

A Circulação do Contrato

(Transmissão das obrigações, cessão do contrato e contrato com pessoa a declarar)

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

Desembargador TJ/RJ

Os temas assunção de dívida, cessão do contrato, contrato com pessoa a declarar, são na verdade bem amplos e profundos; temas que exigiriam mais tempo para serem abordados em todas as suas perspectivas. Pela primeira vez o Código trata da assunção de dívida e também do contrato com pessoa a declarar. Embora não cogite da cessão do contrato, ela está inerente, é ínsita a ambos os institutos e se deve a eles. De modo que, como não é possível abordar isoladamente com profundidade cada um deles de **per si**, o que demandaria muito mais tempo, penso que podemos, talvez, tentar extrair desses três institutos uma diretriz, uma diretiva; em síntese, aquilo que o Prof. Humberto Theodoro Júnior dizia ser o que subjaz ao código e que, na verdade, informa o sistema jurídico. Isso significa indagar em que sentido e para que fins esses três institutos teriam sido incorporados no novo Código, o que significam e que diretrizes novas eles encerram. Em suma: a que correspondem, a que vêm e o que se deve esperar do aplicador do Direito, sobretudo do Magistrado, diante desses institutos não vistos apenas de **per si**, mas no seu conjunto? Em outras palavras: quais são as premissas implícitas que estão sob esses institutos, os formantes do Direito que aí se fazem presentes?

Vejam os senhores que isso toca profundo no próprio conceito de obrigação. Diante de um código que se preten-

de que seja de sistema aberto, que deixa ao magistrado uma discricção razoável em sua aplicação para a adaptação ao caso concreto, isso exigirá do magistrado exatamente uma perquirição desse objetivo, da natureza, em suma, do que subjaz, dos propósitos, da **ratio** desses institutos e por que eles se fazem presentes no Código. Esse tema concerne àquilo que hoje se diz ser o coração do Direito das Obrigações, a transmissão das obrigações e que, embora à primeira vista, diante sobretudo da cessão de crédito, possa nos parecer que seja um tema atualíssimo, já bastante estudado, trabalhado, sedimentado, não o é.

É um tema de recentíssima elaboração no Direito, que corresponde exatamente às necessidades sociais e econômicas e que tem ainda muito mais a evoluir. O Direito das Obrigações é aquele que se presta à universalização porque, de um modo geral, é o direito utilizado no comércio, nas transações internacionais e, vamos dizer, é aquele que mais se amolda a um propósito de harmonização, tanto que no Direito Privado comparado, hoje, por exemplo, em toda Europa, se se propõe um código, de início é o Código Geral dos Contratos, em que é possível a aproximação. O Direito das Coisas reflete uma realidade nacional, o Direito de Família e Sucessões também, os estatutos pessoais. A Parte Geral é uma abstração. Agora o Direito das Obrigações tem uma vocação universal.

Então, observem, no momento em que o mundo se caracteriza pela universalização, denominada por uns de

Palestra proferida no Seminário realizado em 19.04.2002.

globalização, por outros mundialização, este tema está exatamente no vértice de todas as transformações que se processam, em um verdadeiro redemoinho por que passa o Direito de um modo geral. Mas por que esse tema ganha essa relevância se há muito tempo lidamos com a cessão de crédito? A todo momento estamos assistindo a serem cedidos créditos em falências, concordatas e assim por diante, temos noção de que uma dívida se transmite, sabemos que o contrato passa de um para outro.

Vejam a ponderação que faço: Tão importante quanto conhecer um instituto em si, é saber o que está por trás, a que propósito ele corresponde. E para isto temos que fazer uma breve reflexão do ponto de vista histórico para entendermos hoje e termos uma prospecção sobre o amanhã.

Em primeiro lugar, o conceito de obrigação - e daí a atualidade do tema - que praticamente até o século XIX vigorava, era um conceito que hoje não se faz mais presente. A obrigação - que até então era cogitada no Direito, nos Códigos, pelos autores e tratadistas de uma maneira geral - era a que vinha, sobretudo, do conceito romano, que, evidentemente, permanece quando se cogita do vínculo que une as partes.

