, além das mudanças de paradigmas, de novos princípios determinantes da evolução histórica da sociedade civil, e de novas soluções tecnológicas e científicas.¹⁴⁴

Muito embora haja um enfoque social bem maior no Código atual, não houve perda do valor da pessoa humana. O novo Código Civil é mais apto para regular as realidades contemporâneas, focando nos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador.¹⁴⁵

É certo que com a positivação expressa do princípio da função social do contrato, cria-se uma condicionante para todo o processo hermenêutico, devendo a liberdade de contratar obedecer aos fins sociais do contrato, sendo que com isso haverá a supremacia dos

¹⁴² Idem, p. 53.

¹⁴³ REALE, Miguel. Op. cit., 2005. p. 57.

¹⁴⁴ REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2ª ed., refor. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p 7.

¹⁴⁵ Idem Ibidem.

princípios da boa-fé e da equidade, preceitos fundamentais para que o juiz possa analisar a relação contratual à luz das regras morais e éticas, correspondentes aos interesses da sociedade como um todo.¹⁴⁶

Não se pode conceber que esse princípio afaste por completo o valor individual da pessoa humana, mas que apenas dê ênfase ao interesse, também, da sociedade. Além disso, não podemos ter um pensamento oblíquo no sentido de que, em uma relação contratual, um dos contratantes não possa obter vantagem em detrimento de outro, mesmo que esse tenha prejuízo. Isso porque, nas palavras de Loureiro, *“a igualdade absoluta é uma querela, que não se encontra nunca, mesmo quando é aparente; ela não pode existir entre dois seres que têm pensamento, uma vontade e um fim diferentes”*.¹⁴⁷

O princípio da função social do contrato visa afastar a prevalência do interesse individual sobre o interesse coletivo; a deslealdade entre os contraentes; o abuso por parte de um dos contratantes; a eliminação da equidade ou da conduta imoral,¹⁴⁸ mas não proíbe que uma das partes tenha prejuízo e a outra vantagem.

Para Humberto Theodoro Júnior o mencionado princípio deve ser entendido sob o prisma externo das relações jurídicas, observando os efeitos que determinado contrato gera a terceiros, enquanto que os efeitos internos do contrato, que dizem respeito entre as partes contratantes, ficaria restrito ao princípio da boa-fé. Para esse autor, o princípio da função social do contrato seria somente uma forma de mitigar o clássico princípio da relatividade, uma vez que os contratos podem alcançar, em determinadas hipóteses, terceiros que dele não participaram.¹⁴⁹

Já Cláudio Luiz Bueno de Godoy, entende que a função social do contrato deve ser aplicada não somente de forma externa, mas

¹⁴⁶ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Op. cit., 2002, p. 53-54.

¹⁴⁷ Idem, p. 56.

¹⁴⁸ Idem Ibidem.

¹⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Forense: Rio de Janeiro, 2003. p. 45/46.

internamente, alcançando as partes do contrato, mesmo que haja reflexos em relação à sociedade. Com esse entendimento, esse autor critica o enunciado 21, acima citado, formulado para o artigo 421 do Código Civil, na Jornada de Direito Civil, realizada no Superior Tribunal de Justiça, de 11 a 13 de setembro de 2002, pois o princípio da função social do contrato nada mais seria do que uma limitação imposta à liberdade contratual, cuja função é a circulação de riquezas, observado os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.¹⁵⁰

Paulo Nalin, em artigo bem elaborado sobre o tema, aponta que, em decorrência da evolução histórica, a liberdade contratual plena cedeu passo ao dirigismo contratual e, não só os contratos, mas o próprio Direito, passou a ter uma característica bastante funcionalizada; no seu entender todos os institutos jurídicos deveria desempenhar o papel no seio da coletividade, papel esse marcado pela colaboração entre seus membros e pela igualdade material entre as partes. Nesse sentido, o mencionado autor, vai ao encontro do entendimento de Godoy, afirmando que a função social do contrato se apresenta em dois níveis: no intrínseco e no extrínseco¹⁵¹.

¹⁵⁰ “Como se verificou até agora, o contrato tem uma função social projetada, em primeiro lugar, entre as próprias partes contratantes, ainda que, atendendo à promoção de valores constitucionais que, a priori, lhe digam respeito, se projete igualmente sobre o corpo social e a bem do próprio desenvolvimento da sociedade. (...) Daí, inclusive, não se aceder, plenamente, à tese limitativa ou reducionista adotada, por maioria, na interpretação do artigo 421 do novo Código Civil, na Jornada de Direito Civil, realizada no Superior Tribunal de Justiça, de 11 a 13 de setembro de 2002, para debate sobre a nova legislação, no sentido de que a função social do contrato ‘constitui-se em cláusula geral que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.’ Melhor a conclusão seguinte, sobre o mesmo dispositivo, de que a função social atua sempre quando presente estejam interesses meta-individuais mas, também, interesses individuais relativos à dignidade da pessoa humana. Ou seja, a função social atuando, primeiro, inter partes. (...) De pronto vale dizer que essa face externa da função social do contrato, essa eficácia social, como se prefere dizer, significa flagrante corte no elastério clássico de um dos tradicionais princípios do contrato, o de sua relatividade. Conforme seus termos, a rigor o contrato não prejudica e nem beneficia terceiros que lhe são alheios (o contrato, como sempre se disse, é *res inter alios acta tertio Nec nocet ne prodest*)”. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Op. cit., 2009, p.134/135.

¹⁵¹ Seu perfil extrínseco (fim coletividade) rompe com o aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se com as suas repercussões no largo campo das relações sociais, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito.

O intrínseco, por sua vez, é alusivo a observância de princípios novos ou redescritos (igualdade material, equidade e boa-fé objetiva) pelos titulares contratantes, todos decorrentes da grande cláusula constitucional de solidariedade, sem que haja um imediato questionamento

Portanto, como visto, ao celebrar um contrato, as partes têm o dever social de cooperarem entre si para que o negócio realizado para produção e/ou circulação de riqueza seja útil não somente para uma delas ou ambas, mas também para toda a sociedade. Sendo que, para isso tanto as partes contraentes, quanto terceiros, devem evitar qualquer conduta contrária a esse princípio, sob pena de haver violação ao bem comum.

1.6 FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS

Em decorrência do princípio da força vinculante das convenções, consagra-se a ideia de que o contrato, quando cumpridos os requisitos legais, torna-se obrigatório entre as partes, que dele não se podem desligar senão por outra avença, em tal sentido. O contrato adquire uma força vinculante igual à do preceito legislativo, mediante a constituição de uma espécie de lei privada entre as partes, uma vez que vem munido de uma sanção que decorre da norma legal, representada pela possibilidade, em caso de descumprimento por uma das partes, de executar o patrimônio da outra parte, tida como devedora.¹⁵²

Ao celebrar um contrato as partes têm a obrigação de cumprir as regras ali pactuadas, sob pena de caracterização de mora ou inadimplemento, e, conseqüentemente, ser sancionadas. Tal princípio decorre do conhecido brocardo jurídico do *pacta sunt servanda*, ou seja, o contrato faz lei entre as partes.

Convém mencionar, que para que o contrato tenha força no mundo jurídico, primeiramente tem que existir e, posteriormente, há de ter sido formado validamente.

acerca do princípio da relatividade dos contratos, insculpido no art. 1.165 do Code ("as convenções não produzem efeito que não entre as partes contratantes ..."), corolário lógico do princípio da liberdade contratual. NALIN, Paulo. *A função social do contrato no futuro código civil brasileiro*. Revista de Direito Privado, v. 12, outubro-dezembro de 2002, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002. p. 56.

¹⁵² RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3. p. 17-18.

Como visto acima, o contrato serve para dar forma a uma operação econômica, visando a transferência de riquezas. Nesse sentido, Orlando Gomes¹⁵³ esclarece que a força obrigatória dos contratos atribuída pela lei seria “a *pedra angular da segurança do comércio jurídico*”, ou nas palavras de Caio Mario¹⁵⁴ se referindo à essência do mencionado princípio, “*irreversibilidade da palavra empenhada*”.

Com a celebração do contrato, ante a declaração de vontade expressada pelas partes, o Estado garante a obrigatoriedade do avençado. Uma vez concluído o contrato, este se torna norma jurídica individual, incorporada pelo ordenamento jurídico, conseqüentemente, uma vez desrespeitada a obrigação ali avençada, surge o direito da parte lesada de pedir a intervenção do Estado para assegurar a execução da mencionada obrigação.¹⁵⁵

Enzo Roppo¹⁵⁶ esclarece que o princípio da obrigatoriedade trata-se de um elo entre a liberdade de contratar e a responsabilidade contratual. Uma vez declarada a vontade de contratar, as partes se obrigam verdadeiramente.

Havendo a celebração de determinado contrato, as partes têm a obrigação de cumprir com a palavra dada, sob pena de sofrer sanções, sem que houvesse a possibilidade de intervenção do Estado diante de determinados acontecimentos que poderiam ocasionar a ruptura do equilíbrio das prestações contratualmente assumidas. Cada parte assumiria o prejuízo proveniente do contrato.

¹⁵³ GOMES, Orlando. Op. cit., 2009, p. 38.

¹⁵⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3. p. 14.

¹⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3. p. 32.

¹⁵⁶ “Em linha de princípio, portanto, os sujeitos privados são livres de obrigar-se como quiserem. Mas quando se obrigam, obrigam-se verdadeiramente; aquilo que livremente escolheram torna-se vínculo rigoroso dos seus comportamentos, e se violam a palavra dada, respondem por isso e sujeitam-se a sanções. É o *nexo liberdade contratual – responsabilidade contratual* (ou, dito de outra maneira, utilidade-risco) ao qual já fizemos referência e que encontra o seu pontual reflexo normativo na conexão ideal que se deve estabelecer entre o art. 1322.0 c. 1 cód. civ. e o art. 1372.0 c. 1 cód. civ., segundo o qual “O contrato tem *força de lei* entre as partes”. ROPPO, Enzo. Op. cit., 2009, p. 128.

Com efeito, tal princípio continua em vigor em nosso ordenamento jurídico, porém de forma mitigada. Isso porque diante das inúmeras mudanças, bem como a vigência do novo Código Civil, há de ser verificada a relação contratual firmada não somente entre as partes, mas também que seja analisada o interesse da própria sociedade, havendo a possibilidade de o Poder Judiciário intervir no conteúdo de determinados contratos.¹⁵⁷

Não há motivos para que haja o abandono desse princípio, sob pena de aniquilarmos a segurança das relações contratuais, o que seria implementar o caos generalizado. O que se tem firmado é dar um significado menos rígido a esse princípio, em detrimento do caráter absoluto, fomentado pela doutrina individualista.

Em determinadas circunstâncias poderá haver a mitigação da força obrigatória dos contratos por parte do Poder Judiciário. Sendo que esse princípio deve ser aplicado em razão e nos limites dos demais princípios (princípio da boa-fé objetiva, princípio da função social do contrato etc.). Havendo fatos imprevisíveis ou extraordinários, nasce a possibilidade de a parte que se sentir prejudicada vir a socorrer-se junto ao Estado, a fim de ajustar o sinalagma contratual, conforme disposto no artigo 317¹⁵⁸ e 478¹⁵⁹, do atual Código Civil.

2 CONCEITO E TEORIAS EXPLICATIVAS DA CESSÃO DE CONTRATO

Por proêmio, antes de adentrar propriamente no campo da cessão do contrato, necessário se faz conceituar contrato, a fim de

¹⁵⁷ GOMES, Orlando. Op. cit., 2009, p. 39.

¹⁵⁸ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

¹⁵⁹ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

entender, pelo menos de forma sucinta, o que seria contrato e quais os seus requisitos.

Para tanto podemos nos socorrer das palavras de Orlando Gomes esclarecendo que *“contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral”*.¹⁶⁰

É importante deixar bem claro que todo contrato é um negócio jurídico bilateral, geralmente, patrimonial, sendo necessário para a sua formação a participação volitiva dos dois polos envolvidos, sendo que essa autonomia privada está consubstanciada na ideia de liberdade contratual. Tal entendimento está disposto no artigo 421, do Código Civil de 2002.

Outro não é o entendimento do Código Civil Italiano, disposto no artigo 1.321, limitando o contrato às relações patrimoniais: *“Nozione – Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare e estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”*.¹⁶¹

Nas lições de Enzo Roppo¹⁶² sobre o tema “caráter patrimonial dos contratos”, visando a circulação de riquezas, podemos extrair que:

(...) pode dizer-se que existe operação econômica – e portanto possível matéria de contrato – onde existe circulação de riqueza, atual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro (naturalmente, falando de “riqueza” não nos referimos só ao dinheiro e aos outros bens materiais, mas consideramos todas as “utilidades” suscetíveis de avaliação econômica, ainda que não sejam “coisas” em sentido próprio:

¹⁶⁰ GOMES, Orlando. Op. cit., 2009, p. 4.

¹⁶¹ Tradução livre: “o contrato é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre eles uma relação jurídica patrimonial”.

¹⁶² ROPPO, Enzo. Op. cit., 1988, p. 13.

nestes termos, até a promessa de fazer ou de não fazer qualquer coisa em benefício de alguém, representa para o promissário, uma riqueza verdadeira e própria...

O contrato visa a circulação de riquezas mediante o deslocamento de patrimônio. Nota-se que o patrimônio deve ser entendido como bem suscetível de ser avaliado economicamente e não como sendo bens corpóreos e tangíveis. O contrato, por si só, deve ser considerado uma riqueza que integra o patrimônio do contraente, havendo a possibilidade de sua circulação.

Não poderíamos deixar de citar os ensinamentos de Renan Lotufo,¹⁶³ sobre o tema:

O contrato há de ser visto como um acordo bilateral pelo qual as partes autorregulam seus comportamentos numa relação jurídica, geralmente patrimonial. Assim, atende-se às concepções subjetiva e objetiva, pois o acordo é uma expressão de vontade, que leva ao enquadramento na concepção subjetiva, enquanto o autorregulamento conduz à concepção objetiva, desenvolvidas pelas teorias da declaração e pela preceptiva.

Como visto, o contrato se aperfeiçoa com o consenso das partes contraentes, caracterizando-se, geralmente, por sua patrimonialidade, tratando-se de elementos essenciais à sua definição. O negócio jurídico é sempre um ato de autonomia privada.

Muito embora o contrato tenha relevância econômica, visando a produção e circulação de riquezas, não podemos deixar de lembrar

¹⁶³ LOTUFO, Renan. Teoria Geral dos Contratos *in* LOTUFO, Renan e NANNI, Giovanni Ettore, (coord.) *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p.15.

que, do ponto de vista jurídico, o contrato é fonte de obrigação, estabelecendo uma relação jurídica entre as partes contraentes, ensejando a cada uma delas o cumprimento e exigência da prestação assumida, podendo ser de dar, fazer ou de não fazer.

Nesse contexto, é sempre bom lembrar que nos dias atuais a relação obrigacional passou a ser vista como processo,¹⁶⁴ havendo necessidade, para se atingir o integral cumprimento da obrigação e consequentemente satisfazer integralmente o credor, de se impor deveres laterais, correlatos e comportamentos às partes. Um dos principais expoentes no Brasil foi Clovis V. do Couto e Silva, ensinando que *“a relação obrigacional tem sido visualizada, modernamente, sob o ângulo da totalidade. O exame do vínculo como um todo não se opõe, entretanto, sua compreensão como processo, mas, antes, o complementa”*.¹⁶⁵

O mesmo autor complementa sua explicação ao justificar a utilização da expressão ‘obrigação como processo’, pois essa *“tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência”*.¹⁶⁶

O contrato gera obrigações outras e não somente aquelas estipuladas pela declaração de vontade das partes. Não poderia ser visto de forma estática, mas sim dinâmica, como um processo. Havendo o cumprimento das prestações o contrato se extingue, porém, esses deveres anexos permanecem intactos, embasando eventual responsabilidade pós-contratual.

¹⁶⁴ Vide Fernando Noronha. “Na verdade, existem duas maneiras de encarar qualquer situação jurídica obrigacional da vida real: uma, vendo nela apenas o que se chama de relação obrigacional simples, isto é, somente olhando o vínculo entre credor e devedor, que se traduz no poder do primeiro de exigir uma prestação, que o segundo tem o dever de realizar; outra, encarando-a na perspectiva da pluralidade de direitos, deveres, poderes, ônus e faculdades interligados e nascidos de um determinado fato (por exemplo, um contrato ou um ato ilícito), digam ou não respeito a prestações exigíveis de uma ou outra parte. Nesta segunda perspectiva teremos o que se chama de relação obrigacional complexa, ou sistêmica. NORONHA, Fernando. Op. cit., 2003, p. 72.

