



**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ÉDER AUGUSTO CONTADIN

**INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO NEGOCIAL NA CESSÃO DE
CONTRATO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR ASSOCIADO DR. ALESSANDRO HIRATA

**SÃO PAULO
2018**

ÉDER AUGUSTO CONTADIN

**INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO NEGOCIAL NA CESSÃO DE
CONTRATO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Alessandro Hirata.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO
2018

G633 Contadin, Éder Augusto,
Interpretação e integração negocial na cessão de contrato / Éder
Augusto Contadin. – São Paulo, 2018.
135 f.

Orientador: Alessandro Hirata

Dissertação (Mestrado) -- Programa de Pós-Graduação em Direito
(Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Contratos. 2. Cessão de Contrato. 3. Interpretação e integração.
I. Hirata, Alessandro, orient. II. Título.

CDU : 347.4

CDD : 346

TERMO DE APROVAÇÃO

ÉDER AUGUSTO CONTADIN

INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO NEGOCIAL NA CESSÃO DE CONTRATO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil.

Aprovada em ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

Prof. Associado Dr. Alessandro Hirata (orientador)

AGRADECIMENTOS

Ao professor Alessandro Hirata, pela orientação, confiança e motivação. Um orientador nato.

À minha família e aos que se foram.

À Jaqueline, companheira zelosa.

À Daniela Bomfim, pela ajuda e amizade.

RESUMO

CONTADIN, Éder Augusto. *Interpretação e integração negocial da cessão de contrato*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 135 fls., 2018.

Esta dissertação tem por objeto estudo e análise dos processos de interpretação e integração negociais na inteira operação de cessão de contrato. As dificuldades que envolvem o tema passam pela complexidade estrutural e funcional da cessão de contrato, que é negócio plurifuncional e integrado a um outro contrato causal. Estas questões ainda são controversas na doutrina do Brasil e demandam análise dogmática mais aprofundada. Apesar de comum no mundo dos negócios, os contratos de cessão suscitam muitas dúvidas técnico-jurídicas. Especificamente quanto à cessão de contrato, vários problemas são revelados pelos processos de interpretação e integração. Muitos deles decorrentes de sua estrutura plurilateral.

Palavras-chave: Negócio de cessão. Cessão de contrato. Interpretação e Integração

RIASSUNTO

Questa tesi ha come oggetto lo studio e la ricerca dei processi di interpretazione ed integrazione negoziali nella intera operazione di cessione del contratto. Le difficoltà che coinvolgono il tema rimangono da complessità strutturale e funzionali della cessione del contratto, che è contratto plurifunzionale e integrato in altro contratto causale. Queste questioni sono ancora controverse nella dottrina di Brasile e richiedono esame dogmatico più approfondito. Nonostante comune nel mondo di affari, i contratti di cessioni suscitano molte dubbi tecnico-giuridiche. Specificamente quanto la cessione del contratto, vari problemi vengono alla luce da processi d'interpretazione ed integrazione. Molti di essi derivano dalla sua struttura plurilaterale.

Parole chiave: *Negozio di cessione. Cessione del contratto. Interpretazione integrazione.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. ASPECTOS PRELIMINARES	
1.1 A cessão de contrato na realidade socioeconômica e no quadro geral do direito das obrigações.....	3
1.2 O negócio de cessão enquanto contrato translativo pelos efeitos.....	22
1.3 Contratos translativos pelos efeitos e contratos com efeitos reais – distinção e abrangência.....	30
2. PROCESSOS DA CIRCULAÇÃO JURÍDICA.....	35
2.1 A circulação econômica como noção de base – aspectos da economia de mercado.....	35
2.2 A circulação na perspectiva jurídica.....	39
2.3 Efeitos contratuais e circulação – efeitos em perspectiva estrutural e em perspectiva funcional.....	47
2.4 Aquisição de direitos e suas modalidades.....	49
2.4.1 Dos especiais aspectos da aquisição originária e da aquisição derivada.....	54
2.4.2 Aquisição <i>translativa</i> e a <i>constitutiva</i>	56
3. RELAÇÃO JURÍDICA, DIREITOS SUBJETIVOS E POSIÇÕES JURÍDICAS NA TEORIA DA TRANSMISSÃO EM DIREITO DAS OBRIGAÇÕES.....	59
3.1 Desenvolvimento do direito subjetivo de crédito na teoria da transmissão.....	59
3.2 Desenvolvimentos da relação jurídica na teoria da transmissão – as complexidades da relação jurídica obrigacional.....	70
3.3 Posições jurídicas subjetivas – complexidade e autonomização	76
3.4 O patrimônio em sentido jurídico	81
3.5 Negócio jurídico de cessão e a transmissibilidade das posições jurídicas – precisões terminológicas e especificidades dogmáticas.....	84

3.5.1	Cessão, negócio de cessão e operação de cessão.....	85
3.5.2	Regime jurídico do negócio de cessão – integração com o regime do contrato-base.....	99
3.5.3	Transmissão, sucessão, subingresso – dificuldades terminológicas – determinação da fenomenologia consequente.....	101
3.5.4	Manutenção da identidade do direito subjetivo ou das posições jurídicas transmitidas – o significado de manutenção da identidade do direito e da relação jurídica – diferenciação na cessão de crédito e na cessão de contrato – aprimoramentos dogmáticos.....	106
3.5.5	Transmissão das posições jurídicas subjetivas reais e das obrigacionais.....	114
4.	PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO NEGOCIAL NA OPERAÇÃO DE CESSÃO DE CONTRATO.....	116
4.1	Interpretação contratual – função e especificidades.....	116
4.2	Interpretação e integração da operação de cessão de posição de contrato – questões específicas.....	117
	CONCLUSÃO.....	127

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objetivo uma análise dogmática dos principais problemas interpretativos e integrativos suscitados pela operação de cessão de contrato, ou cessão de posição contratual.

A matéria é de incipiente desenvolvimento na doutrina e de periféricos enfrentamentos da jurisprudência, embora os casos julgados demonstrem que soluções baseadas em uma mais profunda adoção de mecanismos integrativos e interpretativos teriam levado a melhores e mais simples soluções. Isso é um mau dado. Demonstra certo desconhecimento das estruturas e funcionalidades da operação de cessão de contrato e, igualmente ruim, do adequado manuseio dos instrumentos de interpretação e integração colocados ao alcance dos juristas pelo ordenamento pátrio.

Inobstante, o fenômeno econômico-jurídico das transmissões de posições subjetivas contratuais tem alcançado mais espaço no dias que correm, com repercussões cada vez maiores, seja no campo das fusões e aquisições de empresas, que acabam por implicar na transferência de inúmeras e variegadas posições contratuais, seja no campo do mercado financeiro, que tem encontrado novas formas de facilitar o tráfego de posições contratuais (e que já são realizadas transações aos milhares nas bolsas de valores e de futuros), seja em situações corriqueiras interempresariais (como nas cada vez mais frequentes cessões de contratos de fornecimento), seja, ainda, na vida de relação dos comuns.

Perfaz-se, assim, o interesse pelo presente estudo.

Para chegar à análise dos problemas interpretativos e integrativos da cessão de contrato, a dissertação percorre caminho peculiar. Não se dá ênfase a um estudo detalhado de todas as questões que envolvem a cessão de contrato, que são muitas. Ademais, como se trata de um instituto ainda em construção pela dogmática da *Civil Law*, tais questões são em grande parte ainda abertas e objeto de várias perquirições descritivas. Por fim, a grande maioria dessas questões tem pouca ou nenhuma valia para o desiderato principal do trabalho.

Segue-se um estudo analítico e construtivo sequencial, a partir de elucubrações sobre a teoria da circulação, na perspectiva econômica e na perspectiva jurídica; sobre o conceito de tráfico jurídico; sobre a teoria da transmissão de direitos subjetivos patrimoniais; sobre a estrutura do direito subjetivo (patrimonial); sobre a complexidade – ou complexidades – em que se estruturam e se funcionalizam as relações jurídicas obrigacionais e contratuais, a partir das reconstruções dogmáticas por que vem passando nas últimas décadas; sobre a teoria das posições jurídicas, também ainda em construção na dogmática hodierna.

Chega-se a importante análise estrutural comparativa entre a cessão de contrato e a cessão de crédito; a primeira, operação negocial em que se transfere a inteira posição jurídica contratual, em sua globalidade complexa de posições jurídicas subjetivas ativas e passivas.

O último capítulo traz as reflexões sobre os processos hermenêutico e integrativo da inteira operação de cessão de contrato. O que se revela é uma estrutura de grande complexidade estrutural e de difícil apreensão funcional, porém extremamente útil para o tráfico econômico dos valores mobiliários.

1. ASPECTOS PRELIMINARES

1.1 A Cessão de contrato na realidade socioeconômica e no quadro geral do direito das obrigações

Cessão de contrato é todo negócio (contrato) que tem por finalidade, ou função eficiente, transmitir dada posição jurídica contratual *pertencente* a uma das partes de uma relação jurídica contratual concluída (já formada) a um outro sujeito, para que este termine a execução do programa contratual original¹.

A *cessão de contrato* pertence ao gênero *cessão de posições jurídicas obrigacionais* (ou *negócios de cessão*)² – negócio jurídico dirigido à produção de um efeito de sucessão num vínculo jurídico pessoal – do qual ainda fazem parte a *cessão de crédito* e a *assunção de dívida*³. O marcante critério designativo do referido gênero é a transmissão

¹ A função específica desse negócio jurídico não é, pois, a de simplesmente transmitir a posição contratual, como um fim em si mesmo; mas transmiti-la para que seja executada conforme o engendrado pelas partes originais (contratantes que avençaram ou formaram a relação jurídica contratual). Com tal afirmação, ressalta-se um ponto nodal, tanto da estrutura como da funcionalidade dessa figura negocial. Toda a dinâmica de efeitos da *cessão de contrato* depende da fixação dessa premissa. *Terminar a execução do programa contratual* não tem a conotação de o cessionário (sujeito que se torna titular da posição contratual cedida) adstrir-se unicamente a deveres na relação contratual em que ingressa, mas, também a de exercer as posições jurídicas ativas (pretensões, poderes formativos, expectativas etc) que se contenham na posição contratual global.

² Tendo sempre em conta um esforço de precisão terminológica e conceitual, essencial para as atividades de análise e de reconstrução dogmáticas, pontue-se, desde já, que o termo *cessão*, e seus cognatos (*cessão de crédito*, *cessão de contrato* ou *cessão de posição contractual*, *cessão de dívida*), presta-se tanto a identificar o *negócio jurídico de cessão* – ou seja, o ato jurídico negocial, *fonte* de relações jurídicas obrigacionais e as correspondentes posições jurídicas (direitos, poderes, deveres, ônus etc) que as integram – como para designar a própria relação jurídica obrigacional complexa (relação contratual) criada pelo negócio de cessão e, ainda, para designar o específico efeito jurídico decorrente do negócio de cessão (função eficiente), que é a *transmissão* de dada posição jurídica subjetiva obrigacional do patrimônio de um sujeito para outro (nesse sentido, cf. Vincenzo PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti – nella teoria del trasferimento*, Milano:Giuffrè, 1955, pp. 5-7. Na presente dissertação, o termo *cessão* será empregado no sentido de negócio jurídico de cessão. Quando for utilizado nos outros sentidos indicados, procurar-se-á aclará-los.

³ Nesse sentido, Marcel Edvar SIMÕES, *Transmissão em direito das obrigações: cessão de crédito, assunção de dívida e sub-rogação pessoal*, Dissertação [Mestrado] – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011, pp. 1-2.

*negocial*⁴ de posições jurídicas insertas em relações obrigacionais⁵. Outro critério designativo é que a *cessão de posições jurídicas obrigacionais* se dá a título singular⁶.

O negócio de cessão não é um tipo contratual. Mas, sim, uma categoria (ou um grupo *conceitual*) que designa um conjunto de contratos que têm por *efeito comum* a transmissão de posições jurídicas subjetivas obrigacionais (posições insertas em relações jurídicas obrigacionais)⁷. São também *contratos plurifuncionais* ou de função ou causa variável⁸.

⁴ Ou seja, que tem por *título* um ato de autonomia privada das partes. O negócio de cessão é sempre ou bilateral ou plurilateral (contrato). Não se o reconhece como negócio jurídico unilateral (cf. Gustavo HAICAL, *Cessão de crédito: existência, validade e eficácia*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 21). Porém, Carlos FERREIRA DE ALMEIDA identifica, no ordenamento português, uma modalidade de cessão de crédito que se estruturaria como negócio jurídico unilateral, qual seja, a doação pura de créditos a incapaz, prevista no art. 951º, nº 2, do Código Civil português (*Contratos, vol. IV: funções, circunstâncias, interpretação*, Coimbra:Almedina, 2014, p. 47). A figura, porém, parece muito controversa.

⁵ O desenvolvimento da noção de *posição jurídica* dá-se em seção específica, abaixo; também de forma esparsa durante todo o texto. Por ora, releve-se que considerável doutrina, em passagens contextualizadas, utiliza-se da expressão *situação jurídica* com o sentido de posição jurídica, que seria mais apropriado. Nalgumas vezes, utiliza-se relação jurídica ou *vinculação jurídica* com tal sentido.

⁶ No âmbito do direito privado, *cessão* é, pois, o “nomen iuris” geralmente empregado para designar o fenômeno da *transmissão singular* e “inter vivos” de direitos pessoais (posições jurídicas subjetivas insertas em *relações obrigacionais*, de origem contratual ou não), passando do patrimônio de um dado sujeito de direito ao patrimônio de outro, de *forma definitiva* ou *permanente* (ato de alienação). O termo cessão não é utilizado para designar a transmissão de direitos subjetivos reais, embora em outros ramos do direito – notadamente o direito administrativo – podem designar fenômeno jurídico de transmissão precária de direitos reais (parcelares) pertencentes ao Estado, tendo por objeto, em regra, bens dominicais.

⁷ Assim, explica-se o porquê – nas codificações civis da família romano-germânica – de a cessão de crédito, a assunção de dívida e a cessão de contrato (nos códigos em que prevista como figura de caráter geral) não serem previstas dentre os contratos em espécie, mas, geralmente, em seção ou tópico encartado em capítulos ou títulos dedicados à disciplina geral das obrigações ou à disciplina geral dos contratos. No Brasil, a cessão de crédito e a assunção de dívida são previstas no *Livro I* (“Do direito das obrigações”) da Parte Especial do Código Civil, *Título II*, denominado “da transmissão das obrigações”. Em Portugal, a cessão de contrato (“cessão de posição contratual”) é prevista nos arts. 424º a 427º do Código Civil, dentro das disposições gerais dos contratos. Em Itália, o “Codice Civile” reservou cinco artigos à disciplina da cessão de contrato (arts. 1406 a 1410), inseridos no Título II do Livro IV (“Delle obbligazioni”); o Título II é dedicado às disposições sobre contratos “in generale”.

⁸ Cf. Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, ao se referir especificamente à cessão de créditos. Assinala, ainda, o referido autor que “alguns contratos de cessão onerosa de créditos adquiriram tipicidade, legal ou social” como é o caso do “factoring” (*Contratos, vol. II: Conteúdo, contratos de troca*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 131). No Brasil, tal fenômeno também se verifica, com a tipicização de certas operações que implicam a cessão onerosa de créditos.

Os *contratos plurifuncionais* são os que podem desempenhar mais de uma *função econômico-social* (finalidade metajurídica do contrato⁹), determinada, *em concreto*, pela referência a um negócio causal (contrato com causa ou função econômico-social definida) que lhe serve de base e nele se integra. Os *contratos plurifuncionais*, portanto, identificam-se por uma *dupla qualificação*: primeiramente, pela natureza do *efeito primacial* que produzem (efeito comum) – que, no caso dos *contratos de cessão* é a transmissão da posição jurídica obrigacional (ativa, passiva ou mista/integral) –; em segundo, pela *integração* em uma específica função econômico-social do tipo contratual que concretamente têm como base¹⁰.

Em grau de distinção, e a par das dificuldades terminológicas e conceituais espalhadas em várias doutrinas¹¹, pode-se afirmar que a *cessão de contrato* designa o instrumento negocial que tem por efeito a *transmissão da global posição jurídica*¹² de que

⁹ Expressão utilizada por Carlos FERREIRA DE ALMEIDA (*Contratos, vol. II: Conteúdo, contratos de troca*, 4ª ed. Coimbra, Almedina, 2016, p. 17).

¹⁰ Cf. Franco CARRESI, *La cessione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 53-55; Carlos FERREIRA DE ALMEIDA (*Contratos, vol. IV: funções, circunstâncias, interpretação*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 45). Exemplifica o referido autor: “a cessão de créditos tem sempre como efeito a transmissão de um crédito, mas a causa final ou funcional dessa transmissão é variável de contrato para contrato, que, considerando a natureza do tipo, pode ser compra e venda, doação ou outro. O contrato-promessa tem sempre como efeito a obrigação de celebrar um outro contrato, mas este pode ser um contrato de compra e venda, de doação ou outro. Os contratos plurifuncionais não são contratos típicos, mas categorias contratuais mais amplas do que o tipo, definidas por um só elemento ou por alguns dos elementos da estrutura dos contratos”. Em sentido próximo, João de Matos ANTUNES VARELA, ao caracterizar o negócio de cessão como *policausal* ou *polivalente*, aduzindo preferir essas denominações à expressão *pluricausal*, porque os primeiros termos dão passagem com maior rigor a ideia de *variabilidade* da causa de caso para caso, e não a ideia de uma *pluralidade de causas* na mesma espécie concreta (*Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª ed., Coimbra:Almedina, 2011, pp. 299-303); cf. também, no mesmo sentido, e tratando especificamente da cessão de contrato, Emílio BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. III 2 – IV, Milano:Giuffrè, 1955, pp. 41-42), acentuando, porém, que a cessão de contrato tem por objeto a transferência “da qualidade de contratante de uma das partes de um contrato com prestações correspectivas”, e que esta específica função econômico-social vem colorida e integrada de maneira variada, Segundo os interesses práticos que as partes intentam perseguir; O assim denominado *contrato-promessa* em Portugal coincide com a figura do *contrato preliminar*, disciplinada nos arts. 462 a 466 do Código Civil brasileiro.

¹¹ Tais dificuldades são de diversos matizes. Um dos mais proeminentes resulta do uso promíscuo do termo *obrigação* que, dada sua polissemia, necessita de um tratamento terminológico mais rigoroso nos textos, o que nem sempre é alcançado. Outro, resulta da utilização descritoriosa das noções de *posição jurídica obrigacional*, de *relação obrigacional* e de *situação jurídica*, gerando imprecisões importantes. No decorrer do presente trabalho, tais dificuldades serão abordadas.

¹² O cessionário (contratante que substitui o cedente na relação jurídica original, por efeito do negócio de cessão) passa a titularizar todo o plexo de posições jurídicas elementares que pertiniam

uma parte é titular em uma dada *relação jurídica contratual* (relação jurídica obrigacional complexa ou em sentido amplo¹³). Por suas vezes, a *cessão de crédito* e a *cessão de dívida* (*assunção de dívida*) operam, respectivamente, a *transmissão singular* da posição jurídica ativa e da posição jurídica passiva que um sujeito titulariza em uma dada relação jurídica obrigacional (que pode ser simples/una ou complexa/múltipla¹⁴).

ao cedente na relação jurídica contratual. Explicita Inocência GALVÃO TELLES: Além “dos direitos e obrigações fundamentais, o cessionário assume, perante o cedido, todos os elementos patrimoniais complementares, favoráveis e desfavoráveis: *deveres laterais, secundários* ou *acessórios*, bem como *expectativas* e *ônus*. Transmite-se a posição contratual em sua *globalidade* e, na sua globalidade, ela tem toda essa latitude” (*Manual dos contratos em geral*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 455). Cf. nesse sentido, com grande minúcia, Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Cessão de contrato: contendo parte tratando da matéria conforme o direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1985, pp. 278-299.

¹³ *Relação jurídica em sentido amplo* (também denominada relação jurídica *múltipla* ou *complexa*) designa normalmente a *relação jurídica contratual*, ou seja, a que tem origem e é efeito de um contrato. Designa uma relação jurídica com complexidade de posições jurídicas subjetivas em seus polos (conjunto de vínculos surgidos do mesmo fato jurídico). Assim, *na maioria das vezes*, os polos da relação jurídica surgida de um contrato são constituídos, *simultaneamente*, por posições jurídicas ativas e passivas (uma das partes é, a um só tempo, credora e devedora de prestações principais). A relação jurídica em sentido amplo (ou múltipla) se contrapõe à relação jurídica *simples* ou *una*, designativa de um único crédito e da dívida correspondente; nessas relações jurídicas simples ou unas, um dos polos é somente ativo e o outro é só passivo, tendo-se em conta o dever de prestação (dever principal).

Mas nem sempre a relação jurídica surgida de um contrato é múltipla nesse sentido. Sempre o é se se trata de contrato com prestações recíprocas, mas não assim se o contrato for unilateral. Doutro lado, a designação da relação jurídica contratual como *complexa* pode levar a confusões, pois a complexidade tem muitos termos de referência na análise estrutural da relação jurídica (complexidade subjetiva nos polos, complexidade das posições jurídicas, complexidade do objeto, complexidade referida aos vários elementos que compõem dada posição jurídica que lhe é inserta etc). Portanto, tal expressão – *relação jurídica complexa* – deve ser usada com parcimônia, de forma contextualizada e com explicação complementar, se necessário. Em Alemanha, por influência dos termos adotados no BGB – que intitula o capítulo que trata dos contratos em espécie de “relações obrigacionais particulares” – a expressão *relação obrigacional*, desprovida de adjetivações, designa normalmente a *relação jurídica contratual*, ou múltipla ou em *sentido amplo*; para designar a relação jurídica simplificada – em que se representa apenas um direito (subjetivo) de crédito e um dever prestacional, com o vínculo que subjaz unindo os dois pólos de interesses, um somente ativo e o outro somente passivo – faz-se, geralmente, uma advertência explicativa. Nesse sentido, cf. Dieter MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, ed. esp. por Ángel Martínez Sarión, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 7-8. No Brasil, ao contrário, costuma-se referir à relação jurídica obrigacional *simplificada* sem a necessidade de adjetivações (diz-se simplesmente obrigação ou relação obrigacional). À relação jurídica obrigacional em sentido amplo, diz-se, comumente, *relação jurídica complexa ou contratual*, em que acrescentamos as advertências feitas acima. Dentre autores portugueses é comum encontrar a expressão relação obrigacional *simples* designando a relação jurídica em sentido simplificado (por todos, cf. João de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigações e geral*, vol. II, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, exemplificadamente p. 384). Também vê-se nominada como relação obrigacional *una* ou *unitária* (Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 11ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 73).

¹⁴ Vale dizer: a cessão de crédito ou a assunção de dívida podem operar na transferência de posições jurídicas singulares (ou ativa, no caso da cessão de crédito; ou passiva, no caso da cessão de débito) oriundas tanto de relações jurídicas com único vínculo principal (por exemplo, indenização por fato ilícito) quanto de relações com multiplicidade de vínculos prestacionais (por exemplo, contrato com prestações recíprocas).

Assim, a cessão de contrato implica na transmissão, na sua unidade orgânica (globalidade), de todo o complexo ou conjunto de posições jurídicas que se imbricam em *um dos polos* de uma relação jurídica obrigacional em sentido amplo, que é a relação contratual^{15_16}.

A operação econômico-jurídica da cessão de contrato envolve, pois, a existência de dois contratos em relação de instrumentalidade e objeto: o *contrato de cessão*, propriamente, que instrumentaliza a transmissão da posição contratual; e o *contrato cedido*

¹⁵ Cf., nesse sentido, Marcello ANDREOLI, *La cessione del contratto*, 1951, trad. esp. De Francisco Javier Osset, *La cesión del contrato*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, pp. 2-3; Orlando GOMES, *Contratos*, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 148 ; Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Cessão de contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1985, pp. 59-60.

¹⁶ Como será visto no desenvolvimento da presente dissertação, a posição jurídica subjetiva ativa *crédito* e a posição jurídica subjetiva passiva *débito* são, em si, complexas, por poderem ser decompostas em *posições jurídicas elementares e anexas*. Por sua vez, a *relação jurídica contratual* é uma *relação jurídica* complexa, por poder ser decomposta, idealmente, em relações jurídicas obrigacionais elementares, ou constitutivas. Por fim, a posição jurídica *contratual* é uma globalidade por ser formada pela necessária *totalidade* – em sentido de *conjunto orgânico* – das posições jurídicas subjetivas ativas e passivas em suas interações funcionais, complexivas e orgânicas. A designação de complexidade das posições jurídicas subjetivas inseridas em relações obrigacionais compreende-se pela estrutura do fenômeno jurídico de transferência ou circulação dessas posições, que passam de um patrimônio a outro mantendo sua identidade ou individualidade (estrutural e eficaz), ao menos em linhas essenciais; numa perspectiva estática, significa dizer que a *relação jurídica* em que *inserida* a posição subjetiva transferida não se altera *substancialmente* com a substituição de uma parte por outro sujeito de direito. Daí a referência de complexidade mesmo na transmissão da posição jurídica subjetiva tão-só ativa (crédito), ou tão-só passiva (débito). Assim, na passagem de Luís Miguel D. P. PESTANA DE VASCONCELOS: “Integrando-se a cessão de crédito no fenômeno mais amplo da sucessão do lado activo da relação jurídica, não se verifica uma mera transferência do direito a uma determinada prestação, mas do crédito com as suas vantagens e defeitos, tal como existia na esfera jurídica do cedente. Isto significa que, salvo convenção em contrario, se transmitem para o factor todas as garantias e acessórios do direito cedido pela sua contraparte (exceto aqueles que sejam inseparáveis da pessoa desta)” (*Dos contratos de cessão financeira – “factoring”*, Coleção Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 301). Não são transmissíveis com o crédito as posições jurídicas elementares que dizem respeito à relação jurídica complexa da qual deriva (poderes potestativos de resolução e denúncia do contrato, por exemplo). Cf. Dieter MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, ed. esp. por Ángel Martínez Sarrión, Barcelona: Bosch, 1995, pp. 327-328.

ou *contrato-base*, que é o objeto da cessão¹⁷, ou em melhores termos, o contrato (relação contratual) em que a posição jurídica de uma das partes sofre o efeito da transferência¹⁸⁻¹⁹.

De desenvolvimento dogmático relativamente recente²⁰ – inobstante sua ampla disseminação no tráfico econômico –, a cessão de contrato é fenômeno que tem encontrado recepção nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, seja por figuras negociais específicas e setorializadas, seja pela disciplina em caráter geral²¹.

Na vida econômica, é fenômeno corriqueiro e de crescente importância na sofisticação do tráfico e na circulação de *posições patrimoniais*.

O enorme desenvolvimento dos *valores mobiliários* – que se espraiam pelo sistema financeiro em todas as quatro grandes segmentações em que se estrutura: mercado de capitais, mercado monetário, mercado de crédito e mercado de câmbio – determinou a sofisticação de mecanismos translativos de posições de crédito e de posições contratuais, em

¹⁷ Dizer que o contrato original (ou contrato-base) é objeto do contrato de *cessão de contrato*, significa, em precisão técnica, que a situação jurídica contratual íntegra/completa (*rectius*: posição jurídica contratual) de uma das partes no contrato-base é o bem jurídico sobre o qual incidem os efeitos e as funções do contrato de cessão. O tema do objeto do negócio de cessão voltará a ser abordado no momento oportuno.

¹⁸ João de Matos ANTUNES VARELA utiliza os termos *contrato-instrumento*, para designar o negócio de cessão, e *contrato-base*, para designar o contrato cedido (*Das obrigações em geral*, vol II, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 385, n.r. nº 3).

¹⁹ A descrição desse efeito, como será visto com mais detenção, consiste na *modificação subjetiva* ou *substituição* de uma das partes do contrato (em que se opera a cessão) por um terceiro, até então estranho a essa relação contratual. Juridicamente, a substituição de uma parte por outro sujeito, em dada relação jurídica, significa alteração de titularidade da posição jurídica subjetiva.

²⁰ Jungido ao desenvolvimento do negócio de cessão de contrato está o progresso na dogmática da relação jurídica, a partir da obra e do espírito de Von TUHR, conforme salienta Karl LARENZ, em que se imbrica também o desenvolvimento do conceito de direito subjetivo. Tais progressos envolvem, basilaramente, a compreensão da relação jurídica como um *organismo* ou uma *estrutura orgânica*, a compreensão da transmissibilidade da posição jurídica total na relação contratual e a distinção entre deveres jurídicos, encargos e outras espécies de vinculações que compõem o conteúdo da relação jurídica (*Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3ª ed., 1975, trad. esp. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, *Derecho civil – Parte general*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 246, n.r. nº 1).

²¹ Assim em Portugal (arts.424º a 427º do Código Civil) e em Itália (arts. 1406 a 1410 do Código Civil).

variadas e complexas operações econômicas/financeiras. Desenvolveram-se as operações de securitização, intermediação financeira, investimento coletivo etc²².

No Brasil, como em diversos países de economia de mercado, o conceito de valores mobiliários demandou elasticidade e reorganização, diante do surgimento dos novos modelos de operações e das novas dinâmicas que engendraram. Os produtos financeiros em surgimento passaram a demandar uma nova ordem de circulação de entes econômicos, que incluem as posições contratuais, e não mais somente as posições singulares de crédito e os créditos “ensacados” em títulos. Nessa esteira, a “titulação” do mercado de valores mobiliários passou a abranger *contratos* de futuros e diversas espécies de contratos (de) derivativos²³.

Obviamente, o grande contraponto no processo de circulação de posições jurídicas obrigacionais, notadamente as creditórias, é o mecanismo dos *títulos de crédito* (cambiais e outros títulos de crédito), tão vetusto quanto dinâmico. Desde o surgimento dessa

²² Nas década de 1970 e de 1980 inicia-se um contínuo e acentuado processo de inovação financeira como resposta dos mercados às mudanças que ocorriam na economia em nível mundial. As sucessivas crises do petróleo foram catalisadoras de acontecimentos econômicos, políticos e sociais que desestabilizaram os sistemas financeiros nacionais que, àquela altura, já se encontravam em grande grau de interdependência – reflexos de fenômeno mais amplo da globalização, adicionado do enorme incremento nas tecnologias de transmissão de dados. Tais acontecimentos engendrados pelas referidas crises do petróleo – e, em dada medida, pela queda do padrão monetário internacional do *Sistema Bretton Woods* (desmonetização do ouro) – foram variados e disseminados, mas podem ser apontados, ainda que muito geralmente, a crise orçamentária norte-americana e o desmonte do “welfare state” europeu.

Como explana Maria Clara CALHEIROS, “A criatividade e rapidez com que o sistema financeiro, nomeadamente a *banca*, encontrou soluções para ultrapassar o clima de incerteza gerado pela volatilidade das taxas de juro e de câmbio, à época, justificou plenamente a generalização da expressão ‘revolução financeira’ que os economistas utilizam para designar um processo de inovação do sistema financeiro, nunca antes registrado. Este caracteriza-se, fundamentalmente, pela criação de um conjunto de ‘produtos financeiros’, os quais, em bom rigor, não são ‘produtos ou bens materiais’, mas sim serviços ou ‘bens imateriais’, fruto de uma demonstração de capacidade inventiva ímpar que vulgarmente se apelida de ‘engenharia financeira’ (*O contrato de swap*, Coleção Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 7-8).

²³ Assim, as alterações por que passou a Lei nº 6.385/76, que disciplina o mercado de valores mobiliários no Brasil, especialmente o seu art. 2º que, originariamente, previa como valores mobiliários: “I - as ações, partes beneficiárias e debentures; II – os certificados de depósito de valores mobiliários; III - outros títulos criados e emitidos pelas sociedades anônimas, a critério do Conselho Monetário Nacional”. Atualmente, e por força da Lei nº 10.303 de 2001, várias outras modalidades de valores mobiliários encontram-se previstas no referido art. 2º da Lei nº 6.385/76 e disciplinadas. Dentre os quais, os contratos futuros, os contrato de opção e os contratos derivativos; quanto a estes últimos, tenham ou não valores mobiliários como ativos subjacentes.

técnica de intercâmbio comercial e monetário, ainda sob os alvares mercantilistas da baixa idade média, sua disseminação e *contínuo aperfeiçoamento* protagonizam o grande desenvolvimento do tráfico comercial nas economias de trocas.

Com pronunciadas vantagens econômico-jurídicas sobre outras técnicas de circulação de direitos (circulação de posições jurídicas subjetivas patrimoniais), os títulos de crédito *prevalecem* no giro mercantil como instrumentos imprescindíveis e onipresentes²⁴.

Os títulos de crédito incorporam os direitos neles mencionados, numa técnica de “ensacamento” do direito subjetivo. Este *ensacamento* significa que o direito incorporado no título perde toda referência com a relação jurídica em que porventura encontrava-se

²⁴ Nesse sentido, cf. João de Matos ANTUNES VARELA, destacando regime especial de transmissão desses títulos, atendendo às necessidades específicas de rapidez e de segurança do giro comercial (*Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª ed., Coimbra:Almedina, 2011, pp. 286-87).

Pietro TRIMARCHI acentua: “Una circolazione così intensa di diritti non sarebbe realizzabile con il meccanismo della cessione di credito, troppo macchinoso e insicuro. Macchinoso per la necessità della notificazione al debitore ceduto (...) E anche quando le notificazioni vengano effettuate, la cessione resta insecure per il cessionario. Questi infatti succede nel medesimo diritto del cedente, con la conseguenza che: a) egli può acquistare il credito solo se il cedente ne era effettivamente titolare, e b) egli acquista il credito con lo stesso contenuto e gli stessi limiti che aveva in capo al cedente” (*Instituzioni di diritto privato*, 10ª ed., Milano, Giuffrè, 1995, p. 437). Essa última característica do mecanismo translativo operado pelo negócio de cessão é especialmente problemática para a segurança do tráfico (no sentido de potencial quebra da expectativa gerada no cessionário quanto à higidez eficaz e de validade da posição jurídica que se lhe advém), dado o *alto grau de referibilidade* que a posição creditícia tem com respeito à relação jurídica fundamental da qual decorre. Tal grau de referibilidade coloca o direito de crédito cedido/transferido sob potencial amainamento ou aniquilação pela eventual oposição de exceções que o cedido tenha frente ao cedente.

Assim, pode o cessionário ser surpreendido pela alegação de que o débito já havia sido pago ao cedente antes do negócio de cessão ou que já havia sido eficazmente transferido para outra pessoa (com a notificação do devedor cedido sobre essa primeira cessão de crédito); ou pela apresentação de exceção de ineficácia, invalidade, resolução, inadimplimento do *contrato do qual originou-se* o crédito. O negócio de cessão tem, por outro aspecto, uma cadeia de transmissões frágil, já que vícios que maculem a transferência em qualquer delas podem alcançar a efetividade do direito de crédito do cessionário. Pietro TRIMARCHI exemplifica com a oposição do devedor cedido de que o direito de crédito extinguiu-se por força de compensação operada frente a qualquer um dos anteriores cessionários na cadeia de cessões (ou frente ao cedente originário) (*Instituzioni di diritto privato*, 10ª ed., Milano, Giuffrè, 1995, p. 438-39). Maria de Assunção Oliveira CRISTAIS assevera que os títulos de crédito foram inventados para engendrar a circulação dos direitos, preservando a sua transmissão de uma série de entraves e de vicissitudes, tornando-a simples e eficaz através de uma fortíssima tutela da aparência, centrando a proteção na boa fé dos terceiros adquirentes (*Transmissão contratual do direito de crédito: do caráter real do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 405-06).

inserto, assim que é posto a circular²⁵. Trata-se, pois, de uma técnica de abstração²⁶ (legitimação e autonomia da posição de portador/possuidor do título²⁷), em que o direito transferido mediante o título de crédito desliga-se totalmente de uma relação jurídica fundamental²⁸.

Os títulos de crédito e os direitos nele incorporados transmitem-se por *regime translativo próprio*, através do cumprimento de formalidades específicas que variam conforme se trate de títulos nominativos, à ordem ou ao portador. Nestes últimos, a transmissão dá-se com a entrega do título. Enquanto nos títulos ao portador basta a entrega real/material (tradição), nos títulos à ordem tal entrega necessita vir acompanhada de endosso. Nos títulos nominativos é feita, em geral, uma declaração do transmitente no título seguida de registro²⁹.

Os negócios de cessão, inobstante, crescem de importância, também no meio comercial, diante do exponencial crescimento dos contratos de massa, mormente no âmbito

²⁵ Na lição de Octávio MENDES: “Para que os títulos de crédito circulem com facilidade e segurança, a lei simplificou o mais possível o processo de sua transmissão, e criou um princípio novo – o da *inopponibilidade das exceções*, pelo qual o devedor só pode oppôr ao portador do título as exceções que lhe forem *personales*, não aquellas que cabiam contra o portador antecedente” (*Dos títulos de crédito*, São Paulo: Saraiva & C. Editores, 1931, p. 3).

²⁶ Trata-se de abstração apenas tendencial, e não uma regra geral na constelação dos títulos de crédito. Deveras, apesar de significativos títulos serem abstratos, há também títulos causais, ou seja, que nunca se desprendem da relação jurídica subjacente, como é o caso das ações das sociedades anônimas.

²⁷ Giuseppe FERRI assevera que a nota essencial dos títulos de crédito, consagrada nos ordenamentos modernos, é a denominada *autonomia do direito emergente do título de crédito*. Com tal expressão, entende-se, mais precisamente, que a posição de cada possuidor do título é independente daquela dos possuidores antecedentes, no que se refere ao conteúdo do direito mencionado no título de crédito. Essa independência se concretiza da inoponibilidade pelo devedor das exceções que dizem respeito aos anteriores possuidores do título na cadeia circulatória, assim como no fato de que o direito cartular adentra a seara do possuidor immune dos vícios de aquisição que pudesse haver nos precedentes possuidores (*I titoli di credito*, Torino: UTET, 1950, pp. 23-24).

²⁸ O direito incorporado no título de crédito nem sempre advém de uma relação contratual ou obrigacional precedente. Por outro giro, pelo princípio da literalidade o título incorpora o direito documentado e o direito assim constituído vale com o conteúdo e a extensão literalmente constantes do título (cf. Maria de Assunção Oliveira CRISTAIS, *Transmissão contratual do direito de crédito: do caráter real do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 407 e 410).

²⁹ Cf. Maria de Assunção Oliveira CRISTAIS, *Transmissão contratual do direito de crédito: do caráter real do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 404-05. Também Octávio MENDES, *Dos títulos de crédito*, São Paulo: Saraiva & C. Editores, 1931, pp. 3-4.

financeiro e dos bancos de varejo³⁰. Assim como os mecanismos de cessão de posições contratuais ganham relevo com a disseminação de complexas alienações de estabelecimentos comerciais, de posições de sócio e de processos de fusão e aquisição de empresas³¹.

E os valores mobiliários, acima referidos, não se cingem à modelagem de títulos de crédito³², mas possuem um amplo espectro de possíveis estruturas em que, como visto, tem se destacado ultimamente a de contratos atrelados a mecanismos jurídico-econômicos de grande aptidão e eficiência de circulação.

Na seara da *engenharia econômica* é de há muito conhecida a permanente defasagem do fenômeno normativo frente às inovações financeiras, com a conseqüente irredutibilidade dos novos instrumentos financeiros ao arcabouço clássico dos institutos jurídicos³³. Os novos mecanismos surgem à luz de necessidades prementes do tráfego de valores e os vetores normativos prendem-se a variegadas considerações jurídicas, necessitadas de investigação e de reflexão antes de se postarem funcionalmente. Porém, os imperativos da vida prática se impõem, e os negócios de cessão de posições contratuais, antes atrelados a formalismos de muitas ordens, hoje ganham nova dinâmica com o avanço tecnológico e informacional, que possibilitam não só a desmaterialização (*despapelização*) dos contratos cedidos (contratos-base) e dos negócios de cessão, como permitem que as

³⁰ São comuns as vendas de carteiras de crédito, como forma de geração de caixa e diante da especialização de determinados agentes na recuperação de ativos.

³¹ Consoante Karl LARENZ, a doutrina especializada admite copiosamente a possibilidade de uma transmissão da condição de sócio por contrato entre o sócio entrante e o sócio originário, mediante o consenso dos demais sócios. Assim, não haveria a necessidade de complexo e dificultoso novo contrato constitutivo da empresa (sociedade) ou retificatório da composição societária (*Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3ª ed., 1975, trad. esp. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, *Derecho civil – Parte general*, Madrid:Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 272-73).

³² Embora encontre-se em doutrina a definição de valores mobiliários como sendo quaisquer direitos ou posições jurídicas, representados por títulos de crédito em sentido estrito ou por forma equivalente, é certo não faltarem vozes dissidentes que ressaltam os pontos de afastamento desseas duas figuras, mormente após a disseminação de valores mobiliários escriturais, em que há a desmaterialização dos títulos, levando ao aparecimento de outras formas de representação de direitos – notadamente a representação meramente informática (cf. Maria de Assunção Oliveira CRISTAIS, *Transmissão contratual do direito de crédito: do caráter real do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 396).

³³ Nesse sentido, Maria Clara CALHEIROS, *O contrato de swap*, Coleção Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 9-10.

informações contábeis e financeiras sejam processadas em fração de segundo. O desenvolvimento organizacional dos mercados de valores e de futuros cria, por sua vez, o ambiente institucional adequado para o aumento e incremento de tais operações que implicam a circulação de posições contratuais.

Exemplo claro desses avanços pode ser dado pelo mercado de *contratos de “swap”*. Tais contratos, desenvolvidos a partir da década de 1980 como mecanismo de solução dos desarranjos do sistema financeiro internacional, desabrochados na década anterior, passaram, em menos de um quartel de século, a um papel de protagonistas nos mercados de futuros e nos intercâmbios financeiros³⁴.

Os *contratos de “swap”* instrumentalizam operações financeiras complexas, que objetivam minimizar os riscos advindos das flutuações de taxas de juros e de taxas de câmbio e, ao mesmo tempo, delineam uma gestão financeira tendente a melhorar os custos de captação e a readequar os custos de transação. Caracterizam-se pela grande flexibilidade e adaptabilidade às necessidades das empresas e dos agentes de mercado em geral³⁵.

Com o avanço operacional das *cessões de contratos* ou posições contratuais de ‘swap’, tal tipo contratual sofreu novo incremento no uso interempresarial e bancário; passou também a funcionar como instrumento financeiro de políticas macroeconômicas de controle cambial e de proteção de reservas nacionais, por meio, dentre outros mecanismos, dos leilões

³⁴ Nos dizeres de Ana Clara CALHEIROS, “pode-se afirmar que os *swaps* constituem uma resposta a um desejo de simplificação e à evolução dos mercados financeiros marcada por uma grande instabilidade das taxas de juro e de câmbio e, ainda, à procura de redução de custos financeiros (O *contrato de swap*, Coleção Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 28).

³⁵ Consta de Relatório do Banco Mundial (“World Bank Papers”) de maio de 1984 uma análise das vantagens advindas dos contratos de swap, àquela época: permitir o acesso das empresas a mercados nacionais que, caso contrário, não lhes estariam abertos; reduzir os riscos iminentes ao financiamento do comércio internacional e ao gerenciamento de passivos e ativos criados por este, criando maior liquidez e gerando condições de um Mercado de longo prazo das mais importantes divisas; propiciar estabilidade adicional às operações de importação e exportação com créditos e débitos em divisas, a custos mais baixos em comparação às técnicas tradicionais; permitir às empresas com necessidade de se financiarem para investimentos no exterior, por meio de empréstimos contraídos nas suas próprias divisas, reduzir o risco de câmbio implícito em tais operações; alcançar todos esses objetivos sem desestabilizar os mercados de câmbio e o mercado de capitais, o que pode ocorrer com o uso disseminado de outras técnicas (www.openknowledge.worldbank.org/browse, acesso em 14.09.2017).

de suas posições contratuais (denominadas comumente “vendas de posições de ‘swap’” ou “vendas de contratos de ‘swap’”)³⁶ efetivadas no mercado de derivativos.