Para o Direito Romano a obrigação tinha uma característica muito típica: ela era eminentemente individual e personalista, o que significa dizer que a pessoa do devedor e a do credor integravam a própria obrigação, não apenas o objeto, mas a pessoa de ambos. Então, não se concebia que se Mévio era credor, pudesse Tício ingressar em seu lugar e com muito mais dificuldade no tocante ao lado passivo da relação. Porque o Direito não é um fenômeno apenas de abstração, mas sobretudo de realidade concreta, afirmam os humanistas que a obrigação teria nascido do ato ilícito como forma de punir, como uma sanção ao ofensor e daí a vinculação à pessoa daquele que havia ofendido; ou, então, quando celebrada mediante a **stipulatio**, que era uma forma clássica,

ritual e solene, a pessoa do devedor e a do credor ficavam também adstritas à obrigação.

Então, a obrigação atravessou todo o Direito Romano com esta concepção individualista, personalista sem admitir a cessão de crédito em momento algum. Utilizava-se de início, naquela época, o mandato em causa própria. Depois, com o falecimento do mandante, o que acarretava a extinção do mandato, recorreu-se a um sistema que os romanos conheciam como cessão das ações úteis, ações que eram próprias do credor e que também não ensejavam uma defesa do devedor completa, porque não podia opor exceções, que eram cabíveis apenas contra o credor primitivo. Em síntese, o Direito Romano não conheceu a cessão de crédito, por incrível que pareça. E também o Direito Intermediário, que veio depois, durante toda a Idade Média, não a conheceu. Os glosadores tinham, inclusive, frases que eram lúgubres, e para dizer que a obrigação seguia o obrigado, eles diziam: **sicut lepra leprosum**, assim como a lepra está para o leproso. Isso significa que a obrigação aderiria, na verdade, às pessoas dos sujeitos passivo e ativo.

E assim foi até o Código Civil Francês, que retrata também esta concepção. Ele tratou da cessão de crédito mas no capítulo da compra e venda, vale dizer, cede-se um crédito como se está a vender uma entidade positiva. Assim prosseguiu até 1850, quando na Alemanha, antes dos trabalhos e do Código Civil Alemão, Windscheid, escrevendo uma monografia sobre a ação no Direito Romano, no **scheiol**, sustentou que a obrigação prescindia da determinação do sujeito passivo e do sujeito ativo. A obrigação era sobretudo uma relação jurídica e nada mais. Débito e crédito eram as projeções dos poderes que incumbiam a credor e a devedor e, por conseguinte, deviam ser assim compreendidos. E sustentou que pode sair o sujeito ativo e outro ingressar em seu lugar, é o fenômeno da sub-rogação pessoal. Isso sendo idêntica a mesma obrigação, com todas as suas garantias, acessórios e assim por diante.

O Código Civil Alemão foi o primeiro que disciplinou a cessão de crédito, que até então não havia sido disciplinada da forma como o foi pelo Código de 1916 e como é disciplinada também pelo novo Código Civil.

No tocante à assunção de dívida, as resistências foram ainda maiores, porque na cessão de crédito o cedente pode tranqüilamente ceder o seu crédito sem depender de anuência do devedor. Basta apenas que ele comunique ao devedor a cessão para que este saiba a quem pagar, contudo não depende de sua anuência para se aperfeiçoar. Já na assunção de dívida é diferente, transmitir uma dívida, digamos assim no sentido mais amplo, sem aquiescência do credor, poderia representar uma própria violação ao direito do credor. Então, com muito mais dificuldade foi assimilada a assunção da dívida. Mas também na Alemanha, por via de um outro jurista da mesma escola de Windscheid, chamado Delbrück, se sustentou que poderia haver a assunção da dívida e o Código Civil Alemão a previu.

Embora o Código Alemão fosse conhecido, o nosso Código Civil contemplou apenas a cessão de crédito, não cogitou da assunção de dívida. Dizia Clóvis Beviláqua que a novação subjetiva passiva atendia perfeitamente às finalidades da assunção de dívida. Contudo, verificou-se logo que não, pois na novação, todos sabemos, extingue-se a obrigação primitiva e surge uma outra em seu lugar, ativa ou passiva. Já com a extinção da obrigação primitiva, desaparecem e extinguem-se também os direitos acessórios, as garantias e assim por diante. Ora, não é isso que interessa ao comércio jurídico, que já começava a ganhar mais fronteiras mas sim que a obrigação circule, que ela se transmita tal como foi constituída, preservando a sua fisionomia, mantendo a sua identidade completa, com os acessórios, garantias e assim por diante.