¹⁶⁵ COUTO E SILVA, Clovis V do. *Obrigação Como Processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008 p. 17.

¹⁶⁶ Idem, p. 20.

Pode-se, portanto, afirmar que o contrato em si mesmo é uma riqueza que integra um patrimônio e que por isso pode ser ele mesmo objeto de circulação. Até por que todo contrato tem uma função econômica.¹⁶⁷

Muito embora existam ordenamentos que regulamentaram de forma positivada a cessão de contrato, podendo citar como exemplo o Código Civil Italiano, que acabou por dispor sobre o assunto em seus artigos 1.406 a 1.410, bem como o Código Civil Português, em seus artigos 424 à 427, o Código Civil Brasileiro restou-se silente em relação a esse assunto.

Em nosso ordenamento jurídico encontram-se reguladas somente as figuras da cessão de crédito e da assunção de dívida. Porém a cessão de contrato é acolhida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência,¹⁶⁸ na qual fundamenta a sua possibilidade no princípio da liberdade contratual.¹⁶⁹

Esse princípio da liberdade contratual conforme ensina Hamid Charaf Bdine Júnior,¹⁷⁰ *“é um valor constitucional, cuja limitação só pode ser socialmente justificada pela proteção a direito fundamental de outrem”*, consubstanciado no artigo 421 do Código Civil, e ainda complementado pelo disposto no artigo 425, do Código Civil, autorizando a celebração de contatos atípicos.

Pode-se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro abraça a possibilidade de haver a cessão da posição contratual, instituto diverso da cessão de crédito e da assunção de dívida, positivamente regulados. Trata-se a cessão de contrato de um fenômeno de circulação de

¹⁶⁷ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 22.

¹⁶⁸ REsp 1190899/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 07/02/2012; EREsp 973.617/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/06/2011, DJe 02/08/2011; REsp 783.389/RO, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/05/2008, DJe 30/10/2008; REsp 783.389/RO, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/05/2008, DJe 30/10/2008; REsp 356.383/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2002, DJ 06/05/2002, p. 289.

¹⁶⁹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. Op. cit. 2011, p. 395.

¹⁷⁰ BDINE JÚNIOR, Hamid Charad. *Cessão da Posição Contratual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 15.

riquezas representadas pelo próprio contrato. Assim, “se a finalidade é circular riquezas, a cessão do contrato traduz uma circulação ao quadrado. Circula-se a riqueza pela cessão do instrumento que circula a mesma”.¹⁷¹

Dito isso, conceituaremos cessão da posição contratual como um negócio jurídico cujo objetivo é a transferência de uma das partes do contrato-base (cedente) que será substituída por um terceiro (cessionário), necessitando da anuência da parte originária que permanecerá no contrato (cedido).

Andreoli conceitua a cessão da posição contratual nos seguintes termos:

La cesión de contrato (presupuesto èste último como bilateral, al menos en la institución) es el instrumento que permite realizar la llamada circulación del contrato, es decir, la transferencia negocial a un tercero (llamado cesionario) del conjunto de posiciones contractuales (entendido como reultante unitario de derechos y obligaciones orgánicamente interdependientes), constituída en la persona de uno de los originarios contratantes (llamado cedente); de tal forma que, através de esa sustitución negocial del tercero en la posición de ‘parte’ del contrato, en lugar del cedente, dicho tercero subentra em la totalidad de lós derechos y obligaciones que em su orgânica interdependencia se derivan del contrato estipulado por el cedente”.¹⁷²

¹⁷¹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. Op. cit., 2011, p. 396.

¹⁷² Em tradução livre: “A cessão de contrato (pressupondo-se que este seja bilateral, ao menos na instituição) é o instrumento que permite realizar a chamada circulação do contrato, é dizer, a transferência negocial a um terceiro (chamado cessionário) do conjunto das posições contratuais (entendido como resultante unitário de direitos e obrigações organicamente interdependentes), constituído na pessoa de um dos originários contratantes (chamado cedente); de tal forma que, através dessa substituição negocial do terceiro na posição de “parte” do contrato, no lugar do cedente, dito terceiro se sub-roga na totalidade dos direitos e obrigações lhes sua interdependência orgânica derivam do contrato celebrado pelo cedente”.

Com relação à discussão se a cessão de contrato seria simplesmente a junção dos institutos positivados no Código Civil, a cessão de crédito e a assunção de dívida, tal argumento estaria amparado na teoria atomística da cessão de contrato. Nessa teoria há uma decomposição da figura da cessão do contrato, dissociando crédito e dívida.

Recorremos à lição de Orlando Gomes¹⁷³, na qual esclarece que:

(...) a construção atomística decompõe a posição contratual da parte nos seus elementos ativos e passivos, admitindo que os direitos e obrigações correspondentes a esses elementos devem ser considerados singularmente. Assim, para que se verifique a cessão do contrato, é necessária a justaposição de transferência de todos os elementos. Resultaria, em suma, de negócios distintos que se somam: cessão de créditos para os elementos ativos; assunção de dívida ou delegação para os elementos passivos. A rigor, esta teoria nega, porém, o fenômeno da circulação do contrato.

Essa teoria está alicerçada em dois fatores. O primeiro decorre do positivismo exacerbado, nascido na Alemanha, atribuído em grande parte a Demelius,^{174,175} sob o fundamento de que a cessão de crédito e a

ANDREOLI, M. *La cesión del contrato*. Tradução de Francisco Javier Usset. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. p. 2.

¹⁷³ GOMES, Orlando. Op. cit., 2009, p. 176.

¹⁷⁴ “Para Demelius, a cessão da posição contratual tem que ver muitas vezes com outros contratos e que são a origem de tudo. Ele chamou de fonte de cumprimento (Erfüllungsguelle) ou bem do cumprimento (Erfüllungsguelle) o fenômeno em que se transfere uma empresa cuja propriedade está conexada com a possibilidade de cumprimento de contratos de fornecimento pendentes. Quem compra a empresa (Unternehmen) assume o compromisso de atender às encomendas (Auftragsstand). O adquirente assume o compromisso de cumprir os contratos pendentes (Erfüllungsübernahme). Foi para explicar esse fenômeno da transferência

assunção de dívida está devidamente regrados no BGB, sendo que a cessão do contrato não está positivada. Como a lei não a prevê, ela estaria reduzida à junção das figuras positivadas no BGB.¹⁷⁶ Essa teoria é também conhecida como Zerlegungstheorie (teoria da decomposição), criada para justificar a ausência de regulamentação no BGB da cessão da posição contratual, mas tão somente da cessão de crédito e assunção de dívida.¹⁷⁷

O segundo, como ensina Ivo Waisberg,¹⁷⁸ *“reside na compreensão da própria relação obrigacional. Os defensores da corrente atomística entendiam que a relação obrigacional contratual resumia-se aos direitos e deveres relativos à prestação principal”*. Entretanto, como anteriormente exposto, na lição de Clovis do Couto e Silva, a relação obrigacional não se resume a direitos e obrigações, há deveres de conduta, anexos, consubstanciados na boa-fé objetiva.

Em contraposição à teoria atomística, autores como Siber, na Alemanha, Mossa e Messineo, na Itália, defendiam a teoria unitária. Nessa teoria não há decomposição do contrato em cessão de créditos e assunção de dívidas, há transferência integral dos elementos ativos e passivos do contrato, há um único negócio de disposição do contrato como conjunto unitário de direitos e obrigações.¹⁷⁹ Trata-se de uma transferência em bloco, transmissão completa da posição contratual, não havendo a separação entre obrigação e direitos assumidos dentro da relação contratual. Há simplesmente a transferência da posição contratual para um terceiro. Esse é o ensinamento de Orlando Gomes:

para o cessionário dos direitos e deveres que pertenciam ao cedente que ele desenvolveu a teoria atomística.” CABRAL, Antonio da Silva. Op. cit., 1987, p. 182.

¹⁷⁵ “Em 1922, Heinrich Demelius, professor na Universidade de Viena, publicou um artigo intitulado Vertragüberhme (cessão de contratos) e que marcou época...”. Idem Ibidem.

¹⁷⁶ “A fundamentação da versão clássica da teoria da decomposição é, em larga escala, de ordem positivista extrema, como o patenteia, abundantemente, a exposição de seu mais característico representante. Demelius parte da ideia de que a cessão do contrato, não sendo permitida por nenhuma regra especial do BGB, se não puder ser reduzida a uma cessão de créditos e a uma assunção de dívida, deve ser considerada ‘um impossível jurídico’”. PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit., 1985, p. 168.

¹⁷⁷ CABRAL, Antonio da Silva. Op. cit., 1987, p. 183.

¹⁷⁸ WAISBERG, Ivo. Cessão de contrato nos contratos de adesão in TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Obrigações: função e eficácia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. II, p. 265. Edições Especiais 100 anos.

¹⁷⁹ CABRAL, Antônio da Silva. Op. cit., 1987, p. 195.

O contrato é cedido, em síntese, por negócio único, no qual o consentimento dos interessados se dirige para a transmissão de todos os elementos ativos e passivos, de todos os créditos e débitos. Não se verificam, com efeito, a transferência conjunta de elementos isolados, mas, sim, a transmissão global de todos os que definem uma posição contratual. É o contrato que circula, passando de um contraente a terceiro. É a relação contratual que se modifica subjetivamente, saindo um contraente para que outrem lhe tome o lugar.

Sendo que na conclusão desse mesmo autor, pode-se afirmar que “o negócio de cessão é, assim, ato único e simples”.¹⁸⁰

No mesmo sentido, Andreoli¹⁸¹ expõe que para a teoria unitária a cessão da posição contratual é representada por um único negócio de disposição sobre o contrato, como conjunto unitário de direitos e de obrigações.

Como crítica direta à teoria atomística, Mota Pinto¹⁸² esclarece que na cessão de contrato não há a transferência somente de créditos e débitos de uma relação jurídica, por ser algo unitário, há transferência de certos direitos potestativos, o que não seria possível de acordo com aquela teoria. Assim, na cessão de contrato há produção de efeitos bem mais amplos que o produzido isoladamente pela cessão de crédito e assunção de dívida.

Para esse autor, uma vez transferido o objeto da cessão de contrato, há transferência dos créditos, débitos, direitos potestativos, sujeições, deveres laterais de comportamento, independente do dever

¹⁸⁰ GOMES, Orlando. Op. cit., 2009, p. 176.

¹⁸¹ ANDREOLI, M. Op. cit., 1956. p. 37.

¹⁸² PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit., 1985, p 235.

principal de prestação, exceções, expectativas, ônus etc.¹⁸³ Justifica esse entendimento no sentido de que os vínculos firmados com o contrato formam uma estrutura, um sistema, um processo, uma unidade denominada relação contratual em sentido amplo pelo autor. Daí a sua tese de que o objeto na cessão da posição contratual *“compreende todos os vínculos ou liames intersubjetivos criados pelo contrato corretamente designado por cedido”*.¹⁸⁴

Andreoli¹⁸⁵ critica a teoria atomística, afirmando que essa teoria se configura pouco satisfatória, uma vez que não admite o fenômeno da circulação do contrato em toda a sua amplitude, restringindo-se somente à cessão de crédito e assunção de dívida. E complementa sua crítica no sentido de que a declaração de vontade de ceder o contrato é única e não fracionada pelos elementos que o compõem.¹⁸⁶

Além disso, para esse autor, a causa do contrato é somente uma, ou seja, transferência da posição contratual, vista de forma unitária, de um dos contraentes primitivos a um terceiro, estranho à relação precedente, de tal forma que o cedente se retire do contrato-base, e o cessionário assuma todos os efeitos na posição contratual do cedente, não havendo espaço para transferência fracionada dos elementos do contrato.¹⁸⁷

¹⁸³ Idem, p. 236.

¹⁸⁴ Idem, p. 238.

¹⁸⁵ ANDREOLI, M. Op. cit., 1956, p. 32.

¹⁸⁶ “Ante todo, cuando cada uno de los tres sujetos participantes em el negocio de cesión del contrato expresa su declaración de voluntad negocial (referente a la transferencia a la persona de un tercero de la posición global contractual encarnada em uno de los contratantes primitivos del contrato bilateral básico), más bien que fraccionar, por hipótesis, su voluntad en una pluralidad de declaraciones negociales como son los elementos singulares activos y pasivos a transferir, emite, por el contrario, una declaración única de disposición que, como justamente se ha observado, abarca la posición global contractual que se transfiere, considerándola unitariamente en su conjunto organico de deudas y créditos estrechamente interdependientes. Esta unicidad de la declaración dispositiva es un índice lo más elocuente para advertir que en la cesión de contrato no se está ya en presencia de dos o más negocios de transferencia (que lógicamente requerirían también una correlativa pluralidad de declaraciones de voluntad), sino en presencia de un negocio único de transferencia (de la orgânica posición contractual antedicha); negocio pensado, precisamente, para realizar unitariamente la circulación unitaria del contrato”. Idem Ibidem.

¹⁸⁷ Idem, p. 33.

Por exemplo, na hipótese de uma cessão de contrato de locação, na qual o cessionário não assuma somente a obrigação de pagar o aluguel e o direito de utilizar o bem locado, mas assuma sim todo o complexo de vínculos intersubjetivos que acompanha a figura do locatário-cedente e que transcende a mera detenção de créditos e débitos.

Podemos citar, ainda que rapidamente, a existência de uma teoria intermediária, isto é, que mescla as duas teorias anteriores, atomística e unitária. Ela afirma que a cessão de contrato trata-se de um negócio jurídico complexo, resultante da cessão de crédito e assunção de dívida, operando a transmissão integral da relação contratual. O negócio, no entanto, é único, sendo que a declaração de vontade é uma só, como também é único o fim perseguido pelas partes.¹⁸⁸

Tanto Cabral quanto Andreoli refutam tal teoria, afirmando que não se poderia entender de que maneira o negócio da cessão de contrato permaneceria único se fracionados seus elementos em cessão de crédito e assunção de dívida, resultando do complexo de vários negócios.^{189,190}

O contrato não estaria restrito somente à prestação, mas também, aos deveres correlatos ou laterais, pois a obrigação há de ser vista não de forma estática, mas sim dinâmica. Nesse sentido, somos favoráveis à teoria unitária, na qual a cessão da posição contratual, não poderia ser simplesmente cindida em direitos e obrigações, mas esses dois itens constituiriam uma unidade orgânica,¹⁹¹ sendo que a transmissão seria de forma global e única das relações que compõem o contrato.

Entre os doutrinadores brasileiros adeptos a esta última teoria, podemos citar Darcy Bessone,¹⁹² Pontes de Miranda,¹⁹³ bem como

¹⁸⁸ CABRAL, Antônio da Silva. *Cessão de Contrato*. São Paulo: Editora Saraiva, 1987, p. 206.

¹⁸⁹ Idem, p. 209.

¹⁹⁰ ANDREOLI, M. Op. cit., 1956, p. 34-35.

¹⁹¹ GOMES, Orlando. Op. cit., 2009, p. 176.

¹⁹² Darcy Bessone, Op. cit., 1997, p.181.

Orlando Gomes como anteriormente exposto. Entre os italianos, citamos além de Andreoli, Francesco Messineo.¹⁹⁴

Em que pese a omissão do direito positivado sobre o tema, tanto a doutrina quanto a jurisprudência consolidaram o entendimento de ser possível a cessão da posição contratual em nosso ordenamento jurídico.

3 TERMINOLOGIA

Há muito se discute sobre a mais correta nomenclatura a ser utilizada no tema estudado. As duas terminologias mais utilizadas em nosso ordenamento são: cessão de contrato e cessão da posição contratual. Diante disso, iremos analisar qual das duas seria a correta tecnicamente.

O Código Civil Italiano no livro quarto capítulo VIII utiliza a expressão da cessão de contrato, no original *Della cessione del contratto*. Diferentemente, o Código Civil português em seu artigo 424 utiliza a expressão cessão da posição contratual.

Tal diversificação é encontrada por autores brasileiros sobre o tema. Darcy Bessone utiliza a expressão “cessão da posição contratual”,¹⁹⁵ esclarecendo sobre a desnecessidade de decompor o contrato em direitos e obrigações para se explicar a cessão da posição contratual. Tal termo foi utilizado no parágrafo único do artigo 1.201,¹⁹⁶

¹⁹³ Tratado de Direito Privado. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, tomo XXXIII, p. 408: “Alguns juristas tentaram desconhecer ou negar a transferência global, a transferência da posição subjetiva no negócio jurídico: haveria apenas transferências de direitos, singularmente (e. g., E. SCHOLLMEYER, *Recht der Schuldverhältnisse*, 361; H. SIBER, em G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 548 s.); mas sem razão. Conforme veremos, a transferência da posição subjetiva no negócio jurídico é mais do que a soma das transferências de créditos e dívidas, pretensões e obrigações ou ações.”