Ainda na década de 1990 havia dúvidas sobre a operacionalização jurídico-econômica das *cessões de contrato de “swap”*, dadas as necessárias conformações à estrutura jurídica dos negócios de cessão. Porém, na prática financeira as “vendas” de posições contratuais de “swap” mostravam-se operações mais adequadas que a técnica de contratos-quadro, que vinha dando veste jurídica a esses contratos nas transações em grandes volumes.

A cessão da posição contratual tendo como base o contrato de “swap” não possui particularidades dogmáticas, mas operacionais, criando entretanto choques com a disciplina jurídica³⁷. Tais dificuldades foram superadas com o avanço tecnológico nos mercados de futuros e derivativos (tecnologia informacional, de comunicação e de contabilização financeira) e pela formatação de cláusulas especiais de consentimento antecipado para a cessão ou de anexos ao contrato de “swap”, no momento de sua celebração, contendo lista de potenciais cessionários, geralmente integrantes de determinados grupos formatados pelos próprios operadores do mercado. Com isso compatibiliza-se as necessidades do giro do mercado de capitais e futuros – extremamente dinâmico – com os requisitos e pressupostos da regulação jurídico-contratual³⁸.

³⁶ “Trata-se, obviamente de uma cessão tendo por base um contrato de compra e venda, sendo-lhe conseqüentemente aplicáveis as disposições relativas a este negócio. Os profissionais das finanças falam mesmo de “venda” do swap, como se de um título negociável se tratasse. De facto, o terceiro cessionário paga ao cedente o valor de Mercado do contrato (negócio oneroso) à altura da cessão” (Ana Clara CALHEIROS, *O contrato de swap*, Coleção Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 178).

³⁷ Podem ser mencionadas as dificuldades decorrentes da necessidade, presente em muitos ordenamentos jurídicos, do consentimento do contratante decido (e não a mera notificação ou cientificação); dificuldades derivadas do arquétipo financeiro de tais operações, muitas vezes desmaterializadas documentalmente; dificuldades operacionais nos mercados de bolsas de valores e futuros, estruturados para a circulação de *títulos*, e não de contratos.

³⁸ Interessante notar que a totalidade das dificuldades apontadas por Ana Clara CALHEIROS (*O contrato de swap*, Coleção Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 178-79), forma superadas em um interregno de menos de uma década, demonstrando a adaptabilidade e plasticidade dos modelos jurídicos de negócios de cessão de contrato mesmo em mercados sofisticados como o de capitais e futuros.

A cessão de contratos – ou cessão de posição contratual – é um expressivo fenômeno da circulação econômica e jurídica, cuja frequência no meio social tem demandado, dos juristas, aperfeiçoamento dogmático³⁹.

No ordenamento jurídico brasileiro, embora haja previsões esparsas de figuras negociais que operacionalizam a *cessão de contrato*, não há uma disciplina de caráter geral dessa figura negocial, nos moldes das outras modalidades de cessão negocial de posições jurídicas subjetivas obrigacionais (cessão de crédito e a assunção de dívida).

Dada, porém, a ampla aceitação da cessão de contrato nos ordenamentos jurídicos hodiernos (mesmo nos do sistema da “Common Law”), sobretudo em ordenamentos influenciadores do Código Civil brasileiro – assim como no âmbito das transações internacionais⁴⁰ –, tal figura negocial de caráter geral é aceita e aplicada no Brasil⁴¹.

Aspecto jurídico que suscita o interesse da presente dissertação é o da interpretação e da integração da cessão de contrato. Dir-se-á melhor: da *completa operação de cessão de contrato*, que se constitui de um *processo contratual* que se inicia com as tratativas do contrato-base – o contrato entre as partes originais e que sofrerá os efeitos da cessão – passa pelo contrato-instrumento (negócio de cessão) e retorna ao *amálgama* resultante do contrato-base e do contrato-instrumento⁴².

³⁹ Cf. Dimas de Oliveira CÉSAR, *Estudo sobre a cessão do contrato*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1954, p. 81, que discorre sobre as dificuldades enfrentadas pelos juristas, no início do século XX, para estruturar dogmaticamente a figura jurídica da cessão de contrato à falta de modelo tipológico nas codificações de então.

⁴⁰ A cessão de contrato foi expressamente alocada nos princípios do *UNIDROIT*, no Capítulo 9, seção 3, com interessante estruturação para servir a um grande leque de transações.

⁴² Como se verá, a consideração da cessão de contrato como um processo contratual complexo passa ao largo de considerações mais percucientes da doutrina, assim como a consideração de que, após a incidência do negócio de cessão, o contrato-base *pode integrar-se* ao negócio de cessão resultando, a depender do seu conteúdo concreto, em vicissitudes mais ou menos intensas.

O próprio *contrato-instrumento ou negócio de cessão* possui um *processo contratual ínsito*, eis que necessariamente se integra a um *negócio basal* (que não se confunde com o contrato-base) que lhe determinará grande parte de seu regime jurídico.

Assim, o processo contratual completo da cessão de contrato envolve as seguintes etapas encadeadas: contrato-base + contrato-instrumento/negócio de cessão [contrato basal + negócio de disposição] = contrato base modificado e integrado pelo negócio de cessão. A partir desta última etapa, a relação jurídica contratual *modificada* seguirá seu curso executivo até o alcance da função e dos fins previstos no programa contratual (total liquidação dos interesses envolvidos no contrato).

A modificação operada no contrato-base é obviamente subjetiva (*substituição* de uma das partes)⁴³, mas pode ser também objetiva (modificação do conteúdo e/ou das *características circundantes*⁴⁴). Se houver modificação objetiva, tal não poderá ser essencial ou substancial, sob pena de se configurar novação (a depender, também, do intuito apurável das partes envolvidas) ou outra figura contratual modificativa⁴⁵.

O negócio de cessão de contrato (contrato que instrumentaliza a transferência a outro sujeito da posição contratual existente no contrato-base) é contrato *plurissubjetivo* (trilateral), em que participam os consensos das partes originais do contrato-base (cedente e cedido) e o do terceiro para quem tal posição é transferida (cessionário).

⁴³ O contrato de cessão opera uma modificação no contrato-base (relação jurídica contratual), que passa a ter o cessionário no lugar do cedente como titular da posição contratual transferida. Então, modificação (*substituição*) do titular de uma posição jurídica implica logicamente na modificação (subjetiva) da relação jurídica em que tal posição se insere.

⁴⁴ A expressão é de Antônio MENEZES CORDEIRO, na seguinte passagem: "(...) na transmissão *stricto sensu*, a situação em causa, sem prejuízo de sua identidade, pode sofrer alterações nas suas características circundantes" (*Tratado de direito civil português, vol. II: direito das obrigações; tomo IV: cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção, garantias*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 208).

⁴⁵ Nesse sentido, Andreas VON TUHR, *Teoría general del derecho civil alemán, vol II: los hechos jurídicos*, trad. arg. De Tito Ravá [*Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*], Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 88-90.

Esse aspecto estrutural (contrato plurissubjetivo) e essa peculiar eficácia (modificação subjetiva da relação jurídica contratual original) determinam especiais considerações interpretativas e integrativas, raramente postas em outras figuras negociais.

O processo contratual (notadamente o desenvolvimento da execução do *contrato-base*) sofre significativa vicissitude com o advento do *negócio de cessão*, que opera a alteração da titularidade em um dos polos da relação contratual, inserindo um sujeito até então lhe era estranho (um terceiro se torna parte, enquanto que uma das partes originárias *desliga-se* da relação jurídica contratual)⁴⁶.

Apesar da modificação subjetiva operada – e de eventuais modificações objetivas não essenciais – a relação jurídica contratual original (*contrato-base*) permanece a mesma, segundo a construção dogmática vigente.

Tem-se que a característica dogmática central do fenômeno da transferência de posições jurídicas subjetivas obrigacionais – e, pois, da eficácia dos negócios de cessão, que instrumentalizam a transferência – é a manutenção da *identidade* do crédito (posição jurídica). Na *cessão de contrato*, mantém-se também a identidade da relação jurídica obrigacional em que inserta⁴⁷⁻⁴⁸.

⁴⁶ Para precisão terminológica, tenha-se que os sujeitos, titulares de direitos, que concorrem na formação dos polos da relação jurídica, chamam-se partes, para diferenciarem-se dos terceiros, isto é, dos sujeitos de direito que permanecem estranhos aos polos da relação, embora dela possam receber, indiretamente, vantagem ou desvantagem (cf. Giuseppe LUMIA, *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1981, p. 105).

⁴⁷ Cf. Luis Manuel Telles de MENEZES LEITÃO, *Cessão de créditos*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 315.

⁴⁸ O negócio de cessão opera *efeitos estruturais* (ver seção 2.3, abaixo) diversos quando se trata de cessão de crédito (transferência singular de posição ativa) e quando se trata de cessão de contrato (transferência da integral posição contratual). Na cessão de crédito, a posição jurídica transferida para o cessionário não compreende todo o conteúdo da posição jurídica inserta na relação obrigacional que a originou e na titularidade do cedente. Mormente quando o direito de crédito (posição jurídica subjetiva ativa) origina-se de uma relação contratual, tem-se que certas faculdades e poderes subjetivos permanecem na esfera jurídica do cedente. Assim sendo, o cedente permanece como parte na relação contratual que tenha originado o crédito transferido. Entre o cessionário e o devedor cedido, estabelece-se uma *outra relação jurídica* (vínculo com conteúdo diverso), derivada da originária e a ela referida. Na cessão de contrato, ao contrário, toda a posição jurídica é transferida ao cessionário e, portanto, não há a necessidade lógica de se estruturar uma nova relação jurídica de crédito-débito (prestação) entre cessionário e devedor cedido. Após o negócio de cessão, a relação contratual originária continua em sua integridade e identidade. Daí poder-se dizer que na cessão de crédito a manutenção da identidade é somente do direito subjetivo de crédito, em seu conteúdo que pode desvincular-se da posição contratual. Na cessão de crédito

Na *operación de cessão de contrato*, o contrato-base – enquanto ato jurídico consensual – e seus efeitos (posições jurídicas subjetivas e a relação jurídica contratual) permanecem em suas individualidades; não sofrem solução de continuidade; não dão lugar a novas posições e relação jurídica. Portanto, matêm a mesma força, os mesmos defeitos, as mesmas garantias e o mesmo *significado geral* no processo obrigacional⁴⁹.

A manutenção da *identidade* ou da *individualidade* da relação jurídica contratual de base não quer significar *imutabilidade*. Determinados aspectos do contrato (relação jurídica complexa) que se estabeleceu entre os contratantes originais podem sofrer alterações advindas diretamente do conteúdo do contrato de cessão ou de necessárias adaptações operacionais decorrentes da substituição de parte⁵⁰.

Mantidas a individualidade e a identidade do contrato-base, mantém-se também o seu ciclo de desenvolvimento advindo da organicidade dos vínculos e posições jurídicas que o compõem enquanto relação⁵¹.

Mas a modificação subjetiva que lhe é operada pelo contrato de cessão deixa marcas no seu processo de desenvolvimento (execução do programa contratual). O subingresso de um novo sujeito no lugar de uma parte altera a titularidade do conjunto de posições jurídicas subjetivas aglutinadas num dos polos da relação contratual. Trata-se de

mantém-se a identidade e individualidade não só da posição jurídica do cedente, mas da própria relação jurídica contratual.

⁴⁹ Dieter MEDICUS, referindo-se especificamente à cessão de crédito: “La consecuencia jurídica primaria de la cesión es la transferencia del crédito: el nuevo acreedor entra en lugar del hasta ahora. Por ello mantiene el crédito todas sus insuficiencias; el deudor, en adelante, puede hacer valer todas las objeciones. Pero inversamente, mantiene también el crédito todas sus fuerzas: los derechos de prelación, en la ejecución forzosa y en el concurso, pueden hacerse valer igualmente por el Nuevo acreedor” (*Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, ed. esp. por Ángel Martínez Sarrión, Barcelona: Bosch, 1995, p. 333).

⁵⁰ O fenômeno é mais claro e recorrente quando o contrato-base é de longa duração.

⁵¹ Nesse sentido, Marcello ANDREOLI, deduzindo que a cessão de contrato é “el instrumento que permite realizar la llamada circulación del contrato, es decir, la transferencia negocial a um terceiro del conjunto de posiciones contractuales (entendido como resultante unitario de derechos y obligaciones orgánicamente interdependentes) constituída en la persona de uno de los originários contratante (*La cesión del contrato*, 1951, trad. esp. De Francisco Javier Osset, *La cesión del contrato*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, p. 2).

um personagem novo na história do contrato, que não participou de sua formação e nem do eventual desenvolvimento da execução até o momento em que é operada a cessão da posição contratual. Inaugura-se nova etapa na vida da relação contratual, modificada pelo negócio de cessão, mesmo que dogmaticamente mantenha sua identidade enquanto relação e enquanto programa contratual.

As consequências são particularmente interessantes no campo da interpretação e da integração negociais. Percebe-se, mesmo, que a operação de cessão de contrato é uma daqueles fenômenos jurídico-negociais que propiciam evidenciar e desnudar aspectos estruturais e funcionais da relação contratual que por vezes ficam recônditos na análise menos percuciente de outras figuras contratuais.

O cessionário (nova parte, que substitui a anterior na relação contratual, por efeito do negócio de cessão) não participa, por óbvio, da formação original do contrato-base; mas, a partir da alteração da titularidade da posição jurídica globalmente cedida, passa a participar diretamente da execução do programa contratual. O significado dogmático da transferência/transmissão de posição contratual como fenômeno que propicia a alteração subjetiva da relação jurídica complexa, sem perda de sua identidade, implica uma especial consideração do cessionário, vetorizada por uma especial manutenção das condições do contratante cedido: *a priori*, tem-se, por ponto de partida da análise significacial, que o cessionário se substitui ao cedente sem ocasionar maiores implicações para a relação contratual.

Isto é, o contrato-base deve sofrer o mínimo de alterações (ou nenhuma alteração, a rigor da construção dogmática tradicional) em sua estrutura objetiva, em sua significação e no desenvolvimento do programa contratual.

Para que isso se verifique no plano factual, é preciso admitir que o cessionário possua amplo conhecimento não só do programa contratual, como também de minúcias da formação do contrato e da comum intenção das partes originais

No âmbito dos cânones interpretativos, instaura-se difícil crise. E, no âmbito da atividade de integração contratual, um amplo espectro de consequências.

A crise do processo hermenêutico na operação de cessão de contrato advém de quebra paradigmática, em que a busca pela comum intenção das partes sofre perturbação com a substituição de uma das partes na relação jurídica contratual. Admitir que o cessionário tenha a mesma carga cognitiva que o cedente na formação do contrato e, por vezes, no seu desenvolvimento parcial, constitui uma pressuposição fictícia.

Outra alternativa é admitir-se que, com o negócio de cessão, o contrato-base deve passar por uma adaptação em seu programa, com possibilidade de ressignificações em pontos específicos do desenvolvimento das prestações, considerando-se que o ingresso substitutivo do cessionário marca uma nova “fase” da relação contratual, e que assim precisa ser entendida pelo contratante cedido.

Esta última alternativa parece implicar em amainamento na construção dogmática da manutenção da identidade da relação contratual base após a eficácia do contrato de cessão de posição contratual.

Ainda na seara do processo de interpretação, a cessão de posição contratual importa em um rearranjo nos confrontos entre texto contratual e comportamentos complexivos (complessivos). Deveras, igualmente por conta do efeito de substituição de uma das partes no contrato-base, o grau de consciência do cessionário quanto ao comportamento efetivamente adotado pelas partes na execução parcial do contrato – quando este já tiver sido parcialmente executado – é presumivelmente menor ou diverso daquele grau de consciência em que imiscuídos os contratantes originais. Então, em uma primeira abordagem, é se perquirir se para o cessionário é de se valorar mais o texto do acordo do que as sinificações (ou ressignificações) dadas ao conteúdo do programa contratual pelo cedente e pelo cedido por meio do plexo de comportamentos faticamente adotados nos atos de cumprimento das prestações e dos deveres recíprocos. Significaria tal solução abdicar da “história do contrato” em prol de específica proteção das expectativas do cessionário? Estariam igualmente protegidas as legítimas expectativas do cedido?

De qualquer sorte, surgem, no âmbito da integração negocial, novos deveres a cargo das três partes do negócio de cessão de contrato. Sobretudo de caráter informativo e protetivo. Há um entrecruzamento complexo nesses deveres secundários e acessórios, que

merecem refletida análise. Todos esses deveres integrativos parecem encontrar fundamento imediato no cânone da boa-fé objetiva.

Aliás, também no processo hermenêutico da operação de cessão de contrato parece ser a boa-fé objetiva o cânone operativo mais pronunciado para a solução das questões dessa natureza postas em relevo.

Mecanismos complementares, de função preventiva – e, pois, somente remissíveis à integração contratual num sentido muito amplo – parecem ser de pertinente análise no quadro do negócio de cessão de contrato.

Assim, de se considerar que o negócio de cessão possa vir jungido a outros negócios complementares, de caráter (e função) acertativo ou (também) esclarecedor⁵². São negócios que, ou em esquema de coligação, ou em de pactos adjectos, podem se valer as partes no negócio de cessão (que, como contrato trilateral, tem a participação do cedente, do cessionário e do cedido em sua formação) para *conformar* o entendimento negocial tido como “verdadeiro” até aquele momento do desenvolvimento do programa negocial, esclarendo-se, entre todos os participantes, o conteúdo da avença e (re) afirmando-se as finalidades do negócio. Não se trata, obviamente, de *repactuação*.

Parecem ser soluções preventivas interessantes para a tutela das expectativas legítimas das três partes, prestigiando-se os cânones de confiança⁵³ que azeitam as sensíveis engrenagens da vida negocial. Considere-se, por oportuno, que na cessão de contrato (e por

⁵² Cesare Massimo BIANCA elenca os efeitos “acertativos” (ou de acertamento*) dentre os grupos de efeitos próprios que podem ser produzidos pelo contrato (ao lado dos efeitos constitutivos e dos extintivos). O contrato de “acertamento” tem uma particular função prática, de reconhecimento pelas partes da existência ou do conteúdo de uma relação jurídica por elas constituída ou de que participam. Como esclarece o referido autor: “Funzione propria dell’accertamento negoziale è precisamente quella del riconoscimento. Mediante l’accertamento le parti riconoscono reciprocamente obblighi e diritti inerenti al loro rapporto e danno luogo alla presunzione di esistenza del rapporto come accertato” (*Diritto civile, vol. 3: il contratto, 2ª ed.*, Milano: Giuffrè, 2013, pp. 526-27)

* A tradução dos termos italianos *acertativo* e *acertamento* não possuem cognatos exatos em português. *Acertativo* e *acertamento* vêm aqui em sentido aproximado, apenas.

⁵³ Sobre a tutela das expectativas legitimamente criadas na seara dos contratantes, bem como a incidência dos postulados da Teoria da Confiança nos contratos, cf. Judith MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 402-03.

ser contrato trilateral), a identificação das legítimas expectativas entrecruzadas das três partes parece mais dificultosa e mais propensa a se tornar disfuncional.

1.2 - O negócio de cessão enquanto contrato translativo pelos efeitos

A questão dos *efeitos jurídicos* dos contratos pode ter várias abordagens⁵⁴. Duas delas, que interessam mais vivamente à presente dissertação, são as que explicam e

⁵⁴ Em essência, os efeitos do contrato são as modificações que ele determina nas posições jurídicas das partes ou, em sentido mais abrangente, na relação jurídica em que tais posições se inserem. Nesse sentido, cf. Vincenzo ROPPO, *Il Contratto*, in: Giovanni IUDICA e Paolo ZATTI [org.], *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 509; em sentido aproximado, Darcy BESSONE indica que a análise dos efeitos contratuais, em labor de identificá-los, dá-se pelo contraste entre as realidades jurídicas precedentes e as posteriores à formação do contrato. Completa: “A eficácia realiza-se através das modificações que o contrato, já formado, opera no mundo jurídico” (*Do contrato: teoria geral*, Rio de Janeiro, Forense, 1987, pp. 206-07). Assim sendo, e em análise primordial, o contrato tem por efeito *criar* relações jurídicas, com as posições jurídicas ativas e passivas a elas inerentes. Nesse sentido, diz-se também que o contrato é fonte de obrigações e tem função marcadamente *constitutiva* de relações jurídicas. Mas também o contrato pode modificá-las ou extingui-las. Na lição de Vincenzo ROPPO, uma vez entendidas as posições jurídicas como, basicamente, *direitos (subjetivos)* e *deveres*, os efeitos contratuais seguem a seguinte tipologia: criação de direitos e deveres – entre as partes – que antes não existiam; modificação de direitos e deveres preexistentes; transferência de direitos e deveres a uma das partes, que antes não lhe pertenciam; extinção de direitos e deveres que anteriormente existiam entre as partes (*Il Contratto*, in: Giovanni IUDICA e Paolo ZATTI [org.], *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 509-10). O Código Civil italiano abrange textualmente essas funções ou efeitos primordiais, em seu conhecido art. 1.321, embora limitando tais funções ou efeitos às relações patrimoniais. O ordenamento jurídico português, seguido obviamente da doutrina que o explicita, admite pactos de direito de família e sucessórios como abrangidos pelo fenômeno contratual. Assim, João de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 300. Numa abordagem ainda mais basal, é comum encontrar em doutrina o entendimento de que o principal efeito do contrato é *criar um vínculo entre as partes*, enfatizando o papel contratual de *fazer lei entre as partes*. Seria esse o efeito fundamental do contrato. Porém, trata-se, antes, de característica própria do fenômeno jurídico contratual, e não de um seu efeito propriamente dito. Ademais, necessita de explicitação, para não gerar entendimentos equivocados: a força vinculativa ilustrada na parêmia de que “o contrato faz lei entre as partes” não coloca o contrato em equiparação com a eficácia da lei (preceito normativo jurídico); significa, em verdade, que as partes não podem se subtrair à observância do quanto acordaram, executando-o pontualmente (ponto a ponto), perseguindo seu resultado prático; significa, ademais, que a dissolução ou modificação da relação contratual não pode, em regra, ser feita unilateralmente. Nesse sentido, Francesco MESSINEO, *Dottrina Generale del Contratto*, Tomo II, 3ª ed., 1948, trad. arg. de R.O. Fontanarrosa – S. Sentís Melendo – M. Volterra, *Doctrina general del Contrato*, Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, pp. 143-44. Em sentido diverso, enfatizando a força vinculativa como efeito próprio do contrato e contrapondo-se ao sublinhamento da irrevogabilidade do contrato como significado intuitivo da parêmia acima referida, Para uma abordagem em dupla perspectiva dos efeitos contratuais (estrutural e funcional), ver seção 2.3, abaixo.

discernem os efeitos contratuais *com referência ao objeto e com referência à transmissibilidade imediata*⁵⁵.

Como se verá, há certa sobreposição entre essas duas abordagens.

Pela primeira, distinguem-se os contratos com efeitos *exclusivamente* obrigacionais e os contratos com efeitos reais.

O *efeito obrigacional* designa a *criação*, pelo contrato, de relações jurídicas obrigacionais, com estrutura básica formada por *direitos de crédito* e correlativos *deveres de prestação* (posições jurídicas obrigacionais ativas e passivas); designa, ainda, a modificação ou extinção de deveres e direitos de crédito pré-existentes⁵⁶.

Os *contratos com efeitos reais*⁵⁷ designam aqueles contratos que têm por efeito destacado a *transferência* ou a *constituição* de direitos subjetivos reais (posições jurídicas

⁵⁵ Os efeitos contratuais decorrem do conteúdo do contrato, enquanto aspecto estático do consenso – determinação daquilo que as partes acordaram por meio das mútuas declarações concordantes. O conteúdo de contratos válidos (*prius*) constitui o suporte essencial de seus efeitos (*posterius*). Cf. Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos, vol. II: conteúdo, contratos de troca*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 9; também, Darcy BESSONE, *Do contrato: teoria geral*, Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 206-07; na mesma linha de ideias, Cesare Massimo BIANCA assevera: “Gli effetti giuridici devono essere tenuti distinti rispetto al contenuto del contratto perché il contenuto esprime la decisione delle parti mentre gli effetti giuridici rappresentano le modifiche di situazioni di diritto che conseguono al contratto e che in questo hanno il loro titolo” (*Diritto civile, vol III: il contratto*, 2ª ed., Milano: Giuffrè, 2013, p. 317); ainda, Francesco MESSINEO: “No ha de confundirse con los efectos, el *contenido* del contrato; el cual es la *perspectiva* de lo que el contrato puede determinar como efectos y varía con el varía de los caracteres técnico-jurídicos de cada grupo” (*Dottrina Generale del Contratto*, Tomo II, 3ª ed., 1948, trad. arg. de R.O. Fontanarrosa – S. Sentís Melendo – M. Volterra, *Doctrina general del Contrato*, Tomo I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, pp. 142). Quanto à cerebrina discussão doutrinária acerca dos papéis da lei e da autonomia privada na determinação dos efeitos jurídicos negociais e acerca da diferenciação entre efeitos jurídicos e resultados materiais, cf. Emílio BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico, tomo I*, 2ª ed., 3ª reimp., trad. port. de Fernando Miranda, *Teoria geral do negócio jurídico, tomo I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1969, pp. 100-07, 300-03 e 310-314; e a correspondente crítica exposta por Cesare Massimo BIANCA, *Diritto civile, vol. III: il contratto*, 2ª ed., Milano: Giuffrè, 2013, pp. 318-20.

⁵⁶ Cf. Cesare Massimo BIANCA, *Diritto civile, vol. 3: il contratto*, 2ª ed., Milano: Giuffrè, 2013, p. 525.

⁵⁷ No Brasil é comum utilizar-se a expressão “obrigação com eficácia real” (ou mesmo “contrato com eficácia real”) para designar o fenômeno pelo qual dada posição jurídica obrigacional ostenta alguns atributos análogos aos de direitos reais (posições subjetivas reais), como a oponibilidade a terceiros. É o caso do quanto consubstanciado no art. 576 do Código Civil, que determina que a posição jurídica do locatário pode ser oposta ao adquirente da coisa locada, contanto que conste do fólio real. Observa-se portanto, que se trata de um significado peculiar. Assim também em Portugal, como registra Inocêncio GALVÃO TELES: “Tratando-se de promessa de alienação ou oneração de imóveis ou de móveis sujeitos a registro, é lícito às partes atribuir-lhe

reais), *direta e imediatamente*; ou seja, promovem a transferência ou a constituição de direitos reais no *momento da conclusão do contrato*, por força tão só do acordo acabado (consenso)⁵⁸, de forma que a translação ou constituição de tais posições não tenha o significado de cumprimento de uma obrigação – dever de prestação – criada pelo mesmo contrato.

Nos ordenamentos que admitem os contratos com efeitos reais⁵⁹, há que se ter em conta que, em dada relação jurídica contratual, pode haver a presença de efeitos obrigacionais e reais de forma conjugada, em razão da própria complexidade e *plasticidade* das relações contratuais⁶⁰. Nesses ordenamentos, observa-se, um passo antes, que todo

eficácia real, tornando a promessa oponível a terceiros, desde que façam no título da promessa uma declaração expressa nesse sentido e procedam à respectiva inscrição no registro” (*Manual dos contratos em geral*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 226). Ainda, no Brasil, encontra-se facilmente o emprego da expressão *eficácia real* com o sentido de efeitos reais, em abordagem próxima ao referido nesse item, “mutatis mutandis” diante das peculiaridades do ordenamento brasileiro. Nesse sentido, Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, ao tratar da resolução contratual, aponta uma eficácia real da resolução, para abarcar no efeito de reconstituição do ‘statu quo ante’ a propriedade e a posse transferidos contratualmente (*Comentários ao novo código civil, vol. VI, tomo II: da extinção do contrato*, coord. Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, Rio de Janeiro, Forense, 2011). De qualquer modo, essas expressões (*eficácia real, obrigação com eficácia real*) não se identificam com o fenômeno designado pelos contratos com efeitos reais.

⁵⁸ Efeito (translativo) imediato não se confunde com *cumprimento imediato (ou execução imediata) do contrato*. Este última locução designa o contrato que, atribuindo deveres de prestação a uma ou mais partes, não contém previsão de lapso temporal para que sejam adimplidos.

⁵⁹ Dentre eles, o ordenamento francês, o italiano e o português. Não assim o brasileiro. O Código Civil brasileiro estrutura os negócios produtores de efeitos no *plano dos direitos reais* em dois negócios logicamente distintos e sucessivos (ainda que temporalmente possam ser simultâneos: um negócio jurídico obrigacional e um negócio jurídico dispositivo, ou de transmissão, que tem função de adimplimento em relação ao primeiro.

⁶⁰ A plasticidade das relações contratuais é tema primordial na análise estrutural e funcional dos contratos, mormente nos contratos bilaterais. Mas a doutrina majoritária acaba relegando este aspecto a segundo plano, dando-lhe tratamento esparso e assistemático. Assim, quando se trata de analisar os efeitos contratuais, a estrutura de prestações e pretensões, os modos de execução das prestações contratuais no tempo etc, as exposições centram-se na análise de uma das relações jurídicas simples (unas) em que podem ser decompostos os contratos bilaterais, como se bastasse para classificar ou categorizar a relação jurídica contratual toda, descurando-se de ao menos mencionar que a contraprestação (contrarrelação) pode apresentar-se com característica diversa ou pertencendo a outra espécie dentro do mesmo critério de classificação. Assim, em um contrato de locação, analisando-se a estrutura das prestações quanto ao seu modo de cumprimento no tempo, tem-se que a prestação típica a cargo do *locador* classifica-se como de *execução continuada*, enquanto que a prestação a cargo do *locatário* insere-se dentre as de *trato sucessivo* ou de *execução periódica* (que se executam mediante prestações periodicamente repetidas). Nesse sentido, uma rara exceção mostra-se Francesco CARNELUTTI, que indica essa complexidade da relação contratual de forma explícita na seguinte passagem: “Per amore di precision, conviene notare altresì che una combinazione tra due distinzioni può avvenire nel senso che dei due scambi, onde si compone lo scambio bilaterale, uno sia temporaneo e l’altro definitivo; in questo caso si ha una forma di scambio bilaterale misto: si ponga in confronto sotto questo profile, la locazione,

contrato possui *ao menos* efeitos obrigacionais, *podendo também* apresentar efeitos reais, conforme decorra do conteúdo contratual⁶¹.

Dessa forma, quando se fala em contratos com efeitos obrigacionais, está-se a indicar os contrato com efeitos *exclusivamente* obrigacionais. Entendido em sentido negativo, contratos obrigacionais são os que não produzem *imediatamente* nenhum efeito real (transmissão, constituição ou extinção⁶² de direitos subjetivos reais)⁶³.

Por essa diferenciação, contrapõem-se contratos que operam imediatamente no *plano dos direitos reais* (contratos de efeitos reais) e contratos que têm efeitos *imediatos* somente no *plano do direito das obrigações*, embora o adimplemento de alguma de suas prestações – execução contratual – possa operar no plano dos direitos reais (contratos obrigacionais)⁶⁴.

A segunda abordagem, menos talhada na doutrina, distingue a eficácia dos contratos pelo critério da imediata transmissão dos direitos subjetivos (ou, mais técnica e completamente, das *posições jurídicas subjetivas*), *independentemente* de se tratar de direitos (posições jurídicas subjetivas) obrigacionais ou reais.

mediante la quale il locatore dá tempraneamente la cosa e riceve definitivamente il prezzo, con un contratto innominate, per virtù del quale due persone si prestino vicendevolmente due cose diversa” (*Teoria giuridica della circolazione*, Padova, CEDAM, 1934, p. 7).

⁶¹ Nesse sentido, Darcy BESSONE, onde se vê: “Frequentemente, entretanto, o contrato produz, simultaneamente, direitos pessoais e direitos reais. Será, então, obrigacional-real. Se são inúmeros os contratos produtivos apenas de obrigações, raros são os que criam apenas direitos reais. Quase sempre, ao contrário, produzindo direitos reais, estabelecem também obrigações” (*Do contrato: teoria geral*, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 211). Também quanto à postura classificatória dos efeitos dos contratos a partir dos tipos de prestações, em que geralmente se coloca ênfase em um dos efeitos, Dieter MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, ed. esp. por Ángel Martínez Sarión, Barcelona: Bosch, 1995, pp. 384 e 389.

⁶² Alguns autores, em Itália e em Portugal, consideram como efeito real também a extinção de um direito real menor (parcelar ou sobre coisa alheia), na medida em que, pelo princípio da elasticidade, devolve à posição jurídica do proprietário a sua plenitude. Por todos, Vincenzo ROPPO, *Il Contratto*, in: Giovanni IUDICA e Paolo ZATTI [org.], *Trattado di diritto privato*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 512.

⁶³ Cf. Vincenzo ROPPO, *Il Contratto*, in: Giovanni IUDICA e Paolo ZATTI [org.], *Trattado di diritto privato*, Milano: Giuffrè, 2001, pp. 512-13.

⁶⁴ Por óbvio, há contratos obrigacionais que não operam efeitos no plano dos direitos reais nem mesmo de forma mediata (em grau de execução contratual), como são os casos do contrato de prestação de serviços e do contrato de locação.

Os *contratos translativos*, ou de transferência, são os que *operam imediatamente* a transmissão de um direito subjetivo ou de posições jurídicas de um patrimônio a outro⁶⁵.

Têm, portanto, por *efeito direto e imediato* – tão só esteja formado o contrato, pelo consenso – a transmissão de direitos ou posições subjetivas⁶⁶.

Não se confundem com os contratos translativos *pela finalidade*, cuja operação econômica que lhes é objeto *visa à* transmissão do direito subjetivo ou posição jurídica subjetiva, sem que essa transmissão, enquanto efeito, decorra imediatamente do contrato formado⁶⁷ (ou, o que é o mesmo, do consenso legitimamente manifestado). Os contratos translativos pela finalidade pressupõem a verificação posterior de um fato transmissivo. São, pois, *contratos obrigacionais*⁶⁸, em que a transmissão, no mais das vezes, é *atuada* pelo

⁶⁵ Em boa técnica, o *direito subjetivo*, ou direito em *sentido* subjetivo, é um complexo unitário (e unificante) de posições jurídicas *ativas* elementares, conforme leciona Giuseppe LUMIA, *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, pp. 112/113. No sentido de que a noção de direito subjetivo é insuficiente para designar o complexo de direitos e *deveres* de um sujeito em torno de um objeto, sendo necessário considerá-lo na perspectiva da noção mais ampla e englobante de *situação jurídica*, cf. Thiago RODOVALHO, *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, pp. 40-48.

A insuficiência da noção de direito subjetivo para designar o complexo de direitos e deveres de um sujeito relativamente a determinado objeto pode não ser exata se, conforme a lição de Giuseppe LUMIA acima referida, considerarmos o direito em sentido subjetivo como designativo somente das posições *ativas* elementares numa específica titularidade. Mas não é de se negar que alguns tipos de deveres jurídicos podem encontrar-se fortemente adstringidos às posições jurídicas ativas do sujeito (referentes a determinado objeto), significando concretamente limites ao exercício dessas posições ativas, ou determinando a sua compreensão integral. As posições jurídicas *parcelares* também podem ser objeto de transmissão por meio contratual.

⁶⁶ A doutrina identifica o fenômeno como princípio consensualístico, ou do consenso translativo, ou da transferência consensual ou do efeito translativo do consenso. Cf. MESSINEO, *Dottrina Generale del Contratto*, Tomo II, 3ª ed., 1948, trad. arg. de R.O. Fontanarrosa – S. Sentís Melendo – M. Volterra, *Doctrina general del Contrato*, Tomo II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, pp. 152-53; Vincenzo ROPPO, *Il Contratto*, in: Giovanni IUDICA e Paolo ZATTI [org.], *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 513.

⁶⁷ Assim, Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, ao pontuar que “uma noção ampla e compreensiva dos contratos transmissivos (*Veräusserungsverträge*), compreendendo a expressão como contratos *para* a transmissão de direitos, terá que incluir também os contratos em que a transmissão se efetua por cumprimento da obrigação de transmitir que recai sobre o alienante” (*Contratos*, vol. II: *conteúdo*. *Contratos de troca*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 122).

⁶⁸ Não raro, tal categoria de contratos é identificada pela expressão *contrato com efeitos imediatos meramente obrigacionais* e outras próximas (cf. Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, vol. II, pp. 122-23). Embora analítica, a referida expressão pode levar a equívocos no quadro de sistematização proposto, eis que “*meramente obrigacionais*” é excerto da expressão menos exato que “*exclusivamente obrigacionais*”.

alienante⁶⁹ – e, nesse caso, a conclusão dessa atuação tem significado e função de *adimplemento* ou de *execução contratual*.

Podemos denominar *contratos translativos em sentido lato* os que operacionalizam a transmissão de um direito ou posição jurídica subjetiva, seja por efeito direto e imediato do consenso, seja como cumprimento de uma obrigação contratual, seja pela verificação *posterior* de um fato transmissivo; e como contratos translativos em sentido estrito para designar tão-só os contratos translativos *pelos efeitos*⁷⁰.

Na sua acepção própria, os contratos translativos em sentido lato (translativos *pelos efeitos* e os translativos *pela finalidade*) coincidem com a noção de *contratos de alienação*. Por eles, um sujeito torna *alheio* um direito subjetivo que estava em sua titularidade. Acarretam, pois, *alteração da titularidade* do direito ou posição subjetiva, em

⁶⁹ Embora mais corriqueiro, o fato transmissivo posterior nem sempre se dá, *necessariamente*, por um ato devido do alienante (cumprimento da obrigação de transmitir que recai sobre o alienante) que só por ele ou um seu representante possa ser praticado. Como se verá abaixo, pode, por exemplo, o efeito transmissivo ser desencadeado pela vinda à existência da coisa objeto da prestação, na venda de coisa futura, sem que para isso concorra, ou deva concorrer, o alienante.

⁷⁰ Essa diferenciação é pouco presente e pouco desenvolvida na doutrina brasileira, estando ausente da manualística. Orlando GOMES trata dos *contratos translativos pela finalidade* ao explicar a classificação dos contratos pelo *critério da função econômica*. Localiza-os nos *contratos de troca* com finalidade de um “*dare*”, independentemente da onerosidade ou da gratuidade (*Contratos*, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998). Em doutrina portuguesa, no sentido da diferenciação entre contratos translativos pelos efeitos e contratos translativos pela finalidade, Carlos FERREIRA DE ALMEIDA: “A expressão ‘contratos transmissivos’, com sentido amplo de contratos *para* a transmissão de direitos, não coincide com o universo dos contratos com efeito transmissivo (direto e imediato)” (*Contratos*, vol. IV: *funções, circunstâncias, interpretação*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 97). No ordenamento brasileiro, a pouca importância dada aos contratos transmissivos ou translativos em *sentido estrito* (efeito translativo *direto e mediato*) remete à eficácia meramente (*exclusivamente*) obrigacional do contrato de compra e venda – e dos contratos que em geral importem no deslocamento patrimonial de coisas corpóreas –, somado ao fato desse tipo contratual basilar da vida econômica ser restrito, no Brasil, à transmissão do direito de propriedade. Em Portugal, tal qual em Itália, o contrato de compra e venda é diretamente translativo e abarca a transmissão de outros direitos além do de propriedade (vide art. 874º e art. 408º do Código Civil português; art. 1.470 e art. 1.476, n. 2, do *Codice Civile*). Em França, a compra e venda também é contrato diretamente translativo, mas, como no Código Civil brasileiro, cinge-se a transferir o direito de propriedade.

Oportuno, quanto ao efeito imediatamente translativo dos contratos de alienação, transcrever o teor da primeira parte do art. 1196 do Código Civil francês, com redação dada pela recente reforma de 2016, que abre a subseção dedicada aos efeitos translativos dos contratos: “*Dans les contrats ayant pour objet l’aliénation de la propriété ou la cession d’un autre droit, le transfert s’opère lors de la conclusion du contrat*”.

caráter permanente, que passa a se referir a outro sujeito e, portanto, a integrar outro patrimônio⁷¹⁻⁷².

Numa acepção abrangente e *imprópria*, o contrato translativo pelos efeitos abarcaria os negócios de “*trespasse*”⁷³ transmissão ou de constituição de parcelas do direito subjetivo (*rectius*: posições jurídicas parcelares) a outro sujeito, em *caráter precário* (*temporário*) e *sem perda da titularidade* do direito subjetivo pleno de onde se destacaram as parcelas transferidas. Em tal acepção, pois, incluem-se o surgimento de direitos reais menores no patrimônio de outrem, destacados do direito de propriedade; também, a

⁷¹ Em ponto de vista dinâmico, o fenômeno da *alienação* pode ser também descrito como a *transferência* de um direito ou posição subjetiva do patrimônio de um sujeito para o de outro, em caráter de *permanência* ou de *definitividade*. Contrapõe-se à transmissão *temporária* de direitos (posições) subjetivos (nesse sentido, cf. Dieter MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, ed. esp. por Ángel Martínez Sarión, Barcelona: Bosch, 1995, pp. 384-85). Não altera essa explicação a figura da propriedade resolúvel, que é direcionada a se tornar permanente na esfera do adquirente. Francesco MESSINEO pontua que o contrato alienação ou *de disposición* implica um empobrecimento do alienante (“*depauperación ‘en acto’*”), sendo indiferente que a esse empobrecimento corresponda um aumento patrimonial a seu favor, pois tal categoria tem acolhida entre os contratos onerosos como entre os gratuitos (*Dottrina Generale del Contratto*, Tomo I, 3ª ed., 1948, trad. arg. de R.O. Fontanarrosa – S. Sentís Melendo – M. Volterra, *Doctrina general del Contrato*, Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, p. 420). Tal explicação do empobrecimento da parte que aliena deita sobre a *perda da titularidade* do direito ou posição subjetiva, com significado de *diminuição patrimonial*, ainda que, nos contratos onerosos, a tal diminuição *possa* corresponder um incremento patrimonial correspectivo e subjetivamente equivalente. Em sentido parcialmente contrário, Cesare Massimo BIANCA, que considera entre os contratos de alienação também os que têm por objeto a transferência ou a constituição de um direito real limitado ou parcelar. Desse modo, o referido autor considera como contrato de alienação tanto a compra e venda e a cessão de crédito, como o contrato de constituição de usufruto (*Diritto civile*, vol. 3: *il contratto*, 2ª ed., Milano: Giuffrè, 2013, p. 528).

⁷² A alienação, enquanto designação de específica eficácia de contratos translativos, figura como uma espécie de efeitos que podem decorrer uma categoria mais ampla, que a doutrina alemã põe relevo: a dos negócios dispositivos. Além dos negócios de (que determinam a) alienação, dele também participam os que promovem o gravame real, a modificação de direitos e relações jurídicas, bem como a renúncia de direitos. Congrega pois os efeitos jurídicos que pressupõem poder de disposição. Cf., nesse sentido, Andreas VON TUHR, *Teoría general del derecho civil alemán*, vol II: *los hechos jurídicos*, trad. arg. De Tito Ravá [*Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*], Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 215-217. É preciso ter em conta que, em Alemanha, os negócios dispositivos tem especial papel (e significado) no esquema de abstração na transferência de posições jurídicas de direito real e de direito obrigacional. Tais negócios, nesse âmbito, têm marcada função de adimplemento; além de conteúdo esvaziado.

⁷³ O termo *trespasse*, embora admitido no léxico com o sentido de *transmissão*, é de se evitar, pois está associado, no Brasil, a um sentido técnico mais restrito, designativo da alienação de estabelecimento empresarial. Outrossim, como observa Orlando GOMES, o termo *trespasse* é ainda utilizado, entre nós, para designar especificamente a cessão da promessa irrevogável de venda (*Contratos*, 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 149).

transmissão da posse para fins de uso e fruição sobre determinados bens, por força de relações jurídicas pessoais (locação, arrendamentos etc)⁷⁴⁻⁷⁵.

Nessa acepção imprópria, que é de se evitar, o contrato translativo abarcaria efeitos que não representam *alienação* (dada a precariedade essencial da transferência) e não participaria somente do fenômeno da *aquisição derivada translativa* de direitos, mas, também, do da *aquisição derivada constitutiva*⁷⁶⁻⁷⁷.