O Direito Brasileiro teve que enfrentar este problema e, na prática, a

transmissão das obrigações, sobretudo pelo lado passivo, começou a ser admitida como não poderia deixar de sê-lo. Foi, sobretudo, através de situações, as mesmas que na Idade Média impeliram os juristas a, no mínimo, tolerarem a transferência das obrigações, ainda que o Direito não dispusesse nem admitisse a cessão de crédito ou a assunção de dívida. É a vida prática, é a realidade, que sempre se sobrepõe aos princípios e abstrações, que mostrou que, realmente, não havia como desconhecer esses institutos.

Caso típico foi a venda do estabelecimento comercial que já ocorria desde a Idade Média quando tomou impulso o comércio, sobretudo na sua fase final, naquelas cidades da Itália e com a Liga Hanseática da Alemanha. O dono do estabelecimento comercial queria vendê-lo. Isso não significava apenas vender objetos, bens, mas também transferir o fundo de comércio, e neste se cogitava também das dívidas. Interessava a todo mundo que as dívidas também se transmitissem, interessava ao vendedor, interessava aos credores, porque eles teriam elementos de pressão sobre o adquirente se ele não viesse a pagar as dívidas, deixando de fornecer, por exemplo, matéria-prima e assim por diante. Em síntese, a venda do estabelecimento comercial com a transmissão do passivo foi o que levou a se admitir a transmissão das obrigações e, sobretudo, se admitir a transmissão das obrigações pelo lado passivo. E entre nós também, embora o Código Comercial não houvesse disposto sobre a matéria, em todo Brasil sempre se fez isso. E no interior essa venda é feita de forma muito criativa, o que mostra a originalidade e a grande contribuição do nosso direito, que outros talvez não tenham sabido dar. No interior quando se quer vender estabelecimento dessa natureza, publica-se no jornal: "Fulano vai vender seu estabelecimento comercial e pede que seus credores se manifestem no prazo x". É uma forma de, no silêncio dos credores, se transferir o passivo juntamente com o estabelecimento comercial.

Mas há uma outra situação, que hoje se repete com muita frequência, que levou igualmente ao reconhecimento da transmissão singular das obrigações, sobretudo da dívida - a venda do imóvel hipotecado. Comprava-se um imóvel com um empréstimo garantido por hipoteca sobre aquele mesmo bem. Eventualmente, o comprador queria vender aquele imóvel, mas havia um empréstimo a ser pago, então ele propunha ao comprador, ao pretendente a esta aquisição, o seguinte: *“Vendo, mas você vai ficar com o ônus do empréstimo que realizei. Imputarei no preço exatamente o empréstimo.”* Isso é mais ou menos o que sucede hoje no Sistema Financeiro de Habitação. E não havia como evitar, pois interessa também a todos. Interessa ao credor, pois se ele tiver que executar, irá promover a execução hipotecária exatamente contra aquele que está na posse do imóvel, que é o pretendente a esta aquisição. Interessa ao devedor porque ele não tem mais nada a ver com o imóvel, não fazendo sentido que ele fique suportando aquela dívida. E, por fim, interessa ao próprio adquirente porque ele não correrá o risco, por inadimplência do alienante, de ver o seu imóvel penhorado em uma execução hipotecária.

Observem que isso já ocorreu na Idade Média e foram essas duas situações, associadas à transmissão das obrigações no casamento mediante comunhão universal, na incorporação de sócios e na venda de patrimônio que o nosso direito não conhece, mas que o direito estrangeiro admite. Foi por aí que as portas foram abertas e forçou-se a entrada da transmissão das obrigações e, sobretudo, do lado passivo. Todas essas situações são contradições na nossa realidade prática, foram enfrentadas pelo nosso direito, pelos nossos juristas, antes mesmo do Código Civil e ninguém desconhece nem nega o reconhecimento a essas situações, para delas extrair conseqüências jurídicas.