¹⁹⁴ MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. Milano: Giuffrè, 1972. v. 2, p. 10.

¹⁹⁵ Muito embora no item 112 utilize a expressão “cessão do contrato”. BESSONE, Darcy. Op. cit., 1997, p. 182.

¹⁹⁶ “Art. 1.201. Não havendo estipulação expressa em contrário, o locatário, nas locações a prazo fixo, poderá sublocar o prédio, no todo, ou em parte, antes ou depois de havê-lo

do Código Civil de 1916 ao mencionar sobre cessão da locação, no artigo 2º da Lei n. 1.300, de 28.12.1950,¹⁹⁷ lei que alterou a Lei do Inquilinato e na lei 7.132, de 1983,¹⁹⁸ que alterou o artigo 24 da Lei 6.099 de 1974, dispondo da expressão “cessão de contrato”.

Orlando Gomes¹⁹⁹ emprega as expressões “circulação dos contratos”, “cessão de posição contratual” e “cessão de contrato”. Pontes de Miranda prefere a expressão “transferência legal da posição subjetiva”²⁰⁰. E, ainda no Brasil, podemos citar o trabalho de Hamid Charaf Bdine Júnior,²⁰¹ que entende como correto utilizar a expressão “cessão da posição contratual”, conforme titula sua obra.

O principal expoente da doutrina portuguesa, Carlos Alberto da Mota Pinto, escreveu monografia intitulada de Cessão de Contrato, sendo reimpressa, em 1982, em Portugal, com o título Cessão da Posição Contratual.²⁰² Portanto, esse autor não distingue a expressão “cessão de contrato” e “cessão da posição contratual”.

Para entendermos qual seria a melhor terminologia a ser utilizada para o tema ora estudado, é importante compreender que efeito da cessão é o ingresso de um terceiro em uma relação contratual existente. Nesse sentido, esclarece-se que não se cede o contrato como um bem material, mas sim a posição contratual da parte de um contrato.²⁰³

recebido, e bem assim emprestá-lo, continuando responsável ao locador pela conservação do imóvel e solução do aluguel. Parágrafo único. Pode também ceder a locação, consentindo o locador.”

¹⁹⁷ Art. 2º A cessão da locação, a sublocação total ou parcial e o empréstimo do prédio dependem de consentimento, por escrito, do locador.

¹⁹⁸ “Art. 24 - A cessão do contrato de arrendamento mercantil a entidade domiciliada no exterior reger-se-á pelo disposto nesta Lei e dependerá de prévia autorização do Banco Central do Brasil, conforme normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional. (Redação dada pela Lei nº 7.132, de 1983). Parágrafo único - Observado o disposto neste artigo, poderão ser transferidos, exclusiva e independentemente da cessão do contrato, os direitos de crédito relativos às contraprestações devidas.”

¹⁹⁹ GOMES, Orlando. Op. cit. 2009, p. 175.

²⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 2003, p. 471.

²⁰¹ BDINE JÚNIOR. Hamid Charif. Op. cit., 2008, p. 64-66.

²⁰² PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit., 1985, p. VII.

²⁰³ CABRAL, Antônio da Silva. Op. cit., 1987. p. 67.

Nesse caso, a expressão “cessão de contrato” poderia induzir que se está cedendo o próprio contrato como objeto da negociação, não havendo distinção do efeito do negócio, em substituir uma das partes da relação contratual.

Nessa mesma linha de raciocínio, sobre qual seria a expressão melhor ou mais correta, tecnicamente, relembramos o conceito de contrato como sendo o ajuste de vontade das partes com o objetivo de criar, modificar ou extinguir direitos de natureza, geralmente, patrimonial. Seus elementos identificadores são as partes e seu objeto. Para Hamid²⁰⁴ a melhor expressão seria cessão da posição contratual.

É pertinente notar que a expressão mais usual é a “cessão de contrato”, ainda que não seja o contrato o objeto da negociação, conforme esclarecido por Antonio da Silva Cabral,²⁰⁵ ao nomear seu livro “cessão de contrato”, ressaltando que preferiu utilizar essa expressão, muito embora não seja a mais correta tecnicamente, apenas a mais usual.

Muito embora entendamos que a melhor expressão a ser utilizada para o instituto seria ‘cessão da posição contratual’, no presente trabalho as duas expressões “cessão da posição contratual” e “cessão de contrato” serão utilizadas sem que haja diferenciação entre elas, seja, a primeira, pela tecnicidade, seja a segunda por ser mais usual.

²⁰⁴ “...se o contrato original deixa de ter uma das partes que o constituíram, deixa de existir o próprio contrato original: o contrato original celebrado por A e B não é o mesmo contrato celebrado entre A e C – admitindo-se que B foi substituído por C. Desse modo, para que não se confunda a afirmação de que um certo contrato foi cedido com a de que a posição contratual passou a ser ocupada por outro, parece que a denominação cessão da posição contratual é a tecnicamente preferível.” BDINE JÚNIOR. Hamid Charaf. Op. cit., 2008. p. 65-66.

²⁰⁵ CABRAL. Antonio da Silva. Op. cit., 1987, p. 67.

4 REQUISITOS GENÉRICOS

Como visto, a cessão da posição contratual é um negócio jurídico, em que há alteração de uma das partes originárias do contrato por um terceiro. Por se tratar de um negócio jurídico está sujeito a todos os elementos e requisitos a ele inerentes, fazendo com que esse negócio exista e tenha validade.

Na cessão de posição contratual, existem os requisitos genéricos, bem como os requisitos específicos, inerentes exclusivamente a esse negócio jurídico, o que o individualizará dos demais negócios jurídicos.

Nas palavras de Francesco Messineo:²⁰⁶ *“Con la cessione del contratto, prevista e disciplinata negli artt. 1406-1410 c.c., Il legislatore rende possibile Il subingresso di un cessionario, che è terzo (cfr. art. 1407 comma I) nel contratto ceduto (già perfezionato), a uma delle parti contraenti (ossia, al cedente)”*.

Com relação aos requisitos genéricos podemos mencionar a capacidade das partes para a realização do negócio, bem como o seu livre consentimento. Assim, pode-se afirmar que há necessidade de o consentimento ser hígido e livre, de modo que a parte que expressar a sua vontade deverá ser capaz ou, em caso de incapazes, deverá ser devidamente representado ou assistido, sem nenhum vício que possa ensejar a sua anulação ou nulidade. Outro elemento é o objeto, que deve ser lícito, possível e determinado ou determinável. Além desses dois, podemos mencionar a forma que, se não houver especificação na lei, pode ser livre.

Não há necessidade de se respeitar somente esses requisitos genéricos para ocorrer a cessão da posição contratual. Nesse negócio jurídico residem mais três requisitos específicos.

²⁰⁶ MESSINEO, Francesco. Op. Cit., 1972. v. 2, p. 2

5 REQUISITOS ESPECÍFICOS DO CONSENTIMENTO

Na cessão da posição contratual há de ser considerado aquele que pretende se desligar da relação contratual (cedente), aquele que ingressará no lugar do cedente (cessionário) e aquele que permanece na relação contratual (cedido). Sem refletir muito sobre as partes envolvidas na cessão, concluímos facilmente sobre a necessidade do consentimento do cedente e do cessionário, uma vez que um quer ingressar e outro sair da relação contratual. Entretanto, aquele que permanece na relação contratual também deve dar seu consentimento, pois a relação não pode ser modificada sem que haja um acordo comum.

O cedido deve consentir com a alteração da relação contratual firmada com o cedente. Tal entendimento está corroborado pelos ensinamentos de Francesco Messineo.²⁰⁷

Há discussão quanto à natureza do consentimento do cedido. Discute-se se o consentimento se trata de elemento constitutivo da cessão ou se este seria exigido somente para dar eficácia²⁰⁸ à cessão já validamente acordada entre cedente e cessionário.

Essa distinção é relevante para a análise da validade da cessão da posição contratual. Na hipótese de o consentimento ser entendido como requisito de eficácia, a cessão celebrada entre o cedente e o cessionário seria existente e válida, portanto já estaria aperfeiçoada sem o consentimento do cedido. Esse consentimento somente é relevante para se tornar eficaz a cessão perante o cedido.

²⁰⁷ “è quello che risulta dal concorso delle dichiarazioni di volontà delle ter parti interessate. Cedente, cessionário e contraente ceduto: Il primo comma dell'art 1407 c.c., nel suo inciso finale, allude all'esigenza che alla cessione dia Il proprio assenso, Il contraente ceduto: cioè, l'altra parte nel contratto-base; e, quindi, colloca, in tale assenso, Il momento terminale di un negozio a ter parti.” MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. Milano: Giuffrè, 1972.v. 2, p. 2.

²⁰⁸ Nesse sentido, Iturraspe: “Las partes en el negocio de cesión se denominan: cedente y cessionário; el contratante cedido no es parte y se limita a dar su asentimiento expreso o tácito; este asentimiento sirve para hacer eficaz la cesión respecto del cedido”. ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos*. Buenos Aires: EDIAR, 1992, p. 306.

Diferentemente se entendido como requisito de constituição da cessão, cujo consentimento do cedido seria imprescindível para a própria validade da cessão.

O consentimento do cedido não se trata de mera ciência, mas sim de expressa concordância com a cessão. Isso porque haverá alteração da posição contratual, e, conseqüentemente, a parte que originariamente celebrou o contrato não fará mais parte deste, mas sim um terceiro estranho à relação original.

Hamid Charaf Bdine Júnior,²⁰⁹ uma vez que não há regulamentação jurídica específica, em nosso ordenamento jurídico, para o instituto da cessão da posição contratual, *“a concordância do cedido deve ser expressa, e ela é elemento de validade da cessão, e não apenas condição para sua eficácia”*. O mencionado autor justifica essa afirmação, fazendo uma analogia à assunção de dívida, instituto positivado no Código Civil, *“na medida em que até mesmo para a mera assunção de dívida tal circunstância está consignada no artigo 299, do Código Civil”*.²¹⁰

Francisco Messineo²¹¹ tem o mesmo entendimento, no sentido de ser o consentimento do cedido requisito constitutivo da cessão da posição contratual e não mero requisito de eficácia.

Em entendimento diverso, Pontes de Miranda, afirma que a transferência do negócio jurídico pode ser convencionada entre o cedente e cessionário. A vinculação entre eles depende do consentimento posterior do cedido. E conclui que *“esse consentimento não faz plurilateral o negócio jurídico. Apenas se configura como declaração unilateral de vontade”*.²¹² Mais adiante, o mesmo autor

²⁰⁹ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Op. cit., 2008, p. 117.

²¹⁰ Idem Ibidem.

²¹¹ “Invero, con le dichiarazioni di volontà del cedente e del cessionario, deve concorrere la dichiarazione di assenso del contraente ceduto; e, poichè tale dichiarazione opera, non già quale mero requisito di efficacia dela cessione, bensì quale elemento costitutivo piano, agli effetti del sorgere del negozio di cessione”. MESSINEO, Francesco. Op. cit., 1972. p.6.

²¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, Campinas: Bookseller, 2003. t. 23, § 2.873, p. 458.

afirma que “o consentimento não é, conforme dissemos, elemento constitutivo; apenas se exige para a eficácia traslativa.”²¹³

Andreoli,²¹⁴ Messineo²¹⁵ e Cabral²¹⁶ entendem que a cessão de posição contratual trata-se de um negócio jurídico trilateral, sendo que o consentimento do cedido não é apenas para dar eficácia ao negócio, mas sim dar validade a ele.

No mesmo sentido Mota Pinto,²¹⁷ afirma que a cessão trata-se de contrato trilateral, diferenciando-se da maioria dos negócios jurídicos que são bilaterais.

O acordo entre cedente e cessionário dá origem a um ato em formação (*in itinere*), pois a validade da cessão está diretamente subordinada ao consentimento do cedido.²¹⁸

Em que pese haver entendimento diverso sobre o tema,²¹⁹ a nosso ver, o consentimento do cedido não se trata de uma mera adesão ao contrato de cessão perfeitamente acabado e celebrado entre cedente e cessionário – e nisso estamos de acordo com a maioria dos doutrinadores brasileiros. O cedido é parte da cessão do contrato.

Não se exige que esse consentimento do cedido seja feito de forma simultânea para dar validade à cessão da posição contratual. Ele

²¹³ Idem, p. 460.

²¹⁴ ANDREOLI, M. Op. cit., 1956, p. 41-42.

²¹⁵ MESSINEO, Francesco. Op. cit., 1972, p.6.

²¹⁶ “entendo que a melhor doutrina está com aqueles que veem na cessão um negócio trilateral. Ao contrário do que sucede com os demais negócios jurídicos, a cessão de contratos supõe não apenas a convecção entre cedente e cessionário, mas consentimento do cedido. Este consentimento é tão necessário que sem ele não se realiza o negócio de cessão. Isto se dá, inclusive, nos casos em que o contrato passa a circular por mero endosso, uma vez que neste caso o consentimento do cedido é considerado como tendo sido dado previamente a qualquer acordo entre o cedente e cessionário.” CABRAL, Antônio da Silva. Op. cit., 1987, p. 91.

²¹⁷ PINTO, Carlos da Mota. Op. cit., 1985, p.440.

²¹⁸ Idem, p. 439.

²¹⁹ Podemos citar Bessone: “Se na cessão de crédito basta a notificação ao devedor, a fim de que ele produza os seus efeitos, a aceitação da cessão pelo co-contratante é essencial, para que o cedente se libere, fazendo-se substituir, em sua posição no contrato, pelo cessionário. Referindo-se à cessão da promessa de compra e venda de lotes, o Decreto-lei n.58, de 10 de dezembro de 1937, expressamente preceitua que ‘a falta do consentimento não impede a transferência, mas torna os adquirentes e alienantes solidários nos direitos e obrigações contratuais” BESSONE, Darcy. Op. cit., 1997, p. 182.

pode ser feito posteriormente ao negócio, bem como se dar de forma antecipada.

Esse consentimento dado pelo cedido antecipadamente ocorre quando da celebração do contrato uma das partes ou ambas dão uma prévia autorização para a transferência da posição contratual, desde que observadas algumas exigências postas no contrato a ser cedido. É muito comum que o consentimento seja dado de forma antecipada nos contratos preliminares de venda e compra, em que uma cláusula permite que o contrato definitivo venha a ser firmado com o promitente comprador ou qualquer outro que este indicar.

O consentimento do cedido poderá se dar posteriormente à assinatura do negócio de cessão. Nessa situação pode ocorrer o consentimento tácito por parte do cedido, consubstanciado em conduta favorável à cessão, que, conhecendo da cessão, não se opõe a ela. Podemos citar como exemplo o caso ocorrido com a Caixa Econômica Federal que, tendo conhecimento da ocorrência da cessão do contrato de financiamento referente ao Sistema Financeiro de Habitação, acabou por receber todos os valores das parcelas e ao final deixou de dar quitação do contrato alegando nulidade da cessão em razão da ausência de anuência do cedido – no caso a própria CEF –, ilegitimidade da parte, terceiro estranho à relação contratual originária. O Superior Tribunal de Justiça houve por bem manter válida a cessão e determinar que fosse dada a quitação do contrato, conforme se pode verificar no Resp 355.771,²²⁰ cuja relatoria foi do Min. Humberto Gomes de Barros.

²²⁰ SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE FINANCIAMENTO. NÃO INTERVENÇÃO DO AGENTE FINANCEIRO. "CONTRATO DE GAVETA". PAGAMENTO INTEGRAL DO MÚTUO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA PELO LAPSO TEMPORAL. 1. Se a transferência de imóvel financiado apesar de efetivada sem consentimento do agente financeiro consolidou-se com o integral pagamento das 180 prestações pactuadas, não faz sentido declarar sua nulidade. 2. Em tal circunstância, os agentes financeiros, que se mantiveram inertes, enquanto durou o financiamento, carecem de interesse jurídico, para resistirem à formalização de transferência. (REsp 355.771/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2003, DJ 15/12/2003, p. 186).

O modo mais comum, entretanto, é o consentimento simultâneo à cessão, na qual o cedido anui o negócio de cessão quando da assinatura deste pelo cedente e cessionário.