Melhor se designará como contratos modificativos – ou como pertencentes a essa categoria – os negócios que têm por efeito a transferência de direitos ou posições jurídicas subjetivas sem o caráter de alienação.

⁷⁴ Em sentido aproximado, I. GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 46-47.

⁷⁵ Assim, Dieter MEDICUS: “Cuando el objeto transmitido para el aprovechamiento, por ultimo, nuevamente se vuelve a conseguir por el transmitente, al contratante en el arrendamiento de uso, en el uso y disfrute y comodato, no se ha transmitido plenamente. Más bien conservan el arrendador de ambos arriendos y el comodante, la propiedad de una cosa (siempre que correspondan a él): Únicamente transmiten la posesión inmediata (y son por sí mismos poseedores mediatos). Con ello se les protegé en particular contra la intervención de los acreedores del receptor del transmitido (*Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, ed. esp. por Ángel Martínez Sarión, Barcelona, Bosch, 1995, p. 468).

⁷⁶ Os contratos que operacionalizam o surgimento de direitos reais parcelares na esfera jurídica de uma das partes vão melhor denominados como *contratos constitutivos* ou de *efeitos constitutivos*.

⁷⁷ Os contratos que têm por efeito a transmissão da posse de coisas para serem usadas e fruídas por outrem, durante *determinado tempo* e no *plano do direito das obrigações*, não se encaixam perfeitamente na categoria da aquisição derivada constitutiva (na perspectiva do adquirente da posse) (ver seção 3, abaixo). Assim, Orlando GOMES identifica-os dentre a categoria dos contratos de troca, denominando-os de *contratos translativos de uso* e asseverando que tais contratos, em vez de alienar a coisa, apenas concede o seu uso (utilidade econômica) temporário, sem que se constitua um direito real limitado (*Contratos*, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 87). Dieter MEDICUS, utilizando-se de outros critérios classificatórios, os localiza dentre os *contratos de transmissão temporária*, que se contrapõem aos contratos de transmissão permanente (contratos de alienação), em que a transmissão de um bem tem caráter transitório e o receptor está obrigado a devolvê-lo ao fim do contrato (*Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, ed. esp. por Ángel Martínez Sarión, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 384-85). Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, atento à dificuldade classificatória de tal eficácia, dá-lhe a pecha de “sui generis”: “A autonomização deste efeito (criação de direitos pessoais de gozo) não se justifica para quem reconduza os direitos pessoais de gozo a direitos de crédito ou a direitos absolutos, impondo-se naturalmente a quem os caracterize, como me parece preferível, como direitos relativos ‘sui generis’ que conferem o poder imediato de uso e fruição sobre coisa alheia” (*Contratos, vol. IV: funções, circunstâncias, interpretação*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 73-74).

1.3 – Contratos translativos pelos efeitos e contratos com efeitos reais – distinção e abrangência

A acepção imprópria, acima referida, resulta, em boa parte, de certa confusão entre as noções de contratos translativos pelos efeitos e os chamados *contratos reais*⁷⁸ ou contratos *com efeitos reais* (ainda, contratos reais “quoad effectum”).

Geralmente, identificam-se os *contratos com efeitos reais* pela produção específica de imediata *constituição, modificação* ou *extinção* de direitos reais, seja o direito de propriedade, seja um direito real parcelar (direito real sobre coisa alheia)⁷⁹.

Em Itália, por força da redação do art. 1.376 do “Codice Civile”⁸⁰, o âmbito significativo dos contratos com efeitos reais é mais extenso, abarcando até os *diritti de crédito* (direitos pessoais ou obrigacionais). Portanto, em Itália, contratos com efeitos reais têm a especial significação de contratos que *transmettem* ou *constituem* diritti subjetivi patrimoniais em geral (sejam pessoais, sejam reais) por efeito *direto e immediato*⁸¹. A ênfase é dada na produção dos efeitos transmissivos ou constitutivos *unicamente pelo consenso das partes* (efeito translativo do consenso), contrapondo-se, então, os contratos com efeitos reais aos contratos obrigacionais (aqueles que geram *esclusivamente* efeitos obrigacionais –

⁷⁸ Cf. Trata-se, na classificação indicada, dos contratos reais pelos efeitos. No Brasil, essa eficácia não é reconhecida pela doutrina francamente dominante, em que uma das poucas vozes dissonantes é a de Darcy BESSONE (*Da compra e venda: promessa e reserva de domínio*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 36-40). Dessa forma, a expressão *contratos reais* é, entre nós, usualmente utilizada em contraposição à categoria dos *contratos consensuais* (ou, em denominação mais técnica, *simplesmente consensuais* ou ‘solo consensu’), na classificação que tem por critério os atos necessários para a formação do contrato.

⁷⁹ Nesse sentido, I. GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 46-47: “Chamam-se aqui *contratos reais* aos que constituem, modificam ou extinguem um *direito real* – ou, o que é o mesmo, a relação juridical de que faz parte esse direito como objeto. (...). Por meio de contrato podem fazer-se nascer direitos reais: usufruto, uso e habitação, servidões, consignação de rendimentos, penhor, hipoteca, direito real de habitação periódica. E pela mesma via podem esses direitos sofrer modificações nalguns de seus elementos ou aspectos, no seu regime, e até extinguir-se”.

⁸⁰ Art. 1.376 (**Contratto con effetti reali**). *Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono o si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato.*

⁸¹ Cf. Cesare Massimo BIANCA, *Diritto civile, vol. 3: il contratto*, 2ª ed., Milano: Giuffrè, 2013, p. 526.

relações jurídicas obrigacionais – para as partes, ainda que, num segundo momento, possam operacionalizar modificações no plano dos direitos reais)⁸²

A nomenclatura utilizada pelo “Codice Civile” acaba por gerar confusões. Melhor seria deixar o “nomen” *eficácia real* para identificar eficácias no *plano* dos direitos reais, evitando-se os percalços de possível remissão da transferência de direitos obrigacionais (posições jurídicas de crédito, débito e posições contratuais) para a teoria dos direitos sobre direitos⁸³.

No Direito português, como visto, os *contratos de efeitos reais* cingem-se ao *plano* dos direitos reais. Assim, o âmbito dos *contratos translativos* (pelos efeitos⁸⁴) é, em

⁸² Quanto ao contrato obrigatório ou, mais propriamente, *com efeito obrigacional*, o bom entendimento da figura requer seja explicitada a diferença entre 1) contrato obrigacional que é direcionado a, num segundo momento futuro, determinar um efeito real – como resultado do cumprimento de uma prestação de entregar – e 2) contrato de efeito *meramente* obrigacional, caracterizado pela conjugação de prestações de fazer, que se esgotem em si mesmas, ainda que continuadas ou periódicas. Nesse sentido, cf. Francesco MESSINEO, *Dottrina Generale del Contratto*, Tomo I, 3ª ed., 1948, trad. arg. de R.O. Fontanarrosa – S. Sentís Melendo – M. Volterra, *Doctrina general del Contrato*, Tomo II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, p. 149. Do primeiro modelo, participa o que denominamos acima de contrato translativo pela finalidade. À diferenciação acima, ainda cabe acrescentar um terceiro modelo (muito importante para a identificação da fenomenologia ora tratada), *derivado* de especial fenômeno que pode incidir sobre o *contrato translativo pelos efeitos*, fenômeno este determinado pela vontade das partes, por peculiares circunstâncias que envolvem o objeto ou por vicissitudes que venha a sofrer em seu esquema normal, e que alteram seu conjunto eficaz. Assim, o caso de contrato translativo pelos efeitos que tenha por objeto coisa futura ou coisa ainda alheia. Em tais situações, o contrato passará a ser obrigacional, pois que o efeito translativo imediato não se faz presente. Ver-se-á abaixo, com mais vagar, neste mesmo item, tal fenômeno e tal modelo.

⁸³ Nesse sentido, a observação de Carlos FERREIRA DE ALMEIDA: “Na doutrina é usual ler-se que o efeito transmissivo ou translativo produz criação imediata de direitos reais. A geração de efeitos imediatos é correta, evidenciando a semelhança entre as funções contratuais constitutiva e transmissiva. Mas a afirmação só é exata se se adicionar o efeito (também) extintivo da transmissão e se admitir que os direitos de propriedade intelectual, assim como os direitos de crédito e as obrigações, são idôneos como objeto de direitos reais” (*Contratos*, vol. IV: *funções, circunstâncias, interpretação*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 97). Cf., sobre a problemática dos *direitos sobre direitos*, José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito civil: teoria geral, vol. 3: relação e situações jurídicas*, 2ª ed, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 70; também a crítica de Francesco CARNELUTTI, concluindo que a ideia de direito sobre direito constitui-se em mera aparência decorrente de formulações imprecisas (*Teoria giuridica della circolazione*, Padova, CEDAM, 1934, pp. 2-3, n.r. nº 1, com início a p. 2).

⁸⁴ Tenha-se a descrição do fenômeno uma vez mais: transmissão do direito ou de posições jurídicas subjetivas tão só por efeito do consenso das partes, legitimamente manifestado para o aperfeiçoamento/conclusão do contrato (princípio consensualístico ou do *consenso translativo*); sem a necessidade de um ato sucessivo de cumprimento que efetivamente transfira o direito subjetivo real, ou de um específico modo de aquisição. Assim, o art. 408º do Código Civil português: “A constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato”.

dado aspecto, mais amplo, pois abrange (como objeto) a transferência de direitos pessoais ou obrigacionais (posições jurídicas subjetivas de crédito, débito e posições contratuais) e de direitos reais⁸⁵. Por outro lado, quando se fala em contrato translativo de um direito real, está-se a referir a apenas um *locus* dos contratos com efeito reais, já que estes designam também o imediato efeito *constitutivo* e o imediato efeito *extintivo* de direitos reais. Assim, quando, por si mesmo, transfere direitos reais, o contrato será classificado (abrangido) como contrato de efeitos reais e, mais especificamente, como *contrato translativo de direitos reais pelos efeitos*.

Não se confundem, pois, o efeito translativo direto e imediato, que é um fenômeno, com a atuação no plano dos direitos reais, que é outro (e que embora possam se sobrepor ou se combinar).

Sob essa perspectiva, não é inadequado classificar os contratos translativos pelos efeitos em *a)* contratos translativos de direitos reais e *b)* contratos translativos no plano do direito das obrigações.

No primeiro grupo entram os contratos que têm por *efeito imediato* a transmissão do direito de propriedade do patrimônio ou de direitos reais parcelares de um sujeito ao de outro; no segundo grupo entram os contratos que têm por *efeito imediato* a transmissão de direitos pessoais ou obrigacionais (posições jurídicas subjetivas pessoais) de um patrimônio a outro.

Como já ressaltado, os contratos que *criam* (constituem) direitos reais menores no patrimônio de alguém não são translativos ou transmissivos, mas *constitutivos*, imbricando-se no fenômeno da *aquisição derivada constitutiva*⁸⁶.

⁸⁵ Na explicitação doutrinária, por todos, Inocêncio GALVÃO TELES: “os *contratos translativos* não incidem restritamente na propriedade; abraçam os outros direitos reais, chamados *menores* ou *sobre coisa alheia*, e quer de gozo, quer de *garantia*; transcendem mesmo esses direitos, posto que na sua órbita giram *todos os direitos transmissíveis por acto entre vivos*. Contrato translativo é, por exemplo, a *alienação de usufruto*; contrato translativo, também, a *cessão de crédito* (*Manual dos contratos em geral*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 47).

⁸⁶ Há quem enquadre os contratos translativos também como *contratos modificativos*, sob o prisma de, por seus efeitos, operar-se a substituição do anterior titular por outro, a quem o direito se transmite. Cf. Inocêncio GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 46-47.

Por vezes, contratos estruturam-se como *translativos pelos efeitos*, mas o específico efeito translativo não se verifica num primeiro momento (consenso, formação do contrato), por força de elementos acidentais. Nesses casos, em se tratando de negócios estruturados como *contratos translativos de direitos reais*, a transferência da posição jurídica real de um patrimônio a outro não ocorre com a formação consensual do contrato, como se era de esperar. Várias circunstâncias podem determinar a *postergação* do efeito de transferência do direito real (e também de constituição do direito real, no caso de *contrato constitutivo*): no caso de o cumprimento do contrato importar na escolha de coisas alternativas, a cargo de uma das partes; no de necessidade de individuação ou especificação da(s) coisa(s), no de coisas indicadas pelo gênero; de alienação de coisa futura ou no de coisa alheia⁸⁷, enquanto não adentrarem no patrimônio do alienante; no fato de o contrato se encontrar submetido a uma condição suspensiva; na estruturação em seu conteúdo de uma cláusula de reserva de domínio em favor do alienante, quando a transmissão terá lugar ao fim de certo lapso temporal ou diante de certo acontecimento, que normalmente é o integral cumprimento de contraprestação pelo outro contraente. E outros mais.

Em todos esses acontecimentos acima referenciados, a translação ou transmissão do direito subjetivo (posição jurídica de direito real) não se dá pela tão-só formação do contrato (força translativa do consenso), mas fica a depender de certo acontecimento futuro⁸⁸

⁸⁷ De forma geral – e em especial nos ordenamentos que adotam os *contratos com efeitos reais* (translação e/ou constituição direta e imediata de direitos subjetivos reais) – o bem alheio e o bem futuro não constituem objeto impossível – ou, um passo antes, ausência de objeto –, sendo perfeitamente concebíveis em diversas formulações de operações econômicas prestigiadas pelo direito, como, por exemplo, a venda de imóvel “na planta” em operações de incorporação imobiliária, em que a unidade imobiliária ainda será construída, ou na venda de produtos que ainda serão fabricados mediante ordem de serviço na unidade fabril, expedida após a conclusão da venda. Trata-se de negócios muito comuns na vida das relações econômicas e, também por isso, acolhidos e tutelados pelo direito dos contratos. Tampouco a previsão de bem futuro ou de bem alheio como objeto do contrato (ou melhor, como objeto mediato de uma das prestações que se imbricam no contrato) tem o condão de afetar a eficácia do contrato, não influenciando, pois, na sua imediata operatividade. Cf., nesse sentido Cesare Massimo BIANCA, *Diritto civile, vol III: il contratto*, 2ª ed., Milano: Giuffrè, 2013 pp. 322-25, ressaltando também que a inexistência do bem implica em impossibilidade originária do contrato (e, pois, sua nulidade) somente quando tem por objeto um bem insuscetível de vir a existir ou de ser identificado, em grau de definitividade. Acrescente-se, por oportuno nesse momento, que a noção de bens futuros e de bens alheios abrangem também os *direitos de crédito futuros e/ou alheios*, a par das coisas corpóreas.

⁸⁸ Nas hipóteses aventadas, a escolha científica do bem (concentração), a individualização ou especificação das coisas definidas pelo gênero, a existência da coisa na venda de coisa futura, ingresso da coisa antes alheia no patrimônio do alienante, o advento o fato futuro e incerto na

(superveniente à conclusão do contrato), que pode ou não estar no campo de atuação dos contratantes⁸⁹.

Nesses casos, o efeito translativo fica em suspenso até o advento do acontecimento necessário ao aperfeiçoamento ou possibilitação da transmissão. Em decorrência, passa a primeiro plano o efeito obrigacional da relação jurídica, que estava *eclipsado*, mas não ausente, como já visto⁹⁰.

condição suspensiva, a verificação do cumprimento da contraprestação na venda com reserve de domínio.

⁸⁹ Quando o acontecimento ou fato que completa o efeito translativo está no campo de atuação do alienante, ou mesmo do adquirente, sua inobservância pode caracterizar inadimplemento.

⁹⁰ Neste sentido, Francesco MESSINEO, aduzindo que, nestas hipótese, “el contrato, perfecto como contrato obligatorio, es imperfecto como contrato con efectos reales” (*Dottrina Generale del Contratto*, Tomo I, 3ª ed., 1948, trad. arg. de R.O. Fontanarrosa – S. Sentís Melendo – M. Volterra, *Doctrina general del Contrato*, Tomo II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, p. 150). Vincenzo ROPPO tem posicionamento em certos pontos conflitantes ao ora expressado, eis que considera que as hipóteses aventadas – que retiram o efeito translativo imediato da avença – não fazem com que o contrato deixe de ser contrato com efeitos reais: “Nell’uno e nell’altro caso, dal contratto sorge a carico dell’alienante un’obbligazione che non avrebbe ragione di sorgere se il contratto avesse effetto traslativo immediate: quella di fare acquistare all’avente causa la cosa o il diretto (cfr. art. 1476). Il contratto non cessa per questo di essere contratto a effetti reali (sotto questo profilo, è fuorviante la formula ‘vendita con effetti obbligatori’, che abitualmente designa le principali fra queste fattispecie). In fatti il programma contrattuale è pur sempre la produzione di effetti reali. Semplicemente, questi non sono conseguenza immediate e automatica del contratto, bensì sono mediate da un’obbligazione strumentale a essi: l’obbligazione di produrli, o meglio di *creare* (o *non ostacolare*) le condizioni della loro produzione” (ROPPO.....pp. 517-18). Esse entendimento parece não ser consentâneo com os arts. 1.376 e 1.476, 2, do Código Civil italiano, filiando-se à perspectiva do contrato com efeito real dissociada do efeito direto e imediato (força translativa e constitutiva do consenso). Como visto, não parece ser esse o melhor entendimento do *contrato com efeitos reais* nos ordenamentos italiano e português. Sem o *efeito direto e imediato* (translativo ou constitutivo) derivado da tão-só conclusão/formação do contrato, não há que se falar em contrato com efeitos reais, mas, se for assim, em contrato dirigido a atuar no plano dos direitos reais mediante um acontecimento posterior (execução do contrato). Em síntese, contrato com efeitos reais pressupõe atuação no plano dos direitos reais de forma direta e imediata à formação do contrato. Se assim não for, o contrato será obrigacional (contrato de efeitos *exclusivamente* obrigacionais), ainda que em um segundo momento (o da execução) atue no plano dos direitos reais.

2. OS PROCESSOS DA CIRCULAÇÃO JURÍDICA

2.1 A *circulação econômica* como noção de base – aspectos da economia de mercado

Não é possível a análise dogmática de certo *locus* da fenomenologia jurídica – nem a identificação, construção ou organização de bases teóricas desses fenômenos – sem que se parta de premissas fáticas ou, em melhores termos, da problemática extraída da vida social. Obviamente, não se trata de divisar no Direito uma ciência dos fatos (ciência natural), mas uma ciência que se deita sobre os fatos sociais e a eles serve como avançada técnica de soluções⁹¹⁻⁹².

A teoria da circulação jurídica desenvolve-se sobre o fenômeno da circulação *econômica*⁹³.

A *circulação econômica* consiste no *deslocamento* de riquezas entre os atores econômicos, com o fito de atender às mais diversas necessidades que surgem para os agentes de mercado e para as pessoas em geral. Fala-se em deslocamento de bens no gozo ou

⁹¹ Na lição de Evguiéni PACHUKANIS: “Uma teoria geral do direito que não pretende explicar nada, que, de antemão, recusa a realidade factual, ou seja, a vida social, e lida com as normas, não se interessando nem por sua origem (uma questão metajurídica!) nem pela ligação que estabelecem com certos materiais de interesse, só pode, evidentemente, pretender o título de teoria no mesmo sentido usado, por exemplo, para se referir à teoria do jogo de xadrez. Tal teoria não tem nada a ver com ciência. Ela não se ocupa de examinar o direito, a forma jurídica como uma forma histórica, pois, em geral, não tem a intenção de pesquisar o que está acontecendo” (*Teoria geral do direito e marxismo* – traduzido diretamente do original em russo, ed. de 1980 [1ª ed., 1929] cujo título original consta em alfabeto cirílico – trad. bras. de Paulo Vaz de Almeida, São Paulo, Boitempo, 2017, p. 71).

⁹² Cf. tb. Cessare Massimo BIANCA, *Diritto civile, vol. 3: il contratto*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2013, pp. 29-30.

⁹³ Por oportuno, pontua Mario Júlio de ALMEIDA COSTA que “O direito e a economia constituem, assim, dois ângulos de encarar a mesma realidade, duas disciplinas complementares, não obstante as peculiaridades do escopo e da técnica de cada uma delas. Tanto a ciência econômica como a ciência jurídica têm por objecto comportamentos humanos e relações sociais: a economia preocupando-se como o fenômenos econômicos em si mesmos, aponta para a solução que conduza ao máximo de utilidade; a ciência jurídica, contemplando esses fenômenos econômicos através dos direitos e obrigações que o seu desenvolvimento implica, procura a solução mais justa. De um equilibrado entrelace de ambas as perspectivas é que há de resultar em cada caso a disciplina conveniente aos interesses individuais e coletivos. As duas técnicas apontadas nunca devem, portanto, desconhecer-se” (*Direito das obrigações*, 11ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 140).

utilização de um sujeito para o gozo ou utilização de outro⁹⁴. Por detrás dessa primeira abordagem, por demais óbvia, posta-se uma especial função da circulação econômica nas economias de mercado capitalista: a circulação de riquezas (valores econômicos) como forma de *gerar* mais riquezas ou valores econômicos. Tais riquezas são bens *materiais* ou *imateriais* com significado econômico ou valoração pecuniária (i.e., que se expressam ou podem se expressar em dinheiro)⁹⁵. Um passo antes, são *utilidades intercambiáveis*.

O deslocamento de bens de uma pessoa (física ou jurídica) a outra implica em satisfação de necessidades econômicas. No sistema capitalista, em que os esquemas de troca são mais aperfeiçoados, implica na utilização dos valores econômicos em uma cadeia dinâmica, propensa a multiplicar as riquezas, ainda que não comutativamente, entre seus participantes (processos que conjugam *valor de uso* com *valor de troca*).

A monetização das transações, centralizando os esquemas de troca e intercâmbio de bens desde a Baixa Idade Média, passando por inúmeros aperfeiçoamentos e associado à contínua estruturação do sistema bancário, determinou o fenômeno da *capitalização líquida dos patrimônios*, aumentando exponencialmente a velocidade das transações⁹⁶. As primeiras revoluções tecnológicas – revoluções industriais – determinaram a massificação das operações de troca (com a estruturação e seguidas expansões do “mercado consumidor”) e o fenômeno da concentração de capitais, predeterminados em ciclos de investimentos⁹⁷. Tais

⁹⁴ Cf. Francesco CARNELUTTI, *Teoria generale della circolazione*, Padova, CEDAM, 1934, p. 10.

⁹⁵ A geração de novas riquezas pelo tão só fenômeno da circulação tem, por óbvio, várias perspectivas, cuja análise mais acurada pertence ao âmbito das ciências econômicas. Porém, pode-se, em um elenco desprezioso e só ilustrativo, mencionar 1) diminuição dos custos de transação pela técnica de pagamentos e liquidações de dívidas pelo giro de títulos de crédito e pela cessão de direitos pessoais, pelas câmaras de compensação de títulos e créditos, pela diminuição ou eliminação dos custos advindos de novas e recorrentes contratações; 2) pela atividade especulativa das transmissões onerosas de créditos ou de títulos, gerando perspectivas de lucros para determinados agentes; 3) a dinamização dos mecanismos de garantia; 4) a facilitação de negócios que envolvem transferência de massas de bens, direitos e contratos.

⁹⁶ Francesco CARNELUTTI identifica os principais meios econômicos da circulação nos atos de mercancia (capitaneados pelos agentes econômicos, subjetivados nos comerciantes, banqueiros, seguradores, intermediadores etc) e na moeda, cuja função essencialíssima é a de reduzir os bens a um denominador comum, implementando e facilitando os processos de troca e de acumulação de riquezas (*Teoria generale della circolazione*, Padova, CEDAM, 1934, pp. 8-9).

⁹⁷ Por óbvio, nesse brevíssimo escorço não se cuida dos diversos percalços e contestações – também políticos, a par das difíceis estruturações das modelagens econômicas – enfrentados no desenvolvimento das economias de mercado. Para os fins deste tópico basta dizer que não se tratou de desenvolvimentos lineares, mesmo quando se analisam as estruturações em um determinado

ciclos de investimentos desenvolvedores da indústria e do comércio ganharam novo impulso com as *sociedade por ações*, sofisticando os mecanismos de captação e direcionamento de capitais para o estabelecimento da grande indústria e das formações corporativas⁹⁸.

A par da monetização, o desenvolvimento das economias de mercado determinou uma readequação no quadro das riquezas⁹⁹, que gradativamente perdem seu sentido enquanto propriedade estática (acumulação de bens, que raramente são alienados e que caracterizam-se primacialmente por um poder de reivindicação) para consagrarem-se como um especial significado econômico surgido das relações de trocas (dinamização da propriedade dos bens e reestruturação da transmissibilidade de direitos ou posições jurídicas pessoais/obrigacionais, em que a riqueza é criada pelas operações de disposição/alienação, centradas no crédito, dentro de lógicas de lucros-oportunidades)^{100 101}.

país ou região mais ou menos restrita. As crises endógenas ao sistema político-econômico que se impunha nos séculos XVIII e XIX foram tão numerosas quanto os mecanismos que se desenvolviam em meio às ruínas anteriores.

⁹⁸ Cf., nesse sentido, Geroges RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1946, trad. bras. de Gilda G. de Azevedo, *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947, pp. 29-30.

⁹⁹ Em Evguiéni PACHUKANIS: “Apenas as relações da economia mercantil-capitalista constituem, pela primeira vez, o objeto da economia política como disciplina teórica particular que se vale dos próprios conceitos específicos. A economia política começa com a *mercadoria*, com o momento em que produtos são trocados por outros, quer por indivíduos, quer por comunidades naturais”. Ainda: “O direito como forma é imperceptível fora de suas definições imediatas. Ele não existe senão em opostos: direito objetivo e direito subjetivo, direito público e direito privado etc. Contudo, essas diferenciações encontram-se atadas mecanicamente à fórmula principal, se esta estiver organizada de modo a abarcar todas as épocas e todos os estágios do desenvolvimento social, incluindo aqueles que não conheceram em absoluto as oposições supracitadas. Só a sociedade burguesa capitalista cria todas as condições necessárias para que o momento jurídico alcance plena determinação nas relações sociais” (*Teoria geral do direito e marxismo* – traduzido diretamente do original em russo, ed. de 1980 [1ª ed., 1929] cujo título original consta em alfabeto cirílico – trad. bras. de Paulo Vaz de Almeida, São Paulo, Boitempo, 2017, p. 75).

¹⁰⁰ Cf. Rodrigo Xavier LEONARDO (*A cessão de créditos: reflexes sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, 42, 2005, p. 134), apontando o fenômeno da transmissibilidade das obrigações como autêntico mecanismo de geração de riquezas.

¹⁰¹ Nesse sentido, interessantes apontamentos de Georges RIPERT, trazidos ainda na década de 1940: “O homem moderno reduz seu direito de propriedade às coisas de que tem o uso presente: o apartamento em que mora, os móveis que guarnecem o apartamento, o automóvel que lhe permite a viagem fácil. Pouco se ocupa da exploração dos bens: alugar ou arrendar criam a preocupação de discutir e renovar contratos e deixam a despesa dos grandes reparos. Prefere créditos de que receberá os juros. E talvez por isto que outrora a condenação da usura era aplicada: impelia os homens a explorar eles próprios seus bens (...) Hoje, os homens investem seus capitais em aquisições de valores móveis e não têm mais nenhum trabalho [relacionado à manutenção dos imóveis] a realizar. O capitalista não é mais um explorador, mas um gozador de rendas (*Aspects*

O crédito é um *valor econômico* na medida em que representa uma expectativa – razoavelmente segura – de realização de um comportamento pelo devedor¹⁰², que implica em uma posição de vantagem (econômica ou patrimonial) para quem ostente a posição de titular desse mesmo crédito¹⁰³. Essa posição de vantagem é tanto presente quanto futura.

Quando o crédito se realizar pelo cumprimento a cargo do devedor, a posição de vantagem se aprimorará e se completará no patrimônio do credor. Mas, como ressaltado, já existe enquanto valor patrimonial antes mesmo do seu cumprimento¹⁰⁴.

Sendo assim, tal posição de vantagem, consubstanciada no crédito, pode ser transferida ao patrimônio de outrem. Pode circular, por ter valor de troca. À operação econômica que propicia a circulação do crédito dá-se o nome de *cessão*, identificada como uma das quatro formas fundamentais de circulação econômica¹⁰⁵.

juridiques du capitalisme moderne, 1946, trad. bras. de Gilda G. de Azevedo, *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, pp. 154-55).

¹⁰² Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 288.

¹⁰³ Portanto, o crédito em si – e aqui não estamos utilizando crédito em sentido estritamente técnico-jurídico – não é uma coisa ou bem material, (que tem valor ínsito em sua corporalidade) mas uma *posição realizável*, que trará ou propiciará a satisfação/relação de algum interesse do credor. Esse interesse não necessita ter, propriamente, valor econômico. Mas o comportamento alheio que o realizará é aferível economicamente (suscetível de valoração pecuniária).

¹⁰⁴ “Só fazem parte do património as relações jurídicas susceptíveis de avaliação pecuniária; esta pecuniaridade pode resultar do valor de troca do direito, por este ser alienável mediante uma contraprestação, ou do valor de uso, traduzido em o direito, não sendo embora permutável, proporcionar o gozo de um bem, material ou ideal, que só se obtém mediante uma despesa” (Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Teoria geral da relação jurídica*, Coimbra:Coimbra editora, 1976, p. 233).

¹⁰⁵ Cf. Francesco CARNELUTTI, *Teoria generale della circolazione*, Padova, CEDAM, 1934, pp. 7-8. Segundo o referido autor, as outras formas fundamentais de circulação são a *associação*, o *intercâmbio* (“scambio”) e o *crédito*, todos em sentido mais propriamente econômico. Quanto à *cessão*, aduz o referido autor, no local acima indicado: “Questa è una forma de circolazione, la quale risponde non tanto ad una economia più progredita quanto ad uno stadio assai sviluppato della sua tutela giuridica. Il nome che si dà al contratto, mediante il quale questa forma si attua, è quello di *cessione*; con questo nome ritengo che possa essere designato anche il fenomeno economico, che ne costituisce il substrato”.

O crescimento – e aperfeiçoamento – dos mecanismos de formação e escrituração de créditos, assim como dos mecanismos de intercâmbio/trocas das posições de vantagem creditícia, incrementaram o mercado de créditos.

De tão presente, a importância da *circulação dos créditos* em uma economia evoluída não necessita sequer ser ressaltada. A frequência com que os pagamentos são cumpridos por meio da transferência de títulos de crédito, por mecanismos cambiais e por negócios de cessão¹⁰⁶, que propiciam também um enorme número de operações de compensação, evitando-se o dispendioso tráfego de pecúnia (papel moeda) e/ou de transferências interbancárias. As negociações em bolsas de valores e de futuros, os mercados de *commodities* e de insumos e grande parte das que compõem o giro do mercado imobiliário são operacionalizadas ou dinamizadas por negócios de cessão de posições jurídicas (de crédito ou de posições contratuais integrais).

2.2 A circulação na perspectiva jurídica

Os meios de circulação econômica não são concebíveis sem a tutela do direito. Os fenômenos de circulação econômica (associação, trocas/intercâmbio, operações de crédito) necessitam das *formas jurídicas* da associação, da compra e venda e permuta, do mútuo feneratício (etc.) para se tornarem seguramente operativos¹⁰⁷.

Os fenômenos da circulação econômica e jurídica encontram seu instrumento primordial no negócio jurídico; e seu fundamento na autonomia privada¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cf. Pietro TRIMARCHI, *Instituzioni di diritto privato*, 10ª ed., Milano: Giuffrè, 1995, p. 437.

¹⁰⁷ Cf. Francesco CARNELUTTI, *Teoria generale della circolazione*, Padova, CEDAM, 1934, pp. 9-10. O mesmo autor assinala que o fenômeno econômico da cessão necessita da regulação jurídica para que possa ter existência no plano fenomenológico.

¹⁰⁸ O negócio jurídico é por excelência, o ato de autonomia privada, e nela encontra seu substrato. Respeitam à essência da autorregulamentação e da autodeterminação dos interesses particulares dirigidos a fins abrangidos e tutelados pelo Direito, que os dota de eficácia. O negócio jurídico é o instrumento que o ordenamento jurídico oferece aos particulares para que disciplinem seus interesses e travem relações com o objetivo de compô-los (cf. Orlando GOMES, *Transformações gerais do direito das obrigações*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 67-68).

Desnudos dessas vestes jurídicas, os fenômenos de circulação carecem de segurança – segurança jurídica – representada pela garantia institucional de mecanismos coativos de cumprimento, satisfação e garantia do uso/fruição, colocados pelo Estado por meio da ordem jurídica.

Pode-se dizer, mesmo, que sem a segurança jurídica o tráfego econômico existiria apenas em grau primitivo, para satisfazer tão só a necessidades rudimentares.

Ao se afirmar que não existe circulação de bens fora do direito, quer-se dizer que só merecem reconhecimento ou tutela jurídica as transferências de riquezas que se operem segundo o direito¹⁰⁹.

O tráfego *jurídico* abrange, essencialmente, a circulação de posições jurídicas subjetivas *patrimoniais*, sejam obrigacionais, sejam reais^{110 - 111}. Consubstancia-se, essencialmente, na *transmissão* de tais posições de uma esfera jurídica a outra (ou, em sentido mais preciso, de um patrimônio a outro); propriamente, refere-se às transferências *negociais*¹¹² que, no *aspecto subjetivo*, implicam na alteração de titularidade em caráter de

¹⁰⁹ Na lição de Francesco CARNELUTTI: “Si può distinguere così una circolazione dei beni *secondo il diritto* da una circolazione *contro il diritto*; la antitesi tra quaesti due tipi si assapora contrapponendo la compera al furto. È chiaro che se la teoria giuridica della circolazione concerne lo studio dei mezzi impiegati dal diritto per attuarla, rimane compresa nel suo ambito soltanto la circolazione *secondo il diritto*” (*Teoria giuridica della circolazione*, Padova, CEDAM, 1934, pp. 10-11).

¹¹⁰ Em apuro terminológico, Rafael D. F. VANZELLA refere-se à transmissão contratual das *posições jurídicas subjetiva patrimoniais disponíveis*. Refere-se também ao contrato de disposição como o tipo contratual cujo objeto consiste na transmissão de posições jurídicas subjetivas patrimoniais disponíveis, operacionalizando o fenômeno de perda, total ou parcial de uma posição jurídica subjetiva patrimonial disponível, obrigacional ou real, pelo antigo titular e a correlata aquisição, correspondentemente total ou parcial da *mesma* posição pelo *novo* titular (*O contrato e os direitos reais*, São Paulo: RT, 2012, pp. 22-23).

¹¹¹ Propriamente, a noção de tráfego jurídico diz respeito somente à circulação de direitos subjetivos patrimoniais (mais propriamente, *posições jurídicas subjetivas patrimoniais*), ou seja, que têm por objeto bens com significado econômico, avaliáveis e conversíveis em dinheiro e que não estejam, de qualquer forma, fora do comércio jurídico.

¹¹² Embora o fenômeno da circulação jurídica faça-se presente tanto na seara do direito privado como na do direito público – e, dentro daquela, inclua os casos de intervenção estatal na regulação dos interesse privados, determinando casos de circulação ou transferência forçada –, sua noção é mais ampla que a de tráfego jurídico que, propriamente, abrange somente a circulação por meios ligados à iniciativa privada (transferências voluntárias ou livres). Impropriamente, ou em um sentido muito amplo, o tráfego jurídico pode ter-se como abrangente da sucessão *causa mortis* e as transmissões entre vivos de universalidades. Quanto a estas últimas, pairam dissensos doutrinários.

*permanência ou de definitividade*¹¹³ – a título gratuito ou a título oneroso. No *aspecto objetivo* (que põe relevo na relação ou situação jurídica), o tráfego ou circulação¹¹⁴ refere-se a operações que promovem uma modificação na relação jurídica preexistente (operada em um dos polos da relação pela substituição da parte por um outro sujeito de direito). O que, em ambos esses aspectos, significa *alienação* das posições jurídicas subjetivas patrimoniais.

Em um sentido mais abrangente – que podemos chamar de “lato sensu” – o tráfego jurídico implica também a alteração de titularidade de dada posição jurídica *em caráter temporário*, ou seja, sem o significado próprio de alienação¹¹⁵.

Trancorrido certo lapso de tempo, o bem (*rectius*: a posição jurídica em que há um bem patrimonial como objeto) volta para o patrimônio de quem concedeu o seu uso e fruição a outrem.

Dessa forma, nesse sentido lato, o tráfego jurídico abarca a constituição de direitos reais parcelares – frequentemente denominados direitos reais limitados ou sobre coisa alheia – que são marcados pelo caráter da limitação temporal de sua duração¹¹⁶.

Cf. Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 11ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 811.

¹¹³ Nesse passo, e em sentido apriorístico apenas, a circulação jurídica tem sua figuração na *intercambialidade de posições jurídicas*, cujo aspecto eficaz mais proeminente é o da alteração de titularidades.

¹¹⁴ Ainda dentro do recorrente esforço de precisão conceitual, o tráfego (ou tráfico) jurídico pode ser tido como o fenômeno da circulação de posições jurídicas subjetivas patrimoniais (reais ou obrigacionais) de uma esfera jurídica a outra, por efeito de negócios jurídicos. O termo circulação pode – e geralmente é – mais amplo.

¹¹⁵ Francesco CARNELUTTI, ainda em uma análise mais econômica que jurídica, identifica nos deslocamentos definitivos um fenômeno de circulação *mais intenso* que os deslocamentos temporários, assim como os deslocamentos bilaterais (mediante correspectivo) frente aos unilaterais (*Teoria giuridica della circolazione*, Padova: CEDAM, 1934, pp. 5-6).

¹¹⁶ A denominação de *contratos reais parcelares* acaba por ressaltar o fenômeno de desmembramento de poderes ou posições jurídicas elementares da propriedade (enquanto direito real pleno), que subsistiria na posição jurídica do titular, no mais das vezes, desprovida de suas utilidades normais (daí a recorrente referência a nua propriedade). Em direitos reais parcelares mais amplos, como o usufruto e a superfície, o conteúdo do direito de propriedade que remanesceria na titularidade do *dominus* seria mínimo (esvaziamento temporário das faculdades/poderes inerentes à propriedade), circunscrevendo-se a uma expectativa de consolidação futura no direito de propriedade das posições jurídicas subjetivas reais destacadas (que voltaria a sua plenitude jurídica e econômica) e no poder de disposição também limitado pelo esvaziamento contencioso. Com a devida contextualização histórica dos conceitos jurídicos, este esvaziamento de utilidades que,

Abarca ainda (no sentido lato) o chamdo *domínio sobre coisas*, expresso na transmissão da posse em uma relação jurídica obrigacional, também marcada pela temporalidade de sua duração¹¹⁷.

De todo modo, vê-se que, em termos técnicos, o tráfego jurídico não implica propriamente a transferência de *coisas* ou de *bens*, que são objetos dos direitos subjetivos (e das relações jurídicas¹¹⁸). Não se confundem as noções de *tráfego jurídico* e de *tráfego econômico*, embora geralmente coincidam enquanto realidade social. São domínios técnicos distintos¹¹⁹.

atualmente, constiuem-se como posições jurídicas derivadas no patrimônio de outrem tinha uma perspectiva de *duplo domínio* na concepção feudal (“dominium directum” e “dominium utile”), superada pelo *sistema das pandectas da ciência alemã do direito comum*, que construiu um conceito jurídico (abstrato) de propriedade pautado em termos de *totalidade* ou *síntese* e, por outro lado, conferindo-lhe função de organização do *status* de atribuição dos bens, por meio da regulação dos direitos reais limitados (cf. Rafael D. F. VANZELLA, *O contrato e os direito reais*, São Paulo: RT, 2012, pp. 134-47).

¹¹⁷ Karl LARENZ distingue os direitos reais ou sobre coisas dos *direitos de domínio sobre coisas*. Estes últimos constituem categoria mais ampla e são direitos pessoais: “Entre los derechos de dominio sobre cosas han de contarse asimismo los derechos de posesión y de uso del inquilino, del colono y del comodatário, basados en una relación obligacional, si bien no son ‘derechos sobre cosas’ a tenor del Código civil. No se les considera como tales, pues no se pueden hacer prevalecer frente a todos, como los derechos sobre cosas propiamente tales, sino solamente frente a quien se ha vinculado mediante el contrato obligacional. Son ‘derechos de dominio relativos’ (*Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3ª ed., 1975, trad. esp. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, *Derecho civil – Parte general*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 277-78). Sobre isso, cf. ainda Dieter MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, ed. esp. por Ángel Martínez Sarión, Barcelona: Bosch, 1995, pp. 7-8. De igual modo, Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, denominando tal fenômeno de *direitos pessoais de gozo* (*Contratos*, vol. IV: *funções, circunstâncias, interpretação*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 73-74), mesma denominação adotada por Cesare Massimo BIANCA, referindo-se ao art. 1.380 do “Codice Civile” (*Diritto civile*, vol. IV, *l’obbligazione*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 33) Pela abordagem do fenômeno sob o ângulo do exercício do direito, cf. Andreas VON TUHR, *Der allgemeine teil des deutschen bürgerlichen rechts*, trad. arg. Tito Ravá, *Derceho, teoria general del derecho civil alemán*, vol. III, tomo II, Buenos Aires: De Palma, 1948, pp. 246-247.

¹¹⁸ O objeto da relação jurídica é tema controvertido. Normalmente, é identificado com o objeto do direito subjetivo, que constitui o lado ativo da relação jurídica. Esse objeto é todo o “quid”, *ente, bem* sobre os quais podem recair direitos subjetivos (cf. Carlos Alabero da MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1976, pp. 215-216).

¹¹⁹ Cf. Orlando GOMES, *Obrigações*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 202; Mario Júlio de ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 11ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, pp. 134-135.

A maior parte dos direitos subjetivos patrimoniais pode ser transferida do titular originário a outrem. A transmissibilidade é, mesmo, um atributo dos direitos patrimoniais, sendo, portanto, regra para essa classe de direitos.

A ampla possibilidade de transmissão das posições jurídicas subjetivas obrigacionais – direito de crédito, débitos, íntegras posições contratuais – é conquista da dogmática moderna, fruto de longo, laborioso e inconstante processo de lapidações conceituais. A dificuldade de se elaborar uma concepção objetiva¹²⁰ das posições jurídicas obrigacionais (direitos de crédito, posições de débito etc.) tem fortes matizes históricos, já que o direito romano clássico tinha o vínculo obrigacional como personalíssimo, independentemente da natureza do objeto em que recaía e de alguma específica função a que adstrito. Apesar de estribada em construção jurídica rudimentar (até mesmo mística), tal concepção influenciou, durante muitos séculos, as elaborações jurídicas sobre o vínculo obrigacional.

Dentro dos *direitos obrigacionais*, excetuam-se da livre transmissibilidade¹²¹ os personalíssimos, ou seja, aqueles direitos que se ligam fortemente à pessoa de seu titular, dentro do contexto da relação jurídica obrigacional de que tal direito é elemento, de forma que a atividade devida (prestação) não pode ser exercida por outra pessoa, porque desnaturaria o significado concreto da prestação e agrediria o interesse do titular ou mesmo o da contraparte¹²².

São consideradas ainda como obrigações personalíssimas (também denominadas como créditos estritamente pessoais) aquelas que se constituem como direitos fundamentais, ou seja, direitos ou posições jurídicas subjetivas tutelares dos interesses essenciais da pessoa

¹²⁰ No sentido de desvinculável da parte original, sem que se perca a individualidade e a identidade do vínculo enquanto estrutura de direitos e obrigações.

¹²¹ Fenômeno também denominado por parte da doutrina como *inaccessibilidade* (cf. Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXIII, 2ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, pp. 275-276.

¹²² Cf. João de Matos ANTUNES VARELA (*Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 305; Também, cf. Andreas VON TUHR, *Derecho civil, teoría general del derecho civil alemán*, vol. I, tomo I, trad. arg. de Tito Ravá, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 223-224.

humana e, ainda, aquelas direcionadas a satisfazer um interesse físico ou moral da pessoa, com especial relevância da pessoa do credor ¹²³.

A natureza personalíssima de determinados créditos pode decorrer de qualificação. Quando assim for, a impossibilidade da cessão encontra fundamento direto na específica proibição legal. Outras vezes, o caráter personalíssimo do crédito se extrai da natureza do vínculo obrigacional, a ser analisada e dimensionada no caso concreto ¹²⁴.

Quanto a esse ponto, conecta-se a noção de inerência de determinados direitos subjetivos à pessoa de seu titular, traduzindo-se em incedibilidade. Tal noção de inerência é tratada no item 2.3.1, abaixo.

De forma mais geral, são considerados incessíveis também os créditos impenhoráveis ¹²⁵, desde que, em concreto, se verifique que a impenhorabilidade funcionaliza-se também como inalienabilidade.

Outros impedimentos à transmissibilidade dos direitos subjetivos podem existir, não ligados à natureza do direito. É o caso do “pactum de non cedendo”, cláusula especial

¹²³ Cf. Cesare Massimo BIANCA, *Diritto civile, vol. IV: L'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 2001 (ristampa aggiornata), pp. 30-31 e 573-574; Este mesmo autor explicita, ainda, que os direitos fundamentais, tidos também como personalíssimos, são divididos em direitos respeitantes à pessoa e em direitos de solidariedade. Os direitos de solidariedade podem eventualmente traduzir-se em pretensões de conteúdo econômico (suscetíveis de avaliação econômica) perante sujeitos determinados, ou seja, traduzem-se como direitos de crédito. Tais créditos terão *conteúdo* econômico ou patrimonial, mas *caráter* não patrimonial (op. cit., pp. 31-32). Sobre esse ponto, cf. também (Vic)Enzo ROPPO (*Il Contratto*, 1977, trad. port. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988 pp. 14-15), que admite a existência de obrigações *suscetíveis de avaliação econômica*, ainda que expressem ou se dirijam para interesses não patrimoniais do credor.

¹²⁴ O art. 577º, 1, do Código Civil português adota tal solução: “o credor pode ceder a terceiro uma parte ou a totalidade do crédito, independentemente do consentimento do devedor, contanto que a cessão não seja interdita por determinação da lei ou convenção das partes e o crédito não esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor”.

¹²⁵ Andreas VON TUHR, *Derecho civil, teoría general del derecho civil alemán*, vol. I, tomo I, trad. arg. de Tito Ravá, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 228. Contra: João de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 306, em certa crítica à expressa solução do direito alemão. No Brasil, o art. 298 do Código Civil estabelece a inacessibilidade do crédito já penhorado.

que pode ser inserida em determinados negócios jurídicos por vontade das partes, no mais das vezes em proteção aos interesses do devedor¹²⁶.

Especificamente quanto ao crédito alimentar, interessante notar um aspecto por vezes despercebido. O crédito alimentar futuro (vincendo, expectativo) decorre de obrigação legal do alimentante para satisfazer uma especial necessidade do alimentário pressuposta pela lei (sua manutenção básica); portanto, trata-se de crédito com especial vinculação causal ditada pela lei. A transmissibilidade desses créditos alimentares ainda a vencer ocasionam deformidade causal, frustrando-se a finalidade pressuposta pela lei. E aí (também) se encontra a justificativa da proibição dessa cessão.

Quanto aos créditos alimentares vencidos *há certo tempo*, parecem entrar no campo da disponibilidade do alimentário, já que o pressuposto legal de manutenção e sobrevivência parece ter sido superado, retirando ou atenuando sua especial tutela. Mas tudo a depender de análise das circunstâncias “in concreto”.

Já se enunciou que o crédito (posição jurídica subjetiva ativa complexa crédito) é um valor econômico (item 2.1, acima). O crédito se qualifica como um direito patrimonial em razão do seu conteúdo. A prestação que constitui seu objeto deve ser suscetível de avaliação pecuniária¹²⁷. E o valor econômico do direito de crédito em si (posição jurídica subjetiva ativa) advém, em larga medida, da expectativa – razoavelmente segura – de realização de um comportamento pelo devedor, que implica em uma posição de vantagem

¹²⁶ Cf. Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, *Tratado direito privado*, t. XXIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, pp. 279-282. Consigna este mesmo autor que a eliminação da cedibilidade do crédito pode ser estabelecida por acordo específico entre devedor e credor (cláusula de *non cedendo*) antes ou após a constituição do crédito; pode referir-se a crédito presente ou futuro, ou, também, condicional; pode ser pactuada incedibilidade restrita quanto ao conteúdo e/ou quanto ao tempo – assim, a incedibilidade restrita a determinada pessoa ou determinadas pessoas; ou que perdure por apenas um lapso certo de tempo (v.g., um ano, dez meses, até o fim da estação do ano etc.). Cf. também, VON TUHR, *Derecho civil, teoría general del derecho civil alemán*, vol. I, t. I, trad.: Tito Ravá, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 227.

¹²⁷ Cesare Massimo BIANCA, *Diritto civile, vol. IV: l'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 2001 (ristampa aggiornata), pp. 30-31. Este autor, nessa referida passagem, assevera que a patrimonialidade do conteúdo (prestação, em sua objetividade) não deve ser confundida com a patrimonialidade da função do direito, ou seja, com a função do interesse juridicamente tutelado. A prestação pode ter caráter econômico, mas estar direcionada à satisfação de necessidades ligadas à personalidade do credor, como os créditos de prestações artísticas ou didáticas, que simplesmente atenderão a um anseio espiritual do credor.

(econômica ou patrimonial, em função do valor econômico da prestação) para quem ostente a posição de titular desse mesmo crédito.

Nesse sentido, a posição jurídica global, inserta num dos pólos da relação contratual, também possui valor econômico e predisposição a circular¹²⁸; pode ser objeto de poder de disposição¹²⁹.

Tais noções preliminares de circulação ou de tráfego jurídico imbricam-se essencialmente no entendimento jurídico de *contrato* em perspectiva *teleológica*¹³⁰. Assim, o contrato coloca-se como a *veste jurídica da circulação de bens (posições jurídicas subjetivas) patrimoniais*¹³¹, o mecanismo técnico-jurídico que operacionaliza a transmissão de posições jurídicas subjetivas de sentido econômico, da esfera (patrimônio) de um sujeito para outro.

Portanto, ao se concluir um contrato, instrumentaliza-se juridicamente uma operação jurídica reconhecida e tutelada pelo direito. E a realização dessa operação no

¹²⁸ Nesse sentido, cf. Marcello ANDREOLI, *La cessione del contratto*, 1951, trad. esp. De Francisco Javier Osset, *La cesión del contrato*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, pp. 3-4.

¹²⁹ Luís Renato Ferreira da SILVA afirma: “percebe-se que o contrato, em si mesmo, é uma riqueza que integra um patrimônio e que, pode ser, ele próprio, objeto de circulação. Ou seja, um contrato pode ser objeto de outro” (*Cessão de posição contratual*, in Teoria geral dos contratos – Renan LOTUFO e Giovanni Ettore NANNI (coords.) – São Paulo: Atlas, 2011, p. 395). Essa afirmação requer explicação a mais para não gerar confusões. O contrato, enquanto ato jurídico consensual, não circula e nem pode ser objeto de outros contratos. Deve-se tomar a palavra contrato, no excerto ora transcrito, como posição jurídica subjetiva contratual, que se insere na estrutura da relação jurídica contratual criada pelo contrato (enquanto ato jurídico).

¹³⁰ Em certa contraposição à perspectiva estrutural do contrato, que ora o tem pelo seu *conteúdo* – conjunto das disposições resultantes da autorregulamentação dos interesses das partes – ora como o *acordo de vontades* que dá supedâneo à relação jurídica contratual.

¹³¹ Na conhecida lição de (Vic)Enzo ROPPO: “O contrato-conceito jurídico e o direito dos contratos são instrumentais da operação jurídica, constituem a sua veste formal, e não seriam pensáveis abstraindo dela; (...) Muito simplesmente, pode dizer-se que existe operação econômica – e portanto possível material de contrato – onde existe circulação de riqueza, actual 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’ susceptíveis de avaliação econômica, ainda que não sejam ‘coisas’ em sentido próprio: nestes termos, até a promessa de fazer ou de não fazer qualquer coisa em benefício de alguém representa, para o promissário, uma riqueza verdadeira e própria [...])(*Il Contratto*, 1977, trad. port. De Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 10 e 13). Cf., também, Luís Renato Ferreira da SILVA. *Cessão de posição contratual*, in Teoria Geral dos Contratos, Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni [coords.], São Paulo, Atlas, 2011, pp. 395-408.

plano legal dá-se pela produção de específicos *efeitos jurídicos* pelo contrato, efeitos estes que representam a formalização jurídica daquelas *transferências de riqueza* que constituem a substância da circulação econômica¹³².

2.3 Efeitos contratuais e circulação – efeitos em perspectiva estrutural e em perspectiva funcional

Basicamente, os efeitos contratuais identificam-se na modificação de uma situação de direito decorrent da incidência do conteúdo total do contrato¹³³, jungido ao processo hermenêutico¹³⁴.

Os efeitos contratuais podem ser estruturais ou funcionais. São perspectivas de análise.

¹³² Cf. (Vic)Enzo ROPPO, *Il contratto*, 1977, trad. de Ana Coimbra e M. januário C. Gomes, *O contrato*, Coimbra: Almedina, 1988, p. 211. O mesmo autor traça a estreita correlação entre a noção econômica de transferência econômica e os efeitos contratuais que formalizam os fenômenos que a ela se referem. A cada forma particular de transferência de riqueza – que, em si, é um termo muito impreciso e genérico – instrumentalizada pelo contrato, corresponde um determinado efeito contratual: “Assim, se a operação econômica que se persegue é do género ‘troca de coisa contra preço’, os efeitos do contrato destinado a realizá-la (compra e venda) consistirão no nascimento de um direito de crédito a uma soma de dinheiro do vendedor em relação ao comprador, e na transferência do direito de propriedade do vendedor para o comprador” (ibdem, pp. 211-12).

¹³³ Por conteúdo total do contrato entenda-se o resultante da direta vontade das partes somado ao processo integrativo, que pode complementar ou mesmo modificar o conteúdo (cf. Cesare Massimo BIANCA, *Diritto civile, vol. 3: il contratto*, Milano: Giuffrè, 2013, p. 523).

¹³⁴ É de certa forma disseminado na doutrina civilista que o conteúdo do contrato resulta da (ou somente se estabelece plenamente pela) sua interpretação; em síntese inversa, afirma-se que o processo hermenêutico no negócio jurídico tem por objetivo determinar o seu conteúdo. Tem-se, porém, por certo, que o conhecimento de todo o conteúdo do negócio, com a determinação de todo o seu plexo eficaz, depende, ademais do processo interpretativo, do processo de *integração* do negócio jurídico (cf. Francisco Paulo de Crescenzo MARINO, *Interpretação do negócio jurídico*, São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 48-51).

Tratadicionalmente não se separam essas perspectivas, mas trata-se de operação útil para a análise contratual^{135 - 136}.

Os efeitos contratuais em perspectiva estrutural são os que determinam a criação de estruturas relacionais (e, portanto, o conteúdo dessas relações), bem como a modificação em estruturas relacionais já existentes, ou mesmo a extinção¹³⁷⁻¹³⁸.

Assim, a criação de uma relação jurídica por dado contrato (ato jurídico contratual), contendo específicos direitos e obrigações, é um efeito contratual (em perspectiva) estrutural. Da mesma forma a modificação de uma relação jurídica já existente. Como a relação jurídica e as posições jurídicas subjetivas patrimoniais que a compõem não têm existência material, e passam a existir idealmente somente após o contrato, pode-se afirmar que a relação jurídica e as posições jurídicas surgidas são efeitos do contrato.

¹³⁵ Sobre a problemática, na construção dogmática, que envolve as tentativas de separação funcional ou de desvinculação entre conteúdo e efeitos do negócio jurídico, cf. Giovanni B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 178-82.

¹³⁶ Procurando distinguir e delinear os efeitos jurídico-negociais em dois grupos (*efeitos negociais e efeitos finais*), mas chegando a construção diversa da aqui exposta, cf. Custódio da Piedade Ubaldino MIRANDA, *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*, São Paulo: RT, 1989, pp. 74-76.

¹³⁷ Assim, Vera Helena de Mello FRANCO: “O contrato, uma vez preenchidos todos os seus requisitos essenciais (pressupostos de validade inclusive) tem por efeito imediato estabelecer relações intersubjetivas entre as partes, as quais encontrarão expressão na correspondente situação jurídica criada, modificada ou extinta” (*Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*, São Pau: RT, 2011, p. 146). Em sentido próximo, Emílio BETTI: “Mas, sobretudo, no reconhecimento da autonomia privada, procede-se a uma recepção e, ao mesmo tempo, a uma correlação, mercê da qual o ser ideal da relação jurídica consequente é, logicamente, congruente (segundo a apreciação do direito positivo), precisamente com o dever ser do preceito em que consiste o negócio, como manifestação daquela autonomia na vida social. Dessa maneira, o auto-regulamento de interesses adquire relevância jurídica: o preceito da autonomia privada, sem perder esta sua natureza, transformando-se, ele próprio, em preceito jurídico, torna-se juridicamente relevante em vista das situações e das relações a que o negócio se destina a dar vida” (*Teoria geral do negócio jurídico*, tomo I, trad. port. de Fernando de Miranda (*teoria generale del negozio giuridico*), Coimbra, Coimbra Editora, 1969, pp. 303-04).

¹³⁸ Ideia positivada no art. 1321 do Código Civil italiano, pelo qual o contrato é o ato jurídico dirigido a constituir, regular (modificar) ou extinguir relações jurídicas patrimoniais.

Os efeitos contratuais em perspectiva funcional são os aferidos a partir das funções do contrato (função eficiente e função econômico social¹³⁹). Assim, o efeito obrigacional, o efeito real, o efeito translativo; o efeito acertativo.

Dos efeitos jurídicos em perspectiva funcional, no que interessa à presente dissertação, tratou-se nas seções 1.2 e 1.3, acima. Nas próximas seções, serão retomados em outra perspectiva, a das aquisições e perdas de posições jurídicas. Tal perspectiva das aquisições e perdas de posições jurídicas relaciona-se fortemente com a titularidade e a constituição do patrimônio do sujeito de direito¹⁴⁰.

Dos efeitos jurídicos em perspectiva estrutural tratar-se-á no capítulo posterior¹⁴¹, primeiro em análise geral (mas conectada aos temas da pesquisa), depois especificamente para o negócio de cessão.

2.4 Aquisição de direitos e suas modalidades

O fenômeno da transmissão das obrigações (ou de posições jurídicas subjetivas ativas, passivas, ou mistas), para ser compreendido em plenitude, demanda exposição de fenômenos mais gerais, que lhe antecedem nas explicações.

Os direitos subjetivos podem ser constituídos, modificados ou extintos como efeitos jurídicos de atividade volitiva, no mais das vezes consubstanciada em fatos

¹³⁹ *Função eficiente* (ou *causa eficiente* ou *função jurídica*) do contrato é o elemento que estabelece, em termos lógicos, a relação entre as pessoas, os objetos, as circunstâncias e a função econômico-social de dado contrato. Gera (ou tem aptidão de gerar) a correspondência do significado do conteúdo do contrato com seus *efeitos jurídicos diretos*. A função eficiente tem ligação estreita com a *função econômico-social*, sendo-lhe instrumental e complementar: estabelece os meios jurídicos para atinja a modalidade social (cf. Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos, vol. IV: funções, circunstâncias, interpretação*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 68) (cf. seção 2.6.1, abaixo).

¹⁴⁰ Cf. Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, vol. 5, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, p. 16.

¹⁴¹ Não serão objeto de análise na presente dissertação as questões conceituais da eficácia e nem o cotejo delas com as da validade, não pela pouca importância do tema, mas por sua desvinculação com o cerne da presente pesquisa.

voluntários lícitos¹⁴². Em geral, a constituição, modificação ou extinção de direitos subjetivos representa a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas¹⁴³ – e, mediante explicação a mais, de posições jurídicas.

A aquisição de direitos relaciona-se, em certos aspectos e em certa medida, com a modificação e a extinção de direitos, mas apresenta significado próprio, como um efeito particular. Desse modo, segundo lição de Manuel A. Domingues de Andrade, não há uma coincidência exata entre a aquisição e a constituição (ou nascimento) de direitos, embora figuras bastante próximas. Em verdade, a aquisição de direitos se revela uma categoria mais ampla que a constituição de direitos¹⁴⁴.

Assim, parece ser o *surgimento de titularidade de um direito* em dada esfera jurídica¹⁴⁵

¹⁴² Adota-se, nesse ponto, a doutrina de Manuel A. Domingues de ANDRADE (*Teoria geral da relação jurídica, vol. I: sujeito e objetos*, Coimbra: Almedina, 1983, pp. 3-11), que classifica os fatos de relevância jurídica em *voluntários* e *involuntários*; aqueles, em *lícitos* e *ilícitos*; os voluntários lícitos (atos jurídicos em sentido lato), em *negócios jurídicos* e *simples atos jurídicos*. Cf. tb. Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1976, pp. 245-258.

¹⁴³ Nesse sentido, Manuel A. Domingues de ANDRADE, *in verbis*: “Numa fórmula exaustiva, podemos dizer, porém, que todos aqueles efeitos se traduzem na constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, tomando este termo *relações jurídicas* na sua mais lata significação, por maneira a abranger todas e quaisquer situações da vida real a que a lei atribui qualquer espécie de relevância jurídica” (*Teoria geral da relação jurídica, vol. I: sujeito e objetos*, Coimbra: Almedina, 1983, p. 13). Ainda, as observações de Andreas VON TUHR (tradução livre nossa): “a consequência do *factum* consiste sempre em uma modificação do mundo jurídico, como por exemplo, o nascimento, modificação ou extinção de relações jurídicas, direitos subjetivos e deveres, de qualidades jurídicas das pessoas e coisas; nascimento e extinção de situações jurídicas, que são etapas prévias da produção desses efeitos. Da mesma forma que os acontecimentos do mundo externo, o mundo jurídico está sujeito ao princípio da razão suficiente. Entre *factum* e efeito jurídico existe uma relação de causalidade que não descansa na ordem natural, mas sim na vontade da lei (...)” (*Teoría general del derecho civil alemán, vol II: los hechos jurídicos*, trad. arg. De Tito Ravá [*Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*], Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 4-5).

É importante, ainda, referir a doutrina de Emilio BETTI (*Teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, 2-IV: ,Milano: Giuffrè, 1955, pp. 5-7) que constrói parâmetros de análise para o que chama de *eventos* ou *vicissitudes* (*vicende*) que afetam ou que podem afetar o desenvolvimento das relações e posições jurídicas: situações jurídicas que sobrevêm na vida da relação jurídica, determinando a modificação da situação preexistente, concernente aos sujeitos ou ao objeto.

¹⁴⁴ *Teoria geral da relação jurídica, vol. I: sujeito e objetos*, Coimbra: Almedina, 1983, pp. 14-15. como explicita este autor, a aquisição de direitos, em suas modalidades, pode ter por objeto tanto direitos que surjam *ex novo*, como direitos preexistentes, que apenas mudam de titular. No mesmo sentido, Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1976, pp. 246-47.

¹⁴⁵ Como assevera, Rafael D. F. VANZELLA, “as aquisições de direitos subjetivos patrimoniais são acréscimos de posições jurídicas subjetivas patrimoniais na esfera dos sujeitos de direito, precisamente no setor patrimonial dessa esfera, isto é, o patrimônio dos sujeitos de direito” (*O contrato e os direitos reais*, São Paulo: RT, 2012, p. 256).

o vetor que aproxima a *aquisição* e a *constituição* de direitos, já que os direitos sem titular são exceções no sistema jurídico¹⁴⁶, identificados apenas em fenômenos especiais, como o da *res nullius*.

Em doutrina, é comum e essencial a distinção entre *aquisição originária* e *aquisição derivada*. Naquela, a proximidade com a *constituição* de direitos parece ser mais eloquente, pois passa a ideia de uma *titularidade* de direito subjetivo que não existia no mundo jurídico, ou que não existia com tal e qual formatação ou conteúdo.

Mas a ideia necessita de uma explicação a mais. A *constituição* de direitos subjetivos em *sentido estrito* (que pode se expressar no surgimento de uma *titularidade* ou de um *acréscimo patrimonial*¹⁴⁷) dá-se *ex novo*, e só por ela se explica propriamente o fenômeno da *criação* ou *surgimento* de direitos subjetivos no mundo jurídico (e não tão-somente em dada esfera ou titularidade jurídica). Na *aquisição originária*, tal dado não é essencial, podendo o direito adquirido se relacionar mediatamente com um direito (ou posição jurídica) preexistente, que se extinguiu ou se modificou por força da aquisição¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Cf. Carlos Alberto da MOTA PINTO: “Toda constituição de um direito implica a sua aquisição, dado não existirem direitos sem sujeito” (*Teoria geral do direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1976, p. 246).

¹⁴⁷ Utiliza-se aqui a expressão *acréscimo patrimonial* com a intenção de ressaltar um aspecto que pode se dizer econômico, a par de jurídico. Havendo caráter patrimonial ou econômico no direito subjetivo – ou posição jurídica – constituído, verifica-se um aumento patrimonial na esfera jurídica de quem passa a titularizá-lo. Porém, é de se ressaltar que podem surgir direitos ou posições jurídicas na esfera de direitos de determinado sujeito sem que tenham direto caráter patrimonial. Então, diz-se que houve simplesmente aumento ou ingresso de posição ativa na esfera jurídica de dada pessoa. Nesse sentido mais amplo, cf. Marcel Edvar SIMÕES, *Transmissão em direito das obrigações: cessão de crédito, assunção de dívida e sub-rogação pessoal*, Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011, p. 103.

¹⁴⁸ Em sentido aproximado, cf. Manuel A. Dominges de ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica, vol. I: sujeito e objetos*, Coimbra: Almedina, 1983, pp. 14-15. Acrescente-se que, na aquisição originária, é frequente identificar-se a extinção ou limitação do direito (ou relação ou situação jurídica) anterior, alocado geralmente em titularidade de outra pessoa. No fenômeno de pura constituição de direito, o direito subjetivo surge sem implicar em eficácia extintiva ou modificativa de um direito subjetivo anterior. Pode ser que a extinção ou limitação do direito anterior não se dê por eficácia direta do fato aquisitivo, como, por exemplo, nas aquisições de coisa abandonada; mas tal extinção funciona como pressuposto de validade para a aquisição posterior, autorizando o surgimento de novo direito de propriedade. Já com relação às coisas sem dono, parece-nos que, nesse caso, há coincidência entre as noções de aquisição originária e a de constituição de direito, pois surge um direito novo no mundo jurídico, sem que se refira ou se relacione, ainda que mediatamente, com nenhum outro.

Por esse ângulo, as noções de constituição de direitos subjetivo e a de aquisição originária diferenciam-se ou são apenas *parcialmente* coincidentes.

Deveras, na aquisição originária, a aquisição jurídica¹⁴⁹ é independente da existência de outro direito, sendo, em certo sentido, primária. Isso não quer dizer que na aquisição originária não possa existir um outro direito, em geral anterior, mas apenas que o direito do adquirente não se filia ao direito do titular anterior, não dependendo dele na sua existência ou em sua extensão¹⁵⁰.

A existência – na titularidade de um outro sujeito e no encadeamento de fatos – de um direito anterior de mesmo conteúdo (natureza e conteúdo) que o direito adquirido não desnatura essa modalidade de aquisição. O dado que caracteriza a aquisição originária centra-se em um fato constitutivo próprio, que podemos tê-lo como o surgimento de novo direito subjetivo ou nova posição jurídica na esfera jurídica do adquirente, em lugar do direito anterior¹⁵¹.

Por isso, ainda que a aquisição originária do direito subjetivo importe na diminuição patrimonial de um anterior titular, e que este direito objeto da aquisição seja da mesma natureza e tenha conteúdo similar ao do preexistente, proceder-se-á à extinção deste

¹⁴⁹ A noção de aquisição jurídica difere da de aquisição econômica, embora tal diferenciação passe despercebida na análise de muitos fatos da vida de relação. Disso não se deduz que seja desnecessária. A aquisição de direitos subjetivos ou de posições jurídicas em relações anteriormente constituídas pode não ter significado econômico imediato, ou tal significado simplesmente pode ser outro para a ciência econômica. Como visto, o sentido de alteração patrimonial como efeito das aquisições jurídicas deve ser tomado em sentido lato, qual seja, no sentido de *patrimônio jurídico* – conjunto de direitos subjetivos – reais ou obrigacionais – e deveres que constituem ou oneram a esfera jurídica de dado sujeito.

¹⁵⁰ Cf. Andreas VON TUHR, *Teoría general del derecho civil alemán, vol II: los hechos jurídicos*, trad. arg. De Tito Ravá [*Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*], Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 31; cf., ainda, Manuel A. Dominges de ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica, vol. I: sujeito e objetos*, Coimbra: Almedina, 1983, pp. 15-16). Este último autor esclarece, ainda, alguns aspectos da aquisição originária, como a possibilidade de não existir qualquer direito anterior alocado na titularidade de alguma pessoa (coisas móveis abandonadas e/ou sem dono). Quanto à aquisição originária em que há um direito anterior na titularidade de outra pessoa, tem-se que este resta extinto, limitado ou comprimido por efeito da aquisição. O direito novo (direito do adquirente) não é adquirido por *causa* desse direito anterior, mas *apesar* dele.

¹⁵¹ Daí o sentido em se dizer que o fenômeno da aquisição de direitos subjetivo (ou de situações/relações jurídicas) relaciona-se também com a extinção ou modificação de direitos ou de relações jurídicas que lhe são anteriores.

direito, com o surgimento de um novo direito para o adquirente, da mesma natureza e conteúdo que o direito extinto. Em suma, o direito preexistente não passa da esfera jurídica (titularidade) anterior para a do adquirente. Antes, extingue-se.¹⁵²

Já na aquisição derivada o direito – ou relação ou posição jurídica – relaciona-se com outro preexistente, que figura como direito ou relação de origem, condicionando o nascimento do novo direito, relação ou situação jurídica¹⁵³.

Assim, a aquisição derivada pressupõe um direito do anterior titular, filiando-se na existência desse direito. Ou seja, não se trata de uma filiação meramente cronológica.

É comum divisar, na aquisição derivada, o fenômeno da extinção subjetiva do direito do anterior titular, o que quer dizer extinção da posição de titularidade de um direito subjetivo na esfera jurídica do anterior titular, que experimenta um esvaziamento em sua esfera jurídica (patrimonial ou não).

¹⁵² Cf. Manuel A. Dominges de ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica, vol. I: sujeito e objetos*, Coimbra: Almedina, 1983, pp. 15-16. Merece menção a construção teórica procedida por VON TUHR (*Teoría general del derecho civil alemán, vol II: los hechos jurídicos*, trad. arg. De Tito Ravá [*Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*], Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 38-39) na análise da aquisição originária: após afirmar que a aquisição tem sempre caráter originário quando, no momento da aquisição não existe um direito do mesmo conteúdo (por exemplo, a aquisição de um crédito a partir da aquisição de uma relação creditória que acabou de surgir ou nascer no mundo jurídico; a apropriação de coisas móveis sem dono), o referido autor assevera que também se pode ter aquisição originária ainda que já exista um direito do mesmo conteúdo na esfera de um outro sujeito, mas se o direito atual não deriva do anterior, por ter um fato constitutivo próprio. A aquisição originária da qual surge direito novo a partir de um fato constitutivo próprio em relação a direito preexistente pode caracterizar *suplantação* ou *substituição*. Ocorre a *suplantação* quando o direito precedente termina porque sua subsistência seria incompatível com o direito novo. Exemplo típico é a usucapião. O efeito primário da usucapião é a aquisição do direito de propriedade; desta deriva a extinção do direito de propriedade anterior. Assim também na aquisição da propriedade por expropriação. O direito de propriedade que surge como um direito novo, porque nasce sem que se considere a quem pertenceu o direito de propriedade anterior, desde já suplantado. A substituição de direitos se apresenta quando o direito anterior se extingue, e nasce um direito novo do mesmo conteúdo, em virtude de um fato independente do *factum* daquele. Exemplos: os direitos de vários tutores que se sucedem no exercício da tutela. A posição jurídica do novo tutor tem por base a cessação da do anterior.

¹⁵³ Ao se dizer que o direito subjetivo adquirido relaciona-se com o preexistente, quer-se significar, mais especificamente, que há uma referência do direito subjetivo adquirido (ou posição jurídica) anterior em uma anterior situação jurídica. Manuel A. Dominges de ANDRADE assevera que na aquisição derivada intervém uma relação entre o *titular* anterior e o novo, não querendo tal observação dizer que, para se operar tal modalidade de aquisição, seja sempre necessário o concurso da contada daquele. Assim, o referido autor põe ênfase numa relação subjetiva entre os titulares do direito subjetivo (ou posição jurídica) (*Teoria geral da relação jurídica, vol. I: sujeito e objetos*, Coimbra: Almedina, 1983, p. 14).

Mas não se verifica a extinção objetiva do direito anterior, que remanesce o mesmo – embora com possíveis alterações não essenciais – apenas passando de uma esfera pessoal para outra¹⁵⁴. Desse modo, pode-se entender que há a possibilidade de a aquisição derivada não implicar em modificação subjetiva da relação jurídica, ou seja, não envolver alteração de titularidade do direito; dar-se-ia quando, por efeito de novos fatos jurídicos, de um direito preexistente surge um outro direito para o mesmo sujeito. Assim, por exemplo, a propriedade sobre os frutos que adquire o proprietário da coisa frugífera, quando os percebe; ou o direito de crédito reparatório/indenizatório que surge ao dono de uma coisa danificada por culpa de outrem.

De qualquer forma, em geral, a aquisição derivada implica em modificação de titularidade de direito subjetivo¹⁵⁵, total ou parcialmente. Ou um direito subjetivo passa de uma esfera jurídica a outra, alterando-se o seu titular, ou uma parcela do direito é destacada, passando para outro titular, mas mantendo-se o remanescente do direito na titularidade primitiva.

2.4.1 Especiais aspectos da aquisição originária e da aquisição derivada

Na aquisição originária, como visto, o direito subjetivo ou posição jurídica adquirida não está em relação de dependência com direito subjetivo precedente. Não se justifica por e nem se fundamenta em uma preexistente posição jurídica de titularidade. Se

¹⁵⁴ Tal distinção por vezes não é explicitada por vários autores, que mencionam simplesmente a extinção do direito anterior como um efeito da aquisição derivada. A menos que se tome a expressão extinção do direito em um significado amplo, de desligamento do direito da pessoa do seu titular anterior, deve ela ser evitada ou deve ser acompanhada da explicação ora feita. Por oportuno, Cesare Massimo BIANCA: “Nel corso della sua esistenza il rapporto obbligatorio può subire modificazioni soggettive dal lato attivo e dal lato passive. Il principale evento modificativo dell’obbligazione dal lato attivo è il trasferimento” (*Diritto civile, vol. 4: l’obbligazione*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 567).

¹⁵⁵ Prefere-se a expressão *modificação de titularidade de direito* à expressão *modificação de sujeitos* ou, ainda, *modificação subjetiva*, um tanto arraigadas na doutrina. A modificação subjetiva expressa fenômeno mais amplo, que não necessariamente implica em alteração plena de titularidade, ainda que relacionada a fenômenos que mantenham a individualidade objetiva da relação obrigacional ou do direito. É o caso de acréscimo de credores ao credor original, ou de devedores ao devedor original. Quanto a esses fenômenos diversos de modificação subjetiva da relação obrigacional, cf. João de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 291.

existir um anterior direito subjetivo, restará extinto pela aquisição originária, seja por suplantação, seja por substituição. O efeito específico é o surgimento de um direito objetivamente novo na seara jurídica do adquirente.

Na aquisição derivada, há sempre um direito anterior que é total ou parcialmente transferido de uma esfera jurídica pessoal a outra, implicando, no mais das vezes, em alteração de titularidade. Não há o surgimento de direito objetivamente novo, mas sim de direito subjetivamente novo (alteração de titularidade), já que a modificação se dá no aspecto subjetivo da relação jurídica, mantendo-se, por consequência, a individualidade do direito transmitido¹⁵⁶.

A manutenção objetiva do direito adquirido, em sua individualidade, implica na aquisição de todos os seus atributos pelo novo titular, e também da mesma gama de ônus que acompanhavam o direito enquanto na titularidade originária. Assim, por exemplo, em se tratando de direito de crédito, passam ao adquirente os acessórios e garantias que asseguravam seu cumprimento e será reconhecido ao devedor (sujeito que figura no polo passivo da relação jurídica creditícia cuja posição ativa mudou de titularidade) o direito de opor os mesmos meios de defesa que poderia invocar contra o primitivo credor¹⁵⁷.

Por ser assim, a extensão do direito adquirido depende do título ou fato aquisitivo, na aquisição originária, enquanto que na aquisição derivada, a extensão do direito para o adquirente depende, ainda, da extensão do direito que existia na titularidade do transmitente (titular originário). Afinal, ninguém pode passar a outrem direito mais amplo do que tem. Outrossim, trata-se de apanágio lógico da manutenção da individualidade do direito que se passa à titularidade do adquirente: como visto, na aquisição derivada adquire-se o mesmo direito que existia na esfera jurídica anterior, ou um direito menor dele desmembrado.

¹⁵⁶ Essa afirmação mantém-se hígida mesmo para os casos de aquisição derivada *constitutiva*, em que há a transferência de parcelas do direito preexistente para um novo titular, mantendo-se o remanescente desse direito com o titular originário. Embora desmembrado, a individualidade do direito mantém-se, num sentido de referência e de potencialidade para novamente tornar-se pleno.

¹⁵⁷ Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 289-290.

A dependência ou independência de direito preexistente, nas modalidades de aquisição, manifesta-se, ainda, quanto à validade da aquisição. Na derivada, o direito que passa ao adquirente depende da existência e validade do direito do transmitente, de modo que a inexistência deste implica na inexistência daquele. Na aquisição originária, tal dependência não se verifica, podendo até mesmo faltar ou inexistir um direito anterior, considerado objetivamente (um direito subjetivo sobre determinado objeto) ou subjetivamente (um titular de um dado direito subjetivo)¹⁵⁸.

Desse modo, a aquisição derivada se adequa à aquisição de direitos futuros, quando se entabula, por exemplo, negócio obrigacional tendente à transferência de um direito de propriedade sobre coisa que ainda é alheio ao patrimônio do alienante ou que ainda não existe. Não assim, porém, a aquisição originária.

2.4.2 Aquisição derivada *translativa* e a *constitutiva*

A aquisição derivada subdivide-se, quanto a sua especial eficácia, em aquisição derivada translativa e em aquisição derivada constitutiva. Esta subdivisão tem grande interesse didático e auxilia no entendimento sistêmico da aquisição de direitos¹⁵⁹.

A aquisição derivada translativa é a mais comum na vida de relações. Nela, o direito que passa ao adquirente é o mesmo que já pertencia ao anterior titular. Diz-se que o direito que se encontrava na esfera jurídica de anterior sujeito é transmitido em sua

¹⁵⁸ Cf., em sentido próximo, Manuel A. Dominges de ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I: *sujeito e objetos*, Coimbra: Almedina, 1983, pp. 18-19.

¹⁵⁹ Ressalte-se que alguns autores identificam um *tertium genus* da aquisição derivada: a aquisição derivada restitutiva, que preferimos entender como um especial aspecto da aquisição derivada constitutiva, ou uma sua especial e eventual eficácia. De todo modo, pedimos vênia para transcrever passagem de Manuel A. Dominges de ANDRADE: “Fala-se também, por vezes, de aquisição derivada restitutiva, tendo-se em vista a hipótese de o titular de um direito real limitado (servidão etc.) se demitir dele, unilateralmente ou contratualmente (a título gratuito ou a título oneroso), recuperando assim ipso facto o proprietário a plenitude de seus poderes, em virtude da conhecida elasticidade ou força expansiva do direito de propriedade. Porventura seria mais rigoroso falar-se de aquisição originária restitutiva quando o titular do direito real se demite dele por acto unilateral (renúncia verdadeira ou própria). De qualquer maneira qualifica-se de restitutiva a aquisição porque ela vai repor as coisas no estado anterior à constituição do direito real que se extingue” (*op. cit.*, p. 16).

individualidade objetiva para novo titular. Assim se dá por diversos modos e causas: negócios unilaterais, negócios bilaterais (esquema contratual), “causa mortis”.

Na aquisição derivada constitutiva, passa-se ao adquirente um direito parcelar destacado de um outro direito mais amplo, que permanece na esfera jurídica (titularidade) do transmitente, embora limitado ou comprimido¹⁶⁰. O direito parcelar permanece, de alguma forma, ligado ao direito mais amplo, em uma relação de elasticidade e desmembramento, como, v. g., os direitos reais de gozo derivados do direito de propriedade (ditos direitos reais menores)¹⁶¹.

Portanto, nessa modalidade, o direito do transmitente (titular originário) não se transfere integralmente, mas de seu conteúdo integral surge um novo direito subjetivo de conteúdo menor e derivado, o qual se transfere ao adquirente¹⁶². Entrevê-se, pois, dois fenômenos encadeados: a criação (constituição) de um direito novo, porém derivado de um outro já existente; a transmissão (translação) desse direito novo para o adquirente. Daí podermos falar que a aquisição derivada constitutiva envolve também uma translação ou transferência, para que tenha significado jurídico e prático.

É preciso não confundir aquisição originária com aquisição derivada constitutiva. Naquela, como visto, há a constituição de um direito subjetivo novo, que não existia no mundo jurídico ou que passa a ter existência desvinculada e independente de um

¹⁶⁰ Nesse mesmo sentido são as lições desenvolvidas por João de Matos ANTUNES VARELA (*Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, pp. 285-290) e Andreas VON TUHR (*Teoría general del derecho civil alemán, vol II: los hechos jurídicos*, trad. arg. De Tito Ravá [*Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*], Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 53-58).

¹⁶¹ Cf. José de Oliveira ASCENSÃO, *Direitos civil – reais*, 5ª ed. (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 148-50.

¹⁶² Nesse sentido, VON TUHR, asseverando-se que o referido autor denomina a aquisição derivada de sucessão: “La sucesión es constitutive cuando el derecho del autor no se transfiere integralmente sino que de su contenido nace un derecho de contenido inferior, el cual se tranfiere a otro sujeto. Se puede denominar constituyente al derecho de origen, y derivado al derecho de contenido menor que se dedujo de aquél. Quien opera la transferencia constitutive conserva para sí el derecho constituyente; ella no es, pues, una enajenación, sino un gravamen de ese derecho (...)” (*Teoría general del derecho civil alemán, vol II: los hechos jurídicos*, trad. arg. De Tito Ravá [*Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*], Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 56-57).

anterior direito que se encontrava em outra esfera jurídica pessoal. Não há, pois, transferência, no sentido próprio e jurídico do termo.

Na aquisição derivada constitutiva, embora também haja a constituição de um direito novo¹⁶³, este não é desvinculado ou independente de um anterior direito. Ao contrário, o direito novo é diretamente vinculado ao direito anterior (direito constituinte), que não se extingue (nem objetivamente e nem subjetivamente [na ideia de extinção da posição de titularidade]). O direito novo é passado (transferido) ao adquirente, mas sem a nota de definitividade, ou seja, sem o sentido de perda definitiva da titularidade e consequente aquisição definitiva pelo novo titular, sua contraface necessária.

A precariedade dessa transmissão relaciona-se justamente com a não extinção da posição jurídica de titularidade do direito constituinte, e da não extinção do próprio direito, objetivamente considerado. Deveras, o direito constituinte remanesce modificado na esfera jurídica do titular originário, sendo que o direito derivado é constituído por “matéria” do conteúdo daquele (faculdades, poderes específicos), que ganha identidade estrutural e funcional, mas que dele não se desliga por completo, tendendo à consolidação (assim se dá, v. g., com a relação entre nua propriedade e direito de usufruto).

¹⁶³ Trata-se de *direito novo* porque não existia com tal estrutura e função na esfera do titular originário, embora derive e tenha fundamento nas faculdades que integram o direito constituinte, que remanesce modificado na esfera do titular originário. Pode-se dizer que nasce e transmite-se para o adquirente um direito que como tal não existia na esfera do titular do direito constituinte, tendo tal direito derivado, em geral, uma denominação própria.

3. RELAÇÃO JURÍDICA, DIREITOS SUBJETIVOS E POSIÇÕES JURÍDICAS NA TEORIA DA TRANSMISSÃO EM DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

3.1 Desenvolvimentos do *direito subjetivo de crédito* na teoria da transmissão

O *direito subjetivo* é um elemento constante – sempre presente – em uma relação jurídica. Portanto, essencial a sua estrutura^{164_165}.

O direito subjetivo é formado por *posições jurídicas subjetivas ativas* parcelares ou elementares. Pode, pois, ser entendido como conjunto.

Vê-se que as noções de *relação jurídica*, *direito subjetivo* e *posições jurídicas* devem ser compreendidas e analisadas em suas interrelações estruturais e funcionais¹⁶⁶. Para uma adequada apreensão de tais interrelações, percorrer-se-á, abaixo, um esboço conceitual gradativo.

¹⁶⁴ Cf. Karl LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3ª ed., 1975, trad. esp. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, *Derecho civil – Parte general*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1978, p. 252; p. 254.

¹⁶⁵ Embora essencial à estrutura da relação jurídica, o direito subjetivo não é sempre gregário dela, podendo ter sorte diversa. Na lição de Andreas VON TUHR, na maior parte dos casos, a relação jurídica constitui um campo em que podem surgir diversos direitos, como consequência de fatos posteriores, consubstanciados em vicissitudes da própria relação jurídica. Assim, por exemplo, a relação jurídica do mandato nasce pelo consenso, mas certos créditos por reembolso de gastos surgem pelo efeito do pagamento de despesas pelo mandatário. Da mesma forma, quanto aos fatos extintivos: por exemplo, os créditos da locação terminam com o cumprimento, enquanto a relação jurídica locatícia termina por denúncia ou pelo vencimento do prazo sem prorrogação (*Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, trad. cast. de Tito Ravá, *Derecho civil, teoría general del derecho civil alemán, vol. I: los derechos subjetivos y el patrimonio*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 133-134). Como se verá, essa fenomenologia é imprescindível para se compreender, com as explicações complementares, a “sobrevida” da relação jurídica quando dela são apartados direitos subjetivos obrigacionais ou posições jurídicas ativas ou passivas parcelares, por meio de transferência.

¹⁶⁶ Assim, por exemplo, a prestação é *objeto* da relação jurídica obrigacional e, ao mesmo tempo, objeto das correlativas posições jurídicas subjetivas de débito (objeto do cumprimento) e de crédito (objeto da pretensão). Nesse sentido, cf. Cesare Massimo BIANCA, *Diritto civile, vol. IV, l'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 32-33.

Relação jurídica e direito subjetivo, tal qual se nos exsurge hoje, são construções conceituais da Pandectística^{167 168}.

Apesar de pedra de toque da estruturação sistemática do direito privado¹⁶⁹, há correntes, inclusive, que negam a existência do direito subjetivo como categoria do direito, como a desenvolvida por Leon Duguit, que reputa o direito subjetivo como uma noção vazia de sentido, metafísica e estruturada a partir de artificialidades argumentativas. Para essa corrente (também denominada *realismo jurídico*¹⁷⁰), substitui-se a noção de direito subjetivo pela de situação jurídica e conforma-se a própria noção de direito unicamente à de direito objetivo¹⁷¹.

Porém, a noção de direito subjetivo não foi superada ou substituída, mas aperfeiçoada desde a metade do século XX, nos sistemas da Europa e da América da *Civil Law*. As ideias de autonomia privada e de liberdade jurídico-subjetiva foram complementadas com as de solidarismo e de cooperação¹⁷², influenciando novas

¹⁶⁷ Tem-se majoritariamente em doutrina que os romanos não conheceram o sentido técnico de direito subjetivo, ao menos com o rigor conceitual da Escola Pandectista. Cf., em análise minudente, Thiago RODOVALHO, *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo, RT, 2011, pp. 26-36.