Cabe transcrever trecho do livro de Orlando Gomes sobre o tema:

Para se realizar o negócio de cessão, é indispensável o consentimento do contratante cedido. Não basta o acordo entre cedente e cessionário. Necessário que as três figuras obrigatórias declarem a vontade de efetuar-la. Mas essa manifestação de vontade não precisa ser simultânea. O consentimento do contratante cedido pode ser dado previamente, ou posteriormente. A adesão prévia é hoje admitida, apesar da oposição de parte da doutrina. Nenhuma razão decisiva obsta que se estipule no contrato que um dos contraentes pode traspassá-lo a quem quer que venha a indicar. Esse consentimento por antecipação facilita o uso de certos negócios jurídicos. Uma vez dado à parte que quer ceder o contrato, não precisa obter novamente o consentimento do outro contratante, bastando dar-lhe ciência da cessão. Nesse caso, processa-se a formação progressiva do negócio de cessão.²²¹

Por ser o contrato um acordo celebrado entre partes, não poderia haver a alteração dessas partes sem o consentimento delas. Por haver a possibilidade de se ter a cessão da posição contratual por força do próprio contrato, pode-se ter uma falsa impressão de ausência de vontade da parte cedida. Entretanto, na hipótese de ter sido prevista contratualmente, a parte substituída expressou antecipadamente sua anuência de ceder o contrato, restando válida a cessão.

²²¹ GOMES, Orlando, Op. cit., 2009, p. 179.

No caso da cessão ser por força de lei, muito embora haja entendimento diverso, no sentido de que o legislador supôs que o cedido daria seu consentimento, conforme Antônio da Silva Cabral,²²² entendemos que nesses casos, não haveria necessidade de se motivar ou até mesmo tentar justificar uma “anuência” do cedido, uma vez que a justificativa está na própria lei que determina que se ocorra a cessão independentemente do consentimento do cedido.

Isto posto, exceto as hipóteses previstas em lei, para que haja a validade da cessão da posição contratual, é imperiosa a anuência do cedido, seja ela dada antes, no mesmo momento ou posterior ao acordo entre cedente e cessionário da vontade de se ceder a posição contratual do contrato originário.

6 REQUISITOS ESPECÍFICOS DO OBJETO

O contrato por si só representa um valor econômico, sendo assim, os direitos e deveres a ele inerentes podem ser transferidos como objeto de outro contrato, ou ainda podem ser transferidos como uma coisa.

Conforme esclarece Orlando Gomes²²³ essa transferência oferece uma vantagem econômica, evitando que haja multiplicação de contratos, havendo, portanto, somente a substituição de uma das partes originárias do contrato, permanecendo o objeto irretocável.

²²² “Pode acontecer que a própria lei ou o próprio contrato já preveja a hipótese de transmissão da posição contratual, sem a anuência da outra parte. Por isso, em trabalho anterior, introduzi no conceito a frase ‘com a anuência ou não da outra parte (cedido), conforme o caso’. Resolvi canelar esta intercalada, pois sempre deverá haver a anuência do cedido, do contrário estaria destruído o princípio da autonomia da vontade e o da *lex contractus*. Quando se diz que na lei se prece a cessão sem a anuência do cedido, por exemplo, é porque o legislador já supôs que o cedido daria seu consentimento, ou porque já se presume que as partes ao contratarem já sabem que, naquelas hipóteses, a cessão poderá ser efetuada sem anuência expressa, embora se suponha a implícita”. CABRAL, Antônio da Silva. Op. cit., 1987, p. 70.

²²³ GOMES, Orlando. Op. cit., 2009, p. 176.

A cessão de contrato é um negócio cujo objeto é um outro negócio, segundo Francesco Messineo.²²⁴ Pontes de Miranda complementa afirmando que na cessão de contrato “transferem-se os créditos, as dívidas, as pretensões, as obrigações e as ações e os direitos formativos, bem como as situações passivas que comportam as faculdades ativas e passivas”.²²⁵

Os créditos existentes no contrato-base são transferidos ao cessionário. Há a transferência dos créditos existentes e dos créditos não vencidos, uma vez que não tenha decorrido o prazo para considerá-los vencidos.

Os créditos futuros também são cedidos, desde que sejam determináveis. Muito embora não tenham surgido no momento da cessão do contrato, estes já estão previstos. Podemos citar como exemplo a cessão do contrato de aluguel pelo locador. Sabendo que nos próximos meses haverá o pagamento de aluguel pelo locatário, em havendo a cessão o cessionário se aproveita desse direito aos recebimentos dos aluguéis futuros.

Além da transferência dos créditos e das dívidas, na cessão há também a transferência de direitos potestativos, como é o caso, por exemplo, do direito de escolha. Na hipótese de se tratar de obrigação alternativa, o direito de resolução do contrato e a faculdade de denunciar um contrato.

Nem todos os direitos potestativos são transferidos automaticamente com a cessão do contrato. Isso porque alguns direitos potestativos são autônomos e personalíssimos, fazendo parte de cláusulas especiais acordadas pelas partes.

A cláusula de retrovenda estipulada em um contrato de compra e venda celebrado entre cedente e cedido não se transfere

²²⁴ “La cessione, è, quindi, un negozio che há per oggetto un altro negozio (contratto)” MESSINEO, Francesco. Op. cit.,1972. p.10

²²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. 1954, p. 416.

automaticamente ao cessionário quando da cessão do contrato. O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias (artigo 505, do Código Civil Brasileiro). Ademais, confere ao vendedor ação contra terceiros que adquiriam o imóvel, mesmo na hipótese de desconhecimento destes da mencionada cláusula.²²⁶

A cláusula de retrovenda é direito potestativo, e trata-se de direito potestativo autônomo do cedente, podendo esse direito ser alienado isoladamente, por ser pacto adjeto ao contrato de compra e venda.²²⁷

O direito de preferência ou preempção também pode ser considerado um direito potestativo autônomo, impondo ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto (artigo 513, do Código Civil Brasileiro). Esse direito é personalíssimo, uma vez que não é permitido cedê-lo, nem mesmo se transfere a herdeiros, conforme disposto no artigo 520, do Código Civil.

Conforme esclarece Mota Pinto, o direito potestativo é autônomo quando não está inseparavelmente ligado ao crédito, pois não modifica o próprio conteúdo deste, nem tampouco está indissoluvelmente ligado ao conjunto da relação contratual, não desempenhando uma função auxiliar tendo em vista o fim do contrato.²²⁸

Muito embora tais direitos possam ser transferidos autonomamente, não podemos nos furtar da necessidade de acordo

²²⁶ GOMES, Orlando. Op. cit., 2009, p. 309.

²²⁷ “A retrovenda (pactum de retrovendendo) é o pacto adjeto ao contrato de compra e venda pelo qual o comprador promete revender ao vendedor a coisa comprada, tendo este a faculdade de exigir a celebração do contrato de revenda.” Idem, p. 305.

²²⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit., 1985, p. 197-198.

entre os proponentes. Essa regra é a mesma utilizada na cessão da posição contratual, na qual ninguém é obrigado a aceitar uma nova parte contratual sem que tenha vontade.²²⁹

Em que pese a existência de exceções, há direitos potestativos que, por se encontrarem ligados ao próprio crédito, modificando o seu conteúdo, são transferidos com a cessão do contrato. Por exemplo, o direito de escolha nas obrigações alternativas.

Esses direitos potestativos não autônomos são instrumentos auxiliares da consecução, ou, pelo menos, da defesa contra vicissitudes, de certos fins contratuais, cuja direta promoção está confiada aos elementos nucleares das respectivas relações contratuais: créditos e débitos.²³⁰

Existem outros direitos potestativos que são transferidos com a cessão da posição contratual e que não estão diretamente ligados ao crédito, mas sim à própria relação contratual. É o caso do direito de resolução, de denúncia do contrato, de atualização, de desistência.

Na hipótese de o direito potestativo estar conexionado ao crédito, com o intuito de possibilitar a realização do interesse creditório ou à própria relação contratual, cuja finalidade consiste em possibilitar uma atuação instrumental em relação ao fim do contrato, estes são transferidos com a cessão do contrato.

No direito potestativo autônomo, a relação jurídica contratual continua existindo, em que pese a transferência desse direito a terceiro. Isso porque essas cláusulas especiais, como é o caso da retrovenda, é um pacto celebrado à margem do principal.²³¹

No entanto, não se transmite ao cessionário o direito de anulação do negócio jurídico com fundamento, por exemplo, em erro, coação, dolo, incapacidade. Isso porque esses fundamentos patológicos

²²⁹ Idem, p. 196.

²³⁰ Idem, p. 199.

²³¹ CABRAL, Antônio da Silva. Op. Cit., 1987, p. 105.

são de caráter pessoal e estão ligados ao cedente, por consistirem em certos dados ou situações de caráter subjetivo, estranhos ao cessionário.²³²

Não somente os créditos, as dívidas e os direitos potestativos são transferidos quando da cessão da posição contratual, as sujeições também são transferidas.

Na cessão do contrato há transferência da posição passiva correlativa dos direitos potestativos da outra parte, isto é, as correspondentes sujeições.²³³

Antônio da Silva Cabral entende que as sujeições são transferidas ao cessionário, fundamentando seu entendimento no artigo 1.072, do Código Civil Brasileiro, correspondente ao atual artigo 294, do CC, na qual possibilita o devedor a opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente.

Há de se verificar, ainda, se na cessão da posição contratual tem-se a transferência dos deveres anexos ou, como chamado na doutrina alemã, dos deveres laterais (Nebenpflichten).

Nesse tópico convém lembrar o esclarecido por Couto e Silva sobre a forma dinâmica das obrigações, havendo não somente o dever de cumprimento da obrigação principal, mas também de deveres acessórios que surgem inerentes à própria obrigação. Sobre esse tema nos rendemos aos ensinamentos de Renan Lotufo.²³⁴

²³² “A solução de permanência do direito de anular no cedente do conjunto ou, pelo menos, a sua não transmissão para o cessionário, (...) encontra uma correspondente expressão, no plano técnico-construtivo, na ideia de que o direito potestativo, ora em análise, não faz parte da relação obrigacional *latu sensu*, emergente do contrato. Surgindo na titularidade do respectivo sujeito, na fase genética do contrato, integra-se, antes, na complexa relação obrigacional resultante do fato das negociações: relação pré-contratual.” PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit., 1985, p. 210-212.

²³³ Idem, p. 213.

²³⁴ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. V.2, p. 18. No mesmo sentido Karl Larenz “ahora bien, por el hecho mismo de que em toda relación de obligación late el fin de la satisfacción del interés en la prestación del acreedor, puede y debe considerarse la relación de obligación como um processo. Está desde um principio encaminada a alcanzar um fin

(...) não podemos nos esquecer, por fim, de que o fenômeno da acessoriedade não produz efeitos somente com relação ao objeto mediato da obrigação, ou seja, na coisa propriamente dita. A acessoriedade também diz respeito ao objeto imediato da obrigação, ou seja, ao comportamento a que se obriga o devedor.

Menezes Cordeiro tem o mesmo entendimento no sentido da complexidade da obrigação. Inicialmente traz a ideia de *complexidade intra-obrigacional*, traduzindo a ideia de que “o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma prestação creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta”.²³⁵

Visando elucidar a afirmação sobre a obrigação como processo, na qual, além do simples vínculo obrigacional, existem outros deveres de suma importância para a concretização do interesse do credor, recorreremos também aos ensinamentos do autor português Mario Júlio de Almeida Costa,²³⁶ que especifica o conjunto de situações jurídicas que são geradas entre as partes:

determinado y a extinguirse con la obtención de esse fin. Y precisamente la obtención del fin puede exigir alguna modificación; así acontece cuando la prestación debida se haya hecho imposible, pero el interés del deudor en la prestación pueda ser satisfecho de otra forma, mediante indemnización. La satisfacción del acreedor se produce normalmente mediante cumplimiento del deber de prestación; pero puede producirse de otra forma, p. ej., mediante compensación (de modo que el acreedor compensado extingue una deuda propia) o mediante prestación subsidiaria consentida por el acreedor. La relación de obligación como un todo se extingue cuando su fin haya sido alcanzado totalmente, es decir, cuando el acreedor (o todo el que participa como acreedor) haya sido totalmente satisfecho en su interés en la prestación” LARENZ, Karl, Op. cit., 1958, p. 39.

²³⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Op. cit., 2001, p 586.

²³⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*. 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2009. p. 76-77.

Deveres principais ou primários de prestação. Constituem estes e os respectivos direitos os fulcros ou o núcleo dominante, a “alma” da relação obrigacional, em ordem ao conseguimento do seu fim. (...) Exemplificando: o dever, que impende sobre o vendedor, de entrega da coisa vendida e o dever do comprador de pagamento do preço;

(...)

Deveres secundários ou acidentais de prestação, que se mostram susceptíveis de revestir duas modalidades. Distinguem-se, na verdade, dos deveres secundários meramente acessórios da prestação principal, os quais se destinam a preparar o cumprimento ou a assegurar a sua perfeita realização (assim, na compra e venda, o dever de conservar a coisa vendida até à entrega ou o dever de embalá-la e transportá-la), os deveres secundários com prestação autónoma. Nesta última categoria, por seu turno, o dever secundário pode revelar-se sucedâneo do dever principal de prestação (o caso da indemnização resultante da impossibilidade culposa da prestação originária, que substitui esta) ou coexistente com o dever principal de prestação (o caso da indemnização por mora ou cumprimento defeituoso, que acresce à prestação originária).

(...) deveres laterais (“Nebenpflichten”), derivados de cláusula contratual, de dispositivo de lei “ad hoc” ou do princípio da boa-fé. Estes deveres já não interessam directamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, antes ao exacto processamento da relação obrigacional, ou, dizendo de outra maneira, à exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa.

E complementa o mesmo autor português que os deveres laterais podem ser o de cuidado, providência e segurança, deveres de aviso e de informação, os deveres de notificação, os deveres de cooperação, os deveres de proteção e cuidados relativos à pessoa e ao patrimônio da contraparte.

Pode-se afirmar, portanto que a obrigação vista como um processo amplia a relação obrigacional (nascimento, desenvolvimento, adimplemento), ocorrendo não somente em extensão, mas também em profundidade, com a verificação dos deveres anexos, decorrentes da boa-fé.²³⁷

Assim, a cessão da posição contratual impõe às partes o dever de agir segundo as regras da boa-fé objetiva, consubstanciada no disposto do artigo 422, do Código Civil.

Nota-se que tais deveres têm por função auxiliar na realização do fim contratual, afastando-se, desde logo, a ideia de autonomia desses deveres.

Mota Pinto²³⁸ ingressa na discussão se esses deveres laterais são transmissíveis com o crédito ou com a relação contratual. Sem nos aprofundarmos muito no assunto, entendemos que haverá deveres de comportamento ligados tanto aos créditos quanto à relação contratual.²³⁹

Em se tratando da cessão da posição contratual, há a alteração subjetiva de um dos polos da relação. Isso significa dizer que uma pessoa estranha à relação original ocupará a posição de contratante e se sujeitará a todos os ônus dele decorrentes e, conseqüentemente, a todos os direitos derivados do contrato.

²³⁷ BENACCHIO, Marcelo. Inadimplemento das obrigações *in* LOTUFO, Renan e NANNI Giovanni Ettore (coord.) *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 545.

²³⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit., 1985, p. 220.

²³⁹ “Ora, parece-nos transmitirem-se, com a cessão de créditos, para o cessionário: a) a titularidade ativa dos deveres laterais que estão ao serviço do interesse em não sofrer um dano concomitante com a recepção da prestação ou em obter desta o rendimento esperado, segundo a boa fé; b) não se transfere, mas por falta de consentimento da outra parte, a titularidade passiva dos deveres laterais, conexionsados com a atividade do credor, dirigida a receber a prestação.” Idem, p. 221.

O objeto do contrato e o objeto da cessão da posição contratual não se confundem. Existe uma regulamentação autônoma, ainda que possa haver reflexos recíprocos.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, na hipótese de o contrato original ser nulo ou inexistente, isso se reflete na cessão da posição contratual, que será nula ou inexistente, conforme o caso, por impossibilidade de objeto, conforme o disposto na regra encampada pelo artigo 166, II, do Código Civil.

No entanto, tem-se a nulidade do contrato original por outro motivo e não aquele que ensejou a nulidade da cessão, podendo citar, por exemplo, eventual incapacidade de uma das partes. Assim, verificando serem distintas as causas de nulidade, conclui-se pela distinção dos objetos do contrato original e da cessão da posição contratual.

Além disso, pode haver ausência de coincidência entre os créditos e débitos oriundos do contrato original e da cessão da posição contratual, tendo em vista que para haver a cessão, necessariamente, o contrato original não deve ter sido integralmente executado. Caso contrário, não haverá contrato, pois este se extinguiu pelo seu modo natural, cumprimento das prestações.

Se uma das partes tiver cumprido com a sua obrigação restando somente o cumprimento da contraprestação, não poderia haver a cessão dessa posição contratual, pois não estaríamos diante de um contrato bilateral e sinalagmático, mas tão-somente de uma cessão de crédito, se na posição da parte que cumpriu integralmente sua obrigação, ou, assunção de dívida, se da parte que recebeu a prestação e ainda não cumpriu a sua.

O objeto da cessão, além de ser lícito, possível, determinado ou determinável, necessariamente não poderá haver a execução do contrato.

Há discussão ainda sobre a possibilidade de haver a cessão da posição contratual na hipótese de as obrigações principais do contrato terem sido integralmente cumpridas, restando apenas as obrigações acessórias. Nesse contexto, Hamid esclarece que em determinados casos, deveres acessórios ou até mesmo deveres secundários (como de informação, proteção e lealdade) podem assumir um papel fundamental no contrato, sendo que haverá a possibilidade, em determinados casos, em razão da sua relevância, de se ter a cessão da posição contratual e não somente cessão de crédito ou assunção de dívida.²⁴⁰

Temos opinião diversa do mencionado autor, uma vez que cumprida a obrigação, extingue-se o contrato, não havendo mais a possibilidade de ocorrer a cessão da posição contratual.

Por fim, é importante deixar consignado no presente tópico a existência de certos contratos cuja cessão é vedada por lei. Isso porque para a sua celebração há necessidade de cumprimentos de certos requisitos, o que, por si só, impediria a sua transferência, a menos que o cessionário cumpra integralmente tais requisitos.

Isso ocorre nas hipóteses de alienação fiduciária, admitidas apenas para instituições financeiras. Somente haveria a possibilidade de cessão de tal contrato para outra instituição financeira, e não para um particular, tendo em vista que o tema vem devidamente regulamentado pelo Decreto-lei n. 911/69.

Pode ocorrer que, na celebração do contrato-base, foram compreendidos interesses superiores de ordem geral ou até mesmo de ordem pública, como ocorre nos casos de financiamento de habitações populares destinadas a pessoas de baixa renda. Admitindo a cessão da posição contratual nesses contratos, para pessoa que não cumpra os requisitos necessários para a sua celebração, estar-se-ia diante de uma

²⁴⁰ BDINE Jr., Hamid Charaf. Op. cit., 2008, p. 52-53.

tentativa de burlar o sistema, uma vez que tais contratos podem ter subsídios governamentais.

Admitir tais subsídios a pessoas que possam arcar com a construção da casa própria desvirtuaria a atuação do governo, frustrando o objetivo de auxiliar pessoas carentes a ter sua própria casa.

7 REQUISITOS ESPECÍFICOS DA FORMA

Por se tratar a cessão da posição contratual de um negócio jurídico, está sujeita aos requisitos dispostos no artigo 104,²⁴¹ do Código Civil, sendo eles: capacidade das partes, objeto lícito, determinado ou determinável e sua forma deve ser prescrita ou não defesa em lei.

Com relação à forma, Bessone²⁴² esclarece que *“não é senão a possibilidade objetiva de reconhecimento da atitude, dentro do ambiente social em que foi produzida”*.

Com efeito, somente haverá exigência de forma específica, na hipótese de a lei assim determinar. Sendo certo que nesse caso, não havendo cumprimento das partes com relação à forma especial, o contrato poderá não ser válido.

Nesse ponto é preciso fazer uma observação, distinguindo as formalidades *“ad solemnitatem”* da *“ad probationem”*. O elemento da forma é relevante ao tema dos requisitos de validade do negócio jurídico,²⁴³ de maneira que no primeiro caso, não se atentando para a forma exigida por lei, o contrato não será válido, enquanto, no segundo caso, por ser a forma somente exigível para a sua prova, não haverá

²⁴¹ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

²⁴² BESSONE, Darcy. Op. cit., 1997, p. 108.

²⁴³ MARIANO, Francisco Paulo de Crescenzo. Interpretação e integração dos contratos in JÚNIOR, Antonio Jorge Pereira e JABUR, Gilberto Haddad. *Direitos dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p.36.

invalidade do negócio jurídico, na hipótese de não ser atendido ao requisito da forma.

Tal entendimento está consubstanciado no artigo 107, CC que determina *“a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”*.

Com relação à invalidade do contrato por ausência de cumprimento do requisito da forma, um exemplo é o contrato de compra e venda de imóvel, que deve ser feito por escritura pública e, ao não fazê-lo, poderá ser entendido como contrato preliminar de compra e venda, mas não como contrato de compra e venda. Já na segunda hipótese, podemos citar como exemplo a exigência contida no artigo 51, da Lei de Locação (Lei 8.245/91), na qual o contrato de locação comercial é válido e produz efeitos, porém, se não feito na forma específica, escrita, não gera a pretensão renovatória, exigida no inciso I, 1ª parte.

No entanto não seria somente essa a questão a ser debatida no presente tópico. Convém estudar a possibilidade de se opor a cessão da posição contratual a terceiros, estranhos ao contrato originário.

Pode-se aplicar, no presente caso, por analogia, a regra contida no artigo 288, do Código Civil, que regula o instituto da cessão de crédito, de maneira que para ter efeito contra terceiros a cessão da posição contratual há de ser celebrada por instrumento particular ou público.

Em que pese a lei não determine uma forma especial às cessões de crédito, nada mais justo a ineficácia perante terceiros estranhos à relação inicial, se não realizada por instrumento público ou particular, deixando de dar conhecimento a ele dessa cessão. Sendo, entretanto, condicionada sua eficácia ao registro no cartório competente se a lei assim exigir, conforme regra consubstanciada pelo artigo 221, do Código Civil.

O ensinamento de Renan Lotufo²⁴⁴ é importante:

(...)o que se extrai da necessária análise sistemática é que a cessão, em princípio, independe de forma, mas, quando se está diante de um Código que se pauta pela socialidade, não se pode olvidar que os negócios, e particularmente os contratos, produzem efeitos com relação a terceiros e devem ter função social.

Portanto, para que a cessão possa produzir tais efeitos faz-se necessário que terceiros possam vir a conhecê-la. A forma escrita de per si não leva a tanto, mesmo que contenha os requisitos do parágrafo 1º do artigo 654, como “a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga”, especificações previstas para a procuração.

Repete-se inafastável a aplicação do artigo 221, que no caso expresso da cessão prevê a necessidade da publicidade registrária, que permite o conhecimento, por quem tiver interesse, para que produza seus efeitos com relação a terceiros aos não integrantes do negócio nem diretamente afetados e que serão necessariamente conhecedores, como os cedidos.

Veja-se que o dispositivo fala na produção de efeitos perante terceiros mediante ato posterior à celebração do negócio em si, exatamente por que este se aperfeiçoou com o consenso.

Pode-se concluir que, a mesma solução válida para a cessão de crédito pode ser aplicada, por analogia, à cessão da posição

²⁴⁴ LOTUFO, Renan. Op. cit., 2003, p.146.

contratual, fazendo com que a cessão tenha eficácia em relação a terceiros, estranhos à relação original.

O cedido não pode ser equiparado a terceiro, uma vez que para a validade da cessão da posição contratual, necessariamente há de se ter o seu consentimento.

Tal entendimento foi positivado pelo Direito Italiano no artigo 1407 do Código Civil, que assim dispõe:

Se una parte ha consentito preventivamente che l'altra sostituisca a sé un terzo el rapporti derivanti dal contratto, e sostituzione è efficace nei suoi confronti dal momento in cui è stata notificata (Cod. Proc. Civ. 137) o in cui essa l'ha accettata (1264). Se tutti gli elementi del contratto risultano da un documento nel quale è inserita la clausola "all'ordine" o altra equivalente, la girata (2009) del documento produce la sostituzione del giratario nella posizione del girante.

Nota-se que no parágrafo segundo do supracitado artigo²⁴⁵, poderá haver a dispensa de notificação do cedido, quando o instrumento contratual constar seus elementos essenciais e a cláusula à ordem.

No ordenamento jurídico brasileiro, a regra disposta no artigo 104, III, do Código Civil, prevê a liberdade de forma, consubstanciada na autonomia privada e liberdade contratual. Porém, sempre lembrando da necessidade de se conjugar com a regra disposta no artigo 288, do mesmo código, no sentido de o instrumento ser particular ou público, para ter eficácia perante terceiros.

²⁴⁵ "Se tutti gli elementi del contratto risultano da un documento nel quale è inserita la clausola "all'ordine" o altra equivalente, la girata (2009) del documento produce la sostituzione del giratario nella posizione del girante."

Outra questão a ser debatida no presente tópico refere-se à necessidade de acompanhar a solenidade exigida para a celebração do contrato originário. Sendo que tal regra está prevista no artigo 472, do Código Civil (correspondente ao artigo 1093, do Código Civil de 1916), utilizando-se por analogia, a figura do distrato.

Com efeito, na hipótese de a exigência da solenidade não ser legal, mas somente acordado entre as partes, há divergência na doutrina sobre a necessidade de a cessão acompanhar o contrato originário.

Conforme esclarece Hamid:²⁴⁶ *“A exigência da mesma forma prevista para o contrato original, porém, só se justifica se se tratar de imposição legal, como resulta da leitura do art. 472 do Código Civil. Não incide nos casos em que a forma foi eleita pelas partes sem que a lei a impusesse”*.

Nesse ponto o autor supramencionado discorda da posição de Atílio Anibal Alterini e Enrique Joaquim Repetti,²⁴⁷ podendo-se a eles se juntar o entendimento de Luis Renato Ferreira da Silva.²⁴⁸

Temos entendimento no sentido de que uma vez convencionalizada a forma pelas partes, a cessão da posição contratual deverá acompanhar, fazendo uma analogia ao distrato, consubstanciado no artigo 472, do Código Civil.

8 FORMA DA CESSÃO E RELAÇÃO ENTRE AS PARTES

Com relação ao estudo da forma da cessão e a relação ou efeitos gerados entre as partes em razão da cessão da posição

²⁴⁶ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Op. cit., 2008, p. 71.

²⁴⁷ Idem, p. 72.

²⁴⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira da. Cessão da posição contratual. in LOTUFO, Renan e NANNI, Giovanni Ettore (coord.) *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 405.

contratual, devemos mencionar a relação entre (i) cedente e cessionário; (ii) cedido e cessionário, e; (iii) cedente e cedido.

9 EFEITOS DA CESSÃO NO QUE SE REFERE À RELAÇÃO ENTRE CEDENTE E CEDIDO

Convém nesse ponto recordar que sem o consentimento do cedido na cessão da posição contratual, esta não se concretizará, ou seja, não será válida.

Tal entendimento pode ser interpretado de forma análoga à da assunção de dívida, na qual somente será válida a cessão com o consentimento expresso do cedido, conforme entendimento consubstanciado no artigo 299, do Código Civil. Com efeito, não se pode admitir que a assunção de dívida tenha validade sem o consentimento do cedido e, de modo diverso, admitir na cessão essa validade.

Conforme entendimento de Orlando Gomes sobre a constituição do negócio da cessão:²⁴⁹ *“é indispensável o consentimento do contratante cedido. Não basta o acordo entre cedente e cessionário. Necessário que as três figuras obrigatórias declarem a vontade de efetua-la”*.

É importante, ainda, esclarecer que esse consentimento há de ser expresso, sendo que o silêncio deve ser interpretado como recusa, conforme interpretação feita do parágrafo único do artigo 299, do Código Civil. Entretanto, determinadas condutas assumidas pelo cedido devem ser interpretadas como consentimento expresso deste, como por exemplo, nos casos em que o cedido aceita pagamentos realizados pelo cessionário. Tal entendimento está devidamente corroborado por Renan

²⁴⁹ GOMES, Orlando. Op. cit., 2009, p. 179.

Lotufo²⁵⁰ ao afirmar que *“logicamente a aceitação de pagamento significa aceitação expressa, não tácita, dentro da visão acima exposta”*.

Com relação ao tempo para que o cedido esboce o seu consentimento, o mais comum é que isso ocorra de forma simultânea à cessão. No entanto, a anuência pode ser anterior ou, até mesmo, posterior à cessão da posição contratual.

Nos casos em que o consentimento do cedido é simultâneo não há qualquer complicação. Porém, se a anuência do cedido está já posta no contrato celebrado entre as partes, tendo, portanto, se dado de forma antecipada, é necessário que o cedido seja notificado de eventual cessão do contrato. Tal entendimento está consubstanciado na regra disposta na cessão de crédito, em seu artigo 290²⁵¹, do Código Civil.

Nessa hipótese, de o cedido não ter conhecimento da cessão, primeiramente esta não terá validade e muito menos será ineficaz a ele, sendo que haverá liberação se o cedido vier a pagar ao cedente, parte originária da relação contratual, conforme regra disposta no artigo 292,²⁵² do Código Civil.

Não obstante a anterioridade da anuência do cedido, esta pode ocorrer posteriormente à celebração da cessão da posição contratual. Frisa-se, no entanto, que o consentimento do cedido é requisito de validade da cessão da posição contratual, independentemente de ela ocorrer anterior, simultânea ou posteriormente.

A cessão da posição contratual somente se aperfeiçoará quando da anuência do cedido, conforme nos ensina Orlando Gomes:

²⁵⁰ LOTUFO, Renan. Op. cit., 2003, p. 172.

²⁵¹ Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.

²⁵² Art. 292. Fica desobrigado o devedor que, antes de ter conhecimento da cessão, paga ao credor primitivo, ou que, no caso de mais de uma cessão notificada, paga ao cessionário que lhe apresenta, com o título de cessão, o da obrigação cedida; quando o crédito constar de escritura pública, prevalecerá a prioridade da notificação.

por último, a adesão do contratante cedido pode ocorrer posteriormente ao acordo entre o cedente e o cessionário. Visto que tal adesão é imprescindível à formação do negócio de cessão, este só se torna perfeito e acabado quando declarada. Se, pois, cedente e cessionário tomam a iniciativa da cessão sem consulta ao outro contratante, a aquiescência deste passa a ser uma *conditio juris* do negócio. Recusado, terá sido mera tentativa juridicamente irrelevante.²⁵³

Outro ponto importante a ser analisado refere-se à exoneração do cedente quando da anuência do cedido na cessão da posição contratual. Com efeito, o efeito normal é a exoneração do cedente. Nesse sentido, diz Darcy Bessone:²⁵⁴

a aceitação da cessão pelo co-contratante é essencial, para que o cedente se libere, fazendo-se substituir, em sua posição no contrato, pelo cessionário. (...) Verificada tal aceitação, o cessionário assume, no contrato, a posição que antes cabia ao cedente. (...) O cedente, assim, substituído, não responde pela exata execução do contrato.

Outro não é o entendimento do Código Civil Italiano em seu artigo 1408: “Il cedente è liberato dalle sue obbligazioni verso il contraente ceduto dal momento in cui la sostituzione diviene efficace nei confronti di questo. Tuttavia il contraente ceduto, se ha dichiarato di non liberare il cedente, può agire contro di lui qualora il cessionario non adempia (1218) le obbligazioni assunte. Nel caso previsto dal comma precedente, il contraente ceduto deve dare notizia al cedente dell'inadempimento del cessionario, entro quindici giorni da quello in cui

²⁵³ GOMES, Orlando. Op. Cit., 2009. p. 179.

²⁵⁴ BESSONE, Darcy. Op. cit., 1997, p. 182.

l'inadempimento si è verificato; in mancanza è tenuto al risarcimento del danno (1223)".

Convém mencionar a regra contida no parágrafo primeiro do artigo 1408 do CC Italiano, na qual há liberação do cedente em relação às obrigações assumidas por ele perante o cedido, sendo que as partes poderão convencionar de forma diversa.

Não obstante nosso Código Civil não tenha positivado a questão com relação à cessão da posição contratual, esse entendimento pode ser retirado da interpretação do artigo 299 e 300, do diploma legal. Até porque a cessão existe porque o cedente quer se retirar da relação contratual, desvinculando-se definitivamente.

Muito embora a exoneração do cedente seja o efeito normal da cessão, há a possibilidade de as partes, se valendo do princípio da autonomia privada, estipularem de forma diversa, sem a liberação do cedente. Essa manutenção da responsabilidade do cedente pode se justificar por segurança ou por cautela do cedido, no cumprimento da contraprestação.