¹⁶⁸ Esses temas (*direito subjetivo e relação jurídica*) são, naturalmente, muito amplos e densos. Sua análise na presente monografia será direcionada e limitada à abordagem temática central.

¹⁶⁹ O direito subjetivo é considerado mesmo como uma *categoria fundamental do Direito*, no atual estágio do desenvolvimento da ciência jurídica. Por todos, Karl LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3ª ed., 1975, trad. esp. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, *Derecho civil – Parte general*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1978, p. 274.

¹⁷⁰ “El sistema jurídico de la Declaración de los derechos del hombre y del Código de Napoleón, descansa en la concepción metafísica del derecho subjetivo. El sistema jurídico de los pueblos modernos tiende a establecerse sobre la comprobación del hecho de la función social imponiéndose a los individuos y a los grupos. El sistema jurídico civilista era de orden metafísico; el nuevo sistema que se elabora es de orden realista” (Leon DUGUIT, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*, 2ª ed., Madri, Beltran, s/d, pp. 24-25).

¹⁷¹ “Diré que esta noción es de orden puramente metafísico, lo que está en contradicción indudable con las tendencias de las sociedades modernas, y con el realismo; digamos la palabra: con el positivismo de nuestra época (...) Las controversias sin fin que se suscitan sobre la verdadera naturaleza del derecho subjetivo, son la prueba mayor de todo lo que tiene de artificial y de precaria esta concepción” (Leon DUGUIT, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*, 2ª ed., Madri, Beltran, s/d, p. 25).

¹⁷² Particularmente influenciada pelas novas conformações sociais e políticas surgidas do pós-guerras, as bases pandectísticas do direito privado passaram a sofrer mais contundentes contestações – nem sempre justas – desaguando em fortes embates de cunho desestruturante. Assim, com facilidade e em profusão, elaboraram-se críticas agudas às formulações alemãs do

século XIX, taxando-as de “obcecadas pela ideia de sistematização” e de “deslocadas dos valores jurídicos”. Acusou-se a *Escola das Pandectas* de utilizar métodos que abusam das abstrações lógicas, prescindindo dos fatos ou desnaturando-os em proveito das ideais puras. Por essas críticas, as noções jurídicas advindas da citada Escola apresentam-se sob a forma de entidades metafísicas classificadas em categorias, providas de formas e dotadas de efeitos necessários, numa pretensa harmonia lógica. Nesse sentido cf. Orlando GOMES, *Transformações gerais do direito das obrigações*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, pp. 3-5; também, Giovanni Battista FERRI, ao analisar a rigidez do conceito de negócio jurídico a partir da Escola Alemã (*Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano: Giuffrè, 1966, especialmente pp. 19-23). Os ataques ao sistema do *Code Civil* também se fizeram expressivos, diante de sua estruturação tida por individualista (institutos do contrato e da propriedade). Como pano de fundo a essas críticas, algumas vezes se colocava o ataque ao Estado Liberal ou ao próprio capitalismo, confundindo-se, então, críticas propriamente jurídicas (ou metodologicamente orientadas para um criticismo em bases jurídicas) com críticas econômico-sociais.

O novo modelo de organização social que se pronunciou, porém, nunca foi terminado, ou não tinha condições de sê-lo, e o *Welfare State* passou também a sofrer com suas próprias crises endógenas, determinando, na seara jurídica, um novo movimento (já, agora, um movimento tipicamente pendular) de readequação e entendimento do sistema jurídico em nova leitura de bases formalistas e, mesmo, realistas (em outras conformações, como o realismo norte-americano). Prescindir – de forma, muitas vezes, simplista – das estruturas lógicas de pensamento e da sistematização acurada dos conceitos jurídicos, poderia trazer consequências econômico-sociais adversas ao bem-estar geral; a desestruturação dogmática cobra o preço da insegurança jurídica. Perspectivas desestruturantes da dogmática jurídica têm, pois, o defeito de recorrer a pensamentos de ruptura do sistema de Direito, abdicando dos ciclos de aperfeiçoamento normativo (por via legislativa ou jurisprudencial) dos institutos jurídicos, um tanto naturais. Rupturas alardeadas como novas construções dogmáticas, mas que não conseguem, essencialmente, se distanciar das que pretendem superar, acarretando desordens sistemáticas desnecessárias (no fim e ao cabo, muitas vezes, não deságuam em uma reorganização do sistema de direito privado, mas em um rearranjo descriterioso de seus elementos).

Assim, como observa Karl LARENZ: “Las particulares reglas de derecho o regulaciones – por ejemplo, la de un determinado Derecho de la compraventa, de los arrendamientos o de la circulación viaria – pueden ser Justas o injustas relativamente en relación con las circunstancias de la época y con las posibilidades existentes. Un ordenamiento en su conjunto no puede serlo nunca, pues no sería ya un ordenamiento *juridico*. Lo demuestra esta sencilla reflexión. Las circunstancias temporales cambian (...). El Derecho, sin embargo, solo puede seguir los cambios a una cierta distancia temporal, siendo a estos efectos indiferente que la adaptación o la nueva configuración del Derecho se haga a través de la legislación o de la jurisprudencia” (*Derecho Justo – fundamentos de ética jurídica*, trad. esp. de Luis Díez-Picazo, [a partir do original alemão sob o título *Rechtes Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*], Madrid, Civitas, 1993, pp. 28-29). Em específico, o direito subjetivo posta-se no centro dessa desestruturação, oscilando entre os dois parâmetros que lhe dão densidade: o significativo-ideológico e o técnico-jurídico.

Como pontua Antônio MENEZES CORDEIRO, “os atentados sem precedente, realizados, nas décadas de trinta e quarenta, contra o pensamento liberal e os seus valores mais indiscutíveis, como o da igualdade formal e o da dignidade da pessoa humana, clarificaram as posições. Tais ataques foram, significativamente precedidos e acompanhados por tentativas de, ao direito subjectivo, substituir o dever e a responsabilidade (...). No pós-guerra, a doutrina ocidental recolocaria o nível significativo-ideológico do direito subjectivo por forma, desta feita, não dissimulada, mas assumida. Como explica Coing, o direito subjectivo mantém viva, no Direito privado, a ideia da liberdade de cada um, dentro da sociedade” (*Da boa fé no direito civil*, 3ª reimpr., Coimbra, Almedina, 2007, p. 665). De toda forma, como pondera Franz WIEACKER, a limitação do conteúdo dos direitos subjetivos manifesta-se como um dos núcleos do princípio do Estado social: a responsabilização do próprio indivíduo pela existência social e pelo bem-estar dos outros (*História do direito privado moderno*, trad. port. de A. M. Botelho Hespanha [da 2ª ed. do original alemão *Privatrechtsgeschichte der neuzeit unter besonderer berücksichtigung der deutschen entwicklung*], 2ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, pp. 624/625).

perspectivas para o entendimento do direito subjetivo. Outrossim, ganhou vulto a concepção, que já existia, de que o exercício de direitos subjetivos implica em deveres associados a esse exercício¹⁷³.

Na doutrina de Karl Larenz, o direito subjetivo expressa, fundamentalmente, que um *bem* (algo) determinado corresponde ou *pertence* a uma pessoa, de forma justificada pelo ordenamento jurídico¹⁷⁴.

Nessa perspectiva, o conceito de direito subjetivo desloca-se – só parcialmente, é de se ver – das noções de poder de vontade ou de interesse juridicamente protegido¹⁷⁵. Enfatiza-se a ideia de *titularidade*¹⁷⁶.

¹⁷³ Cf. António MENEZES CORDEIRO (*Da boa fé no direito civil*, 3ª reimpr., Coimbra, Almedina, 2007, p. 666-67).

¹⁷⁴ *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3ª ed., 1975, trad. esp. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, *Derecho civil – Parte general*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 256; e 274.

¹⁷⁵ A teoria do direito subjetivo é obviamente muito extensa e, para os fins da presente dissertação, serão tomados apenas alguns aspectos essenciais para direcionar o desenvolvimento do tema central. Na primeira fase de discussões e elaborações da teoria do direito subjetivo, destacaram-se duas correntes que viam no núcleo essencial do direito subjetivo, respectivamente, a *vontade* e o *interesse*. A *teoria da vontade*, desenvolvida sobretudo por Savigny e Windscheid, em bases kantianas e hegelinas, vê o direito subjetivo como expressão da vontade – *poder de querer* ou *faculdade legal de querer*.

Em certa contraposição, a *teoria do interesse*, formulada inicialmente por Rudolf Von Ihering, sustenta que a essência do direito subjetivo reside no interesse do sujeito de direito, antes que na sua vontade. O direito subjetivo, assim, direciona-se a um fim prático – produzindo utilidades, vantagens e lucros –, reconhecido e tutelado pelo Direito (juridicamente digno de proteção). Essas duas correntes básicas, passando pelas fortes provas das críticas e do burilamento científico, permanecem como pano de fundo de construções dogmáticas mais elaboradas do direito subjetivo. Daí a profusão das chamadas teorias mistas do direito subjetivo, que toma a teoria da vontade e a teoria do interesse em considerações parciais, plasticamente amalgamadas ou combinadas. Em desenvolvimentos posteriores, destacou-se a doutrina que vislumbra no conceito de direito subjetivo o pressuposto de que um *bem* ou *valor* sejam ligados ao sujeito de direito por um laço de *pertença*, determinante da noção de *titularidade*. Tal doutrina tem como expoente Jean Dabin. Essa relação de *pertença* caracterizadora do direito subjetivo abarcaria não só as chamadas *coisas exteriores* (coisas – bens materiais ou corpóreos), mas também bens imateriais, como o direito de autor e, mesmo, bens ou valores inerentes à pessoa e a sua dignidade (vida, integridade física, liberdades). Como relação de *pertença*, o direito subjetivo guardaria em seu aspecto de domínio (no sentido de inviolabilidade e exigibilidade nele implicados) o poder de *exercício do direito* mesmo e o *poder de dispor* dele (cf. Jean DABIN, *El derecho subjetivo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 100-03 e 116-29). Para uma abordagem geral do desenvolvimento das teorias sobre o direito subjetivo, cf. Thiago RODOVALHO, *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo, RT, 2011, pp. 25-44.

¹⁷⁶ Nessa perspectiva, sublinha-se que os poderes que alguém pode exercer, com fundamento no direito subjetivo, decorrem da titularidade. Num primeiro passo, muito essencial, tal significa que

Assim, é essencial para o conceito de direito subjetivo a relação (correlação) com uma determinada pessoa que, em cada caso, será a sua titular. Daí os ordenamentos jurídicos em geral repugnarem o conceito de direitos sem sujeito¹⁷⁷.

A noção jurídica de titularidade implica, pois, a de *pertença* (pertinência/atribuição)¹⁷⁸, ou seja, o vínculo de referência de um direito subjetivo a um sujeito, de forma que um determinado direito subjetivo somente tem existência (teórica e concreta) quando referido à esfera jurídica de um determinado sujeito de direito, que pode exercê-lo pessoalmente ou por intermédio de outrem¹⁷⁹. Ademais, implica *garantia* do ordenamento jurídico de que a situação de titularidade será respeitada por todos os outros sujeitos¹⁸⁰.

nenhuma outra pessoa que não o titular pode exercer os poderes que decorrem do conteúdo do direito subjetivo, a menos que esse exercício se dê por representação, segundo os critérios da lei.

¹⁷⁷ Cf. Karl LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3ª ed., 1975, trad. esp. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, *Derecho civil – Parte general*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 258-59. Vê-se que a coisa móvel abandonada (*res derelicta*) deixa de ser objeto de direito de propriedade, não havendo titularidade que lhe corresponda, até que ocorra um novo ato de apropriação. A herança, enquanto universalidade de direitos, é transmitida aos sucessores no instante da abertura da sucessão – que marca o fim da personalidade jurídica do *de cuius*.

¹⁷⁸ Cf. Carlos Alberto da MOTA PINTO, Correlacionando a titularidade com o fenômeno da aquisição de direitos (e, também, com a constituição de direitos, que implica necessariamente em aquisição): “um direito é adquirido por uma pessoa quando esta se torna titular dele. Aquisição de direitos é, pois, a ligação – a criação de um laço de pertinência – de um direito a uma pessoa” (*Teoria geral do direito civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1976, pp. 245-46).

¹⁷⁹ A personalidade jurídica projeta-se na *capacidade jurídica*, ou seja, na capacidade de *ser titular* de direitos e deveres jurídicos (posições jurídicas subjetivas ativas e passivas, exatamente). Da capacidade jurídica diferencia-se a *capacidade de agir*, que se refere não à titularidade de poderes e deveres jurídicos, mas ao exercício dessas posições. Como cediço, pode alguém ser titular de um direito mas estar privado de exercê-lo ou exercitá-lo por si só (exercício direto e pessoal do direito). Daí o instituto da representação para operacionalizar o exercício de direitos por quem somente os titulariza. (cf., nesse sentido, Giuseppe LUMIA, *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1981, pp. 107-108). No cotejo entre capacidade jurídica e capacidade de agir, entrevê-se com nitidez o direito subjetivo como relação de *pertença* ou de *pertinência* de posições jurídicas a determinado sujeito, antes que um “poder da vontade” jungido a este mesmo sujeito.

¹⁸⁰ Já assim no pensamento de Ihering (cf. Thiago RODOVALHO, *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: RT, 2011, p. 31). Cf., também, Antonio CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, Giuffrè, 1948, pp. 8-9.

A relação de titularidade entre o direito subjetivo e a pessoa (sujeito de direito) é de pertença¹⁸¹, *mas não essencialmente de inerência*.

A *inerência* entre direito subjetivo e a pessoa que o titulariza manifesta-se significativamente nos direitos da personalidade. Nesses casos – e aí o significado de inerência – o conteúdo do direito subjetivo somente tem sentido para aquela pessoa, e não para outra. Trata-se de direito inseparável da pessoa do titular¹⁸².

Conforme já salientado, para a *maioria* dos direitos subjetivos – notadamente os direitos patrimoniais – não se estabelece a inerência. A regra é a *transmissibilidade*. Ou seja, a possibilidade de o direito transitar entre esferas jurídicas ou patrimônios, alterando-se, por conseguinte, a titularidade (relação de pertença entre o direito e a pessoa)¹⁸³.

A transmissibilidade de direitos subjetivos patrimoniais (obrigacionais e reais) faz-se no exercício do *poder de disposição*, geralmente instrumentalizado por atos de

¹⁸¹ A relação (ou correlação) de titularidade entre o direito em sentido subjetivo (e, um tanto impropriamente, seu objeto) e o sujeito de direito é também descrita como *relação de pertinência*. Nesse sentido, Alcides TOMASETTI JR., Comentário de jurisprudência, in *RT* 723 (1996), pp. 208-223; também, Giuseppe LUMIA, *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1981, p. 115.

¹⁸² Nesse sentido, Giuseppe LUMIA: “Diritti personalissimi sono i diritti alla vita, alla integrità, all’onere, all’immagine, ecc. Essi si risolvono in un insieme di facoltà, alle quali tuttavia non si accompagna di solito un potere di disposizione (il titolare non può, cioè, alienarli o comunque rinunziarvi)” (*Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1981, p. 113). Portanto, ao predicado da inerência corresponde a ausência do poder de dispor.

¹⁸³ Nem todos os direitos patrimoniais têm o atributo da transmissibilidade (poder de dispor). Alguns são inerentes à pessoa de seu titular, ainda que tal inerência seja temporária devido à sempre presente possibilidade de voltarem a constituir o direito maior do qual se destacaram, na titularidade de outrem. Assim, por exemplo, o direito de usufruto, em que seu titular tem a faculdade de gozar da coisa, mas não tem o poder de dela dispor (cf. Giuseppe LUMIA, *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1981, p. 113). No mesmo sentido, Karl LARENZ: “En principio, el usufructo no es transmisible ni heredable, debido a que el propósito de la ley es fijarle un límite temporal” (*Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3ª ed., 1975, trad. esp. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, *Derecho civil – Parte general*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1978, p. 258). Também, Andreas VON TUHR, asseverando que os direitos subjetivos que se relacionam com o titular de forma tão estrita que é impossível a sua transferência, podem ser chamados “direitos personalísimos”, pois servem única e diretamente aos propósitos e necessidades da pessoa em cujo favor nasceram (*Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, trad. cast. de Tito Ravá, *Derecho civil, teoría general del derecho civil alemán, vol. I: los derechos subjetivos y el patrimonio*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 223).

disposição jurídico-negociais (negócio de disposição)¹⁸⁴. O poder de disposição contém-se no direito subjetivo de natureza patrimonial. É-lhe, pois, endógeno¹⁸⁵⁻¹⁸⁶.

Nesse ponto há que se ter algum cuidado explicativo. Os denominados negócios ou *contratos de disposição* têm especial significado na doutrina e no ordenamento alemães. Inserem-se na explicação dos fenômenos do *deslocamento patrimonial* e da *atribuição patrimonial*¹⁸⁷.

Naquele ordenamento, tem-se, normalmente, o *deslocamento patrimonial* identificado com o *acrécimo no ativo patrimonial* de um sujeito de direito (surgimento de titularidade de uma posição jurídica subjetiva ativa em seu patrimônio) *correlacionado* a um agravamento patrimonial de outro sujeito (perda de posição jurídica subjetiva *ativa* ou “aquisição” de posição jurídica subjetiva passiva)¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Acentua Karl LARENZ que o atributo da transmissibilidade acarreta aos direitos subjetivos uma certa objetivação, convertendo-os em objetos do tráfico jurídico. Como objeto de atos jurídico-negociais, os direitos subjetivos consistiriam em *objeto de Direito de segunda ordem* (*Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3ª ed., 1975, trad. esp. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, *Derecho civil – Parte general*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1978, p. 258).

¹⁸⁵ Consoante assinala VON TUHR, “la disponibilidad del derecho integra su contenido normal” (*Teoría general del derecho civil alemán, vol II: los hechos jurídicos*, trad. arg. De Tito Ravá [*Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*], Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 219).

¹⁸⁶ Por certo o poder de disposição pode sofrer limitações *ope legis* ou por vontade das partes. Ainda, para que se opera em concreto há que se inferior a legitimidade das partes no negócio jurídico para a transferência da posição jurídica.

¹⁸⁷ As noções de negócio de negócio de disposição, deslocamento e atribuição patrimonial adaptam-se, em boa medida, também ao ordenamento brasileiro - e, de resto, aos mais importantes do direito continental – porém com colorações diversas. Assim, no Brasil, diante da inexistência de esquema de abstração nos contratos translativos de posições jurídicas subjetivas, o negócio de disposição encontra funcionalidade própria somente nos contratos translativos que operam no plano dos direitos reais, autonomizando-se em relação ao contrato obrigacional e tendo significado de adimplemento. O mesmo não se dá com os contratos de cessão (cessão de crédito, cessão de posição contratual), que operam somente no plano do direito das obrigações. os contratos de cessão, no Brasil, são plurifuncionais (integram-se ao contrato-base como um negócio único) e são translativos pelos efeitos (ver seções 1.1 e 3.5.1), determinando a transmissão da posição jurídica subjetiva por efeito direto e imediato do consenso.

¹⁸⁸ Nesse sentido, Rafael D. F. VANZELLA, *O contrato e os direitos reais*, São Paulo: RT, 2012, pp. 256-257).

Quando tais acréscimos patrimoniais correlacionados (deslocamentos patrimoniais) são operados por negócios jurídicos, tem-se a *atribuição patrimonial* (negócio jurídico de atribuição patrimonial), que se distingue em: *negócio jurídico obrigacional* e *negócio de disposição*. No primeiro, a atribuição patrimonial a favor de um sujeito correlaciona-se com o agravamento (aumento) do passivo patrimonial de outro; no negócio de disposição, a atribuição em favor de um sujeito (aquisição) correlaciona-se com uma *diminuição do ativo patrimonial* (perda) de outro, correspondendo ao fenômeno transmissivo ou translativo¹⁸⁹.

Quando se tem em conta as transformações operadas nos patrimônios dos sujeitos de direito, há certo paralelismo da explicação acima com o modelo explicativo exposto nas seções 1.2 e 1.3 (*supra*), em que se tem, de um lado, os contratos meramente obrigacionais (que tão só criam efeitos prestacionais para as partes) e, de outro, os contratos translativos pelos efeitos.

Porém, no modelo alemão, o negócio de disposição geralmente figura como contrato de adimplemento, tendo essa específica função dentro do processo obrigacional, compondo uma estrutura de abstração das transmissões de posições jurídicas subjetivas patrimoniais. No Brasil, não há esse esquema de abstração (as transmissões são causais) e a estruturação de dois negócios jurídicos autônomos (um obrigacional e o outro – logicamente contemporâneo ou subsequente –, negócio de disposição ou de transmissão) somente se faz presente nas transmissões de posições jurídicas de direito real. Nas cessões de direitos subjetivos obrigacionais (posições jurídicas subjetivas obrigacionais) o negócio de cessão é único, integrado estruturalmente em um contrato-base (ver seção 3.5.1 abaixo).

No Brasil, portanto, o poder de disposição é uma posição jurídica ínsita ao direito subjetivo patrimonial (enquanto posição jurídica complexa ou conjunto de posições jurídicas subjetivas patrimoniais ativas). E o contrato dispositivo posta-se como gênero de todos os negócios contratuais que têm por efeitos deslocamentos patrimoniais.

Mas, por óbvio, o conceito de direito subjetivo não se exaure na perspectiva da titularidade e da disposição. Se o sujeito é titular de um direito, este direito deve ter uma

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 257, nesse sentido.

“substância”, para não se tornar um conceito vazio. Sob o aspecto contencioso – de resto o mais utilizado para a sua conceituação – o direito subjetivo é comumente tido como um poder jurídico¹⁹⁰.

Mais propriamente, o conteúdo do direito subjetivo é formado por um *conjunto* posições jurídicas elementares ou parcelares (dentre elas, posições jurídicas de poder), sob a titularidade de determinado sujeito e incidentes sobre determinado ou determinável objeto. O direito subjetivo forma, pois, um complexo unificante¹⁹¹, centralizando o polo ativo de dada relação jurídica.

Nos direitos subjetivos *pessoais* ou *obrigacionais*, em que se destaca o direito de crédito, destaca-se a *pretensão*, qual seja, o poder de o credor exigir o cumprimento da *prestação* pelo devedor (*dever de comportamento*). Nos direitos subjetivos reais releva o poder absoluto e imediato do titular sobre uma coisa.

Embora útil para uma primeira análise dos *poderes jurídicos fundamentais* que participam dessas tradicionalíssimas categorias de direitos subjetivos patrimoniais, as noções que pretendem estabelecer a contraposição entre direitos obrigacionais e direitos reais têm sido alvo de muitas críticas doutrinárias. Deveras, tais dados, por não serem

¹⁹⁰ Manuel A. Domingues de ANDRADE define direito subjetivo como a “faculdade ou o poder atribuído pela ordem jurídica a uma pessoa de exigir ou pretender de outra um determinado comportamento positivo (fazer) ou negativo (não fazer), ou de por um acto de sua vontade – com ou sem formalidades –, só de per si ou integrado depois por um acto de autoridade pública (decisão judicial) produzir determinado efeitos jurídicos que se impõem inevitavelmente a outra pessoa (contraparte)”. (*Teoria geral da relação jurídica, vol. I: sujeitos e objeto*, Coimbra: Almedina, 1983, p. 3).

¹⁹¹ Nesse sentido, Giuseppe LUMIA: “il diritto soggettivo si presenta come un complesso unitario (e unificante) di situazioni giuridiche elementari: esso indica un insieme di facoltà, pretese, poteri e immunità che si trovano in uno stato di abituale e costante collegamento, e che ineriscono ad un determinato soggetto in relazione a un determinato oggetto. Il diritto di proprietà, per esempio, risulta di un insieme unitario di facoltà (...), di pretese (...), di poteri (...) e immunità (...); al titolare di un diritto di obbligazione è riconosciuta di ottenere dal debitore, la prestazione, nonché il potere di assoggettarne i beni del debitore inadempiente ad esecuzione forzata, ecc. La figura giuridica del diritto soggettivo risponde in buona sostanza ad una esigenza di economia mentale: essa è nient'altro che una formula abbreviata, per così dire stenografica, con la quale si denota una costellazione di situazioni giuridiche elementari che si presentano habitualmente collegate. Il diritto soggettivo si identifica con la totalità delle situazioni giuridiche elementari che lo costituiscono, e in esse si risolve senza residui” (*Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3ª ed., Milano: Giuffrè, 1981, pp. 112-13).

homogêneos, não se comporiam como verdadeiro critério: o direito de crédito assim se classificaria tendo como critério a *estrutura* do poder do titular enquanto que o direito real assim se classificaria tendo por base a *aderência* do poder do titular sobre a coisa. Porém, o dado da aderência do poder jurídico a uma coisa é encontrado também no âmbito dos direitos obrigacionais, notadamente nas obrigações reais¹⁹².

No que concerne à relação dos titulares de direitos subjetivos de crédito e de direitos subjetivos reais com terceiros – geralmente exposta pelas lições escolares como uma das linhas de diferenciação entre direitos reais e pessoais –, uma análise englobante e percuciente demonstra várias proximidades entre essas modalidades de direitos patrimoniais, que resultam em fortes repercussões estruturais em suas explicações.

Assim, Rafael D. F. Vanzella, firme em lições de H. Dörner¹⁹³ aponta para o caráter dúplice dos créditos, pois que contêm características tanto de “relação jurídica” quanto de “objeto do patrimônio”¹⁹⁴. Enquanto objeto do patrimônio, os créditos contêm *pretensões absolutas*, voltadas à generalidade dos demais sujeitos de direito (impondo deveres comportamentais gerais de abstenção)¹⁹⁵.

Doutro canto, os créditos, enquanto “relação jurídica”, apresentariam um “plus” para com os direitos subjetivos reais, qual seja, a relatividade das pretensões, eis que voltadas contra sujeito determinado ou, ao menos, determinável. Porém, tal relatividade de pretensão também pode participar do esquema dos direitos subjetivos reais, quando há violação e/ou danificação da posição do titular por dada pessoa¹⁹⁶ (exsurgindo pretensões relativas, como

¹⁹² Cf. Cesare Massimo BIANCA, *Diritto civile*, vol. IV, *l'obbligazione*, Milano: Giuffrè, 2001, pp. 31-32.

¹⁹³ *Dynamische Relativität: Der Übergang vertraglicher Recht und Pflichten*. München: C. H. Beck, 1985, p. 142.

¹⁹⁴ Quanto aos direitos de crédito (posição jurídica subjetiva complexa ativa) enquanto objeto de relações jurídicas contratuais, cf. seção 3.5.1, abaixo.

¹⁹⁵ *O contrato e os direitos reais*, São Paulo: RT, 2012, pp. 70-71.

¹⁹⁶ *Idem*, p. 71.

a reivindicação e a pretensão negatória, além da indenizatória), pretensões essas que permanecem ligadas ao direito real¹⁹⁷.

Percebe-se que tais proximidades entre direito subjetivos reais e direitos subjetivos de crédito vão além de mera coincidência eventual das técnicas de tutela. Rafael D. F. Vanzella¹⁹⁸, explicita lições de M. Honoré¹⁹⁹ para o caráter dúplice dos direitos patrimoniais, para quem é fora de dúvida que tanto direitos de crédito como direitos subjetivos reais podem ser violados por terceiros, de modo que os créditos seriam *primariamente* tutelados por pretensões voltadas a sujeitos passivos determinados (ou determináveis) e *secundariamente* por pretensões absolutas (de não interferência, voltados a sujeitos passivos totais²⁰⁰); já os direitos subjetivos reais são *primariamente* tutelados por pretensões de exclusão de sujeitos passivos totais e, *secundariamente*, por pretensões voltadas a sujeitos determinados ou determináveis.

Assim, tanto direitos subjetivos reais quanto os direitos subjetivos de crédito têm, em seus conteúdos, *pretensões absolutas e pretensões relativas*, alterando-se somente o caráter primário ou secundário em que aparecem no esquema dogmático de cada qual.

Por fim, mencionem-se os entendimentos que propugnam certa insuficiência do conceito de direito subjetivo de explicar todas as posições jurídicas ativas titularizadas pelo sujeito de direito, em especial nas relações jurídicas patrimoniais²⁰¹.

¹⁹⁷ A pretensão indenizatória não é ligada diretamente à posição jurídica subjetiva real, mas é fora de dúvida que pode ser matizada pela sorte daquele direito. Por exemplo: a permanência ou quantificação da pretensão indenizatória por atentado ao exercício da propriedade de determinada coisa que, em seguida, vem a se perder por fortuito.

¹⁹⁸ *Op. cit.*, pp. 71-72.

¹⁹⁹ Rights of exclusion and immunities against divesting. *Tulane Law Review* 34/453-468.

²⁰⁰ Ou seja, na figura do sujeito passivo universal, com a ressalva daqueles que ostentam título de preferência quanto ao crédito).

²⁰¹ Nesse sentido, Thiago RODOVALHO, em análise da utilização de um conceito de situação jurídica que abranja aspectos que não têm acolhida tranquila no conceito de direito subjetivo: A ideia de *situação jurídica* não conflita com o *direito subjetivo*; ao revés, engloba-o (...). Nesse sentido, as situações jurídicas que experimentamos formam um complexo de *direitos e deveres*. Olhando-se apenas pelo prisma do ter direito subjetivo, a compreensão de que seu exercício não é ilimitado e não pode dar-se de forma abusiva, muitas vezes é mais difícil. Contudo, a partir do momento em que se denota que o titular de um direito subjetivo vivencia, na verdade, uma situação jurídica, e que nessa situação jurídica há, além desse direito subjetivo, também deveres, torna-se mais

É certo que, como se verá, o desenvolvimento dogmático-analítico da relação jurídica, empreendido nas últimas décadas, tem revelado uma teia cada vez mais complexa de vínculos e de posições jurídicas subjetivas (elementares). É de se notar que, tal complexidade pode colocar em crise alguns conceitos já elaborados, ou demandará explicações complementares que não infrinjam a harmonia sistêmica.

Assim, por exemplo, parece cada vez mais claro que as posições jurídicas subjetivas complexas ativas podem ter algumas posições passivas imanentes. Ou seja, que lhe compõem a estrutura, ao invés de lhe sejam contrapostas²⁰².

Na noção contudística de direito subjetivo de crédito desnudam-se *deveres laterais* ao lado das posições ativa elementares, conformando o exercício dessas posições ativas (mormente os poderes jurídicos) e ressignificando o processo relacional²⁰³.

Tal modalidade de deveres laterais tem por escopo proteger as partes de todas as intromissões danosas em sua esfera jurídica que podem advir do contato recíproco durante o ciclo de vida da relação jurídica obrigacional/contratual. São comumente denominados deveres de proteção²⁰⁴.

3.2 Desenvolvimentos da *relação jurídica* na teoria da transmissão – as complexidades da relação jurídica obrigacional

evidente a visualização de que o seu exercício experimenta limites que lhe são imanentes” (Abuso de direito e direitos subjetivos, São Paulo: RT, 2011, pp. 45-46).

²⁰² assim como posições passivas complexas podem também ter a si atrelados “direitos” (posições de poder jurídico). Obviamente, a presença de deveres laterais às posições subjetivas complexas *ativas* – e de direitos anexos a posições subjetivas complexas *passivas* – não as desnatura em seu significado preponderante (ativo ou passivo), já que na posição jurídica ativa há carga predominante de poderes, e na passiva, predomina a carga de deveres.

²⁰³

²⁰⁴ Nesse sentido Manuel A. CARNEIRO DA FRADA, que diferencia, ainda, os deveres de proteção de outra modalidade de deveres laterais, mais ligados a interesses conexos com a prestação e tendo, portanto, finalidade positiva e tutela dirigida ao fim secundário e imediato da prestação, geralmente suscetível de ser determinado pela boa-fé (objetiva) (*Contrato e deveres de proteção*, Coimbra: Almedina, 1994, pp. 40-41).

Não se explica o direito subjetivo sem que se considere os deveres jurídicos e outras vinculações que lhe correspondam, e a cargo de outra pessoa²⁰⁵. Sendo o direito subjetivo um *poder jurídico* (ou um conjunto de poderes) não se admite que seja exercido em face de ninguém ou que não subordine pessoa alguma.

Portanto, não se compreende o direito subjetivo fora da relação jurídica, ou seja, de uma relação *intersubjetiva* regulada por regras do ordenamento jurídico²⁰⁶.

Na relação jurídica obrigacional, o direito subjetivo de crédito é simétrico às vinculações à cargo da contraparte, a qual é pessoa determinada ou determinável. Ao poder jurídico de *exigir* ou *pretender* de outra pessoa um determinado (e específico) comportamento positivo ou negativo (prestação) corresponde, para o outro sujeito da relação jurídica obrigacional, a necessidade de adotar aquele comportamento prescrito pela norma que confere ou que lastreia o direito subjetivo. A esta posição de necessidade de observância de um comportamento adstrito ao poder jurídico subjetivo (posição de possibilidade), dá-se o nome de *dever jurídico*²⁰⁷. Mais especificamente, *dever jurídico de prestação*.

Poder jurídico de exigir (*pretensão*) é o elemento primacial do direito subjetivo de crédito e o *dever jurídico de prestação* é o elemento primacial da obrigação²⁰⁸; *direito subjetivo de crédito e obrigação* são posições jurídicas subjetivas complexas que correspondem, respectivamente, ao polo ativo e ao polo passivo da relação jurídica obrigacional²⁰⁹⁻²¹⁰.

²⁰⁵ Ou de todas as outras pessoas, no caso de direitos reais e outros direitos absolutos. Cf. Karl LARENZ, op. cit., pp. 262-63.

²⁰⁷ Cf. Manuel A. Domingues de ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica, vol. I: sujeitos e objeto*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 10.

²⁰⁸ São, portanto, posições jurídicas subjetivas elementares, que se integram em posições jurídicas subjetivas complexas (direito subjetivo e obrigação) e, em princípio, podem ser delas destacadas ou, ao menos, analiticamente identificadas.

²⁰⁹ Consabido que o termo *obrigação* é também polissêmico, podendo designar a posição jurídica subjetiva complexa passiva de uma relação jurídica obrigacional, assim como a própria relação jurídica obrigacional.

²¹⁰ Para uma construção completa dessas noções fundamentais, cf. Giuseppe LUMIA, *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3ª ed., Milano: Giuffrè, 1981, pp. 109-113.

Essas posições jurídicas subjetivas complexas ativas e passiva integram-se na relação jurídica obrigacional, estruturada por, *ao menos*, duas pessoas (credor e devedor), um ou mais objetos (prestações) e eventuais circunstâncias de tempo, de espaço ou outras²¹¹.

A prestação é o objeto nuclear da posição jurídica subjetiva complexa passiva (obrigação)²¹². Mas o objeto total da obrigação excede frequentemente um só dever. Realmente, pode-se identificar, no mais das vezes, uma prestação principal e *outras prestações* secundárias, complementares ou instrumentais (também denominam-se *deveres secundários de prestação*). Todas direcionadas à plena satisfação dos interesses do credor ou ao pleno cumprimento do programa contratual.

Ademais, consoante Carlos Ferreira de Almeida²¹³, “à volta desse núcleo gravitam outros deveres, cujo objeto não tem a natureza de prestação, que se dizem acessórios por terem como finalidade assegurar a realização da prestação ou evitar que esta cause dano”.

O fundamento desses deveres acessórios²¹⁴ ou orbitais (também denominados deveres laterais) é recorrentemente identificado na cláusula geral da boa-fé objetiva, positivada em diversos ordenamentos jurídicos ocidentais, por influência do grande e profícuo desenvolvimento da jurisprudência alemã a partir do § 242 do BGB²¹⁵. Estes deveres acessórios, orbitais ou laterais incidem tanto sobre o credor (posição jurídica ativa)

²¹¹ Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, vol. IV: *funções, circunstâncias, interpretação*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 75-76.

²¹² Em Carlos Alberto da MOTA PINTO: “O dever de prestação é o elemento decisivo que dá conteúdo mais significativo à relação contratual e determina o seu tipo” (*Cessão de contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 278).

²¹³ *Op. cit.*, p. 76.

²¹⁴ A designação de deveres acessórios não encontra uniformidade de significado estrito na doutrina. Por vezes é utilizada para os deveres secundários, acessórios da prestação principal. Às vezes, para os deveres laterais de conduta. Cf., nesse sentido, Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Cessão de contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 279.

²¹⁵ Como se verá com maior detença na subseção 3.5.3 abaixo, esses deveres acessórios devem ser observado tanto no cumprimento da obrigação (*dever principal ou primário de prestação*) quanto no *exercício do direito de crédito*.

como sobre o devedor (posição jurídica passiva), instando as partes a agirem segundo a boa-fé, tanto no cumprimento de obrigações como no exercício do direito de crédito²¹⁶.

Assim, o desenvolvimento da dogmática da relação jurídica obrigacional tem identificado várias complexidades, ou *complexidades em mais de um nível*, além da estruturação orgânica ou processual de tais relações.

Consoante vem sendo abordado, tem-se, num primeiro nível de complexidade, a análise da própria relação jurídica. Diz-se una ou simples quando se estrutura tão só em um direito subjetivo atribuído a uma das partes e no dever jurídico ou estado de sujeição atribuído à outra²¹⁷. Pode-se dizer que os polos da relação são simples, porque, numa primeira perspectiva, cada um ou é só ativo ou só passivo²¹⁸. Relação jurídica complexa ou múltipla abrange um conjunto de direitos e de deveres ou estados de sujeição, originados do mesmo fato jurídico²¹⁹⁻²²⁰.

A relação jurídica simples corresponde, no mais das vezes, às relações de dívida advindas de atos ilícitos e do enriquecimento sem causa. A grande maioria das relações jurídicas contratuais (que tem por fonte um contrato) estrutura-se como complexa ou múltipla.

²¹⁶ Segundo Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, os deveres acessórios ou laterais podem ter perfil omissivo (de lealdade, de sigilo, de segurança), como de atuação positiva (de informação, de cooperação, de diligência) (*Contratos, vol. IV: funções, circunstância, interpretação*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 76).

²¹⁷ Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, pp. 64-65.

²¹⁸ Contém só posições jurídicas subjetivas ativas ou só posições passivas. Trata-se de uma perspectiva parcial, somente. A continuidade das explicações revelará que as complexidades das posições jurídicas permite a presença de elementos mistos.

²¹⁹ Cf. Manuel A. Domingues de ANDRADE, *Teoria geral do negócio jurídico*, vol. I: sujeitos e objetos, Coimbra, Almedina, 1983, pp. 3-5; Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, pp. 65; Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 11ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 73.

²²⁰ Karl LARENZ denomina a relação a relação contratual (geralmente com prestações recíprocas) de *relação jurídica total*, e a relação obrigacional simples de *relação de prestação isolada* (*Derecho de obligaciones*, tomo I, trad. esp. de Jaime Santos Briz, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 37).

Um segundo nível de complexidade é analisado dentro dos polos da relação obrigatória (ou na posição jurídica total titularizada pela parte), onde, a cargo de cada parte, pode haver mais de um dever de prestação, ainda que classificáveis como principais e secundários. Mas ambos participam da configuração típica do negócio jurídico que as contém²²¹.

Além deles, como já mencionado, há ainda deveres laterais²²², que orbitam em torno dos deveres de prestação (e mesmo dos poderes jurídicos da posição jurídica subjetiva ativa) e instam as partes a proceder, no desenvolvimento da relação obrigacional, com lealdade, honestidade e consideração pela outra, protegendo os interesses globais envolvidos na relação obrigacional. Estes deveres (laterais) não se voltam para o interesse no cumprimento do dever principal de prestação, mas se caracterizam por função auxiliar da realização positiva do fim do contrato e de proteção aos interesses envolvidos na relação, preservando-os de danos²²³. Os *deveres laterais* têm perfil e conteúdo diversificados e, muitas vezes, determináveis completamente somente no concreto desenrolar da vida da relação²²⁴.

²²¹ Nesse sentido, a sintética lição de Manuel A. CARNEIRO DA FRADA: “a relação jurídica obrigacional alberga no seu seio, sem prejuízo da sua unidade, uma pluralidade de elementos autonomizáveis com utilidade para a captação de seu regime, constituindo, por isso, uma realidade complexa. Normalmente, ela surge polarizada em torno de uma ou mais prestações que definem a sua configuração típica. Trata-se dos deveres principais ou primários de prestação por via de cuja realização se pretende alcançar o fim determinate da constituição do vínculo obrigacional. Ao lado deles costumam os autores apontar outros deveres de prestação, quer os que se encontram numa relação de acessoriedade com a prestação principal por visarem a satisfação cabal do interesse que nesta deposita o credor (*deveres acessórios da prestação principal*), quer os que constituem um sucedâneo ou complemento da prestação principal)” (*Contrato e deveres de proteção*, Coimbra: Almedina, 1994, pp. 36-38). No mesmo sentido, Carlos Alberto da MOTA PINTO distinguindo os deveres secundários de prestação em a) *deveres secundários com prestação autônoma* e b) *deveres secundários, acessórios da prestação principal* que não têm autonomia em relação a esta (exs.: dever de custodiar a coisa prometida, de a embalar, de promover seu correto transporte) (*Cessão de contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 279).

²²² *Deveres laterais* parece ser a designação predominante para essa classe de deveres. Em Alemanha, designa-se “Nebenpflichten”.

²²³ Cf. Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Cessão de contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985, pp. 280-81.

²²⁴ *Ibidem*, p. 288. Há, inclusive, em doutrina, a identificação de certos deveres laterais – como o de proteção ou de cuidado – criados pelo contrato e que se estendem a alguns terceiros, que podem se tornar credores de crédito indenizatório no caso de violação de tais deveres. Nesse sentido, Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 11ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 75, n.r. nº 1).

Ainda no segundo nível de complexidade, e numa análise ainda mais globalizante, identificam-se nas situações jurídicas subjetivas complexas da relação obrigacional, a par do plexo de deveres acima indetificados, outras posições jurídicas parcelares ou elementares: direitos potestativos (*rectius*: poderes formativos), sujeições, ônus jurídicos, expectativas jurídicas, consoante será visto com mais minúcias na seção abaixo.

Esse segundo nível de complexidade independe do primeiro nível. Ou seja, a complexidade de deveres verifica-se tanto em relações obrigacionais unas ou simples, como nas múltiplas ou complexas.

O terceiro nível de complexidade advém da “impureza” das posições jurídicas subjetivas complexas ativa e passiva. Assim, no direito subjetivo de crédito, enquanto posição jurídica subjetiva complexa *ativa*, encontram-se *deveres* associados ao exercício dos poderes elementares que o compõem, como, por exemplo, o direito de cooperação com o adimplemento ou com a execução contratual; igualmente, na posição jurídica complexa passiva congregam-se direitos associados, sem que a posição deixe de ser preponderantemente passiva (significado de *necessidade* para a esfera de liberdade do sujeito de direito).

Num outro aspecto de complexidade, que se pode chamar de dinâmico, *deveres* (principais, secundários e laterais) e *poderes* vão surgindo como posições jurídicas das partes no curso do desenvolvimento da relação contratual. Ou seja o conjunto de posições jurídicas elementares titularizadas pelas partes é variável de momento a momento durante a vida da relação contratual, num encadeamento orientado para determinado fim (a realização total dos interesses envolvidos no programa contratual). Tem-se, nesse aspecto de complexidade, a visão da relação obrigacional ou do contrato como um *processo* ou como um *organismo*²²⁵.

²²⁵ Cf. Karl LARENZ *Derecho de obligaciones*, tomo I, trad. esp. de Jaime Santos Briz, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, pp. 38-41; Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 11ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, pp. 74-77.

Tanto mais evidente e presente é essa complexidade dinâmica nos chamados contratos de duração (ou de longa duração).

Os deveres variáveis durante o curso do desenvolvimento e execução obrigacional podem ser tanto deveres de prestação quanto deveres laterais²²⁶.

Interessante para o tema de cessão de posições jurídicas é saber quais desses deveres secundários acessórios, instrumentais e laterais/orbitais e quais das demais posições jurídicas subjetivas podem ter significação autônoma frente à relação jurídica obrigacional (una ou múltipla) em que se inserem originariamente.

Os elementos da relação jurídica obrigacional (una ou múltipla) podem circular – podem ser objeto de poder de disposição – porém nem sempre e nem em todas as circunstâncias jurídicas. Por outro lado, não é exata a afirmação de que a relação jurídica circula no tráfico jurídico, ou é transferida, ou transmitida. Embora a expressão “transmissão da relação jurídica” seja muito presente em doutrina, quando da explanação dogmática dos negócios de cessão, carece de precisão (ver item 3.4, acima).

3.3 Posições jurídicas subjetivas – complexidade e autonomização

O desenvolvimento dogmático da análise estrutural e funcional dos direitos subjetivos e da relação jurídica revela uma complexificação de elementos para explicar adequadamente todos os fenômenos relacionais apreendidos pela juridicidade.

Diz Karl Larenz que a relação jurídica obrigacional é um conjunto complexo de posições jurídicas²²⁷.

²²⁶ Cf. Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Cessão de contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 287.

²²⁷ *Derecho de obligaciones*, tomo I, trad. esp. de Jaime Santos Briz, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 37. Enuncia o referido autor: “la relación comprenderá una serie de deberes de prestación y conducta, y además de ellos se puede contener para una u otra de las parte derechos de formación (p. ej., un derecho de denuncia o un derecho de opción) u otras ‘situaciones jurídicas’. Es pues, un conjunto no de hechos o de acontecimientos del mundo exterior perceptible por los sentidos, sino de ‘consecuencias jurídicas’”.

Tal qual a descoberta (descrição e comprovação) do átomo pela física moderna derivou em sucessivas descrições e comprovações de novas subpartículas, cada vez mais elementares e funcionalizadas, assim também as teorias do direito subjetivo e da relação jurídica precisaram descrever novos elementos compositivos para bem referendar soluções jurídicas que reclamavam concretização no âmbito dos elementos abstratos das teorias gerais²²⁸.

Conforme abordado na seção precedente, tanto os direitos subjetivos quanto as situações jurídicas de necessidade a cargo de sujeitos de direito são tidos como realidades complexas, não só por se estruturarem em posições jurídicas subjetivas complexas constituídas por posições jurídicas elementares, mas também por não se constituírem unicamente por posições elementares *só* ativas ou *só* passivas.

Na tessitura econômico-social, a grande maioria das situações jurídicas vivenciadas remetem a estruturas de posições jurídicas complexas que concentram, *cada uma*, em seus titulares, tanto direitos quanto deveres, tanto posições de poder quanto posições de necessidade (comportamentais e de sujeição), ainda que com predominância de aspectos ativos ou passivos²²⁹.

Consoante visto na seção precedente, em outra perspectiva da complexidade estrutural das posições jurídicas subjetivas, nota-se que as posições elementares de posição subjetivas complexas, e insertas em dada relação jurídica (unas/simples ou múltiplas/complexas) e a elas referidas, são núcleos no entorno do qual orbitam outras posições de mesma natureza – quer dizer, ativas ou passivas – que as secundam, as complementam e/ou lhes fluxionam significação.

²²⁸ Quanto a essas precisões, cf. Karl ENGISCH, *Die idee der konkretisierung in recht und rechtswissenschaft unserer zeit*, 1968, trad. esp. de Juan José Gil Cremades, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Granada: Comares, 2004, pp. 217-221.

²²⁹ Cf., nesse sentido, Thiago RODOVALHO, *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: RT, 2011, pp. 48-50.

Assim, para exemplificar situação que reclama concretização de soluções a partir do sistema, impingindo esforços dogmáticos construtivos e/ou reveladores, tem-se a figura do *adimplemento defeituoso*, que obriga à individualização de vínculos de comportamento que não se confundem com as prestações convencionadas e que são nucleares ao significado do conteúdo contratual (“estruturais” em relação ao programa contratual convencionado pelas partes); quando inobservados, tais vínculos de comportamento implicam em uma terceira forma de violação contratual, denominada *cumprimento imperfeito*, que não se amolda à mora e nem ao inadimplemento absoluto (impossibilidade), figuras talhadas para as vicissitudes dos deveres de prestação²³⁰.

Um desses vínculos comportamentais laterais, orbitais ou anexos é o *dever de proteção*, jungido sempre à posição jurídica subjetiva complexa passiva, mas ocorrente também no exercício de posições jurídicas subjetivas *ativas*.

Seguem análises de algumas das posições jurídicas subjetivas secundárias:

- Ônus jurídico

O ônus diferencia-se do dever comportamental, embora ambos impliquem em sacrifício de um interesse próprio para a obtenção de um dado resultado jurídico.

Mas enquanto no dever comportamental o sacrifício do interesse próprio se dá em favor de um interesse alheio, o ônus representa um sacrifício de um interesse próprio para a obtenção de uma vantagem ligada a um outro interesse próprio do sujeito²³¹.

²³⁰ Cf. Manuel Antônio CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Coimbra: Almedina, 1994, pp. 36-37.

²³¹ Geralmente, a posição de vantagem (resultado favorável) decorrente da observância do ônus advém de uma objetiva consideração entre o interesse próprio sacrificado e o interesse próprio contemplado por aquele sacrifício, de forma que o interesse contemplado possa se dizer superior ao primeiro interesse, ora sacrificado. Mas a especificidade do ônus consiste em se deixar ao âmbito de análise do sujeito a consideração de qual interesse concretamente lhe é mais caro na situação em que a posição de ônus surge. Isto é, cabe ao titular da posição de ônus averiguar *in concreto* o sacrifício de um interesse na busca de um resultado por ele desencadeado, exercitando tal sacrifício ou, se preferir, deixando de fazê-lo. Em sentido aproximado, cf. Giuseppe LUMIA. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3ª ed., Milano: Giuffrè, 1981, pp. 118-9.

Ainda, a inobservância do dever comportamental implica geralmente em uma sanção para o sujeito que o tem em seu encargo (posição de necessidade jurídica que se estabelece em correlação a um poder de exigir exercitável por outrem), enquanto que a inobservância de um ônus pelo sujeito tem por consequência o não alcance do resultado favorável que se lhe adviria²³².

Diz-se que o ônus nasce de normas que podem ser denominadas de instrumentais, por não imporem o dever de praticar atos determinados, mas por prescreverem condutas ou modalidades que o sujeito de direito deve observar para alcançar determinados resultados favoráveis em sua esfera jurídica²³³.

À figura do ônus, enquanto posição jurídica subjetiva²³⁴, aproxima-se, de certo modo, a da *conditio iuris*, identificada por certa doutrina quando da análise das condições ditas *impróprias*²³⁵. Dentre os elementos acidentais do negócio jurídico (*accidentalium negotii*) ou *cláusulas acessórias*, a doutrina identifica como mais importantes e frequentes a condição, o termo e o modo²³⁶.

²³² Faz-se digna de menção uma outra nota diferenciadora entre ônus e dever (em sentido mais geral que o de *dever comportamental*, mas também compreensivo deste), apreendida por I. GALVÃO TELLES, que a liga às noções de ilegalidade e de ilicitude: “A *ilicitude* é uma *ilegalidade*, mas a *ilegalidade* nem sempre é uma *ilicitude*. Um ato diz-se *ilegal* todas as vezes que contraria um *dever* ou um *ônus* imposto por lei; mas só é *ilícito* quando viola um *dever*. Conhece-se a diferença entre *dever* e *ônus*; o primeiro existe no interesse de outra pessoa, o ônus é a necessidade de observar certa conduta para alcançar ou manter uma vantagem, conduta essa que corresponde, pois, ao interesse do próprio sujeito. À violação do dever correspondem *sanções jurídicas*: responsabilidade civil, criminal, disciplinar. A inobservância do onus tem como resultado *sanções econômicas*: a perda ou a consecução da vantagem que estava dependente da própria conduta” (*Manual dos contratos em geral*, refundido e actualizado, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editores, 2002, p. 269-270).

²³³ Cf. Giuseppe LUMIA. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3ª ed., Milano: Giuffrè, 1981, pp. 118-9.

²³⁴ Segundo Giuseppe LUMIA, *op. cit.*, p. 118, o ônus nasce, substancialmente, do encontro de uma faculdade e de uma sujeição.

²³⁵ Para uma exposição dogmática das condições impróprias, cf. Inocêncio GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, refundido e actualizado, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editores, 2002, p. 261-3.

²³⁶ As cláusulas acessórias *condição*, *termo* e *modo* geralmente têm caráter típico na maioria dos ordenamentos modernos, já que a lei as regula expressamente.

E quando se tem por análise o elemento accidental *condição*, alguma doutrina cuida de extremar a condição em sentido técnico (ou *própria*) das *condições impróprias*, que não se amoldam perfeitamente na definição daquela²³⁷.

Como espécie das condições impróprias, exsurge as *conditiones iuris*, em contraposição às *condições em sentido próprio* (que, por esse critério diferenciador, podem denominar-se *conditiones facti*). Embora ambas sejam fatos futuros que influem ou participam da eficácia de fato anterior, as *conditiones iuris* são moldadas pela lei para o desencadeamento eficaz²³⁸. E quando o fato desencadeador da eficácia é um ato volitivo do interessado (v.g., aceitação de herança), surge a semelhança ou proximidade com o ônus, já que uma determinada vantagem (resultado favorável) para o sujeito surge da conduta ou modalidade a seu cargo, ao mesmo tempo em que a inobservância dessa conduta ou modalidade não lhe traz uma sanção propriamente dita, mas a irrealização daquele resultado favorável.

- Expectativas jurídicas

A expectativa de direito pode se definir como direito subjetivo ainda em curso de formação²³⁹, que tem fonte normalmente em um negócio condicional (sujeito a condição suspensiva). Assim, falta-lhe a possibilidade de produzir o conjunto de efeitos jurídicos esperado²⁴⁰.

É, portanto, uma situação jurídica, pertencente a um sujeito, que tende a se tornar um direito subjetivo, embora com ele não se confunda.

²³⁷ Cf. Inocêncio GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editores, 2002, pp. 261-62.

²³⁸ As *conditio facti*, a seu turno, são previstas e moldadas pelas partes do negócio jurídico, em ato de autonomia privada definidor do conteúdo do negócio. Nesse sentido, cf. Fernanda Mynarski MARTINS-COSTA. *Condição suspensiva – função, estrutura e regime jurídico*, São Paulo: Almedina, 2017, pp. 24-25.

²³⁹ I. GALVÃO TELLES refere-se ao direito sob condição suspensiva como “um direito em germe ou gestação, um direito ‘in fieri’” (*Manual dos contratos em geral*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editores, 2002, p. 272).

²⁴⁰ Cf. também, Giuseppe LUMIA. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3ª ed., Milano: Giuffrè, 1981, pp. 116-7.

Diz-se que é uma situação jurídica (ou posição jurídica) porque o ordenamento jurídico assegura-lhe proteção, ainda que limitada, no mais das vezes corporificada em poderes acautelatórios e de função conservativa dos interesses imbricados no direito definitivo²⁴¹.

Por vezes, a tutela deferida pelo ordenamento pode levar à ideia de que, ao titular da expectativa, defere-se um exercício ‘preliminar’ do direito definitivo, ou uma realização antecipada de parcela de seu conteúdo. Mas assim não é. Não se pode exercer direito que ainda não se tem. A *posição pessoal de vantagem* decorrente da expectativa jurídica é *qualitativamente* diversa da do direito definitivo, e não *quantitativamente* diversa. É *funcionalizada* para a preservação das circunstâncias das quais depende a formação do direito subjetivo

3.4 O patrimônio em sentido jurídico

A noção jurídica de patrimônio comporta controvérsias, muitas vezes ocasionadas por certa confusão com a sua noção econômica. Também, ocasionadas pela própria vagueza do termo e pelo seu emprego descriterioso.

A construção conceitual mais depurada parece ser a que identifica o patrimônio como o conjunto de conjunto das posições jurídicas²⁴² titularizadas por uma pessoa (sujeito de direito), *em dado momento*, cujo valor tenha expressão e conversibilidade pecuniária, ou seja, que tenham valor econômico, podendo ser avaliadas em dinheiro²⁴³.

²⁴¹ José de Oliveira ASCENSÃO acentua que “quando surge a tutela juridical, a expectative passa a ser expectative juridical. A lei tutela a sua posição, particularmente através da proibição, dirigida à outra parte, de impedir a verificação da condição. Se certo efeito jurídico está dependente da verificação de uma condição e esta for impedida contra as regras da boa-fé por aquele a quem prejudice, tem-se por verificada” (*Direito civil, teoria geral, vol. 3: relações e situações jurídicas*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 70. Em sentido próximo, Giuseppe LUMIA, *Liniamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3ª ed., Milano: Giuffrè, 1981, pp. 116-117.

²⁴² Consigne-se, novamente, que muitos autores utilizam os termos *relação jurídica* e *situação jurídica* quando o mais correto, no contexto em que encerrados, seria posição jurídica.

²⁴³ Portanto, não entram na concepção jurídica de patrimônio aqueles atributos humanos tutelados pelo direito mas que não se reconduzem a um significado econômico, sempre entendido este como

Por essa síntese, tem-se patrimônio em sentido jurídico como um *conjunto* e, portanto, uma somatória de individualidades que se reúnem por força de uma representação mental e a partir de certos critérios que determinam essa reunião. Obviamente com significado e repercussões jurídicas²⁴⁴.

Assim, para alguma doutrina, os termos individuais que compõem o conjunto denominado patrimônio – em sentido jurídico – são os direitos subjetivos de expressão patrimonial ou pecuniária, ou, ainda, na perspectiva de *patrimônio global*, as relações jurídicas ativas e passiva (que, em alguma síntese, designariam direitos e obrigações) que tenham aquela característica de expressão pecuniária.

A consideração de patrimônio *em sentido jurídico* como um conjunto de *direitos* ou de *relações jurídicas* tem a virtude de desfazer um primeiro equívoco geralmente atrelado à noção econômica de patrimônio.

Deveras, não compõem, propriamente, o patrimônio de uma pessoa as coisas materiais e os bens imateriais que estão em sua posse ou em relação de pertença/atribuição natural, mas, sim, *numa primeira análise*, os direitos *sobre* tais coisas (direitos reais), além de outros direitos patrimoniais (direitos de crédito ou obrigacionais)²⁴⁵, ligados à pessoa por

a suscetibilidade de avaliação e conversão em pecúnia. Os denominados *patrimônio moral* e *patrimônio imaterial* (no sentido de não-econômico) somente podem ser assim considerados em sentido amplo, ou melhor, em sentido impróprio. A noção jurídica de patrimônio assenta-se na sua noção econômica. Cf. Antonio CICU, *La obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, Giuffrè, 1948, pp. 19-20.

²⁴⁴ Nesse aspecto, o patrimônio poderia ser caracterizado como uma universalidade, pois aparentemente esse conjunto serve a uma utilidade comum – a garantia comum dos credores do sujeito de direito. Porém, falta-lhe um princípio objetivo de unificação. Nesse sentido, Antonio CICU, *La obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, Giuffrè, 1948, pp. 18-19. Também, Carlos Alberto da MOTA PINTO: “Não se trata de um objeto jurídico único ou universalidade. Sê-lo-ia se o direito tratasse o conjunto de relações que integram o patrimônio como formado por uma unidade distinta dos seus elementos e susceptível de um tratamento jurídico diferenciado do tratamento que reclamam os vários elementos componentes dela. Assim, quem pretender alienar, por acto entre vivos, todas as suas relações patrimoniais tem que recorrer aos vários tipos negociais adequados à alienação de cada um dos elementos componentes do seu patrimônio (*Teoria geral do direito civil*, Coimbra: Coimbra editor, 1976, p. 234).

²⁴⁵ Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra: Coimbra editor, 1976, p. 234.

atribuição jurídica. Com isso, se extremam da noção jurídica de patrimônio as coisas em si (móveis, imóveis, semoventes, títulos formalizados materialmente etc), mais afeitas ao sentido vulgar ou econômico de patrimônio.

No patrimônio, assim como no tráfego jurídico, o que há são direitos. Trata-se de uma abstração tecnicamente necessária para a explicação do fenômeno jurídico.

Vê-se, pois, que a noção jurídica de patrimônio traça um paralelo harmônico com a noção jurídica de circulação ou de tráfego: o que circula ou que se põe em ação no tráfego jurídico não são as coisas ou as riquezas materializadas, mas a significação que possuem para o Direito, agregadas geralmente em direitos subjetivos e outras posições jurídicas subjetivas.

Nesse ponto, em nova lapidação, pode-se ter o patrimônio de determinado sujeito de direito como o conjunto de suas *titularidades* jurídico-patrimoniais. Agrega-se assim, a ideia de pertinência ou de pertença: somente integram o patrimônio de uma pessoa os direitos subjetivos que estiverem, *atualmente*, em sua titularidade²⁴⁶.

Tem-se, assim, que melhor se identificam nas *posições jurídicas subjetivas patrimoniais* os elementos essenciais componentes do patrimônio, em linha de coerência com o que até aqui se expôs. Identificá-los com as relações jurídicas e, mesmo, (tão só) com direitos subjetivos é algo inexato²⁴⁷.

²⁴⁶ Nessa perspectiva, põe-se a questão das expectativas de direito, enquanto direito subjetivo ainda em formação, em que lhe falta o elemento eficaz. Enquanto direito subjetivo (que ainda não é) não entra no patrimônio de alguém. Mas enquanto posição jurídica, reconhecida e tutelada pelo direito, é atribuída a (titularizada por) determinado sujeito, ingressando em seu patrimônio.

²⁴⁷ As posições jurídicas subjetivas patrimoniais ativas têm valor econômico quando complexas. Assim o direito subjetivo de crédito ou dada posição contratual. Como aduz Ana Maria PERALTA: "A posição jurídica do comprador tem um valor económico. Este valor é particularmente nítido na compra e venda a prestações, aumentando à medida que estas vão sendo pagas. O aprobeitamento deste valor económico, nomeadamente, através da alienação, pode, pois, interessar ao comprador" (*A posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade*, Coimbra: Almedina, 1990, p. 97).

Quanto às posições jurídicas elementares é preciso distinguir: algumas autonomizam-se, mantendo valor económico, como a pretensão ao crédito; certas outras posições elementares somente têm conteúdo económico se e quando estiverem associadas a uma posição jurídica complexa ou a uma que se autonomizou mas manteve valor económico.

As relações jurídicas em si não entram no patrimônio de alguém. Em outros termos, o conjunto de relações jurídicas em que determinado sujeito participa não constitui o seu patrimônio. Relações jurídicas não podem ser titularizadas. Ou somente o podem em sentido muito impróprio. O sujeito *está* na relação; não a tem²⁴⁸.

O patrimônio autônomo ou separado é constituído por um conjunto de posições jurídica, conjunto este unificado por algum fator funcional em que a lei atribui um especial regime de responsabilidade por dívidas. Patrimônio coletivo é algo diverso: é quando um mesmo patrimônio se refere a uma pluralidade de pessoas²⁴⁹.

3.5 Negócio jurídico de cessão e a transmissibilidade das posições jurídicas – precisões terminológicas e especificidades dogmáticas

Nas seções precedentes foram já explanadas as noções básicas de negócio de cessão e do fenômeno da transmissão das posições jurídicas subjetivas (com ênfase nas posições jurídicas subjetivas obrigacionais).

No presente item, passa-se à lapidação de alguns pontos conceituais e, também, à explanação sucinta de algumas especificidades dogmáticas importantes para o enfrentamento das questões centrais da pesquisa, centradas na interpretação e integração da *operação jurídica de cessão de contrato*.

Também como já antevisto, o problema terminológico no estudo do fenômeno transmissivo das obrigações é gravíssimo, defrontando o estudioso com uma profusão de polissemias em conceitos nodais. Dessa forma, várias explicações laterais são necessárias

²⁴⁸ Tal observação passa despercebida em vasta doutrina. Em Carlos Alberto da MOTA PINTO, por exemplo, vê-se a noção de patrimônio frequentemente identificada no conjunto de relações jurídicas ativas e passivas de que uma pessoa é titular (*Teoria geral do direito civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1976, pp. 232-33). Como visto, uma tal ordem de ideias é tecnicamente imprecisa e tem que ser recebida com muita cautela.

²⁴⁹ Cf. Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos, vol. II: conteúdo; contratos de troca*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 61. É polémica a afirmação de que dado patrimônio é de titularidade de um sujeito. A titularidade diz respeito com direitos subjetivos e demais posições jurídicas subjetivas. O patrimônio é o conjunto dessas titularidades.

durante a explanação para que se possam manter mínimas precisões conceituais e para que o entendimento dos fenômenos estudados não seja desvirtuado.

Preferiu-se tratar especificamente de algumas importantes questões terminológicas – em grau de precisão conceitual – neste momento da dissertação com o intento de buscar, agora, uma “amarração” dos conceitos a partir de certos desenvolvimentos que já foram procedidas esparsamente nos itens anteriores. Nesse esforço, serão identificadas as polissemias e as precisões nos conceitos basilares de *cessão*, *transmissão de posições jurídicas* e *cessão de contrato*. Assim também quanto a algumas dificuldades terminológicas (e conceituais) acerca de efeitos advindos do fenômeno transmissivo. Conjuntamente ao esforço de precisão conceitual, serão procedidos desenvolvimentos dogmáticos pertinentes.

3.5.1 Cessão, negócio de cessão e operação jurídica de cessão – estrutura do negócio de cessão

Como já ressaltado²⁵⁰, o termo *cessão* pode designar tanto o específico *efeito jurídico* de transmissão permanente de uma posição jurídica subjetiva obrigacional quanto o *fato jurídico* que dá causa àquele efeito.

A cessão enquanto fato jurídico – antecedente causal da específica transformação do mundo jurídico – constitui-se como *negócio jurídico contratual*²⁵¹. Denomina-se *negócio de cessão*.

²⁵⁰ Cf. n.r. nº 2.

²⁵¹ Na lição de Gustavo HAICAL, centrando-se na cessão de crédito, “sendo um negócio jurídico bilateral de transmissão de um crédito, a cessão não pode ser classificada com base nos efeitos obrigacionais, já que estes apresentam somente eficácia mediata. A eficácia imediata é a translação do crédito, processada pelo ato de disposição incluso nas declarações de vontade” (*Cessão de crédito: existência, validade e eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 21-22). A *cessão de contrato* ou *cessão de posição contratual* é, por sua vez, negócio jurídico trilateral.

A cessão, enquanto *efeito jurídico*, designa a *função eficiente* do negócio de cessão, ou seja, o efeito funcional que lhe é primacial e constante: a transferência de posição jurídica subjetiva obrigacional²⁵².

Quando o negócio de cessão tem por objeto a posição jurídica subjetiva de crédito (e as demais posições jurídicas subjetivas ativas parcelares que podem acompanhá-la), diz-se *cessão de crédito*. Quando o objeto é a posição jurídica global (totalidade das posições jurídicas ativas e passivas) que dado sujeito titulariza em um dos polos de uma relação jurídica contratual, tem-se *cessão de contrato* ou cessão de posição contratual.

No negócio de cessão, o aspecto do fato jurídico e o aspecto do efeito gerado encontram-se intrinsecamente conexiados, sendo frequentemente confundidos²⁵³. Tal se dá por não ter o negócio de cessão uma estrutura típica ou constante, mas tão só uma *função eficiente* típica. A estrutura do negócio de cessão determina-se por algum negócio jurídico de base, que *integrará* o negócio de cessão²⁵⁴.

²⁵² Quanto ao significado técnico-jurídico de transferência na dogmática do negócio de cessão, ver seção 3.5.3, abaixo.

²⁵³ Cf., nesse sentido, Vincenzo PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti – nella teoria del trasferimento*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 6. Tanto em Itália, como no Brasil, o tratamento legislativo do negócio de cessão enfoca a referida duplicidade de perfis (fato jurídico e eficácia imediata), por vezes ofuscando a categorização da cessão como um negócio jurídico contratual.

²⁵⁴ A estrutura do contrato determina-se pelo seu *conteúdo*, tal qual *resultado jurídico do acordo*. Corresponde ao *resultado global do consenso*, aferível com os cânones da interpretação e eventualmente pelo processo de integração de lacunas. O conteúdo do contrato, sendo uma estrutura, decompõe-se em elementos, identificados de forma imprecisa e flutuante por vária doutrina, lastreada em dificuldades terminológicas. Basta mencionar a oposição entre elementos internos e externos (intrínsecos e extrínsecos), pressupostos e requisitos, circunstâncias e pressupostos etc (Cf. Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos, vol. II: conteúdo, contratos de troca*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 14-15); quanto aos elementos do contrato e sua estruturação lógica, a par de dificuldades terminológicas e classificatórias, cf. Antônio Junqueira de AZEVEDO, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, pp. 32-35 e também n. r. nº 51. Ainda em Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, a cada contrato corresponde um certo conteúdo – que se pode denominar *conteúdo ocorrencial*; a repetição total ou parcial dos elementos desse conteúdo permite aquilatar conteúdos típicos e, a partir deles, uma fórmula canônica do conteúdo contratual à qual se reconduz a totalidade dos conteúdos contratuais (*op. cit.*, pp. 15-16). Tal síntese expositiva tem semelhança à que faz Antônio Junqueira de AZEVEDO na análise do conteúdo do negócio jurídico dentro de uma escala de abstração analítica (*op. cit.*, pp. 31-36).

A *estrutura do contrato* (em geral), enquanto ato jurídico (acordo) reflexivo é formada por elementos que, num esforço metódico e didático, aglutinam-se em grupos²⁵⁵.

Tais são: a) pessoas; b) objetos; c) funções e d) circunstâncias. Cada um deles pode subdividir-se: no grupo das pessoas: a.1) sujeito e a.2) beneficiário; no grupo das funções: c.1) função eficiente e c.2) função econômico-social; no grupo das circunstâncias: d.1) da função eficiente e d.2) da função econômico-social. Estas últimas ainda comportam outras subdivisões²⁵⁶.

Já a estrutura (conteúdo) do contrato *enquanto relação jurídica múltipla ou complexa* é formada pelo conjunto orgânico das posições jurídicas titularizadas pelas partes²⁵⁷. Tanto a relação jurídica (conjunto de vínculos) como o conjunto de posições jurídicas nela insertas (direitos, poderes, deveres principais, deveres secundários, sujeições etc.) são *efeitos* do contrato enquanto ato jurídico (consenso). A estrutura da *relação jurídica*

²⁵⁵ O esquema é proposto por Carlos FERREIRA DE ALMEIDA (*Contratos, vol. II: Conteúdo, contratos de troca*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 17-19). Há dissensos na doutrina quanto aos elementos que compõem ou estruturam os negócios jurídicos. Quando se analisa a questão pela comparatística, há, por óbvio, que se ter em conta especificidades de cada ordenamento jurídico. Porém, a “universalidade” da dogmática do negócio jurídico no direito continental (assim como na América Latina, por ele influenciada) permite a utilização de lições de um amplo leque de autores, nem sempre chegando-se, ainda, a um grau satisfatório de concordância e sistematização. Francesco SANTORO-PASSARELLI, p. ex., não vislumbra nos sujeitos e no objeto elementos do negócio jurídico, mas simples termos entre os quais e sobre os quais o negócio se forma. Os elementos do negócio jurídico, para ele, seriam a vontade, o ato e a causa (*Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1981, pp. 129-30 e 134-36. De qualquer forma, o esquema apresentado por Carlos FERREIRA DE ALMEIDA parece ser tão completo quanto aplicável ao ordenamento brasileiro. É certo que a adoção da teoria da causa como elemento do negócio jurídico continua sendo centro de incontáveis discussões acadêmicas. A polêmica não foi sanada com o advento do Código Civil de 2002. Porém a *análise estrutural e funcional* do negócio jurídico parece já enraizada em autores brasileiros de escol que bem trabalharam sobre o tema, destacando-se as obras de Clóvis do Couto e Silva e Antônio Junqueira de Azevedo, dentre outras igualmente profícuas.

²⁵⁶ As circunstâncias da função eficiente: circunstâncias de tempo, de espaço e de eventualidade; as circunstâncias da função econômico-social: circunstâncias de fim, de meio, de conformidade e, tal qual as da função eficiente, de eventualidade.

²⁵⁷ *Parte do contrato* (ou contratante em sentido substancial) é o titular das posições jurídicas radicadas num dos polos da relação jurídica contratual, ou seja, o sujeito a quem é diretamente imputato o conjunto de efeitos jurídicos que decorrem do contrato (cf. Cesare Massimo BIANCA, *Diritto civile, vol. 3: il contratto*, 2ª ed., Milano: Giuffrè, 2013, p. 53).

contratual, enquanto efeitos, tem correspondência na estrutura (conteúdo) do *ato jurídico* contratual²⁵⁸.

*A função eficiente*²⁵⁹ e a *função econômico-social do contrato* (enquanto ato jurídico – consenso) participam de sua estrutura, funcionalizando-a.

Função eficiente (ou *causa eficiente* ou *função jurídica*) do contrato é o elemento que estabelece, em termos lógicos, a relação entre as pessoas, os objetos, as circunstâncias e a função econômico-social de dado contrato. Gera (ou tem aptidão de gerar) a correspondência do significado do conteúdo do contrato com seus efeitos jurídicos diretos. A função eficiente tem ligação estreita com a função econômico-social, sendo-lhe instrumental e complementar: estabelece os meios jurídicos para atinja a modalidade social²⁶⁰.

Uma mesma função eficiente, correspondendo aos efeitos jurídicos *diretos* do contrato, pode servir a mais de uma função econômico-social, assim como determinada função econômico-social pode ser instrumentalizada por mais de uma função eficiente (efeito enquanto meio jurídico).

Carlos Ferreira de Almeida concede esclarecedores exemplos: a doação tem sempre a função econômico-social de liberalidade. (Em Portugal), essa função realiza-se por diversos meios jurídicos, que são eficácias ou efeitos possíveis daquele contrato: transmissão de um direito (doador dispõe de um direito pessoal ou real ao donatário, sem contrapartida); assunção de um débito (doador assume posição jurídica passiva que antes se encontrava na

²⁵⁸ Nesse sentido, Carlos FERREIRA DE ALMEIDA: “Os contratos são ações, isto é, atos orientados para finalidades ou funções. São estas que dão sentido e coerência ao conjunto dos restantes elementos textuais e que entre eles estabelecem relações de coesão. Sendo ato performativo, o contrato tem efeitos correspondentes ao seu significado” (*Contratos, vol. II: Conteúdo, contratos de troca*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 17).

²⁵⁹ A noção de função eficiente não coincide com a de *causa efficiens* proposta por Karlowa e de que nos dá notícia Gian Battista FERRI (*Causa e tipo nella teoria dell negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 18), embora possa também *participar* da qualificação do contrato por meio da abordagem analítica de seus efeitos jurídicos.

²⁶⁰ Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos, vol. IV: funções, circunstâncias, interpretação*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 68.

titularidade do donatário); remissão de uma obrigação (doador promove a extinção remitiva de crédito que tinha contra o donatário). Comparando, porém, esses efeitos com os que resultam de outros contratos, vê-se que a transmissão de direitos (efeitos translativo) é também um efeito típico, por exemplo, da compra e venda (transmissão da propriedade para o comprador) e da sociedade (transmissão para a sociedade das cotas de entrada dos sócios no ato de celebração do contrato); outrossim, verifica-se que a transmissão de obrigação pode resultar de contrato de cessão contratual e que o efeito de extinção de obrigação pode resultar também de um contrato de transação. Em síntese: efeitos jurídicos da *mesma natureza* podem ser gerados por contratos com diferentes funções econômico-sociais (liberalidade, troca, cooperação, reestruturação)²⁶¹.

Ilustra-se, assim, a coexistência de uma dualidade de funções em cada contrato: a função econômico-social (finalidade metajurídica) e a função eficiente ou jurídica, correlacionada aos efeitos jurídicos que decorrem do conteúdo do contrato (ato jurídico – consenso).

No *negócio de cessão*, a função eficiente é constante²⁶²; já a função econômico-social é variável, *integrando-se e conformando-se* à função econômico-social do contrato basal (contrato que lhe está à base). Classifica-se, assim, como *negócio plurifuncional*.

O contrato plurifuncional é também denominado em doutrina como *pluricausal*, *policausal*, *polivalente*, *multifuncional*, de *função variável* ou de *causa variável*²⁶³⁻²⁶⁴.

²⁶¹ Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, vol. IV: *funções, circunstâncias, interpretação*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 67-68.

²⁶² Prefere-se dizer que a função eficiente é *constante*, ao invés de dizê-la típica, já que tal termo poderia induzir a enganos: o negócio de cessão não se reconduz a um tipo negocial justamente por lhe faltar função econômico-social constante.

²⁶³ Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 302-03; Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, vol. IV: *funções, circunstâncias, interpretação*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 45.

²⁶⁴ O entendimento não é unânime, mesmo em Portugal e em Itália. Luis Manuel MENEZES LEITÃO, por exemplo, afirma que o regime da cessão de créditos não constitui um tipo negocial autônomo, mas antes uma disciplina de efeitos jurídicos, que podem ser desencadeados por qualquer negócio transmissivo (*Cessão de créditos*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 285-86). Não parece ser o melhor entendimento. Por vezes, a operação de cessão não tem sua causa reconduzida a um contrato típico, mas a um esquema categorial, como o dos contratos onerosos. O que deixaria sem

Consoante já referido (seção 1.1, acima), os contratos plurifuncionais são os que podem desempenhar mais de uma *função econômico-social* (finalidade metajurídica do contrato), determinada, *em concreto*, por um negócio jurídico *integrativo* que lhe está à base²⁶⁵.

Geralmente, as funções econômico-sociais que mais frequentemente *se integram* no esquema translativo do *negócio de cessão* são: troca, liberalidade, pagamento e garantia.

Em concreto, essas funções podem apresentar-se, *no conteúdo* do contrato de cessão (enquanto ato jurídico integrado pelo negócio basal), com fisionomias típicas, como, por exemplo, permuta ou compra e venda, para a função de troca; doação, para a função de liberalidade²⁶⁶.

Como em todo contrato plurifuncional, o fenómeno que une o negócio de cessão ao contrato que está à (ou lhe serve de) base é de *integração*. Daí que formam um único negócio jurídico, integrados; e não dois negócios (autónomos) conexos, nem justapostos.

O negócio de cessão, enquanto contrato plurifuncional, tem apenas dois elementos constantes: o objeto do contrato (uma posição jurídica subjetiva obrigacional disponível) e a função eficiente (efeito de transmissão da posição jurídica para outro sujeito

explicação a transmissão imediata da posição subjetiva cedida, já que essa especial eficácia não poderia decorrer da categoria.

²⁶⁵ Relevantes figuras negociais reentram na categoria dos contratos plurifuncionais. Além dos negócios de cessão (cessão de crédito, cessão de posição contratual e assunção de dívida) é de se mencionar os *contratos preliminares*.

²⁶⁶ Mas nem sempre o negócio que serve de base ao negócio de cessão e integra seu conteúdo terá a fisionomia de um contrato típico; o negócio de cessão poderá integrar-se em um contrato atípico ou em uma categoria contratual mais geral que o tipo como, por exemplo, o contrato oneroso (cf., em sentido aproximado, João de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 394) Aliás, no Brasil, devido aos termos restritos do art. 482 do Código Civil, que restringe o objeto da compra e venda às coisas corpóreas, a função econômico-social de troca se integra no negócio de cessão por meio de contrato oneroso (considerado como categoria contratual, donde já se extrai relevante regime jurídico).

A disciplina do regime jurídico do negócio de cessão no Brasil faz expressas remissões às categorias dos negócios onerosos e dos gratuitos, como no art. 295 do Código Civil. Assim também, em Itália, o art. 1260 do "Codice Civile": "Il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito, anche senza il consenso del debitore, purché il credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato dalla legge".

de direito – cessionário). Todos os outros elementos são variáveis e referíveis ao contrato base; portanto, o conteúdo do *negócio de cessão* precisa ser “preenchido” (integrado) pelo negócio (que lhe serve de) base²⁶⁷.

No ordenamento jurídico brasileiro não há, para os negócios de cessão, a estruturação de dois contratos logicamente autônomos e sucessivos, como se dá nos ordenamentos que se orientam pela abstração da causa²⁶⁸ no negócio dispositivo²⁶⁹⁻²⁷⁰.

²⁶⁷ Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 394-95; Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos, vol. IV: funções, circunstâncias, interpretação*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 47.

²⁶⁸ Já se disse alhures que o problema da delimitação e conceituação da causa do negócio jurídico é dos temas que mais ocupa os juristas que enfrentam a profunda dogmática dos contratos. Pode a causa ser entendida em muitos sentidos, sob várias perspectivas e dentro de inúmeras modelagens. Não cabe aqui maiores digressões que as essenciais para o entendimento dos tópicos propostos. O sentido de causa na presente seção sera exposto adiante. Neste momento, porém, parece pertinente explanar sucinta compilação elaborada por Federico CASTRO Y BRAVO entorno da problemática da causa: Con pretensions técnicas, se utiliza la figura de la causa en funciones distintas sobre la validez y eficacia de los negocios; las que conviene distinguir, desde ahora, para evitar fáciles confusiones: Respecto al negocio jurídico: 1º La function caracterizadora; es decir, la que hasta aquí se ha considerado preferentemente y que parece ser la principal. La causa se entiende como un requisito esencial del negocio. Consiste en distinguir: a) entre lo que merece consideración de negocio y lo que no merece; se atiende a ella, por ejemplo, en las cuestiones sobre simulación absoluta, error en la causa, obligaciones morales, meros compromisos sociales; b) entre los negocios, distinguiendo los que son lícitos de los ilícito o inmorales; c) entre los distintos propósitos dignos de amparo jurídico; lo que se refleja en la clasificación de los negocios, según su diversa eficacia. 2º. La función justificadora de la atribución patrimonial; en especial, el paso de un bien de un patrimonio a otro. La que se manifiesta en: a) la distinction de negocios causales y abstractos, conforme a la que se separa el acuerdo puro de transmission, del negocio que la origina; b) la justificación de la atribución de bienes, que se manifiesta negativamente en las ‘condiciones’ por falta de causa; c) la justificación de cada crédito y así de la correspondiente obligación; la que separandola artificialmente de la causa de ll contrato, se ha llamado causa de la obligación o de la prestación. 3º También se ha utilizado para referirse a la dependencia entre los negocios; se han podido entonces denominar causales, los negocios de cuya validez depende la de otro; por ejemplo, la fianza no puede existir si no és válido el negocio del que nace la obligación garantizada” (*El negocio jurídico – Tratato practico e critico de derecho civil*, t. X. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Juridicos, 1971, p. 166).

²⁶⁹ Tal qual no ordenamento brasileiro, em Itália tem-se o esquema causal para os negócios translativos. Mas também lá, vez ou outra a influência da doutrina alemã determina certos turvamentos à matéria, como se nota nas advertências de Vincenzo PANUCCIO:” Além do defeito de tratados monográficos recentes, está que o nosso sistema legislativo atual não tem correspondência no sistema alemão, muito diversamente orientado, pelo que as pesquisas dos juristas alemães não podem ser por nós utilizadas a não ser com muita cautela. Uma tradição comum nos liga, ao invés, ao sistema francês, pelo qual não é dado encontrar, salvo raras exceções, estudos adequados, utilizáveis para a fundamentação dogmática do nosso instituto (trad. nossa) (*La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano: Giuffrè, 1955, pp. 3-4). O mesmo autor, em nota de rodapé: recorde-se que o direito alemão considera a cessão um negócio abstrato, conformemente à natureza abstrata reconhecida em geral aos negócios translativos; não requer a notificação para a eficácia do negócio em relação ao cedido e aos terceiros, exceto no caso de penhor de crédito etc (trad. nossa)(idem, p. 3, n.r. nº 4).

²⁷⁰ Ver seção 3.1, acima.

Nesses ordenamentos, em que o negócio de transmissão de posições jurídicas obrigacionais é abstrato²⁷¹, faz-se necessária a estruturação em dois contratos sucessivos e autonomizados: o negócio gerador da obrigação (dever jurídico) de transmitir dada posição jurídica obrigacional – denominado *contrato basal, de base* ou *subjacente* – e o negócio de cessão propriamente dito tem caráter de contrato meramente *dispositivo* e com específica função de adimplemento do primeiro. Nesse esquema, o negócio de cessão também é identificado ou denominado como *acordo de transmissão*²⁷².

Por determinação do ordenamento jurídico, há um corte causal entre contrato-base e negócio dispositivo (negócio de cessão propriamente dito), tornando este abstrato²⁷³ com relação àquele.

²⁷¹ O negócio jurídico diz-se abstrato quando sua validade não é prejudicada pelas faltas ou defeitos que maculam a relação jurídica fundamental que lhe serve de base. Há uma desconsideração com a *causa negotii*. Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 299. É importante notar que a expressão “negócio abstrato” tem mais de um sentido. Rodrigo Xavier LEONARDO explica: “ao se falar em abstratividade da cessão de créditos, portanto, há que se fixar, em primeiro lugar, em que sentido se utiliza a expressão: se abstrato por causas variáveis (insuscetível de ser limitado a uma causa eficiente) ou ‘abstrato’ no sentido de descolado quanto a sua existência, validade e eficácia em face do negócio que lhe é ‘subjacente, sobrejacente ou justajacente’ segundo terminologia de Pontes de Miranda. A questão aqui proposta diz respeito ao segundo sentido” (*A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro*, in *Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal do Paraná* nº 42, 2005, pp. 133-54, p. 147).

²⁷² No Brasil, diante da inexistência de esquema de abstração nos contratos translativos de posições jurídicas subjetivas, o *negócio de disposição* encontra funcionalidade própria somente nos contratos translativos que operam no plano dos direitos reais, autonomizando-se em relação ao contrato obrigacional e tendo significado de adimplemento. O mesmo não se dá com os contratos de cessão (cessão de crédito, cessão de posição contratual), que operam somente no plano do direito das obrigações. Como visto, os contratos de cessão, no Brasil, são plurifuncionais (integram-se ao contrato-base como um negócio único) e são translativos pelos efeitos, determinando a transmissão da posição jurídica subjetiva por efeito direto e imediato do consenso. Pode-se dizer, em outra perspectiva, que estruturação da operação de transmissão de direitos (posições jurídicas subjetivas) em dois negócios distintos somente se justifica se 1) por determinação do ordenamento jurídico, houver o corte causal entre contrato-base e negócio dispositivo (negócio de cessão propriamente dito), tornando este abstrato com relação àquele; 2) a transmissão da posição jurídica subjetiva se operar no plano dos direitos reais e tiver por base contrato (de efeitos) obrigacional.

²⁷³ Vê-se, pois, que a causa do negócio dispositivo existe; ocorre que, por uma construção legal, ela é desconsiderada ou tem sua verificação impedida. Daí a abstração (cf. Clóvis V. do COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 51). Cf. tb. Francesco SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli: Eugenio Jovene, 1981, p. 175.

Na Alemanha, há um princípio geral de abstração da causa nos acordos de transmissão.

No ordenamento brasileiro, assim como em Itália e em Portugal, a transmissão de posições jurídicas subjetivas obrigacionais, por meio de negócio de cessão, é *causal*, ou seja, não perde a *referência* à causa²⁷⁴ que a justifica e que lhe determina o regime jurídico²⁷⁵. Assim também na transmissão de posições jurídicas reais. Outrossim, no negócio de cessão, a eficácia translativa opera no plano do direito das obrigações, tal qual o contrato basal.

Desse modo, no Brasil, não há necessidade de se conceber a operação jurídica de cessão nos moldes do ordenamento alemão, em dois negócios distintos e autonomizados (contrato-base ou contrato para a transmissão e negócio dispositivo ou de transmissão)²⁷⁶.

Quanto ao *objeto* do negócio de cessão, adentra-se, antes, na questão do objeto do contrato em geral, ainda em construção na dogmática hodierna.

Muito se discute entre a separação de *conteúdo* do contrato e *objeto* do contrato, no âmbito da teoria geral do negócio jurídico. Quando aceita, não há uniformidade quanto aos dados conceituais.