Em que pese a existência de entendimento contrário, somos favoráveis à subsidiariedade da responsabilidade do cedente na hipótese de não ocorrer a sua liberação. Isso porque a solidariedade não se presume, decorre de lei ou do contrato, conforme regra consubstanciada no artigo 265, do Código Civil. Se as partes assim não pactuarem, impondo uma responsabilidade solidária ao cedente, este somente responderá, em caso de inadimplência do cessionário, de forma subsidiária.

Sendo assim, em caso de inadimplência do cessionário, o cedente cumpra a prestação, este se sub-roga em seu crédito em relação ao cessionário, porém, não poderá exigir a contraprestação do cedido, na qual o cessionário continuará titular. Entretanto, de acordo com os artigos 346, III e 349, do Código Civil, o cedente somente se sub-roga nos direitos, privilégios e garantias do primitivo credor (que

seria no presente caso o cedido) em relação à dívida contra o devedor principal e os fiadores, não nos direitos e privilégios do devedor primitivo contra o cedido.

E, por fim, com relação às garantias do cedente prestadas ao cedido, no contrato originário, na hipótese de cessão da posição contratual, estas consideram-se extintas, salvo disposição em contrário, conforme entendimento no artigo 300, do Código Civil. Corroborando desse entendimento está Orlando Gomes:²⁵⁵ *“A saída do cedente acarreta a extinção das garantias pessoais ou reais que houver oferecido, somente perdurando se consentir expressamente que sejam mantidas”*.

10 EFEITOS DA CESSÃO NO QUE SE REFERE À RELAÇÃO ENTRE CEDENTE E CESSIONÁRIO

É importante lembrar que o principal efeito da cessão da posição contratual é justamente a transferência da posição contratual ocupada por uma das partes originais por um terceiro alheio àquele contrato. O cedente cede o seu lugar para um terceiro, chamado cessionário, que ingressa na posição contratual, na qual permanece uma das partes originárias que é o cedido.²⁵⁶

Orlando Gomes esclarece que o efeito fundamental na cessão da posição contratual “é a substituição de um pelo outro”.²⁵⁷ Há a substituição do cedente, parte originária do contrato, por um terceiro, o cessionário que toma a posição daquele, “investindo-se na condição de

²⁵⁵ GOMES, Orlando. Op. cit., 2009, p. 180.

²⁵⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit., 1985, p. 442.

²⁵⁷ GOMES, Orlando, Op. cit., 2009, p. 180.

‘parte’ do contrato. A totalidade dos direitos e obrigações do ‘cedente’ na relação contratual lhe é transmitida”²⁵⁸.

É certo que a cessão pode ser um negócio jurídico oneroso ou gratuito. Na primeira hipótese o cessionário se obriga a pagar uma contraprestação ao cedente, e, na segunda hipótese, não haverá essa imposição de obrigação ao cessionário perante o cedente, mas somente ficará obrigação com os deveres do contrato original perante o cedido.

A cessão ainda responsabiliza o cedente em garantir a existência e validade do contrato, incluindo a sua legitimidade para dispor dessa relação contratual. Esse é o ensinamento de Carlos Alberto da Mota Pinto:

O cedente é obrigado a garantir ao cessionário a existência, a validade e a legitimidade para dispor da relação contratual. Garante que a relação contratual não está afetada por uma causa de extinção (p.ex., prescrição, compensação, pagamento dos créditos), de nulidade ou anulabilidade (p. ex., incapacidade ou vício da vontade do cedido ou do cedente) e que essa relação lhe pertence a ele e não a um terceiro.

O cedente não garante a solvabilidade do cedido nem mesmo que ele irá cumprir com a obrigação contratualmente assumida.²⁵⁹ Com a cessão o cedente pode exigir, independentemente da solvabilidade ou cumprimento do contrato pelo cedido, a contraprestação da cessão.

Há a possibilidade de as partes pactuarem de forma diversa, na qual o cedente ficaria responsável pelo cumprimento da contraprestação do contrato original pelo cedido. Ficando, no presente

²⁵⁸ Idem Ibidem.

²⁵⁹ GOMES, Orlando. Op. cit., 2009, p. 177; BESSONE, Darcy, Op. cit. 1997, p.182 e PINTO, Carlos Alberto da Mota, Op. cit., 1985, p. 443.

caso, responsável subsidiário em caso de inadimplência do cedido para com o cessionário. Ainda no princípio da autonomia privada o cedente poderia responder solidariamente pelo não cumprimento da contraprestação pelo cedido, conforme regra do artigo 265, do Código Civil, na qual a solidariedade não se presume.

No direito italiano, em seu parágrafo segundo do artigo 1410²⁶⁰ impõe ao cedente integral responsabilidade, diferentemente do que ocorre no artigo 1267, que disciplina a cessão de crédito, na qual estabelece que o cedente só responde pelo que efetivamente recebeu do cessionário. Isso se equipara ao entendimento do disposto no artigo 297,²⁶¹ do Código Civil.

Observação deve ser feita com relação à cessão por ato gratuito, na qual o cedente somente ficaria responsável pela inexistência e invalidade da posição contratual se tiver agido de má-fé, conforme entendimento aplicado por analogia à hipótese do artigo 295, do Código Civil.

Sendo o cessionário insolvente e o fato ser ignorado pelo cedido, a cessão será inválida, pela aplicação do disposto no artigo 299, do Código Civil.

²⁶⁰ Artigo 1410 do Código Civil Italiano: "Il cedente è tenuto a garantire la validità del contratto (1325, 1266). Se il cedente assume la garanzia dell'adempimento del contratto, egli risponde come un fideiussore per le obbligazioni del contraente ceduto (1936, 1942, 1944 e seguenti)."

²⁶¹ Art. 297. O cedente, responsável ao cessionário pela solvência do devedor, não responde por mais do que daquele recebeu, com os respectivos juros; mas tem de ressarcir-lhe as despesas da cessão e as que o cessionário houver feito com a cobrança.

11 EFEITOS DA RELAÇÃO NO QUE SE REFERE À RELAÇÃO ENTRE CEDIDO E CESSIONÁRIO

Com a cessão da posição contratual haverá a alteração do cedente, originário da relação contratual, pelo cessionário, que, juntamente com o cedido, serão parte do contrato, assumindo a obrigação de cumprimento das prestações, com o direito de exigir do outro a contraprestação, bem como, conforme acima mencionado, os deveres anexos inerentes à obrigação.

Assim, tendo em vista a saída do cedente da relação contratual, deverá o cedido, após manifestado o seu consentimento na cessão, cumprir com sua prestação em relação ao cessionário e não mais ao cedente. Na hipótese de isso não ocorrer, o cedido estará inadimplente para com o cessionário que poderá exigir tal cumprimento, pois ele é o legítimo credor.

12 CESSÃO IMPRÓPRIA

Como foi mencionado, o instituto da cessão da posição contratual rege-se pelo princípio da autonomia privada e liberdade contratual, na qual mediante vontade das partes permite a circulação de riqueza e movimentação patrimonial, de maneira que há substituição de uma das partes originárias do contrato por outra estranha à primeira relação. Nota-se a importância da declaração de vontade para a validade da cessão.

No entanto, pode haver situações em que tenha a substituição de uma das partes originárias do contrato sem que se necessite da declaração de vontade do cedido. É o caso da chamada cessão

imprópria, a qual é imposta por lei, também chamada de sub-rogação legal na relação contratual.²⁶²

Chama-se cessão imprópria em razão de não se manter os mesmos requisitos para que haja a substituição de uma das partes, dentre eles está a ausência de consentimento do cedido para que a cessão seja válida.

Como visto, havendo concordância entre o cedente e cessionário, porém sem a anuência do cedido, implica na invalidade da cessão da posição contratual. Entretanto, na cessão imprópria essa anuência do cedido não é exigida, a cessão é válida independentemente disso, uma vez que a lei a determina.

O ingresso no contrato de um terceiro estranho à relação contratual originária não é resultante de um negócio, cujo objeto seja a cessão da posição contratual, mas é um efeito forçosamente inerente, ex lege.²⁶³

Muito embora tenha entendimento diverso, conforme já apontado²⁶⁴, no sentido de que, nas hipóteses previstas em lei, haveria suposição de que o cedido daria seu consentimento, entendemos que essa tentativa motivacional é irrelevante, uma vez que a lei determina que haja a cessão em certos casos, afastando a anuência do cedido.

Outra diferença que pode ser apontada refere-se à liberação do cedente. Na cessão imprópria a relação entre cedente e cedido se rompe, ficando o cedente liberado de responsabilidade.

Nesse ponto nos rendemos aos ensinamentos de Hamid Charaf Bnide Júnior “Nesses casos, o ingresso do terceiro na posição contratual ocupada por um dos contratantes não decorre de um negócio

²⁶² PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit., 1985, p. 433.

²⁶³ Idem Ibidem.

²⁶⁴ CABRAL, Antonio da Silva, Op. cit., 1987, p. 70.

celebrado com esse específico objeto, mas sim como efeito imposto pela lei em decorrência de um outro negócio”.²⁶⁵

Pode-se citar, como exemplo, os previstos na Lei de Locação (Lei 8.245/91). No artigo 10 está prevista a continuação da locação em caso de morte do locatário, que se transmite aos herdeiros; no artigo 12 prevê a continuidade da locação se houver separação, divórcio ou rompimento de união estável, em favor da pessoa que permanece no imóvel; ou ainda em caso de alienação do imóvel locado cujo contrato atenda integralmente os requisitos dispostos no artigo 8º da referida lei.

Outro exemplo decorre da cessão de contrato de trabalho na hipótese da empresa ser adquirida por outra. Há a substituição pela nova empresa no contrato, conforme regra disposta no artigo 10²⁶⁶ e 448²⁶⁷, da Consolidação das Leis do Trabalho.²⁶⁸

Nesse ponto, sem nos aprofundar na matéria pois não é o objeto do presente trabalho, convém somente tecer alguns comentários sobre a questão do contrato de trabalho em caso de privatização.

Podemos citar como exemplo a privatização do Banco do Estado da Bahia - BANEH que foi arrematado em leilão pelo Bradesco em 1999. Como na época o BANEH havia um Plano de Carreira, Cargos e Salários (“PCCS”), inúmeros funcionários, alegando a continuidade do contrato de trabalho, ingressaram com reclamações trabalhistas pleiteando com que o Bradesco continuasse a cumprir o mencionado PCCS.

²⁶⁵ BDINE JÚNIOR, Hamid Charad, Op. cit., 2008, p.73.

²⁶⁶ Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

²⁶⁷ Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

²⁶⁸ No mesmo sentido trata a Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, da Seção de Dissídios Individuais, OJ TST 261: “261 - Bancos. Sucessão trabalhista. (Inserida em 27.09.2002) As obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para o banco sucedido, são de responsabilidade do sucessor, uma vez que a este foram transferidos os ativos, as agências, os direitos e deveres contratuais, caracterizando típica sucessão trabalhista.”

Uma dessas reclamação trabalhista teve seu curso até o Tribunal Superior do Trabalho, que decidiu o Recurso de Revista com base nos artigos 10 e 448 da CLT e na sua Orientação Jurisprudencial nº 261²⁶⁹ da Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-I), reformando o v. acórdão do TRT e reconhecendo a sucessão e obrigatoriedade de se cumprir o PCCS aos antigos funcionários do BANEBA, conforme ementa abaixo:

RECURSO DE REVISTA. SUCESSÃO DE EMPRESAS. BANEBA. BRADESCO. LIMITAÇÃO. APLICAÇÃO. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DO SUCEDIDO. Consoante jurisprudência consolidada pela Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho (Orientação Jurisprudencial nº 261), no caso de Bancos, em se tratando de sucessão trabalhista, as obrigações, até mesmo as contraídas na época em que os empregados trabalhavam para o Banco sucedido, são de responsabilidade do sucessor, uma vez que a este foram transferidos os ativos, as agências, os direitos e deveres contratuais. Hipótese de incidência dos artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. (E-RR - 51300-71.2004.5.05.0462, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 20/06/2007, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 17/08/2007)

²⁶⁹ "O.J. nº 261. Bancos. Sucessão trabalhista. As obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para o banco sucedido, são de responsabilidade do sucessor, uma vez que a este foram transferidos os ativos, as agências, os direitos e deveres contratuais, caracterizando típica sucessão trabalhista"

Até mesmo em caso de contrato de arrendamento a jurisprudência²⁷⁰ consolidou entendimento de reconhecer a sucessão do contrato de trabalho.

Em síntese, a transferência da atividade deve se dar sem prejuízo da continuidade do contrato de trabalho, não se importando o título pelo qual se dá essa transferência da empresa, que pode decorrer de negócio jurídico oneroso (compra e venda de ações, aquisição de ativos, privatização²⁷¹, desapropriação²⁷² etc.) ou gratuito (doação de cotas sociais, p. ex.) como, ainda, de sucessão mortis causa do titular do negócio.

²⁷⁰ EMBARGOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO PROLATADO PELA TURMA. negativa de prestação jurisdicional. A exposição, pelo órgão julgador, dos motivos reveladores de seu convencimento, não obstante a parte desfavorecida pela decisão possa inconformar-se com a conclusão alcançada, não configura a hipótese de decisão carente de fundamentação. A mera contrariedade aos interesses da parte não dá suporte à alegação de nulidade do julgado. Embargos não conhecidos. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DA CAUSA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CARÁTER PROCRASTINATÓRIO. MULTA PREVISTA NO ARTIGO 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Não se justifica a aplicação da multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, quando não demonstrado o intuito protelatório dos embargos de declaração. Recurso de embargos conhecido e provido. SUCESSÃO. CONTRATO DE CONCESSÃO. RESPONSABILIZAÇÃO DA RFFSA. AUSÊNCIA DE INTERESSE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO NÃO CONFIGURADA. 1. A jurisprudência desta Corte uniformizadora firmou-se no sentido de reconhecer a sucessão trabalhista entre a Rede Ferroviária Federal S.A. e as empresas que firmaram contrato de arrendamento de malhas ferroviárias, resultante da concessão de exploração de serviço público. Decisão da Turma proferida em sintonia com o entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial n.º 225 da SBDI-I do TST. 2. Ademais, carece o devedor principal de interesse em perseguir, na esfera recursal, o reconhecimento da responsabilidade do devedor subsidiário. Com efeito, tal provimento jurisdicional resultaria inócuo para o devedor principal, porquanto incapaz de elidir a sua responsabilidade pela satisfação integral dos débitos reconhecidos em juízo. Apenas o credor revela-se legitimado para requerer tal providência, a ele não se podendo substituir o devedor principal. Precedentes. Incólume o artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. 3. Embargos não conhecidos. (E-RR - 635020-29.2000.5.17.5555, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 13/05/2010, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 21/05/2010)

²⁷¹ EMBARGOS. SUCESSÃO - FERROVIA CENTRO-ATLÂNTICA S.A. - CONTRATO DE ARRENDAMENTO - A sucessora é responsável principal pelos créditos trabalhistas decorrentes de relação empregatícia concluída após a sucessão, não havendo falar, por isso, em legitimidade de parte para pleitear a inclusão da RFFSA como devedora subsidiária. Inteligência da Orientação Jurisprudencial n.º 225 da C. SBDI-1. Embargos não conhecidos. (E-RR-654.542/2000, SBDI-I, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, publicado no DJU de 16/2/2007.)

²⁷² AGRADO DE INSTRUMENTO. MUNICÍPIO DE PRAIA GRANDE. INTERVENÇÃO EM HOSPITAL. SUCESSÃO DE EMPREGADORES CONFIGURADA. DESPROVIMENTO. Diante da ausência de violação dos dispositivos invocados não há como admitir o recurso de revista. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 38400-53.2009.5.02.0401, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 16/06/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/06/2014)

As normas contidas nos artigos 10 e 448, da CLT, é de ordem pública e em razão disso sobrepõe-se a qualquer disposição contratual ou acordo de vontade entre as partes.²⁷³

Com relação a transferência de carteira de plano de saúde, os contratos celebrados entre os beneficiários e a antiga empresa continuam em plena vigência, não sofrendo qualquer alteração. Esse entendimento foi exarado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo quando do julgamento de recursos interpostos por beneficiários de planos de saúde, cujas carteiras foram adquiridas por outras empresas do ramo.²⁷⁴

Mota Pinto esclarece que “enquanto na cessão da posição contratual é transferida, na sub-rogação *ex lege* no contrato ela é deferida”.²⁷⁵ Há a transmissão subjetiva do contrato sem a necessidade do consentimento do cedido.