²⁷⁴ O termo causa, aqui, é tomado como *causa da atribuição patrimonial* que, aliás, é o significado mais corrente de causa em Alemanha. Cf., nesse sentido, Clóvis V. do COUTO E SILVA: “A doutrina, denominada clássica, examinou o conceito de causa e relacionou-o ao de atribuição patrimonial. Algumas críticas foram feitas a esse entendimento (...) mas apenas afirmam que o conceito de causa é mais amplo. Em se tratando de transferência de bens, vale o axioma de que não há atribuição sem causa” (*A obrigação como processo*, São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 51).

²⁷⁵ Nesse sentido, Gustavo HAICAL: “No direito alemão, é pacífica a posição de considerar a cessão de crédito negócio jurídico abstrato (...). A posição a prosperar na doutrina nacional considera, no entanto, a cessão de crédito um negócio jurídico causal” (*Cessão de crédito: existência, validade e eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 22-23). O referido autor expõe fundamentos nos arts. 294 e 295 do Código Civil. Pode-se acrescentar que o sistema do Código Civil brasileiro contém um princípio geral de causalidade para os negócios translativos, bastante claro para a transmissão de direitos reais (posições jurídicas subjetivas reais) – art. 1.247, *caput* e par. único –, e naturalmente extensível para os negócios de cessão, que operam somente no plano do direito das obrigações. Rodrigo Xavier LEONARDO também conclui pelo negócio de cessão como negócio jurídico causal no ordenamento pátrio, apontando fundamento sistemático no Código Civil brasileiro, em especial nos arts. 307, 358/359 e 880.

²⁷⁶ Nesse sentido, Gustavo HAICAL, *Cessão de crédito: existência, validade e eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 24.

Cesare Massimo Bianca, dentre outros, identifica o conteúdo do contrato, em sentido substancial, no *objeto* do contrato²⁷⁷. Esse próprio autor reconhece as contestações a essa concepção por parte da doutrina italiana que se direciona à construção de de uma noção autônoma de objeto. Nessas tentativas, o objeto é identificado ora nos interesses regulados pelo programa contratual²⁷⁸, ora no *bem* qual entidade real sobre o qual incidem os efeitos negociais²⁷⁹, ora como o bem idealizado pelas partes na previsão negocial, ora na prestação, ora como termo exterior à estrutura do contrato²⁸⁰.

Ainda, pode vislumbrar-se no objeto do contrato a operação jurídico-econômico formatada pelas partes, ou seja, o programa contratual em referência à utilidade prática que tal é próprio a perseguir. Trata-se, pois, de concepção muito objetivada. Tal entendimento é encontrado já na antiga obra de Charles Beudant²⁸¹.

²⁷⁷ *Diritto civile, vol. III: il contratto*, 2ª ed., Milano: Giuffrè, 2013, pp. 320-21. Como conteúdo *em sentido substancial* do contrato tem-se o conjunto das disposições contratuais, ou seja, o conjunto das disposições pelas quais as partes contratantes determinaram a relação contratual; indica justamente o que as partes estabeleceram (p. 316).

²⁷⁸ Essa é a posição de Emílio BETTI: “São objecto, ou ‘matéria’ do negócio, em face de tudo aquilo que dissemos, os interesses que, segundo a ordem social, possam ser regulados directamente, por ação dos próprios interessados, nas suas relações recíprocas (...). Fala-se de ‘interesses’, em vez de ‘bens’, porque também estes, na consideração da consciência social, que o direito faz sua, são valorados sempre em relação aos sujeitos, e tendo em atenção a sua específica aptidão para satisfazer necessidades da vida de relação”(*Teoria geral do negócio jurídico*, tomo I, trad. port. de Fernando de Miranda [*Teoria generale del negozio giuridico*], Coimbra: Coimbra editora, 1969, pp. 158-59).

²⁷⁹ Em Luis DÍEZ-PICAZO e Antonio GULLÓN tem-se: “si tenemos en cuenta la realidad ultima que es apreciada por los contratantes, diremos que el objeto es un bien susceptible de valoración económica que corresponde a un interés de aquéllos” (*Sistema de derecho civil, vol. II: el contrato en general, la relación obligatoria*, 9ª ed., Madrid: Tecnos, 2002, p. 42).

²⁸⁰ Identificando o objeto do negócio jurídico como um termo externo, Francesco SANTORO-PASSARELLI: “Come il rapporto, cos’ il negozio intercede fra sogetti e ha un oggetto: soggetti o oggetto non diventano peraltro, a rigore, elementi del negozio, e tanto meno, come sembra considerarli ancora la legge, requisiti del medesimo, ma restano semplicemente i termini fra i quali e sul quale il negozio si forma: sebbene necessari per l’esistenza del negozio, sono non dentro, ma fuori del negozio medesimo” (*Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli: Eugenio Jovene, 1981 pp. 129-130).

²⁸¹ *Cours de droit civil français: les contrats et les obligations*. Paris: Arthur Rousseau, 1908, p. 104: “Bien que les textes confondent l’objet de l’obligation et l’objet du contrat, l’objet du contra test quelque chose du plus general; c’est l’opération que les parties entendent realizer, l’intérêt que la convention a pour but de régler. Ainsi compris, l’objet de contrats varie à l’infini selon les conventions. Celles-ci peuvent avoir pour but soit de créer ou de trasferer un droit réel, soit de créer, de modifier ou d’éteindre une obligation, soit de realizer un effet de droit quelconque”.

Darcy Bessone também vislumbra o objeto do contrato como a operação que as partes conceberam, mas acrescenta que tal operação não pode ser entendida fora da autorregulamentação dos seus interesses, consubstanciada no conjunto dos preceitos contratuais. Então, o referido autor, partindo da operação entabulada pelas partes, chega à coincidência entre objeto e conteúdo do contrato²⁸².

Pode se identificar a dificuldade dogmática para o estabelecimento de noção mais precisa de *objeto contratual* na mudança de enfoque que sofreu a própria noção de contrato, durante a maturação do instituto durante o século XX (a partir, sobretudo dos estudos da pandectística sobre a figura mais geral de negócio jurídico). Quando se tinha a noção fundamental de contrato como fonte de obrigações, os pressupostos de licitude, possibilidade e idoneidade podiam referir-se, sem maiores dificuldades, à obrigação, ou à prestação ou, até mesmo, ao objeto da prestação (*o bem* ou *coisa* referenciada na conduta devida). Quando da evolução para uma nova concepção de contrato, que de fonte de obrigações passa a instrumento de conformação de relações jurídicas – ou seja, também para modificá-las ou extingui-las, e transferir posições jurídicas – a noção de objeto tal qual adotada entrou em crise, desnudadas as suas contradições. Diversos autores passaram a utilizar a palavra nos mais variados significados possíveis, com adoção de concepções tão diversas quanto pessoais²⁸³.

²⁸² Darcy BESSONE, *Do contrato: teoria geral*, Rio de Janeiro, Forense, 1987, pp. 125-26. Ainda na concepção que vislumbra o objeto e o conteúdo contratual como uma mesma realidade, Inocêncio GALVÃO TELLES: “A nosso ver, o *objeto imediato* da relação jurídica traduz-se no seu *conteúdo*; talvez fosse melhor chamar-lhe assim e denominar pura e simplesmente *objeto* o ‘objeto mediato’. O objeto ‘imediato’ cifra-se, pois, na substância da relação, nos direitos e obrigações que a integram (além doutras realidades jurídicas que dela também fazem parte, quando vista como relação complexa: onus, sujeições, expectativas etc.) (*Manual dos contratos em geral*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra editor, 2002, pp. 406-07).

²⁸³ Cf. Rodolfo SACCO, *Tratatto di diritto privato*, vol. 10, tomo II, (*diretto da* Pietro Rescigno), 2ª ed., Torino: UTET, 2015, pp. 371-372. Segundo esse mesmo autor, na doutrina italiana, por conta também da redação de diversos dispositivos do “Codice Civile” (arts. 1322, 1346, 1376 etc) parece haver predileção pela proximidade conceitual (e mesmo confusão) entre objeto do contrato e conteúdo do contrato. A noção de objeto, ou conteúdo, entendido como o regulamento privado adotado pelas partes justificaria a correlação entre regulamento, prestação e coisa (*ibidem*, p. 373). Em sentido próximo, Enrico GABRIELLE, indicando que “nella disciplina dei contratti in generale, il codice civile italiano menziona l’oggetto in numerose norme, ma sia la mancanza di un rigoroso ed uniforme linguaggio legislativo, sia le ‘ambiguità terminologiche’ che da sempre circondano la nozione, inducono a ricondurvi un’ampia varietà di significati” (*Il contratto e il oggetto nel diritto italiano*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, vol. LXVI, 2012, pp. 27-28).

Nos diversos ordenamentos jurídicos, as disciplinas legais não contribuem para uma melhor elucidação sobre a conformação do objeto do contrato. A título de exemplo, mencionem-se os arts. 1170 e 1171 do Código Civil argentino, que trata das *coisas objeto do contrato* (vê-se, pois, uma equiparação entre as noções de *coisa* e de *prestação* como objeto do contrato ou do negócio jurídico); e o art. 1402 do Código Civil peruano, enunciando que “o objeto do contrato consiste em criar, regular, modificar ou extinguir obrigações” (em que se vê uma confusão conceitual de objeto do contrato, tendo este como ato jurídico ou fonte de direitos e obrigações e não como relação jurídica complexa ou múltipla); no Código Civil uruguaio, o objeto do contrato é especificamente definido como o objeto das obrigações que por eles se contraem (art. 1282); prevê, ainda, o art. 1283 que podem ser objeto dos contratos as coisas ou os direitos que não estão fora do comércio.

Do conjunto de tais definições pode dessumir-se que o objeto do contrato vai identificado com o conceito de prestação e/ou com a noção de objeto mediato da prestação²⁸⁴.

Também se conclui que várias das dificuldades conceituais referem-se principalmente à distinção entre a noção de objeto do contrato e a de objeto da obrigação, resultando em confusão e sobreposição do plano do ato (isto é, do contrato) com aquele da relação (relação jurídica contratual ou em sentido amplo)²⁸⁵.

Os caminhos para a continuidade da construção dogmática do objeto do contrato, no atual estágio, parece passar pela (re)compreensão estrutural do contrato, *enquanto ato jurídico (acordo) reflexivo*. Nessa (re)compreensão, a análise estrutural do contrato não parte da relação jurídica complexa (múltipla) advinda do contrato – com o complexo de posições e situações jurídicas que a formam – mas do aspecto estático do consenso enquanto determinação daquilo sobre que as partes se puseram de acordo por meio das declarações contratuais coincidentes²⁸⁶.

²⁸⁴ Em ampla análise, cf. Enrico GABRIELLE, *Il contratto e il oggetto nel diritto italiano*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, vol. LXVI, 2012, pp. 23-26.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 26.

²⁸⁶ Cf. Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos, vol. II: Conteúdo, contratos de troca*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, pp. 9-10.

Dessa forma, o conteúdo e o objeto do contrato (enquanto acordo com efeitos jurídicos²⁸⁷) não se confundem com o conteúdo e o objeto da relação jurídica (contratual). Esses últimos participam dos efeitos jurídicos do contrato, e assim devem ser considerados na análise proposta. Somente assim entra-se em via de superação das dificuldades conceituais, que confundem e sobrepõem as noções de conteúdo, objeto e efeitos²⁸⁸.

A base do conteúdo do contrato extrai-se do resultado do consenso, aferido por tarefa de interpretação. E o conteúdo de contratos válidos constitui o *suporte essencial* dos seus *efeitos*.

Numa tal perspectiva, parece apropriado considerar o objeto do contrato não como noção coincidente com a de conteúdo, mas como de *elemento* do conteúdo do contrato e, assim, como *componente da sua estrutura*²⁸⁹.

²⁸⁷ Assim, na síntese conceitual de Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, aqui adotada, “contrato é o acordo formado por duas ou mais declarações que produzem para as partes efeitos jurídicos conformes ao significado do acordo obtido” (*Contratos, vol. I: conceitos, fontes, formação*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 39).

Não entra aqui, em linha de análise, as denominadas “prestações de tráfico em massa” ou as “condutas sociais típicas”, desenvolvidas por alguma doutrina alemã e espraiadas na literatura do direito continental como uma nova fenomenologia jurídico-social que se posta diante da insuficiência do modelo teórico do negócio jurídico e da atribuição patrimonial. Trata-se de determinado comportamento sem prévia declaração de vontade, ou em que a declaração volitiva não é posta em consideração. Tomam-se como exemplos já clássicos a utilização de estacionamento de veículos em que se paga uma taxa pelo seu uso. O conductor do veículo que utiliza tal espaço se vê obrigado a pagar a taxa; também a utilização de transportes públicos tarifados ou serviços oferecidos pelas máquinas automáticas (cf. Luís Díez-PICAZO; Antonio GULLÓN. *Sistema de derecho civil, vol. II: el contrato en general, la relación obligatoria*, 9ª ed., Madrid: Tecnos, 2002, pp. 32-33). Díez-Picazo e António Gullón asseveram que “querer reducir estas hipóteses a figuras contractuales no pasa de ser una ficción. No hay en ellas verdadera ‘relación contractual’, pero sí relaciones obligatorias derivadas de una conducta social” (*ibidem*, p. 33). Cf., sobre esse assunto, Karl LARENZ, *O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico* (1956), trad. de Alessandro Hirata in *Revista Direito GV*, vol. 2, jan-jun 2006, pp. 55-63; Luis Renato Ferreira da SILVA, *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp. 119-137.

²⁸⁸ Deveras, como se vê, por exemplo, em Carlos Alberto da MOTA PINTO, claramente a sobreposição dos conceitos de conteúdo, objeto e efeitos, quando se parte da relação jurídica contratual: “(Na noção de objecto do negócio jurídico) deve distinguir-se entre: a) Objecto imediato ou conteúdo – efeitos jurídicos a que o negócio tende; b) Objecto mediato ou objeto ‘stricto sensu’ – consiste no ‘quid’ sobre que incidem os efeitos do negócio” (*Teoria geral do direito civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1976, p. 430).

²⁸⁹ Assim pontua Carlos FERREIRA DE ALMEIDA “Tal como sucede em relação às pessoas, a consideração do objeto como elemento do conteúdo contratual não está vulgarizada na literature jurídica, seja porque se toma como equivalente a todo o conteúdo seja porque, quando referido a

Com essa característica, pode-se ter o objeto contratual como a *referência* a cada um dos *bens* ou *coisas* a que respeitam as funções contratuais e os efeitos do contrato²⁹⁰. O conteúdo contratual é a estrutura do contrato a partir do significado do consenso. O objeto é aquilo em que o contrato *incide*.

Do quanto dito, e num passo a mais, o objeto contratual não se confunde com os direitos, obrigações (deveres de prestação) e outros deveres que derivam do contrato que são, antes, *efeitos* do contrato (enquanto ato jurídico – acordo – reflexivo), decorrendo da autorregulamentação dos interesses das partes. Tampouco constitui objeto do contrato a prestação²⁹¹. A prestação é o objeto imediato da relação jurídica obrigacional. Observa-se porém que, se a fonte da relação obrigacional for um contrato, a prestação figura como um seu efeito, embora a natureza performativa do contrato implique a coincidência tendencial entre o objeto da prestação e o(s) objeto(s) do contrato²⁹².

As posições jurídicas subjetivas das partes contratuais constituem o conteúdo da relação jurídica (complexa) contratual, numa estrutura orgânica. Quanto ao contrato enquanto ato jurídico (acordo), tais posições jurídicas subjetivas são efeitos.

Porém, as posições jurídicas *podem ser objeto* da estrutura do contrato (enquanto ato jurídico – acordo) quando, sendo efeito de um ato jurídico diferente, sejam consideradas em um outro contrato como *bens jurídicos autônomos* sobre os quais incidem os seus próprios efeitos²⁹³.

bens ou a coisas, se encara como algo exterior ao contrato. (*Contratos, vol. II: Conteúdo, contratos de troca*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 57). Linhas acima, já explanou-se sobre a figuração da estrutura do conteúdo contratual, tal como posta pelo referido autor: a) pessoas; b) objetos; c) funções e d) circunstâncias. Cada um deles pode subdividir-se: no grupo das pessoas: a.1) sujeito e a.2) beneficiário; no grupo das funções: c.1) função eficiente e c.2) função econômico-social; no grupo das circunstâncias: d.1) da função eficiente e d.2) da função econômico-social. Estas últimas ainda comportam outras subdivisões.

²⁹⁰ *Ibidem*, pp. 57-58.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 58.

²⁹² *Ibidem*, pp. 58 e 60.

²⁹³ *Ibidem*, p. 58. Nessas passagens, o referido autor adota o termo “situação jurídica” para designar aproximadamente o que aqui se denomina de “posições jurídicas”.

Dessa forma se entende como os contratos podem ter por objeto posições jurídicas (ativa, passivas ou mistas) e também outros atos jurídicos (outro contrato ou atos jurídicos unilaterais).

Assim é quanto ao contrato ou *negócio de cessão*: tem (ou podem ter) por *objeto* posições jurídicas subjetivas *ativas* (p. ex., na cessão de crédito), posições jurídicas subjetivas *passivas* (cessão de débito ou assunção de dívida) e situações jurídicas *mistas* – ativas e passivas – como ocorre na cessão de contrato.

3.5.2 Regime jurídico do negócio de cessão - integração com o regime do contrato-base

Como visto (seções 1.1 e 2.6.1, acima), o negócio de cessão não constitui um tipo contratual por lhe faltar *causa* constante (função econômico-social). Daí classificar-se dentre os chamados contratos plurifuncionais ou policausais. Essa finalidade metajurídica do contrato de cessão é variável. Por ser a função um componente da estrutura do contrato, a estrutura do negócio de cessão também é variável para cada caso concreto.

A complementação do conteúdo do negócio de cessão se dá por meio de um contrato basal (ou que está à base) que necessariamente se integra à estrutura do negócio de cessão. Bem por isso, o negócio de cessão é, no Brasil, negócio em esquema causal, ao contrário de determinados ordenamentos – notadamente o alemão – que o tem em esquema de abstração²⁹⁴.

O regime jurídico (complementar) aplicável ao negócio de cessão extrai-se do contrato que está na base da operação. Caso tal contrato tenha fisionomia típica (permuta,

²⁹⁴ Consoante visto na seção precedente, os contratos abstratos – ou em esquema de abstração – têm causa justificativa em um negócio logicamente anterior, mas há um corte determinado pela lei que os fazem perder sua *referência* causal para certas consequências atreladas à segurança jurídica das transferências.

doação, sociedade etc), o regime jurídico da operação de cessão será reconduzido à disciplina legal dada ao tipo²⁹⁵. Caso tal fisionomia seja categorial (por exemplo, negócio oneroso, negócio gratuito, negócio aleatório), reconduzir-se-á o regime jurídico à disciplina (geralmente esparsa) da categoria ou das categorias de que o negócio basal participa.

Pode ocorrer, ainda, que o contrato integrativo ou basal tenha fisionomia atípica.

Os contratos atípicos podem se formar com elementos estruturais originais ou podem resultar da fusão e combinação de elementos próprios de outros contratos (típicos). Nas combinações, pode ocorrer modificação de elementos característicos dos contratos típicos utilizados como parâmetro, assim como a eliminação de algum de seus elementos secundários. Pode ocorrer, ainda, no processo de formação de negócios atípicos, a justaposição de prestações típicas de diversos outros contratos tipificados, combinados de uma nova forma, decorrendo a unidade do novo contrato da conexão econômica (por subordinação ou por coordenação) entre as diversas prestações²⁹⁶.

Vê-se, pois, que é ampla a plasticidade a ser operada pela autonomia da vontade na formação de contratos atípicos, obviamente dentro das limitações postas pelo ordenamento.

²⁹⁵ Não se confundem as expressões tipo e conceito, embora ambas se valham do recurso à abstração enquanto construção categorial (nesse sentido, Giorgio DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova: CEDAM, 1974, pp. 126-28). Enquanto o conceito é a soma dos elementos característicos, o tipo é mais do que a soma das suas partes, realçando não as características singulares de cada elemento, mas o conjunto que daí resulta. O tipo tem certa plasticidade, porque em sua descrição não há a exigência da presença de todos os elementos típicos, tornando-o operativo (nesse sentido, Vera Helena de Mello FRANCO, *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*, São Paulo, RT, 2011). Sobre a insuficiências dos conceitos para a técnica e o método do direito, expõe Pedro Pais de VASCONCELOS: “O conceito geral abstracto é particularmente eficaz e hábil para designar, para referir, uma pluralidade. É todavia pouco apto para explicitar a verdade e a totalidade dos objectos que abrange, bem como as relações e cambiantes entre si. É muito designativo, mas pouco informativo (...). Não permite, ou dificulta muito, os juízos valorativos, é pouco apta para a concretização das cláusulas gerais e conceitos indeterminados carecidos de preenchimento valorativo, não consegue dar resposta satisfatória aos problemas colocados pelas formas mistas e de transição e é pouco eficiente no que respeita à determinação da exigibilidade concreta” (*Contratos atípicos*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 26).

²⁹⁶ Cf. Vera Helena de Mello FRANCO, *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*, São Paulo: RT, 2011, pp. 178-80.

Quando o negócio de cessão vier integrado por um contrato inominado, a determinação do regime jurídico completo dependerá da adoção de alguns das teorias ou métodos lançados pela doutrina, ou pela combinação deles, a serem determinados *in concreto*, diante da espécie de atipicidade a ser enfrentada. Tais são: teoria da combinação, teoria da absorção e teoria da aplicação analógica²⁹⁷.

Cada uma dessas teorias (ou métodos) apresenta certas adequações e certas deficiências, a depender das espécies de atipicidade²⁹⁸ (diz-se das mais frequentemente identificadas, eis que a plasticidade dos contrato atípicos é ampla, como ressaltado).

3.5.3 Transmissão, sucessão, subingresso – dificuldades terminológicas – determinação da fenomenologia consequente

Num ponto de vista estático, em que não se põe relevo na descrição imagética do *deslocamento* das posições jurídicas (de um patrimônio a outro), mas nas alterações promovidas na relação jurídica, o negócio de cessão é pronunciado como um contrato que opera *modificação subjetiva* em dada relação jurídica já existente. Caracteriza-se, pois, como um contrato da ordem dos modificativos²⁹⁹.

Tal modificação subjetiva pode operar no polo ativo ou no polo passivo da relação jurídica, quando é *una* ou simples (estruturalmente ou em consideração³⁰⁰). Na

²⁹⁷ Cf. Orlando GOMES, *Contratos*, 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 106-07.

²⁹⁸ Nas classificações mais difundidas, os contratos atípicos podem ser: atípicos propriamente ditos e mistos; estes, subdivide-se em contratos múltiplos, geminados, cumulativos e complementares (c.f. Vera Helena de Mello FRANCO, *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*, São Paulo: RT, 2011, p. 180). Orlando GOMES prefere classificar os contratos atípicos mistos em *gêmeos*, *dúplipes* e *mistos* 'stricto sensu' (*Contratos*, 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 105-06).

²⁹⁹ Cf. Inocêncio GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 47.

³⁰⁰ Na análise da cessão de crédito é comum, em doutrina, tomar-se em consideração a relação jurídica, em que inserto o direito subjetivo de crédito, como sendo relação *una* ou *simples*, ou seja, como que estruturalmente composta de um único direito subjetivo contraposto a um único dever de prestação ou, mais claramente, por um pólo que é só ativo e por outro que é só passivo. Isso não significa que o direito subjetivo de crédito não possa ser oriundo de uma relação jurídica contratual (múltipla). Geralmente o é.

cessão de crédito tem-se, pois, modificação subjetiva ativa; na cessão de dívida, modificação subjetiva passiva. Quando se trata de modificação *global* de um dos pólos de uma relação jurídica em sentido amplo ou *múltipla*, diz-se que houve modificação subjetiva na posição contratual³⁰¹. É o que se dá na cessão de contrato.

Ainda na linha de argumentação dogmática, chegamos agora a uma mais clara noção jurídica de transmissão ou transferência de direitos³⁰². Dentre as formas de aquisição de direitos subjetivos (ou de posições jurídicas subjetivas), a transmissão se identifica mais propriamente com a aquisição derivada translativa³⁰³.

A ideia de transmissão implica a de movimentação, mudança de um lugar para outro (translação). E nisso reside certa obscuridade da doutrina quanto à perfeita identificação do fenômeno de transmissão dos direitos subjetivos.

Em um primeiro momento, a dúvida remonta ao “objeto” da transferência, ou da “mudança de lugar”. É comum se encontrar, entre os autores, assertivas que levam a dúvidas: às vezes se menciona a transmissão de uma relação jurídica, outras vezes refere-se à transmissão de direitos; por outras vezes, ainda, menciona-se a transmissão de posição jurídica.

Em um segundo momento, perquire-se se o fenômeno é mesmo o de uma “mudança de lugar” objetiva – qual seja, que envolva aspectos de conteúdo e objeto do direito ou da relação jurídica – ou se ou se a modificação ou o movimento é subjetivo, envolvendo os sujeitos (transmitente e adquirente) ou suas posições de titularidade.

³⁰¹ Cf. Vincenzo PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti – nella teoria del trasferimento*, Milano: Giuffrè, 1955, pp. 8-9; Manuel A. Domingues de ANDRADE *Teoria geral da relação jurídica, vol. I: sujeitos e objeto*, Coimbra: Almedina, 1983, pp. 4-5.

³⁰² Na doutrina, emprega-se comumente as expressões *transmissão* e *transferência* de direitos em sinonímia, embora em alguns casos possa se esboçar alguma diferença. Neste trabalho, serão tomadas como sinônimos.

³⁰³ Vale ressaltar a lição de Manuel A. Domingos de ANDRADE (*Teoria geral da relação jurídica, vol. I*, Coimbra: Almedina, 1983, p. 17): “Uma breve alusão, finalmente, ao confronto entre as noções de aquisição derivada e de transmissão de direitos. No sentido amplo deste último termo os dois conceitos equivalem-se. Mas em sentido estrito a transmissão coincide apenas com a aquisição derivada translativa”.

Há certa complexidade nessa análise. Diversos autores identificam o fenômeno da transmissão de direitos (aquisição derivada translativa) com a da sucessão de direitos. Outros pretendem diferenciá-los.

Em sua obra, Andreas Von Tuhr, afirma que a aquisição derivada geralmente implica a modificação do sujeito, tendo como efeito a sucessão no direito. Desse modo, o sujeito que precede e o que segue estão entre si na qualidade de predecessor jurídico ou autor, e sucessor jurídico, ou sucessor, tendo-se, então, o caso mais simples de sucessão na transferência de um direito em seu pleno estado objetivo para um sujeito novo (sucessão translativa). Além disso, ainda segundo o autor, a condição jurídica do sucessor repousa nos fatos dos quais nasceu o direito para o autor (*factum da sucessão*). Estes últimos ou são um ato de disposição do titular do direito, ou um ato de apropriação do adquirente, ou outro *factum* ao qual a lei atribui a força de transferir um direito a um sujeito novo³⁰⁴.

Percebe-se que o referido autor entende pela congruência entre os termos sucessão e aquisição derivada, adotando para o fenômeno da transmissão jurídica o termo sucessão translativa³⁰⁵. Assim também quanto à aparente congruência entre as noções de sucessão e de aquisição derivada translativa. Porém, entende-se ser mais apropriada a utilização do termo sucessão para a aquisição *causa mortis*, até por ser esse o seu uso mais frequente.

Ainda, João de Matos Antunes Varela³⁰⁶ também entende ser o termo sucessão mais utilizado para designar transmissão *causa mortis* de direitos e obrigações. Para ele – e

³⁰⁴ *Teoría general del derecho civil alemán, vol II: los hechos jurídicos*, trad. arg. De Tito Ravá [*Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*], Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 32-33.

³⁰⁵ Esse mesmo autor, em outra passagem da mesma obra, adverte sobre o emprego do termo sucessão jurídica em sentido amplo, para designar também fenômenos de aquisição originária explicando: “Como vimos, o subseguir-se de titulares jurídicos constitui, por vezes, uma sucessão e, outras vezes, uma suplantação ou uma substituição de um direito por outro do mesmo conteúdo. Se unicamente se consideram os titulares que se sucedem no tempo, sem reparar que entre eles não existe nenhum laço jurídico, também nos casos de suplantação e substituição pode falar-se de um autor e de um sucessor. A expressão ‘sucessão jurídica’ se emprega nesse sentido mais amplo e não técnico, não só na terminologia corrente, mas também no código civil [alemão], quando é indiferente estabelecer-se se o titular atual derivou seu direito de titular anterior” (*op. cit.*, p. 43).

³⁰⁶ *Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, pp. 289-291.

aqui refere-se especificamente aos direitos pessoais –, a transmissão emoldura a imagem de que os direitos de crédito se deslocam, como se coisas materiais fossem, de uma pessoa (transmitente) para outra (adquirente). Ou seja: o direito de crédito, nascido na titularidade do adquirente, é o mesmo direito que pertencia ao transmitente, e não um outro semelhante ou com identidade essencial de conteúdos (em que se teria um fenômeno novativo).

Este autor, entendendo possa se ter as noções de transmissão e de sucessão como não imiscuídas, mas aplicáveis a locus fenomenológicos diversos (atos negociais e fatos *mortis causa*, v.g.) divisa certa diversidade de efeitos, dando um caráter prático à diferenciação³⁰⁷.

Em sentido próximo é o entendimento de Antônio Menezes Cordeiro³⁰⁸, que propõe a diferenciação entre transmissão *lato sensu* de posições jurídicas, que englobaria como espécies a sucessão e a transmissão *stricto sensu*. A diferença entre elas residiria no dinamismo do fenômeno. Na sucessão, a posição jurídica permaneceria estática, verificando-se somente a substituição do seu sujeito anterior por um novo sujeito; na transmissão *stricto sensu*, a proposição é dinâmica, com a posição jurídica realizando uma movimentação da esfera jurídica do transmitente para a do adquirente. Também este autor entende haver diferenças eficaciais entre as figuras: na sucessão, há total inalteração da posição jurídica; na transmissão *stricto sensu*, a posição jurídica mantém sua individualidade, mas pode sofrer alterações em determinadas circunstâncias componentes.

Mário Júlio de Almeida Costa³⁰⁹ utiliza-se do termo genérico transmissão para designar as aquisições derivadas translativas de direitos de crédito ou de posições passivas

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 290. “Dir-se-á, com efeito, na sequência lógica das imagens mobilizadas pelos autores, que no *trajecto* próprio da *transmissão*, ao transitar do antigo para o novo titular, a obrigação ainda pode modificar a sua fisionomia, embora em traços não essenciais. Em contrapartida, na sucessão *mortis causa*, sendo o novo titular do crédito ou da dívida quem vai ocupar o posto do antigo, numa relação que nem sequer *muda de lugar*, não há qualquer oportunidade de alteração da *essência* ou dos *atributos* da obrigação. E a verdade é que esta pura sugestão, extraída das palavras numa dedução substantiva de notório sabor conceitualista, não deixa de encontrar certo apoio no terreno das soluções práticas, pelo que toca especialmente à transmissão singular da dívida”.

³⁰⁸ *Direito civil português, vol. II: direito das obrigações*, tomo II, Coimbra: Almedina, 2010, 206-208.

³⁰⁹ *Direito das obrigações*, 11ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, pp. 809-811.

(dívidas) – denominadas em específico de cessão e de transmissão singular de dívidas, respectivamente –, não se utilizando do termo sucessão.

Orlando Gomes³¹⁰ utiliza-se da expressão sucessão para abarcar as hipóteses que se subsumem na aquisição derivada, *inter vivos* ou *causa mortis* indistintamente. Este autor, aliás, vislumbra na sucessão um fenômeno de alteração do elemento subjetivo (“pessoal”) pela substituição de um dos sujeitos da relação. O autor põe relevo, pois, na substituição dos sujeitos de direito, ou seja dos elementos subjetivos da relação jurídica. Indica a utilização do termo transmissão como exteriorização do fenômeno da sucessão singular³¹¹.

Percebe-se a falta de uniformidade entre os diversos entendimentos de consagrados autores. Nesse mesmo, sentido aponta Marcel Edvar Simões, em monografia sobre o tema³¹². A falta de uniformidade no uso das expressões mencionadas é deletéria para a compreensão e clareza das questões que se apresentam dogmaticamente, prejudicando a cientificidade dessa específica matéria.

Talvez uma proposição útil seja a de considerar os termos sucessão *inter vivos* e transmissão como sinônimos, para expressarem o fenômeno da aquisição derivada translativa. Reservar-se-ia para os casos de transmissão de direitos *causa mortis* por força de lei (herança) ou negocial (legados) o termo sucessão *causa mortis*. A adjetivação (*inter vivos*; *causa mortis*) tem interesse prático pois, como visto acima, vários autores divisam diferenças eficaciais entre a transmissão *inter vivos* e a *causa mortis*. Reconhece-se que essa proposta tem o inconveniente de necessitar de algumas explicações que não decorrem claramente dos próprios termos, mas tem a modesta virtude de escoimar confusões

³¹⁰ *Contratos*, 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 197.

³¹¹ *Ibidem*, p. 199.

³¹² Enuncia: “Desde logo fica claro que o problema terminológico se mostra central. Cumpre advertir que não há, nos diversos sistemas jurídicos e entre os diversos autores, qualquer uniformidade quanto ao uso das expressões sucessão, transmissão, transferência, translação, sub-ingresso, sub-entrada e circulação” (*Transmissão em direito das obrigações: cessão de crédito, assunção de dívida e sub-rogação pessoal*, Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011, p. 3).

conceituais. O termo substituição, por sua vez, parece referir-se mais propriamente a um específico efeito da transmissão e da sucessão *causa mortis*, do que ao fenômeno em si³¹³.

3.5.4 Manutenção da identidade do direito subjetivo ou das posições jurídicas transmitidas – o significado de manutenção da identidade do direito e da relação jurídica – diferenciações na cessão de crédito e na cessão de contrato – aprimoramentos dogmáticos

Já se afirmou no presente trabalho (item 1.1, acima) que o fenômeno eficaz da *transferência* ou *transmissão* de posição jurídica subjetiva obrigacional costuma ser associado à *manutenção da identidade* do direito subjetivo (posição jurídica complexa) e/ou da relação jurídica obrigacional.

A transmissão de posições subjetivas obrigacionais representa desenvolvimento dogmático que suplantou o entendimento de efeito novativo cada vez que havia uma modificação na estrutura da relação jurídica. Daí a necessidade de se enfatizar a manutenção da individualidade e da identidade da relação ou do direito subjetivo em que incide o fenômeno transmissivo.

Diz-se, também manutenção da *identidade* ou da *individualidade* não quer significar, necessariamente, *imutabilidade*. Determinados aspectos do contrato (relação jurídica complexa) ou da relação obrigacional unitária que se estabeleceu entre as partes originais podem sofrer alterações advindas diretamente do conteúdo do contrato de cessão ou de necessárias adaptações operacionais decorrentes da *substituição* de parte.

³¹³ O raciocínio pode se dar da seguinte forma: a *transmissão* de direitos ou a *sucessão 'causa mortis'* importam em *modificação* do aspecto subjetivo da relação jurídica, modificação essa que consiste na *substituição* de um sujeito de direitos por outro. Outra construção válida: tais fenômenos importam na alteração da *titularidade* de direitos subjetivos que se inserem em uma determinada *relação jurídica*

Nesse ponto, faz-se necessária uma análise mais acurada dos efeitos estruturais advindos do negócio de cessão, distinguindo-se tal fenômeno eficaz na *cessão de crédito* e na *cessão de contrato*.

A cessão de crédito é um negócio de cessão, integrado a um negócio basal, que tem por função e efeito (função eficiente) transmitir uma posição jurídica subjetiva *ativa* de crédito – titularizada pelo cedente – para um terceiro (cessionário) que não participava da relação jurídica obrigacional original. O negócio de cessão de crédito é negócio bilateral, com complementação eficaz em relação ao cedido (parte da relação que permanece em suas posições jurídicas originais) operada normalmente por notificação para conhecimento da transferência efetuada.

A cessão de contrato – ou cessão de posição contratual – é negócio de cessão, (também integrado a um negócio basal que lhe dá causa e complementa-lhe o regime jurídico), trilateral³¹⁴, que tem por função eficiente a transmissão a um terceiro do *conjunto de posições contratuais* constituída na pessoa do cedente em uma dada relação jurídica contratual. Por conjunto de posições contratuais compreende-se o complexo orgânico e global dos direitos e obrigações (enquanto posições jurídicas subjetivas patrimoniais *complexas*, compostas por posições jurídicas elementares) titularizados e referidos ao cedente³¹⁵.

Nesse passo, para se evitar frequentes confusões, ressalta-se que a operação de *cessão de contrato* envolve três contratos: o contrato básico (ou contrato objeto, em uma

³¹⁴ Embora amplamente prevalecente na doutrina o entendimento de que é necessário o comparecimento ou a participação do contratante cedido no contrato de cessão, para que este se aperfeiçoe e/ou seja válido e eficaz, dúvidas remanescem quanto à substância desse comparecimento. Será efetiva participação do cedido na formação do consenso e na autorregulamentação dos interesses envolvidos no negócio de cessão?; ou será anuência, esvaziada de um nível cognitivo maior acerca do contratado? Essa dubiedade permeia muitas das explicações dos autores, como se vê em Inocência GALVÃO TELLES: “A cessão de posição contratual tem que ser consentida pela outra parte. Um dos contratantes (cedente) só pode transferir a sua posição no contrato a terceiro (cessionário) se o outro contraente (cedido) o autorizar (art. 424º), ou é anterior ou posterior à cessão. Quando posterior, só com o consentimento se torna válida, porque a autorização a ratifica” (*Manual dos contratos em geral*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 455).

³¹⁵ Portanto, o objeto da transmissão na cessão de contrato é um ente bastante complexo. Embora imagético, é insuficiente designar que por tal negócio transferem-se o direito a uma prestação e a obrigação de efetuar a respectiva contraprestação.

designação mais imagética do que técnica) que é a relação jurídica contratual em que inserta a posição jurídica subjetiva contratual que será objeto da cessão; o contrato de cessão (ou negócio de cessão ou contrato-instrumento) que é o contrato dispositivo que efetiva a transmissão da posição jurídica contratual existente no contrato básico preexistente; contrato-base (ou que está à base) da cessão, que é o contrato causal que se integra no contrato de cessão, completando sua causa e sua estrutura³¹⁶.

A posição jurídica subjetiva transferidas pela *cessão de crédito* pode ter origem (inserir-se) em uma relação obrigacional unitária (simples) ou em relação jurídica múltipla (ou complexa). Na *cessão de contrato*, a posição jurídica subjetiva (global) transferida insere-se *necessariamente* em uma relação jurídica múltipla, constituída em *relação contratual* com prestações recíprocas³¹⁷.

As explanações tradicionais em doutrina acerca da total fenomenologia que implica a cessão de créditos ainda não recepcionaram adequadamente a doutrina geral sobre a complexidade das relações obrigacionais³¹⁸. Isso implica em alguma dificuldade para uma análise mais percuciente e exata da fenomenologia da cessão de contrato, mormente no que diz respeito aos efeitos estruturais (ou estruturantes).

Daí a necessidade de algum desenvolvimento, levando-se em conta as complexidades envolvidas na relação jurídica obrigacional e nas posições jurídicas subjetiva que dela podem derivar.

De início, é necessário constatar que, na cessão de crédito operada em crédito derivado de uma relação jurídica contratual, a *posição jurídica subjetiva ativa complexa crédito* nunca se transmite em toda a sua completude ou totalidade, eis que certas posições

³¹⁶ Cf. essa terminologia em João de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 385 e 393, notas de rodapé.

³¹⁷ Assim, ao menos, na modelagem positivada pelo Código Civil português (art. 424º) e pelo Código Civil italiano (art. 1406), disciplinas que tendem a ser parâmetros para outros ordenamentos jurídicos próximos.

³¹⁸ Nesse sentido já observava DÖRNER, referido por Luis Manoel Teles MENEZES LEITÃO, *Cessão de créditos*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 324, n.r. nº 60.

jurídicas subjetivas ativas elementares permanecem na esfera jurídica do cedente, notadamente alguns poderes formativos ligados diretamente à estrutura e à funcionalidade da relação contratual. Essa transmissão “não integral” de todo o “conteúdo” da posição jurídica subjetiva ativa de crédito não tem o condão de fazer com que o crédito perca as suas individualidade e identidade, segundo a construção dogmática predominante³¹⁹.

Dentre as posições jurídicas subjetivas ativas elementares que permanecem na relação jurídica contratual – e na titularidade do cedente – estão alguns direitos potestativos (rectius: poderes formativos) ligados à relação contratual. Notadamente, poderes de resolução, modificação, atualização, desistência, denúncia do contrato. Trata-se de poderes que podem afetar a existência e a conformação da relação jurídica contratual³²⁰.

Igualmente, por conta da estrutura bilateral do contrato básico continuam a se prender ao cedente as interações com os poderes formativos exercitáveis pela contraparte (cedido). Tais direitos formativos da contraparte são dirigidos ao cedente, a despeito da cessão de crédito operada, e atingirá sua própria esfera jurídica³²¹.

No mais das vezes, para que o negócio de cessão de contrato possa ser operacional, o contrato básico deve estar ainda em fase de execução; ou seja, não ter se exaurido em seus direitos e obrigações correlatos, produzido completamente seus efeitos ou ter-se encerrado o programa contratual³²².

³¹⁹ Pode dizer-se, com algum recurso imagético, que a *posição jurídica subjetiva ativa crédito* transmitida constitui, dentro do esquema da cessão de crédito, a “parcela” *autonomizável* da posição jurídica ativa complexa que tem o cedente na relação jurídica contratual.

³²⁰ Cf. Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Cessão de contrato: contendo parte tratando da matéria conforme o direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 100.

³²¹ Cf. percuciente análise de Marcello ANDREOLI: “Según los criterios expuestos, la original interdependencia objetiva entre los derechos y las obligaciones derivadas del contrato básico, cuando el cedente incumpla sus propias obligaciones contractuales para com el cedido, éste podrá uma de las dos conductas siguientes: a) suspender, respecto al cessionário, el cumplimiento de sus propias obligaciones básicas, oponiendo la excepción del incumplimiento; b) actuar para lograr el cumplimiento o la resolución del contrato básico, salvo, em todo caso, el resarcimento de daños” (*La cesión del contrato*, trad. esp. de Francisco Javier Osset, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, p. 16).

³²² Ilaria RIVA expõe que tanto a doutrina italiana mais recente, como a jurisprudência em formação já entendem que o âmbito operativo da cessão de contrato não se exaure, como parece indicar o art. 1406 do Codice Civile, unicamente aos contratos com prestações correspectivas não ainda executadas, no todo ou em parte, bem podendo abranger contratos unilaterais ou contratos

Dessa forma, tem-se que o cedente, apesar da cessão da posição subjetiva de crédito, permanece como parte contratual no âmbito do contrato básico ou originário, inclusive para o exercício de certos poderes e faculdades³²³.

Na cessão de contrato, ao contrário, o cedente despede-se da relação obrigacional contratual original (contrato básico), eis que toda a sua posição jurídica relacionada insere na referida relação é globalmente transferida ao cessionário, sem resíduos.

Dessas inferências, decorrem importantes entendimentos acerca da fenomenologia da cessão de crédito e da cessão de contrato, quando *operadas em uma relação jurídica contratual* (ou seja, quando a posição jurídica subjetiva de crédito ou a contratual estiverem inseridas em uma relação contratual (múltipla ou complexa).

Numa perspectiva dinâmica, centrada na ideia de deslocamento patrimonial, a síntese dos efeitos do negócio de cessão pode ser descrita como a transmissão da posição jurídica subjetiva obrigacional de um patrimônio a outro, em que o cedente a perde em definitivo e o cessionário a adquire, tornando seu titular (*aquisição derivada translativa*);

Em uma perspectiva estática, centrada nas modificações operadas na relação jurídica que sofre o influxo da cessão, ocorre uma *modificação subjetiva*, consistente na *substituição* de uma parte por um outro sujeito, derivada da alteração da titularidade da posição jurídica cedida³²⁴.

bilaterais executados ex uno latere. Entende a autora que isso “representa un’ evoluzione del pensiero giuridico che, muovendo da una concezione dell’istituto rigorosamente ancorata ala lettera del codice, giunge a interpretare l’espressione ‘non ancora eseguite’ come sinônimo di ‘non totalmente eseguite’” (*Cessione del contratto ed effetti reali – análise de caso – in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. LVI, 2002, p. 637).