Notemos que nos casos acima relatados há continuidade do contrato com pessoa estranha ao contrato original, assumindo a mesma posição contratual do antigo contraente, no entanto, de fonte distinta e com requisitos diversos.

13 CESSÃO DE CRÉDITO

À primeira vista podem-se confundir esses dois institutos, porém, analisando-os um pouco mais de perto, percebemos grande diferença entre eles.

²⁷³ SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castello. Consolidação das leis do trabalho: comentada. 41. ed. São Paulo: LTR Editora, 2008. p. 91.

²⁷⁴ EMENTA. Plano de saúde. Aquisição de carteira de clientes. Responsabilidade da sucessora pelo cumprimento das obrigações decorrentes das relações jurídicas estabelecidas antes da aquisição. Legitimidade passiva da sucessora. Manutenção da operadora de plano de saúde que teve a carteira adquirida no polo passivo da ação. Necessidade de aguardo da instrução do feito. Decisão reformada. Agravo parcialmente provido. (Agravo de Instrumento n. 2029555-43.2014.8.26.0000. Des. Relator Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. Julgado em 15/04/2014). Veja também os acórdãos dos Agravos de Instrumento 2035488-31.2013.8.26.0000 e 2001969-31.2014.8.26.000 proferidos pelo TJSP.

²⁷⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit., 1985, p.433.

Para diferenciar os dois institutos, é necessário conceituar a cessão de crédito. Para isso utilizamos as palavras de Paulo Jorge Scartezzini Guimarães:

podemos dizer que cessão de crédito é o negócio jurídico bilateral (depende da manifestação de vontade dos dois sujeitos da relação negocial) pelo qual o detentor de um crédito, que recebe o nome de cedente, se obriga a transferir a outrem, chamado cessionário, de forma onerosa ou gratuita, a totalidade ou parte desse crédito.²⁷⁶

Como visto, a cessão da posição contratual é a substituição de uma das partes originárias do contrato, na qual o cessionário assume o complexo de obrigações e direitos daquela posição contratual. Na cessão de crédito tem-se a alteração somente do credor, restando à outra parte, devedora, o pagamento desse crédito. Transferem-se, nesta última, somente os elementos ativos.

Outra diferença refere-se ao fato de que o consentimento do cedido na cessão de crédito restringe-se ao plano da eficácia, sendo que na cessão da posição contratual esse consentimento está no plano da validade. Conforme esclarece Paulo Jorge Scartezzini Guimarães²⁷⁷ sobre a eficácia da cessão de crédito *“...para que o ato produza efeitos perante ele [cedido], para que saiba que o seu credor é pessoa diversa da originariamente pactuada e, conseqüentemente, pague à pessoa correta, como regra, deverá ser notificado (art. 290 do CC)”*.

É fundamental então a notificação e, como se percebe, o maior interessado na sua realização é o cessionário do crédito, já que, enquanto o devedor não for cientificado da transferência legítimo será o pagamento feito ao antigo credor (art. 292, primeira parte do CC).

Ademais, como visto, a cessão da posição contratual é um negócio trilateral, pois o consentimento do cedido é requisito de

²⁷⁶ SILVA, Luis Renato Ferreira da. Op. cit., 2011, p. 245.

²⁷⁷ Idem, p. 251.

constituição da cessão. Já na cessão de crédito, o negócio é bilateral, é necessária a vontade de quem quer transferir o crédito e a aceitação da pessoa a quem se quer transmiti-lo. O devedor não interfere na cessão de crédito.²⁷⁸

Muito embora o devedor não tenha interferência na validade da cessão de crédito, cabe a ele opor ao cedente como ao cessionário, as exceções que lhe competirem no momento em que tiver conhecimento da cessão. Lembrando que a cessão somente produzirá efeito contra ele após sua notificação.²⁷⁹

Orlando Gomes apresenta mais uma diferença: “a cessão de contrato só é logicamente possível nos contratos bilaterais; nos contratos unilaterais, a cessão ou é de crédito ou de débito”.²⁸⁰

14 ASSUNÇÃO DE DÍVIDA

Diferentemente da cessão da posição contratual, o instituto da assunção de dívida está devidamente positivado no Código Civil de 2002 em seus artigos 299 a 303.

Recorrendo aos ensinamentos de Carlos Alberto da Mota Pinto²⁸¹ sobre assunção de dívida, que esclarece: “o significado prático da consideração deste negócio jurídico como fonte duma sucessão na titularidade passiva da obrigação, que permanece, assim, objetivamente idêntica, antes e depois da mudança”. No mesmo sentido, Renan

²⁷⁸ No mesmo sentido são as palavras de Paulo Jorge Scartezzini Guimarães: “não podemos confundir a cessão de crédito com a cessão do contrato, também chamada de cessão da posição contratual. Nesta, admissível apenas nos contratos bilaterais, transferem-se todos os elementos ativos e passivos correspondentes à posição do cedente, razão pela qual é necessário o consentimento do outro contratante. Ademais, na cessão contratual, é fundamental que as obrigações ainda não tenham sido cumpridas”. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Cessão de Crédito in LOTUFO, Renan e NANNI Giovanni Ettore (coord.) Obrigações. São Paulo: Atlas, 2011, p.250.

²⁷⁹ GOMES, Orlando. Obrigações. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 244

²⁸⁰ Idem. p. 249.

²⁸¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit., 1985, p. 138.

Lotufo²⁸² define que o “terceiro ingressa no polo passivo da obrigação, que originalmente tinha outro figurante como devedor isolado, como novo devedor, ou como codevedor; mantendo-se a prestação devida”.

Podemos afirmar que nesse instituto tem-se a substituição da pessoa responsável a efetuar a prestação devida, ou seja, altera-se o sujeito passivo da relação sem haver alteração alguma na prestação.

Conforme Renan Lotufo: “Pela redação do artigo em exame, enquanto não ocorrer o consentimento do credor, não temos a assunção de dívida, visto que o consentimento é elemento necessário ao nascimento da transmissão”.

Na assunção de dívida perfaz a presença de dois requisitos: o consentimento do credor e a existência e validade do contratual de transmissão.

Convém destacar os ensinamentos de Jorge Mosset Iturraspe, no sentido de que: “Se transfiere la cualidad de parte contratante en un contrato con prestaciones recíprocas. Ello es lo que diferencia la cesión del contrato de la mera cesión del crédito o de la cesión de la deuda, nacidas del contrato”.²⁸³

Podemos diferenciar a cessão da posição contratual da assunção de dívida em três pontos: (i) muito embora ambos exijam o consentimento de três partes, o objeto é essencialmente distinto, uma vez que na cessão de dívidas somente se cede a titularidade passiva, enquanto na cessão da posição contratual se cede os direitos e obrigações; (ii) enquanto na assunção de dívida a finalidade é a circulação da obrigação pelo seu lado passivo, na cessão da posição contratual se almeja a transferência de riquezas; (iii) o campo de atuação da assunção de dívida se dá no direito das obrigações, e na cessão da posição contratual se dá no campo dos contratos.²⁸⁴

²⁸² LOTUFO, Renan. Op. cit., 2003, p.166.

²⁸³ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos*. Buenos Aires: EDIAR, 1992, p. 305.

²⁸⁴ CABRAL, Antônio da Silva. Op. Cit., 1987. p. 170

Portanto, não podemos confundir esses dois institutos, pois na cessão da posição contratual se tem a transferência total subjetiva, (polo ativo e passivo da relação), dentro do campo do contrato, diversamente da assunção, em que há a somente a substituição passiva, veiculada no campo das obrigações.

Não é objeto deste trabalho discutir sobre as modalidades de assunção de dívida (interna ou externa e liberatória ou cumulativa), porém, é necessário observar que “sabe-se que uma assunção de dívida, com liberação do devedor originário, carece de autorização do credor ‘cedido’ não podendo ter lugar por um ato simétrico do ato bilateral de cessão de créditos, isto é, em que interviessem, apenas, o antigo e novo devedor”.²⁸⁵

15 SUBCONTRATO

Diferentemente da cessão da posição contratual, no subcontrato não há a substituição de qualquer um dos contraentes originários, há, sim, a celebração de outro contrato diretamente derivado do contrato principal.

Uma das partes do contrato originário celebra um contrato com terceiro, denominado subcontratante. É importante esclarecer que este segundo contrato tem uma relação de dependência com o primeiro.

O subcontrato está condicionado aos efeitos do contrato-base, bem como às suas causas de extinção. Nesse caso, em razão de a relação ter por base o contrato originário, o subcontratante não poderia adquirir direitos e deveres maiores ao inicialmente estipulados no contrato principal, mas, tão somente, direitos e deveres iguais ou inferiores.

²⁸⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit., 1985, p.139.

Podemos dizer ainda que o subcontratante ocupa posição inversa à ocupada no contrato principal, e dar como exemplo a figura do locatário que celebra inicialmente contrato de locação com o locador. Na hipótese de sublocar determinado imóvel, assume a figura de locador e a pessoa que subloca, chama-se sublocatário.

O subcontrato se diferencia da cessão da posição contratual na medida em que na cessão há substituição de um dos contratantes do contrato original, sendo que no subcontrato, não há alteração de nenhuma das partes do contrato-base, e ainda, há a celebração de um novo contrato, entre um dos contraentes com um terceiro. Não há, via de regra, nenhuma relação entre uma das partes do contrato original com a parte estranha ao contrato-base do subcontrato.

16 CONTRATO COM PESSOA A DECLARAR

O contrato com pessoa a declarar, positivado no Código Civil nos artigos 467 a 471, poderia ser facilmente confundido com a cessão da posição contratual. Entretanto, esses dois institutos não se confundem.

Nessa figura uma das partes, quando da celebração do contrato, reserva-se a faculdade de indicar outra pessoa, estranha à relação original, para adquirir os direitos e assumir as obrigações decorrentes do contrato, conforme entendimento disposto no artigo 467, do Código Civil.

Na definição de Wald “uma das partes tem a faculdade de, nos termos estipulados no instrumento contratual ou na lei, indicar outra

pessoa que irá adquirir direitos ou assumir obrigações nele previstas, desde o momento em que foi celebrado (arts. 467 a 469)".²⁸⁶

O Código Civil denominou essa figura contratual com a expressão "contrato com pessoa a declarar". Nos países europeus não foi essa a denominação dada ao instituto. O Código Civil Português, na subsecção X – artigos 452 a 456, utiliza a expressão "contrato para pessoa a nomear" e o Código Civil Italiano, artigos 1.401 a 1.405, utiliza a expressão "contrato por pessoa a declarar". Nota-se que os termos "para" e "por" revelam que, no momento da celebração do contrato, não é certo, ou não precisa ser certo, que a pessoa virá a declarar virá a se tornar parte do contrato. O contrato celebrado se restringe entre estipulante e promitente, sendo facultado ao estipulante nomear terceira pessoa como parte avençada.

Diferentemente dos códigos europeus acima citados, o Código brasileiro adotou a expressão "contrato com pessoa a declarar", isso reforçou a ideia de que há um só negócio jurídico desde o início. A assunção do terceiro da relação contratual junto ao promitente, com seus efeitos integrais desde a origem, não representa um novo negócio, mas opera-se como se o contrato sempre fora com ele celebrado diretamente.²⁸⁷

Nesse contrato existem três figuras distintas: (i) a do estipulante (ou promissário), a parte contratual que se reservou o direito de nomear um terceiro; (ii) a do promitente, a parte contratual que não se reservou o direito de nomear terceiro, e; (iii) de um terceiro destinatário (*electus*), quem terá a faculdade de aceitar ou não a posição contratual a ele ofertada e assumirá as obrigações e adquirirá os direitos emanados do contrato.

²⁸⁶ WALD, Arnaldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. Colaboradores: Semy Glanz, Ana Elisabeth Lapa Wanderley Cavalcanti e Liliana Minardi Paesani. 21. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. v. 2. p. 322.

²⁸⁷ THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 255.

Essa terceira pessoa ingressa na relação contratual como se lá figurasse desde a celebração do contrato. Sendo que aquele que se retirou do contrato, seria como se nunca tivesse ali figurado.

A eficácia deste contrato dá-se somente entre os contratantes originários, conforme dispõe o artigo 470, do Código Civil, se: (i) não houver indicação de pessoas, ou se o nomeado se recusar a aceitá-la; e (ii) a pessoa nomeada era insolvente e a parte que a nomeou o desconhecia no momento da indicação. Além dessas duas hipóteses, o contrato com pessoa a declarar somente produzirá efeitos entre os contratantes originários, se a pessoa a nomear era incapaz ou insolvente no momento da nomeação, conforme disposto no artigo 471, do mencionado código.

Essa figura se distancia da cessão da posição contratual, pois nesta há necessidade do consentimento do cedido para que a cessão seja válida, enquanto, naquela a autorização nasce com a celebração do contrato. Conforme se verifica nos ensinamentos de Humberto Theodoro Neto:

O contrato com pessoa a declarar também assume feições de uma cessão de posição contratual pré-admitida por ambas as partes, o cedente e a co-parte cedida, mas com essa figura não se confunde. Bastará, para a modificação de parte implementar-se, o suprimento da condição suspensiva, consubstanciada na manifestação de vontade convergente do estipulante e do terceiro que nomear. A grande diferença é que não necessitará a manifestação de concordância da contraparte cedida, pois essa é íncita à forma de contratação eleita. Destarte, não é propriamente uma cessão de contrato,

pois convenção já é concluída com destinação pré-admitida para pessoa nomeada ou a nomear.²⁸⁸

Luiz Roldão de Freitas Gomes, em pioneira obra monográfica no direito brasileiro sobre contrato com pessoa a declarar, aponta uma diferença entre este e a cessão da posição contratual:

Quer se veja na cessão de contrato a cessão de crédito e a transferência de obrigações e acessórios, em relação de correspectividade uma com a outra, recebendo-os, ambos, o cessionário, ou a transmissão de toda a posição contratual, com caráter unitário, enfeixando direitos, obrigações, direitos potestativos, estados de sujeição e deveres de comportamento, verdade é, como bem refuta ENRIETTI, não se poder vislumbrar, no contrato para pessoa a nomear, um fenômeno de sucessão, ínsito, todavia, à cessão do contrato. Para que nele pudesse ocorrer, far-se-ia mister derivasse o *electus* seus direitos e obrigações do estipulante, não do promitente. Não há, pois, falar em sucessão sequer cronológica, tendo em vista a retroatividade da aquisição do *electus*. Não se concilia também a figura da cessão do contrato com a qualidade de parte que àquele se reconhece.²⁸⁹

Outra diferença a ser apontada se refere aos seus efeitos. Na cessão contratual, o cessionário substitui o cedente, sendo que os efeitos nascem nesse momento, e, no contrato a pessoa a declarar, os efeitos da nomeação retroagem desde a celebração do contrato, conforme disposto no artigo 469, do Código Civil. Esse entendimento

²⁸⁸ THEODORO NETO, Humberto. Op. Cit., 2007. p. 254.

²⁸⁹ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato com pessoa a declarar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 200.

está corroborado nos ensinamentos de Luis Renato Ferreira da Silva²⁹⁰ ao afirmar que, *“em suma, na cessão o ingresso do cessionário opera a titularidade dos direitos e obrigações (rectius, da posição contratual) ex nunc. Já no contrato com pessoa a declarar, o ingresso opera efeitos ex tunc”*.

Convém esclarecer que a cláusula que faculta a indicação de terceiro não poderia ser feita de forma verbal, conforme esclarece Luis Guilherme Loureiro²⁹¹: *“a cláusula ‘pro amico eligendo’ deve estar expressamente prevista no contrato, em outras palavras, deve adotar a forma escrita”*, sendo que eventual indicação deverá ser feita no prazo de cinco dias contados da conclusão do contrato, regra contida no artigo 468, do Código Civil.

O Tribunal de São Paulo teve a oportunidade de diferenciar cessão da posição contratual de contrato com pessoa a declarar, quando do julgamento da apelação n. 0455008-48.2010.8.26.0000²⁹². Assim, pode-se concluir que a cessão da posição contratual tem seus próprios requisitos, consubstanciados na liberdade contratual e na autonomia da vontade, objetivando a circulação de riqueza, diferenciando dos institutos acima mencionados, sendo eles: cessão de crédito, assunção de dívida, subcontrato e contrato com pessoa a declarar, muito embora guardem entre si algumas semelhanças.

²⁹⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. Op. cit., 2011, p. 399.

²⁹¹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Op. cit., 2002, p. 186.

²⁹² AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER Cerceamento de defesa Inexistência Interesse de Agir - Existindo controvérsia quanto à forma de cumprimento da obrigação, é necessária a solução do conflito pela via judicial Compromisso de Venda e Compra de Imóvel Cessões **sucessivas Cessão do contrato que não se confunde com o chamado "contrato com pessoa a declarar", uma vez que na cessão há a transmissão das obrigações** Recolhimento antecipado do ITBI Exigência do Tabelionato para lavratura da escritura definitiva Questão a ser dirimida na via adequada -A ausência dos registros das cessões anteriores, uma vez que está comprovada a regularidade das transmissões e quitações, não havendo cláusula de arrependimento, não exime a Construtora de cumprir a obrigação assumida de outorgar a escritura, em cujo direito se sub-rogaram os apelados-cessionários - Ausência de violação ao Princípio da Continuidade - Redução dos honorários advocatícios - Recurso provido em parte. (Apelação Cível n. 0455008-48.2010.8.26.0000 - 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo – Relator Alcides Leopoldo e Silva Júnior – publicado no DOE de 03.02.2014) (g.n.)

17 CONCLUSÃO

Como visto, princípios são ideias matrizes e motrizes do sistema, do ordenamento. Sendo que o Código Civil de 2002 foi construído sob três principais princípios basilares, sendo eles: o princípio da eticidade, da socialidade e da operabilidade.

Existem princípios aplicados aos contratos, como o princípio da autonomia da vontade, da boa-fé, do equilíbrio econômico, da função social e da força obrigatória dos contratos.

O princípio da autonomia privada decorre do vetusto princípio da autonomia da vontade, e trata-se do poder de os contratantes se autodeterminarem, disciplinando suas relações jurídicas, porém, não de forma absoluta, devendo respeitar os limites impostos no ordenamento jurídico. A autonomia privada é um dos fundamentos para o reconhecimento e recepção da cessão da posição contratual por nossos aplicadores do direito.

O princípio da relatividade dos efeitos dos contratos está diretamente ligado aos efeitos produzidos pelos contratos, bem como às partes que serão afetadas por ele. Se o analisássemos de forma isolada, os efeitos gerados pelo contrato ficariam limitados a atingir somente as partes contraentes.

Nos dias atuais, encontramos contratos que ultrapassam essa regra, transcendendo seus efeitos às partes contratantes, atingindo terceiros, quer criando, quer impondo obrigações, como no caso de estipulação em favor de terceiro (exemplo: seguro de vida em favor de outrem), quer nos casos de contrato coletivo de trabalho etc. Esse princípio vem sendo suavizado pela função social do contrato.

Ressalta-se que irradiar os efeitos atingindo terceiros não significa o ingresso desses terceiros na relação contratual celebrada entre as partes. Esses continuam a ser considerados terceiros.

O princípio da boa-fé irradia seus efeitos de forma difusa pelos demais princípios do contrato, conferindo o valor da ética, sendo composto em seu substrato pela lealdade, correção, veracidade e confiança. Ademais, por decorrência desse princípio iniciou-se a preocupação de verificar a obrigação assumida pelas partes de uma maneira dinâmica e não estática. Houve o surgimento de direito e deveres que não estavam no contrato, chamados de direitos anexos ou laterais.

O princípio do equilíbrio econômico decorre da preocupação por equilíbrio, equidade e proporcionalidade nas relações obrigacionais assumidas pelas partes contraentes. Tal princípio visa analisar tanto o conteúdo do contrato quanto o seu resultado a ser alcançado, uma vez que, inspirado pela igualdade substancial, compara as vantagens e desvantagens relacionadas à cada uma das partes. Busca-se a proteção da parte mais fraca, objetivando evitar que esta saia prejudicada ou até mesmo seja escravizada pela obrigação assumida, por nunca conseguir adimpli-la.

Já o princípio da função social do contrato, consubstanciado no artigo 421, do Código Civil, determina que não somente as partes contratantes são importantes, merecendo atenção, mas também deve ser considerado o interesse da própria sociedade na elaboração e no cumprimento do contrato. Esse princípio tem como escopo a destinação de integrar os contratos em uma ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas.

E por fim, pelo princípio da força obrigatória do contrato as partes têm a obrigação de cumprir as regras pactuadas. Tal princípio decorre do conhecido brocardo jurídico do *pacta sunt servanda*, ou seja, o contrato faz lei entre as partes. Muito se cogitou sobre a retirada da aplicação desse princípio por nosso ordenamento jurídico. No entanto, podemos afirmar que tal princípio continua em vigor, porém de forma mitigada. Isso porque diante das inúmeras mudanças, bem como a

vigência do novo Código Civil, será verificada a relação contratual firmada não somente entre as partes, mas também será analisado o interesse da própria sociedade, havendo a possibilidade de o Poder Judiciário intervir no conteúdo de determinados contratos.

Muito embora o ordenamento jurídico brasileiro não tenha regulamentado o instituto da cessão de posição contratual, este é recepcionado por nossa sociedade, com o intuito de facilitar a circulação de riquezas representadas pelo contrato, afastando a necessidade de celebrar novo contrato, apenas substituindo uma das partes do contrato existente, porém mantendo-se inalterado o objeto do contrato originário.

Trata-se a cessão de contrato de um negócio jurídico cujo objetivo é a transferência de uma das partes do contrato-base (cedente) que será substituída por um terceiro (cessionário), necessitando da anuência da parte originária que permanecerá no contrato (cedido).

É certo que não podemos enxergar a cessão do contrato como mera decomposição em créditos e débitos, como entendimento trazido pela teoria atomística. A cessão deve ser entendida como uma transferência integral dos elementos ativos e passivos do contrato, como um único negócio de disposição do contrato, como conjunto unitário de direitos e obrigações. Há uma transferência em bloco, transmitindo-se a completa posição contratual. Esse entendimento está consubstanciado pela teoria unitária da cessão.

Com a cessão de contrato, há transferência dos créditos, débitos, direitos potestativos, sujeições, deveres laterais de comportamento, independente do dever principal de prestação, exceções, expectativas, ônus etc. Compreendendo todos os vínculos e liames intersubjetivos da relação contratual.

Por se tratar de um negócio jurídico, está sujeito a todos os elementos e requisitos a ele inerentes, no plano da existência, da validade e da eficácia. Além dos requisitos genéricos necessários a

qualquer negócio jurídico, a cessão de contrato tem seus requisitos específicos.

O primeiro deles é o do consentimento. A discussão em questão incide sobre a pessoa do cedido, aquele que permanece na relação contratual originária, uma vez que não há muitas dúvidas sobre a necessidade do consentimento do cedente e do cessionário.

O consentimento do cedido é elemento constitutivo da cessão de contrato, dando validade ao instituto, afastando entendimentos diversos que o consentimento do cedido seria apenas uma mera adesão ao contrato de cessão perfeito e acabado celebrado entre cedente e cessionário, limitando-se ao âmbito da eficácia.

Quanto ao tempo em que o consentimento do cedido pode ser dado, ele pode ser dado de forma antecipada, com uma prévia autorização para a transferência do contrato, observando as exigências postas no contrato, bem como pode ser dado posteriormente à assinatura do negócio de cessão. Entretanto, a forma mais usual é que esse consentimento seja dado concomitantemente aos consentimentos do cedente e cessionário quando da celebração da cessão.

Outro requisito específico é o do objeto.

A cessão de contrato é um negócio cujo objeto é um outro negócio, na qual há a transferência de créditos, dívidas, pretensões, obrigações e ações e direitos formativos, bem como situações passivas que comportam as faculdades ativas e passivas.

Os créditos futuros, muito embora não existam no momento da cessão, como já são previstos, ou seja, determináveis, também são cedidos.

Os direitos potestativos que estão relacionados ao próprio crédito, bem como os ligados à própria relação contratual são transferidos com a cessão, restando somente com a pessoa do cedente os direitos potestativos autônomos e personalíssimos, como, por

exemplo, a cláusula especial de retrovenda estipulada em contrato de compra e venda.

Ainda com relação ao objeto da cessão da posição contratual, pode-se afirmar que os deveres anexos, decorrentes da visão dinâmica da obrigação, também são transferidos ao cessionário, devendo agir segundo as regras da boa-fé.

A cessão de contrato deve cumprir os requisitos genéricos da forma dispostos no artigo 104, do Código Civil, sendo que, por analogia, deve acompanhar os mesmos requisitos necessários para a cessão de crédito, para que tenha eficácia perante terceiros.

Alertamos, porém, para o fato de que o cedido não é equiparado a terceiro, sendo necessária, como visto, o seu consentimento na cessão do contrato. Deve ser seguida a mesma solenidade exigida para a celebração do contrato originário, mesmo na hipótese de essa exigência não ser legal.

Diferentes efeitos são gerados em relação às três figuras relacionadas na cessão da posição contratual.

Para que sejam gerados efeitos na relação entre cedente e cedido, este deve dar seu consentimento, até porque na cessão da posição contratual, ninguém é obrigado a aceitar uma nova parte contratual sem que tenha vontade. Na hipótese de o cedido não consentir com a cessão, haverá sua liberação se efetuar o pagamento ao cedente, parte originária do contrato.

Com a cessão do contrato, haverá a liberação do cedente, de acordo com a regra consubstanciada nos artigos 299 e 300, do Código Civil. Entretanto, as partes podem estipular de forma diversa, ficando o cedente responsável subsidiário pelo cumprimento da obrigação. Além disso, as garantias prestadas pelo cedente no contrato-base, são consideradas extintas, salvo disposição em contrário.

Outros efeitos surgem em relação ao cedente e cessionário, sendo o principal efeito a substituição deste por aquele na relação contratual. O cessionário poderá pagar uma contraprestação ao cedente, dependendo se a cessão for feita de forma onerosa ou gratuita.

A cessão ainda responsabiliza o cedente em garantir a existência e validade do contrato, incluindo a sua legitimidade para dispor dessa relação contratual. Entretanto, o cedente não garante a solvibilidade do cedido nem mesmo que este cumprirá a obrigação.

Por fim, com a cessão da posição contratual haverá a alteração do cedente, originário da relação contratual, pelo cessionário, que, juntamente com o cedido, serão parte do contrato, assumindo a obrigação de cumprimento das prestações, com o direito de exigir do outro a contraprestação.

A cessão do contrato por força de lei é chamada de cessão imprópria. Nessa cessão não há necessidade se cumprir todos os requisitos da cessão da posição contratual propriamente dita. Não se discute se há necessidade de consentimento do cedido ou se este estaria implícito. Essa modalidade de cessão é imposta por lei.

Na cessão imprópria tem-se a liberação do cedente. Restando uma relação contratual somente entre cedido e cessionário.

Não se pode confundir cessão de crédito com a cessão da posição contratual. Nesta há substituição de uma das partes originárias do contrato, assumindo o cessionário o complexo de obrigações e direitos daquela posição contratual, diferentemente daquela que se refere somente ao crédito, alterando-se o credor, restando à outra parte, tida como devedora, responsabilidade pelo pagamento desse crédito.

Além disso, o consentimento do cedido na cessão de crédito se restringe ao campo da eficácia, e na cessão de contrato esse consentimento é requisito de validade do contrato.

Também não se pode confundir cessão de contrato com assunção de dívida, uma vez que, nos mesmos moldes da cessão de crédito, estamos diante de uma transferência de somente um dos elementos da cessão de contrato, a dívida. No campo da cessão de contrato o objeto é muito mais amplo, envolvendo crédito, débito, direitos potestativos, sujeições, ônus etc.

A cessão de contrato se diferencia do subcontrato na medida em que neste não há a substituição de qualquer uma das partes contraentes. O que se tem é a celebração de outro contrato envolvendo o locatário e um terceiro, denominado sublocatário. O subcontrato está condicionado aos efeitos do contrato entre locador e locatário.

E por fim, o último instituto que não se confunde com a cessão de contrato, é o contrato a pessoa a declarar, regulamentado pelos artigos 467 a 471, do Código Civil.

Nessa figura afim, o contrato é celebrado reservando a faculdade de se indicar outra pessoa para figurar como parte na relação, sendo que essa terceira pessoa ingressa na relação como se figurasse desde o início. Sendo a principal diferença o momento do nascimento dos efeitos. Na cessão o nascimento para o cessionário surge quando da substituição, e no contrato a pessoa a declarar os efeitos retroagem desde a celebração do contrato, conforme disposto no artigo 469, do Código Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *El concepto y validez del derecho*. Gedisa: Barcelona, 1994

ANDREOLI, M. *La cesión del contrato*. Tradução de Francisco Javier Usset. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. Princípios Gerais do Direito das Coisas: Tentativa de Sistematização in ALVIM E CAMBLER, Angélica Arruda e Everaldo Augusto (coord.) *Atualidades do Direito Civil*. São Paulo. Juruá Editora, 2006.

_____. Comentários ao Código Civil Brasileiro: Direito das Coisas. Vol. XI, tomo I. Forense: São Paulo, 2009.

_____. Função Social do Contrato. RT 815/11

ASCENÇÃO, José de Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé. *Revista de Direito Privado, Revistas dos Tribunais*, São Paulo, out.-dez., n. 4, 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O princípio da boa-fé nos contratos. *Revista do CEJ*, Brasília, v. 9, 1999. Disponível no site: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo7.htm> - acessado em 07 de junho de 2012.

_____. *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. RT 775/11.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 750, p. 116, abr. 1998.

BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Renovar, v. 225, jul./set. 2001.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BENACCHIO, Marcelo. *Inadimplemento das obrigações in LOTUFO, Renan e NANNI Giovanni Ettore (coord)*. São Paulo: Obrigações Atlas, 2011.

BESSONE, Darcy. *Do contrato. Teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CABRAL, Antônio da Silva. *Cessão de Contrato*. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria de norma tributária*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1981.

COUTO E SILVA, Clovis V. do. *Obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. (Coleção Teses).

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FLÓREZ-VALDES, Joaquim Arce. *Los Principios Generales del Derecho y su Formación Constitucional*. Madri: Ed. Cuardenos Civitas, 1990.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

_____. *Contratos*. Atualizado por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato com pessoa a declarar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Cessão de Crédito in LOTUFO, Renan e NANNI Giovanni Ettore coord. Obrigações Atlas*: São Paulo, 2011.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos*. Buenos Aires: EDIAR, 1992.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte General*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: EDERSA, 1978.

_____. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: EDERSA, 1958. t. I.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. v. 1

_____. *Código Civil comentado: obrigações: parte geral (arts. 233 a 420)*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2

_____. *Teoria geral dos contratos in LOTUFO, Renan e NANNI, Giovanni Ettore (coord.) Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos no Código Civil*. Método: São Paulo. 2002.

MARIANO, Francisco Paulo De Crescenzo, Interpretação e integração dos contratos *in* JÚNIOR, Antonio Jorge Pereira e JABUR, Gilberto Haddad. *Direitos dos Contratos*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 5, t. 1. (Coleção Forense sob coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira)

_____. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. II.

_____. *A boa fé*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo *in* LOTUFO, Renan e NANNI, Giovanni Ettore (coord.) *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. Milano: Giuffrè, 1972. v. 2.

NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro código civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, v. 12, outubro-dezembro de 2002, *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 2002. p. 56.

_____. Princípios do direito contractual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade *in* LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

NANNI, Giovanni Ettore. Autonomia Privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei Federal n. 9.434/97 e da Constituição Federal. *In* LOTUFO, Renan (coord.). *Direito Civil Constitucional*, cadernos I. São Paulo: Max Limonad, 1999.

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

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações, introdução a responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3.

_____. *Instituições de direito civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. v. 1

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão de Contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, São Paulo: Bookseller, 2003. v. 23.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v. 38.

REALE, Miguel. *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. Saraiva: São Paulo, 1986.

_____. *Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *O projeto do novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2ª ed., refor. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *História do novo Código Civil*. Coordenação de Miguel Reale, Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação – notas sobre a evolução de um conceito da Modernidade e na Pós-modernidade. *Revista de informação legislativa*, Brasília, jul./set. 2004, v. 41, n. 163.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes Coimbra: Almedina, 1988.

_____. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castello. Consolidação das leis do trabalho: comentada. 41. ed. São Paulo: LTR Editora, 2008.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. Cessão da posição contratual *in* LOTUFO, Renan e NANNI, Giovanni Ettore (coord.) *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. Forense: Rio de Janeiro, 2003.

THEODORO NETO, Humberto. Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1997. v. 2.

WAISBERG, Ivo. Cessão de contrato nos contratos de adesão *in* TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Obrigações: função e eficácia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. II. Edições Especiais 100 anos.

WALD, Arnoldo. Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. Colaboradores: Semy Glanz, Ana Elisabeth Lapa Wanderley Cavalcanti e Liliana Minardi Paesani. 21. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. v. 2