³²³ Pode-se dizer, noutra perspectiva, que a cessão de crédito transfere somente o *núcleo autonomizável* da posição jurídica subjetiva complexa de crédito.

³²⁴ Nas explicações do fenômeno são encontradas expressões tecnicamente inadequadas para descrevê-lo, como, por exemplo: “o cessionário ingressa na posição jurídica do cedente”, ou “a relação jurídica é transmitida para o cessionário” ou, ainda, que a “cessão acarreta substituição de um sujeito por outro na titularidade da relação contratual”. A relação do sujeito de direito com a posição jurídica é de titularidade e, portanto, de pertença, referibilidade ou pertinência. De forma que é mais adequado dizer-se que a o cessionário *adquire* (ou, quiçá, assume) a titularidade da posição jurídica subjetiva que pertencia ao cedente. A relação jurídica por sua vez é a figuração de vínculos de direitos e obrigações, construção abstrata que não guarda referência de pertença com os sujeitos. As partes estão na relação jurídica, mas não a titularizam. Cf., quanto ao uso de alguma

Porém, essa modificação subjetiva tem significados estruturais diferentes quando se trata de cessão de crédito e quando se trata de cessão de contrato. Somente na cessão de contrato a modificação subjetiva operada pelo negócio de cessão representa efetiva substituição de uma parte por um terceiro. Na *cessão de crédito* operada em uma relação contratual ocorre consequência diversa.

Nela, o negócio de cessão determina a formação de uma *outra* relação jurídica, una ou simples, ligando uma das partes do contrato (que terá posição de devedor nessa nova relação) ao cessionário e tendo por conteúdo básico a pretensão ao adimplemento (na posição ativa) e o dever de prestação (na posição passiva), com os deveres anexos ou laterais que o caso concreto e a baliza da boa-fé determinarem.

Porém, a relação jurídica *contratual* – da qual destacada a posição jurídica de crédito –, permanece. O negócio de cessão não determina, *a priori*, sua extinção.

Como já referido, a *cessão de crédito* não opera a transmissão de toda a íntegra posição jurídica contratual. Por um lado, então, permanecem na posição jurídica do cedente, no mínimo, os poderes potestativos (*rectius*: poderes formativos) indistacáveis da relação jurídica contratual base, como o direito de resolução, de denúncia. No lado da contraparte, que figura como devedor perante o cessionário, é de se ver que ela ainda pode ter pretensão a dever de prestação a cargo do cedente, dentro da mesma relação jurídica contratual.

Basta pensar-se em uma cessão de crédito operada sobre um contrato de compra e venda em que o vendedor cede (transfere) sua posição de crédito (pretensão ao pagamento do preço) ao cessionário, mas ainda não adimpliu seu dever de prestação de entregar a coisa à contraparte. Obviamente, a relação jurídica contratual entre vendedor e comprador permanece. No caso exemplificado, permanece em fase de execução. Paralelamente, forma-se nova relação jurídica (una ou simples), que tem fonte no negócio de cessão, em que figura o cessionário no polo ativo e o comprador da relação contratual original no polo passivo.

dessas expressões, Dimas de Oliveira CESAR, *Estudo sobre a cessão do contrato*, São Paulo: RT, 1954, pp. 14-15).

Obviamente que o exercício de poderes formativos pelo cedente, na relação jurídica contratual básica, que prejudique a posição do cessionário, ocasionará consequências indenizatórias e, por vezes, de volta ao *statu quo ante*.

Demonstra-se, assim, que, na operação de cessão de crédito, quando opere a cessão de posição subjetiva ativa derivada de um contrato, há um grau menos intenso de “manutenção” da identidade da relação jurídica obrigacional (contratual) e, mesmo, da posição jurídica subjetiva (de crédito) cedida, que é transferida apenas em seu núcleo autonomizável.

Por fim, destaca-se, agora com mais ênfase, que a manutenção da identidade ou individualidade do direito subjetivo de crédito (posição subjetiva ativa complexa) e da relação jurídica original (ou básica) não os salva de certas modificações subjetivas.

Assim, Andreas Von Tuhr³²⁵ descreve normas de direito civil em que o pagamento de dinheiro – que, por regra geral, faz-se no domicílio do credor (quando não se tenha convencionado diferentemente ou quando a lei não traz disposição específica) – pode ser dificultado pela alteração do domicílio do credor, que passa a ser o do cessionário, onde deveria ser efetivado o pagamento. Se tal alteração de domicílio implica em dificuldades adicionais, importantes e não previstas, pode o devedor efetivar o pagamento no domicílio primitivo. Caso não sejam importantes ou significativos os prejuízos advindos para o devedor com a mudança do domicílio do credor, aquela faculdade não se abre, embora possa o devedor carrear ao credor os gastos adicionais que teve em função da alteração do lugar do pagamento. Von Tuhr esclarece que as mesmas regras se operam quando a alteração no lugar de pagamento em função de o crédito passar ao poder de um ou de vários cessionários ou herdeiros.

É interessante notar, pois, que a cessão de posição contratual (assim como a cessão de crédito) pode implicar – e geralmente implica – em mudança do local do pagamento, quando este se estabelece em função do domicílio do devedor ou do credor. A maioria da doutrina considera a cessão de posição contratual como um contrato plurilateral,

³²⁵ Cf. *Tratado de las obligaciones*, trad. esp. de W. Roces, Madrid: Reus, 1934, p. 36.

ou que pelo menos se tem por essencial o consentimento do contratante cedido. Assim, a provável alteração de domicílio que se operará com a substituição do cedente pelo cessionário na relação contratual base presumivelmente não causará maiores dificuldades para o cedido, já que terá consentido com a operação. Por óbvio, situações concretas podem ocorrer que modifiquem esse entendimento, como o erro quanto ao domicílio do cessionário, ou mesmo alguma atuação omissiva ou de má-fé entre cedente e cessionário que oculte o domicílio do cessionário ou a dificuldade que tal alteração suscita ao pagamento.

Especificamente quanto à cessão de contrato, podem ocorrer também importantes alterações no conteúdo da posição jurídica transmitida e nas posições jurídicas das demais partes do negócio de cessão (cedente e cedido) no que tange ao complexo de deveres laterais de conduta.

Como já salientado, a inteira operação de cessão de contrato pode ser ilustrada pela seguinte sequência: contrato básico (ou original) + contrato de cessão (formado por sua vez pela integração do negócio dispositivo + contrato causal de base) = contrato básico modificado.

Após operar seu efeito de transmissão da posição jurídica contratual (alterando a sua titularidade e modificando o contrato básico³²⁶), o negócio de cessão permanece em latência, a té que se complete o programa contratual do contrato básico.

As modificações objetivas³²⁷ operadas no contrato básico são variáveis e contingentes, determinando-se somente em concreto, já que têm caráter adaptativo às novas circunstâncias ligadas à substituição da parte. O vetor da boa-fé objetiva tem papel relevante na determinação do conteúdo dessas modificações.

³²⁶ Que, insista-se, não perde suas individualidade e identidade.

³²⁷ Consoante já salientado, tais alterações não poderão ser essenciais, sob pena de configurar-se novação ou outro fenômeno contratual modificativo, conforme as circunstâncias, com a perda das vantagens advindas do processo de cessão como, por exemplo, a manutenção das garantias e do programa contratual original.

3.5.5 Transmissão das posições jurídicas subjetiva reais e das obrigacionais

As posições jurídicas subjetivas de crédito provenientes de um contrato (portanto, de fonte negocial) pertencem ao âmbito dos *efeitos*³²⁸ deste, e não do seu *objeto*, mas podem configurar-se em objeto de outros contratos com o valor que tenha a expectativa do cumprimento da prestação³²⁹⁻³³⁰.

Conforme salienta Carlos Ferreira de Almeida, essa objetivação dos efeitos não basta para contrariar o dualismo direito das obrigações–direitos reais, que vale no domínio das posições jurídicas subjetivas, inclusive as que são criadas por contrato. Mas, de qualquer forma, relativiza aquela oposição, porque o que é *efeito obrigacional* de um contrato se converte em *objeto* de outro contrato. Essa observação, de certa forma simples, permite evitar equívocos de sistematização e de identificação de regime³³¹.

Em lição integralmente aplicável ao ordenamento brasileiro, o referido autor exemplifica com a *cessão de crédito* (ou, se preferível uma maior generalização, o *negócio de cessão*) que tem, enquanto contrato, *efeito transmissivo*; não tem, em relação à posição de crédito transferida, efeito obrigacional³³².

³²⁸ Consoante já visto (item 1.2, acima), os contratos chamados *obrigacionais* são os que tem por efeito direto a criação de obrigações, ou seja, deveres que têm por objeto uma prestação. Mesmo os contratos translativos pelos efeitos, que têm por característica o *efeito direto e imediato* de transferir uma posição jurídica (seja real, seja pessoal) podem ter em sua estrutura uma “contraprestação” obrigacional à transferência. Assim, por exemplo, a cessão de crédito a título oneroso, em que à transferência imediata da posição creditória segue o pagamento de dinheiro pela contraparte (cessionário).

³²⁹ Cf. seção 2.2, acima.

³³⁰ Em Carlos FERREIRA DE ALMEIDA: “O objeto contratual, enquanto componente da sua estrutura, não se confunde com os direitos, as obrigações ou outros deveres que do contrato emanam. Estes são antes efeitos do ato, para cuja conformação o objeto contribui, mas contribui em conjunto com outros elementos. As situações jurídicas só pertencem à estrutura de um contrato como objeto quando, sendo efeito de um ato jurídico diferente, sejam consideradas nesse contrato como bens jurídicos autônomos sobre os quais incidem os seus próprios efeitos” (*Contratos*, vol. II: *conteúdo, contratos de troca*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 58).

³³¹ *Contratos*, vol. IV: *funções, circunstâncias, interpretação*, Coimbra: Almedina, 2014, pp.77-78.

³³² *Contratos*, vol. IV: *funções, circunstâncias, interpretação*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 78. Na doutrina nacional cf. Gustavo HAICAL: “Da cessão de crédito não exsurgem direitos e deveres obrigacionais à transmissão do crédito, pois a transmissão decorre da própria eficácia da cessão. Não se pode negar, entretanto, que exsurgem direitos e deveres obrigacionais. Esses, contudo, servem para atender a satisfação do crédito transferido ao cessionário, sendo, quanto à espécie,

Realmente, consoante já explanado nos itens 1.2 e 1.3, acima, no sistema do Código Civil brasileiro, o negócio de cessão tem *efeito translativo direito e imediato*, quanto ao deslocamento da posição jurídica subjetiva de crédito de um patrimônio a outro (modificação subjetiva consistente na *substituição* de parte na relação jurídica, na perspectiva estática)³³³.

Quanto à transmissão negocial de *posições jurídicas subjetivas reais*, o ordenamento brasileiro adota o modelo de contratos com eficácia *translativa pela finalidade*, que estruturalmente são contratos obrigacionais, ou seja, que criam o dever jurídico de prestação consistente em transmitir o direito subjetivo real (posição jurídica subjetiva *complexa* real) para o adquirente, mediante uma das *formas de aquisição* previstas na lei.

somente secundários e laterais" (*Cessão de crédito: existência, validade e eficácia*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 22).

³³³ Repetindo-se o exercício de raciocínio já elaborado em itens anteriores da presente dissertação, caso o negócio de cessão, p. ex., tenha sua estrutura integrada por um contrato (*contrato basal*) com *função de troca*, haverá uma contraprestação à transferência que, no mais das vezes, consiste no pagamento de um preço.

4. PROCESSOS DE INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO NEGOCIAL NA OPERAÇÃO DE CESSÃO DE CONTRATO

4.1 Interpretação contratual – função e especificidades

A interpretação sempre opera sobre um ato de vontade, que pode se exprimir na lei ou em negócios jurídicos. Por óbvio há diferenças marcantes nestes dois modelos de manifestação volitiva.

Nos negócios jurídicos a vontade tem papel primordial, participa de seu núcleo conceitual. No contrato (negócio jurídico bilateral) dois ou mais sujeitos de direito, em polos de interesse distintos, autodisciplinam seus interesses, regulamentando-os concretamente e de comum acordo e dentro dos lindes marcados pelo ordenamento jurídico.

A lei é ato de vontade do Estado, que a emana para disciplinar condutas dos cidadãos (por vezes, do próprio Estado), em descrições gerais e abstratas.

Para a lei e para o contrato a interpretação é operação lógica, tendo por missão determinar o significado da vontade manifestada. Porém, diferentes são os métodos e critérios hermenêuticos aplicáveis em cada um destes campos, permanecendo, de comum, alguns princípios. Assim, há preceitos legais específicos para a interpretação do negócio jurídico e, por vezes, do contrato em específico³³⁴.

Para o contrato, enquanto negócio jurídico bilateral (ou plurilateral), a pesquisa interpretativa centra-se na intenção comum consubstanciada nas declarações das partes (textos, comportamentos, silêncio), vetorizada pelo busca do significado total e finalístico do contrato.

³³⁴ Cf. Darcy BESSONE, *Do contrato: teoria geral*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 215-16

4.2 Interpretação e integração da operação de cessão de contratos – questões específicas

A operação de cessão de contrato suscita específicos problemas que demandam atenção dos operadores da comunidade jurídica³³⁵.

Repise-se que operação de cessão de contrato deve ser considerado todo o *iter* percorrido (ou a ser percorrido) pelas partes originais e pelo cessionário (no contrato básico), sendo o negócio de cessão uma relevantíssima vicissitude que as apanha e modifica a relação jurídica contratual básica, determinando um novo componente subjetivo no programa contratual original.

A *sui generis* estruturação da operação de cessão de contrato, assim como sua específica funcionalidade, contribuem para a grande fertilidade de questões que surgem no desenvolvimento de todo o programa contratual.

E é na conformação do contrato básico como *contrato de duração* (ou de longa duração) que tais questões e problemas apresentam-se com maior riqueza e coloração³³⁶. E são nos contratos de duração que a operação de cessão de contrato encontra seu modo normal de atuação e sua maior frequência prática, eis que a própria estruturação positiva (nos

³³⁵ A questão dos processos de interpretação e de integração dos negócios de cessão contratual tem abordagem incipiente e recente, mesmo em países em que o instituto é positivado em esquema geral já há várias décadas (como em Portugal e em Itália). Praticamente não se encontram obras monográficas. Mesmo em abordagens mais gerais, ao tema são dedicados poucos esforços. Mais recentemente, porém, parece estar chamando a atenção de alguns juristas, que já se inclinam, ainda de forma inicial, a construções mais elaboradas sobre esse tema.

³³⁶ Os contratos de duração são os que têm conformação em uma estrutura dinâmica a se desenrolar num lapso de tempo mais ou menos longo, determinado ou indeterminado (cf. Gustavo HAICAL, *O contrato de agência*, São Paulo: RT, 2012, p. 78). Assevera Karl LARENZ, ser da essência do contrato de duração a influência do tempo sobre o conteúdo e a extensão da prestação, e não propriamente sobre o modo de fazê-la. Assim: “relaciones cuyo desenvolvimiento no se agota em uma sola prestación sino que supone um período de tempo más o menos largo, por cuanto su contenido implica bien uma conduta duradera o la realización de prestaciones periódicas. Tales relaciones se denominan ‘relaciones de obligación duraderas’. Pertencen a este grupo, entre otras, las relaciones de arrendamento de uso y de uso y disfrute, el mutuo, el deposito, las relaciones de trabajo y las sociedades; también corresponden a él los ‘contratos de suministro’, es decir, aquellos contratos acerca del suministro de gas, energia, o sobre suministros periódicos de ámbito determinado o determinable en cada caso (p. ej., suministro de cerveza). Es decisivo para el carácter de la relación de obligación duradera que la prestación total dependa del tempo durante el cual deban hacerse periódicamente las prestaciones parciales” (*Derecho de obligaciones*, tomo I, trad. esp. de Jaime Santos Briz, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 41).

ordenamentos que o preveem) e a sua construção dogmática assim determinam³³⁷ (a maior funcionalidade da cessão de contrato se encontra quando incidente em contrato básico de prestações recíprocas ainda não executadas

Exsurge, no âmbito da cessão de contrato, a insuficiência de critérios interpretativos consagrados para a pesquisa da *comum intenção* das partes. Avulta, doutro lado, a importância do cânone da boa-fé objetiva em função hermenêutica, diante de um intrincado jogo de oportunismo e confiança que pode ser instaurado nos comportamentos das partes após a incidência dos efeitos da cessão de contrato sobre o contrato básico.

Conforme já ressaltado alhures, os problemas e questões que demandam operações de interpretação e integração na operação de cessão de contrato.

Rememore-se que a cessão de contrato, enquanto ato jurídico, é contrato trilateral³³⁸. Portanto, forçoso entender que as três partes (cedente, cessionário e cedido), envolvidas por seus interesses, concorrem com seus *consentimentos* para a formação do negócio de cessão. O esquema eficaz básico é conhecido e deve ser pressuposto na vontade das partes: substituir o cedente pelo cessionário na relação jurídica múltipla, mantendo-se o programa contratual originalmente elaborado pelas partes que concorreram para a formação do contrato básico (o ora cedente e o cedido).

Porém surgem dificuldades de duas ordens.

Primeira: é consabido pela experiência e acolhido pelos regramentos gerais sobre cessão de contrato, nos ordenamentos que o preveem, que o negócio de cessão é entabulado por duas partes (geralmente cedente e cessionário), tendo a terceira parte (o cedido) uma

³³⁷ A maior funcionalidade da cessão de contrato encontra-se quando incidente em contrato básico de prestações recíprocas ainda não executadas. Essas características não determinam, por si só, o contrato básico como contrato de duração, que necessita de uma especial conformação da prestação à circunstância temporal. Porém, e de todo modo, a modelagem do contrato de duração se amolda, ou cabe, naquelas características iniciais (prestações recíprocas, ainda não executadas). E são nos contratos de duração que os fatores econômicos envolvidos mais tornam atrativa a utilização prática da cessão de prestações contratuais.

³³⁸ Cf., por todos, Franco CARRESI, *La cessione del contratto*, Milano: Giuffrè, pp. 61-63.

participação volitiva minorada no autorregramento do contrato de cessão, assim como nas tratativas e no conhecimento das intenções reveladas nas negociações.

Trata-se de uma primeira assimetria informacional entre os participantes do contrato.

Segunda: o programa contratual pode ser perifericamente alterado com o advento do negócio de cessão³³⁹.

Realmente, o acordo de cessão pode prever algumas alterações pontuais no regramento original do contrato básico, desde que tais alterações tenham caráter adaptativo à nova situação que se instaura com a substituição de partes.

Assim, a provável assimetria informacional do cedido não é inócua, pois traços objetivos do programa contratual original podem sofrer alterações sem que ele, cedido, conheça a intenção comum do cedente e do cessionário, que compuseram o acordo de cessão com maior carga de cognição.

Por sua vez, a situação do cessionário é bastante peculiar em operações de cessão de contrato incidentes em contratos de duração.

Em contratos de duração – e mesmo em contratos que se prolonguem no tempo de forma não essencial – o comportamento posterior das partes (ou seja, no curso de sua execução) geralmente representa forma de interpretação autêntica, quando harmonicamente adotados.

Pode também representar modificação adaptativa consentida dos termos inicialmente pactuados. Ao iniciar a execução do contrato, ambas as partes percebem que alguns preceitos da autorregulamentação que entabularam no conteúdo da avença não atendem, na prática, ao conjunto de seus interesses. Num dado contrato de fornecimento de matéria-prima a uma fábrica, ambos os contratantes percebem que a periodicidade

³³⁹ O negócio de cessão possui em si um próprio programa contratual, geralmente diminuto temporalmente por conta da sua eficácia translativa imediata. Mas nem sempre é desprezível. O negócio causal que se integra a ele pode ter caráter oneroso (e geralmente o tem) e podem ser previstas contraprestações diferidas.

inicialmente pactuada não é boa para nenhum deles, e passam a adotar novas condutas, dentro, é claro, dos escopos do programa contratual (a matéria-prima passa ser entregue a cada dois dias e no período da manhã, ao invés de todos os dias no fim do expediente fabril).

Numa outra fenomenologia associada ao comportamento *complessivo*³⁴⁰ das partes, e intimamente ligada à boa-fé objetiva tal qual padrão de comportamento *probo* e *leal*, consubstancia-se na manutenção da linha de coerência dos contratantes em suas interrealções no desenvolvimento do programa contratual, de modo a evitar quebra de confiança legítima gerada na contraparte (geralmente gerada pelas justas expectativas geradas pelo *texto* do consenso e pelo *contexto* das circunstâncias, e/ou realçados por comportamentos iniciais da outra parte – atos de execução). Num encadeamento de comportamentos da mesma parte, a quebra da linha de coerência pode configurar *venire contra factum proprium*, vedado pela cláusula geral de boa-fé objetiva³⁴¹.

Numa derivação muito importante, posta-se a verificação de *supressio/surrectio* (*Verwirkung* na expressão consagrada na doutrina e jurisprudência alemãs) no comportamento posterior dos contratantes (execução do contrato). Trata-se de outra figura parcelar da boa-fé objetiva, ligada à tutela da legítima confiança, em que o comportamento reiterado de uma parte num sentido desconforme ao texto contratual e com uma posição que teria em sua decorrência, mas envolto em circunstâncias (temporais e outras) que criem justa confiança, na contraparte, de sua permanência, impede-a de posteriormente exercer a posição se isso representar agravamento para a situação da contraparte³⁴².

Portanto, nos contratos de duração, o comportamento *complessivo* das partes pode não só servir de vetor hermenêutico (como é expresso aliás, o art. 1.362 do Código Civil italiano, ao elencar tal comportamento das partes como elemento para se determinar a

³⁴⁰ O termo *complessivo* (associado a comportamento) advém do Código Civil italiano e não tem tradução fidedigna para o português. Sugere-se um sentido aproximado e contextual: global, total, cumulativo.

³⁴¹ Nesse sentido, Judith MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 469-470.

³⁴² Cf., com grande minúcia, António MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 797-810.

comum intenção), como pode integrar o regramento contratual em algumas lacunas e, mesmo, modificá-lo sem a necessidade de concorrência de um contrato modificativo.

Com essas prévias, nota-se a particularidade da situação do cessionário na operação de cessão de contrato.

Pela construção dogmática tradicional da teoria da transmissão de posições jurídicas, o cedido não representaria um “elemento estranho” no curso do desenvolvimento do *iter* contratual. Justamente porque a transmissão da posição contratual, em toda a sua globalidade, determina a *substituição* de uma parte por outro sujeito, nas exatas condições e circunstâncias da relação jurídica complexa até então verificadas e desenvolvidas, a manutenção da identidade da relação contratual básica e da posição jurídica seria amplíssima (a alteração de titularidade da posição subjetiva contratual implicaria em nenhuma alteração para a vida do contrato).

Essa construção tradicional parece necessitar de explicações complementares ou, quiçá, de alguma reformulação, patente é a incongruência com o que ocorre no plano prático.

O contratante cessionário, corriqueiramente, não participa da *história* do contrato até que advenha seu ingresso na relação contratual básica, por efeito do negócio de cessão. Não participa também das tratativas que redundaram na conclusão do contrato e (normalmente) nem sabe detalhes sobre as circunstâncias contratuais³⁴³.

Obviamente que o grau de conhecimento do cessionário sobre os dados do contrato é fato, a ser apurado em concreto. Porém, com base na normalidade dos eventos, pode-se traçar a presente problemática.

A essa precariedade informacional (em se confirmando de fato), segue que o contratante cessionário necessita fiar-se fortemente no texto contratual, que lhe é o

³⁴³ Cf. Valerio PESCATORE, *Cessione del contratto ed interpretazione*, in *Rivista Trimestrale do Diritto e Procedura Civile*, vol. LIII, nº 2, 1999, pp. 586-87.

instrumento de conhecimento da comum intenção declarada pelas partes originais e o molde de regência do programa contratual.

Há, para ele, uma quebra paradigmática do quanto preceituado no art. 112 do Código Civil (“Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”). É de se valorar que o contratante cessionário se fie em dados muito objetivos, por não ter participado da formação e da parcial execução do contrato em que ingressa.

Mas uma tal postura, em sendo referendada pelo ordenamento ou pela comunidade jurídica, coloca em crise a ideia de manutenção da relação jurídica contratual tal qual era antes do negócio de cessão. Significa desconsiderar a “história” da relação contratual (histórico das condutas e circunstâncias que podem tê-lo modificado desde que surgiu) ou, noutra perspectiva, admitir um corte na linha de desenvolvimento da relação.

Nesse passo, um entrechoque de interesses entre a posição do cedido a do cessionário parece recorrente. O cedido interessado em manter a interpretação que vinha tendo junto com o cedente acerca da execução contratual que, no mais das vezes, representa salutarens adaptações ao programa contratual, evitando-se ou minorando-se alguns custos de transação identificados quando do início do cumprimento das obrigações. O cessionário, por sua vez, interessado em ter a execução contratual conforme o que pode pesquisar em elementos objetivados que lhe geraram confiança legítima e o instaram a ingressar na relação contratual básica via contrato de cessão.

Desse embate, alguns cânones hermenêuticos postam-se insuficientes, e outros parecem preponderar na busca de soluções.

A interpretação é voltada para a solução de problemas práticos³⁴⁴, de forma que somente diante de casos concretos pode-se valorar a adequação de determinadas regras de

³⁴⁴ Cf. Judith MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 447.

interpretação³⁴⁵ ou de dados cânones hermenêuticos. Mas, parece avultar o cânone da interpretação segundo a boa-fé, assim como o da totalidade hermenêutica (jungido à finalidade do negócio), para a resolução desses particulares problemas potenciais que se pronunciam da estrutura e da funcionalidade da operação da cessão de contrato.

Releva-se a análise da conduta das partes (cedente, cessionário e cedido), tendo como parâmetro a boa-fé em função hermenêutica, *frente aos textos tanto do contrato básico quanto do contrato de cessão*. Da conjunção dos textos dos dois negócios, que se imbricam na operação de cessão de contrato, advém a finalidade da operação como um todo³⁴⁶.

O equilíbrio entre os preceitos dos arts. 112 e 113 do Código Civil na operação de cessão de contrato parece passar pela busca do *significado objetivo* da regulação de interesses procedidos pelas partes no *amálgama* formado pelas declarações consubstanciadas *no contrato básico* e pelas declarações consubstanciadas *no contrato de cessão*, temperada pelos parâmetros de boa-fé objetiva na busca do *sentido mais coerrente* com a finalidade que seria razoável esperar daquela operação, a ser dado tanto ao texto, quanto à conduta de cada uma das três partes – tendo-se em conta, além das circunstâncias fáticas, as circunstâncias abstradas derivadas da estrutura peculiar e complexa da operação de cessão contratual tal qual exposta neste trabalho.

No âmbito da integração contratual³⁴⁷, as especificidades postas pela operação de cessão de contrato redundam no surgimento de uma plêiade de deveres laterais de

³⁴⁵ Sobre a diferenciação entre regras jurídicas de interpretação e regras jurídicas interpretativas, cf. Judith MARTINS-COSTA, *idem*, p. 450.

³⁴⁶ Conforme Judith MARTINS-COSTA, “todo negócio jurídico é, por definição finalista: as partes se vinculam negocialmente, criando uma regulação dos próprios interesses, porque têm um fim a atingir. Voltando-se a interpretação contratual a resolver problemas práticos, há de ser levado em conta o fim concreto em vista do qual os contraentes pactuaram determinado regulamento de interesses. A interpretação das cláusulas contratuais se deve fazer, também, em vista da normal finalidade econômico-social do negócio, o que marca o elemento teleológico” (*idem*, p. 461).

³⁴⁷ Não raro confunde-se as atividades de interpretação e de integração (fala-se frequentemente em interpretação integrativa). Deveras, são atividades próximas. A integração pressupõe a interpretação. Mas distinguem-se. Orlando GOMES sintetiza que interpretar um contrato é, em última consideração, esclarecer o sentido das declarações de vontade que se integram no contrato e determinar o significado do *acordo* ou consenso (*Contratos*, 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 198; Cesare Massimo BIANCA, baseando-se no art. 1.374 do Código Civil italiano, aduz que a regra de fundo da integração prevê que o contrato obriga as partes não só ao quanto nele é expresso, mas a todas as consequências que derivam segundo a lei ou, em falta, segundo os usos e a equidade. Outra fonte de direito objetivo da relação contratual, à qual ocorre reconhecer

conduta, avaliáveis e distribuídos em concreto entre os três participantes, segundo também os parâmetros de boa-fé objetiva.

Nessa seara, advirta-se já preliminarmente, há que se ter cuidado para não se promover um desequilíbrio no jogo de riscos entabulado pelos contratantes, e que poderá ter participado da economia do contrato. É sempre tarefa delicada qualquer relativização do poder de autorregulamentação advindo da autonomia privada.

Da atividade interpretativa pode-se chegar à conclusão de insuficiência do regramento contratual engendrado pelas partes para acomodar seus interesses frente à finalidade do contrato.

Essa insuficiência pode redundar na necessidade de atribuição de determinadas condutas a um ou alguns dos contratantes que não estavam previstas no regulamento de forma expressa, e que as partes não aceitam ou não reconhecem como implícitos.

Por vezes, essas condutas ou deveres completantes se impõe por referência ao princípio da boa-fé em sua vertente integrativa, matizada pelo sentido global do contrato. São deveres que são voltados à otimização dos deveres de prestação (deveres anexos) ou que têm finalidade protetiva, ou seja, que servem aos interesses de proteção contra danos que podem advir da relação contratual. Em síntese, tais deveres podem ser alocados em três grupos fundamentais: deveres de cooperar, deveres de informar e deveres de proteger³⁴⁸.

Na intrincada teia de vínculos que exsurge da total operação de cessão de contrato, as crises interpretativas muito frequentemente advirão de incompletudes nos

proeminência, é a boa-fé (*Diritto civile, vol. 3: il contratto*, 2ª ed., Milano: Giuffrè, 2013, p. 499). Judith MARTINS-COSTA esclarece que “interpreta-se o negócio jurídico realizado em vista de seu texto, do regulamento contratual, das manifestações das partes (inclusa sua conduta contratual), bem como o que determinam os comandos legais e, eventualmente, o que indicam os textos e condutas paracontratuais, tudo segundo regras interpretativas e cânones de interpretação assentados nas fontes hermenêuticas e/ou no próprio texto contratual. E integra-se o que está vazio, lacunoso, incompleto, o que é carente da presença de algo que deveria estar lá (*A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 511).

³⁴⁸ Cf. Judith MARTINS-COSTA, (*A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 522).

regramentos contratuais ou da adoção de comportamentos (oportunistas) pelas partes contrários à boa-fé objetiva ou à tutela da confiança.

Acionado o processo integrativo, a partir das constatações de insuficiências do regramento e incoerências das condutas, em concreto se formarão os deveres adequados para colmatar as lacunas que puseream a relação contratual em crise.

Em um exercício abstrato, mas voltado à solução de problemas práticos, tendo-se em vista as já assaz apontadas peculiaridades estruturais e funcionais da (operação de) cessão de contrato, podem ser apontadas algumas circunstâncias de aplicação integrativa com base no que se supõe acontecer.

Pelo dever de cooperação podem se vislumbrar algumas soluções a serem adotadas pelas partes até em grau preventivo. É certo que a participação do cedido no negócio de cessão costuma ser menos intensa, tendo seu consentimento, muitas vezes, um valor prático de assentimento. Porém pode solicitar ao cedente e ao cessionário que seja explicitado formalmente na documentação do negócio de cessão a interpretação que até agora ele, cedido, e o cedente fizeram da relação contratual. Trata-se de ato declaratório – e não propriamente constitutivo – com o escopo de prevenir o cessionário (que não participou até então da história do contrato básico) quanto à real dimensão das prestações e dos demais deveres envolvidos no conteúdo contratual. A cooperação, por óbvio, é esperado dos três contratantes, sempre que haja reais motivos circunstanciais indicativos de *deficit* informacional em qualquer dos participantes.

Percebe-se que, adrito ao dever de cooperar, nesses casos, surge o dever de informar, que também é bastante elástico para se adaptar às reais necessidades concretas.

Sempre tendo em conta o jogo dos riscos envolvidos na economia contratual, estes deveres podem ser impostos às partes. Caso violados (ou caso já não observados), as soluções também se colocam no caso concreto, mas podem ser antevistos o surgimento de algumas posições de prevalência. Por exemplo: se em um dado contrato base houve recompreensões acerca do programa contratual pelas partes originais, redundando em assunção de comportamentos diferentes do regramento textual, surge o dever de cedente e cedido informarem (ou, também, cooperarem) com o cessionário para a elucidação do atual

estado do desenvolvimento contratual e dos deveres nele alocados. Inobservados tais deveres, surge para o cessionário uma posição de prevalência, consistente, na hipótese aventada, de poder se valer da interpretação textual das cláusulas, desconsiderando a história relacional até então desenvolvida pela partes originais. Ao cedente, pode vislumbrar-se, nessa violação, dever de indenizar, a depender das circunstâncias e da ocorrência de dano injusto na seara do cessionário (e também do cedido).

Muitas são as combinações de deveres que podem surgir para a colmatação das lacunas, no amparo dos interesses das partes. O escopo do presente trabalho foi o de apresentar toda a complexidade estrutural e funcional da *operação de cessão de contrato*, refletindo acerca das dificuldades que essa complexidade pode determinar para os processos hermenêutico e integrativo. Tudo no afã de, exercitando alguma revisão dogmática, tornar mais operativos esses importantes instrumentos da circulação de posições jurídicas obrigacionais.

CONCLUSÃO

A dogmática da complexidade das relações obrigacionais e das posições jurídicas subjetivas patrimoniais que nelas se contêm ainda está em construção e, por isso, imagina-se, não tem tido uma aplicação linear.

A operação de cessão de contrato é a mais complexa das operações de transmissão de posições jurídicas. Envolve, por isso mesmo, vários aspectos de estudo.

Na presente dissertação, centrou-se numa análise estrutural e funcional do instituto, com vistas a um melhor entendimento dos processos hermêuticos e de integração contratual na operação de cessão.

As reflexões levadas a cabo no último capítulo têm por escopo colaborar com construções dogmáticas posteriores, no afã do desenvolvimento do instituto da cessão de contrato e, também, do negócio de cessão, ainda fonte de divergências na teoria jurídica, embora tão presente na vida dos negócios.

A dogmática jurídica tem sido maltratada, por vezes esquecida, frequentemente exilada. Talvez um novo caminho de progressos na ciência jurídica, talvez a renegação da técnica. O certo, só isso, é que não se chega ao paraíso só com boas intenções.

BIBLIOGRAFIA

(Referências bibliográficas)

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao novo código civil**, vol. VI, tomo II: da extinção do contrato, [coord. Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA], Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 2-967.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 11ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 15-1.129.

ANDREOLI, Marcello. **La cesión del contrato**. Trad. esp. De Francisco Javier Osset (*La cessione del contratto*, 1951). Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, p 1-192;

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. Vol. I. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 15-943.

_____. **Das obrigações em geral**. Vol. II. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 7-581.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direitos civil – reais**, 5ª ed., reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. **Direito civil, teoria geral**, vol. 3: relações e situações jurídicas, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

AYNÈS, Laurent. **La cession de contrat**: et les opérations juridiques à trois personnes. Paris: Economica, 1984, p. 9-265.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Cessão da posição contratual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 1-136.

BESSONE, Darcy. **Da compra e venda**: promessa e reserva de domínio. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 3-254.

_____ . **Do contrato**: teoria geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 1-326.

BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**: teoria generale e dogmática. Milano: Giuffrè, 1949, p. 3-362.

_____ . **Teoria generale delle obbligazioni**. Vol. I: prolegomeni – funzione econômico-sociale dei rapporti d'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1953, p. 9-201.

_____ . **Teoria generale delle obbligazioni**. Vol. III,2-IV: vicende dell'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1955, p. 5-264.

_____ . **Teoria geral do negócio jurídico**, tomo I. Trad. port. de Fernando de Miranda [Teoria generale del negozio giuridico]. Coimbra: Coimbra editora, 1969, p. 15-402.

BEUDANT, Charles. **Cours de droit civil français**: les contrats et les obligations. Paris: Arthur Rousseau, 1908, p. 1-829.

BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto civile**, vol. 3: il contratto. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2013, p. 1-747.

_____ . **Diritto civile**, vol. 4: l'obbligazione. Milano: Giuffrè, 2001, p.1-807.

BIONDI, Biondo. **Contratto e stipulatio**. Milano: Giuffrè, 1953, p. 3-385.

_____ . **I beni**. 2ª ed. in *Tratatto di diritto civile italiano* (vol. IV, t. I). Torino: UTET, 1956, p. 1-257.

CABRAL, Antônio da Silva. **Cessão de contratos**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 1-230.

CABRAL DE MONCADA, Luís. **Lições de direito civil**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 25-831.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 5ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012, p. 9-289.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel António. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 13-295.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria giuridica della circolazione**, Padova, CEDAM, 1934, p. 1-277.

CARRESI, Franco. **La cessione del contratto**. Milano: Giuffrè, 1950, p. 1-136.

CASTRO Y BRAVO, Federico. **El negocio jurídico** – Tratado práctico e crítico de derecho civil, t. X. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971, p. 11-528.

CESAR, Dimas de Oliveira. **Estudo sobre a cessão do contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1954, p. 4-99.

CICU, Antonio. **L'obbligazione nel patrimonio del debitore**. Milano: Giuffrè, 1948, p. 1-239.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 5-215.

CRISTAIS, Maria de Assunção Oliveira. **Transmissão contratual do direito de crédito: do caráter real do direito de crédito**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 19-576.

DE NOVA, Giorgio. **Il tipo contrattuale**. Padova: CEDAM, 1974, p. 3-231.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**, vol. II: el contrato en general, la relación obligatoria. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 29-586.

ENGISCH, Karl, **La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales.**, trad. esp. de Juan José Gil Cremades [Die idee der konkretisierung in recht und rechtswissenschaft unserer zeit, 1968], Granada: Comares, 2004, p. 61-445.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Contratos**, vol. I: conceitos, fontes, formação. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 13-255.

_____. **Contratos**, vol. II: conteúdo, contratos de troca. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 9-254.

_____. **Contratos**, vol. IV: funções, circunstâncias, interpretação. Coimbra: Almedina, 2014, p. 9-333.

FERRI, Giovanni B.. **Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico** Milano: Giuffrè, 1966, pp. 1-412.

FERRI, Giuseppe. **I titoli di credito**, Torino: UTET, 1950, p. 1-172.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato**: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: RT, 2011, p. 21-231

GABRIELLE, Enrico. Il contratto e il oggetto nel diritto italiano, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, vol. LXVI, 2012, pp. 23-51.

GALVÃO TELLES, Inocêncio, **Manual dos contratos em geral**, 4ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 2002, pp. 9-518.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 3-477.

_____. Transformações gerais do direito das obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 1-192.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. bras. de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 15-392.

HAICAL, Gustavo. **Cessão de crédito**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 13-107.

_____. **O contrato de agência:** seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos. São Paulo: RT, 2012, p. 23-180.

LARENZ, Karl. **Derecho Justo:** fundamentos de ética jurídica. Trad. esp. De Luis Díez-Picazo (Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik). Madrid: Civitas, 1985, p. 19-202.

_____. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Trad. de Alessandro Hirata, in *Revista Direito GV*, vol. 2, 2006, pp. 55-64.

_____. **Derecho de obligaciones**, tomo I, trad. esp. de Jaime Santos Briz, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 13-518.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro, in *Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal do Paraná* n° 42, 2005, pp. 133-54.

LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto** 3ª ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 1-156.

MARINO, Francisco Paulo de Crescanzo. **Interpretação do negócio jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17-379.

MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. **Condição suspensiva:** função, estrutura e regime jurídico. São Paulo: Almedina, 2017, 17-171.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado:** critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, p. 39-693.

MENEZES CORDEIRO. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2007, p. 17-1.281.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil português;** vol. I, Parte geral; tomo II, Coisas. Coimbra: Almedina, 2000, p. 9-225.

_____. CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil português, vol. II: direito das obrigações**, tomo II, Coimbra: Almedina, 2010, p. 21-699.

MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Telles de. **Cessão de créditos**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 15-586.

MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del Contrato**. Tomo I. Trad. arg. de R. O. Fontanarrosa – S. Sentís Melendo – M. Volterra (Dottrina generale del contratto, Tomo I, 3ª ed., 1948). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, p. 1-529.

_____. **Doctrina general del Contrato**. Tomo II. Trad. arg. de R. O. Fontanarrosa – S. Sentís Melendo – M. Volterra (Dottrina generale del contratto, Tomo II, 3ª ed., 1948). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Interpretação e integração dos negócios jurídicos**. São Paulo: RT, 1989, p. 13-230.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Cessão de contrato**: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 1-446.

_____. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1976, pp. 1-489.

PACHUKANIS, Evguiéni. Teoria geral do direito e marxismo – trad. bras. [diret. do russo] de Paulo Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 43-186.

PELLICANÒ, Aldo. **Causa del contratto e circolazione dei beni**. Milano: Giuffré, 1981, p. 1-189.

PERALTA, Ana Maria. **A posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade**, Coimbra, Almedina, 1990, p. 1-168.

PESCATORE, Valerio. Cessione del contratto ed interpretazione in *Rivista Trimestrale do Diritto e Procedura Civile*, vol. LIII, nº 2, 1999, pp. 583-604.

PESTANA DE VASCONCELOS, Luís Miguel D. P. **Contratos de cessão financeira (factoring)** – Boletim da Faculdade de Direito [Universidade de Coimbra], Coimbra: Coimbra Editora, 1999, 13-443.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. XXIII, 2ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 5-430.

_____. **Tratado de direito privado**, t. XLIV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, p. 3-429.

RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Trad. bras. de Gilda Z. De Azevedo [*aspects juridiques du capitalisme moderne*]. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, p. 9-360.

_____. **Le déclin du droit: études sur la législation contemporaine**. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1948, p. 1-222.

RIVA, Ilaria. Cessione del contratto ed effetti reali – análise de caso – in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. LVI, 2002, pp. 635-650.

RODOVALHO, Thiago. **Abuso de direito e direitos subjetivos**. São Paulo: RT, 2011, p. 19-217.

SACCO, Rodolfo. **Tratatto di diritto privato**, vol. 10, tomo II, (coord. Pietro Rescigno), 2ª ed., Torino: UTET, 2015, p. 7-718.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Dottrine generali del diritto civile**, 9ª ed., Napoli: Eugenio Jovene, 1981, pp. 23-309.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 17-165.

_____. **Cessão de posição contratual**, in *Teoria geral dos contratos* – Renan LOTUFO e Giovanni Ettore NANNI (cords.) – São Paulo: Atlas, 2011, p. 394-408.

SIMÕES, Marcel Edvar. Transmissão em direito das obrigações: cessão de crédito, assunção de dívida e sub-rogação pessoal. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2011, p. 1-144.

TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di diritto privato**. 10ª ed. Milano: Giuffrè, 1995, p. 1-939.

VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **O contrato e os direitos reais**. São Paulo: RT, 2012.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**, Coimbra: Almedina, 1995, p. 1-480.

VON TUHR, Andreas. **Teoría general del derecho civil alemán**, vol II: los hechos jurídicos, trad. arg. De Tito Ravá [*Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*], Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 3-570.

_____. **Derceho, teoria general del derecho civil alemán**, vol. III, tomo II trad. arg. Tito Ravá [*Der allgemeine teil des deutschen bürgerlichen rechts*], Buenos Aires: De Palma, 1948, p. 3-314.

_____. **Tratado de las obligaciones**, trad. esp. de W. Roces, Madrid: Reus, 1934, p. 1-352.