Apesar de o Código Civil não haver previsto a assunção de dívida, podemos dizer que no Direito Brasileiro, inequi-

vocamente, já se conhecia esta situação antes. Agora ela veio a ser regulada no Código em boa hora, pois basta lembrar o Sistema Financeiro de Habitação. Vamos supor que alguém compre um imóvel mediante financiamento de instituição financeira, se o comprador quiser transferir, vender o imóvel, o que ele propõe de imediato ao adquirente é que o outro “assuma a dívida”. Sabemos que, de um modo geral, o processo de transferência da dívida, para o consentimento da financeira, é um processo demorado em que se quer fazer um recálculo, aumentar, por conseguinte, o prazo, o montante e o saldo devedor, o que desinteressa, evidentemente, a quem vai adquirir o bem. Então, o que fazem as partes? Celebram os famosos e chamados contratos de gaveta. Ora, isso gera problemas, pois se, por exemplo, falece repentinamente aquele que está vendendo o bem que está hipotecado, apesar de já estar na posse do imóvel aquele que está comprando, ele ficará desguarnecido porque os sucessores naturais serão os herdeiros daquele que está vendendo, e o comprador que “assume a dívida” já pode ter pago uma grande parte do preço.

Observem que tudo isso se insere nesse conjunto e, sobretudo, gravita em torno do instituto da assunção de dívida. Assim, foi muito oportuno que o novo Código Civil brasileiro tivesse regulado esta matéria. Não se trata de nenhuma crítica, mas apenas de ponderação dizer que, no confronto com outros códigos, como, por exemplo, o Código Civil Português ou o próprio Código Civil Alemão, o nosso novo Código Civil regulou esta matéria de uma forma talvez insuficiente, contudo não prejudicará em nada a sua aplicação na extensão plena que esse instituto alcança. A assunção de dívida foi muito estudada no direito germânico, no direito português, no direito italiano, onde apesar de não ter previsão, ela ocorre mediante uma outra figura jurídica que é uma forma indireta de transmissão.

A assunção de dívida, em princípio, é concebida por nós do seguinte

modo: por exemplo, um devedor, aquele que comprou um imóvel financiado, quer vender esse imóvel. Então, ele combina com aquele que quer comprar que lhe transmite a dívida, fazendo um acordo, que fica dependendo da confirmação do credor para que se opere a plena transferência. Se há a confirmação do credor, a consequência imediata será que a obrigação passa para o novo devedor e, além disso, o antigo devedor fica exonerado da obrigação. Agora, esta é a forma mais comum, mais freqüente que identificamos. Contudo, não é apenas por este modo que se pode transmitir uma dívida no seu sentido amplo; vale dizer, transferir a obrigação inteiramente na sua identidade, fisionomia primitiva a outro e, simultaneamente, acarretar a exoneração do primitivo devedor. A transmissão pode se dar por acordo entre os devedores, mas pode também ocorrer mediante acordo entre o novo devedor e o próprio credor. Por exemplo, um parente, um amigo ou até alguém que pretenda ingressar como sócio em uma empresa, chega para o credor e diz que vai assumir aquela obrigação e que a empresa ficará exonerada porque ele irá assumi-la pessoalmente, porque quer ingressar naquela empresa totalmente saneada, e o credor concorda. Então, mediante apenas um acordo entre o devedor e o credor, a empresa ficou liberada e devedor será aquele que ingressará como sócio, ele pessoalmente, pessoa física.

Dessa forma, observem que ela pode se dar mediante acordo entre os devedores ou mediante acordo entre o novo devedor e o credor. Disse, por exemplo, que a primeira forma de transmissão entre devedores, seria a forma delegatória, onde um devedor delega ao outro exatamente assumir aquela obrigação perante o credor. E disse que a segunda, entre o novo devedor e o credor, é a forma expromissória, que vem do verbo latino *ex promittere*, porque lança fora o antigo devedor, ficando apenas o novo e o credor.

O nosso código, nos artigos 299 e seguintes, que versam sobre esse tema,

não estabelece essa diferenciação, não prevendo essas duas modalidades. Ele dispõe, sinteticamente, que é facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele ao tempo da assunção era insolvente e o credor o ignorava. Não fez essa previsão das duas modalidades, nem nos artigos seguintes, mas não prejudica em absoluto que sejam elas discernidas, que sejam elas separadas para poder delas extrair as consequências.

Os senhores indagariam o porquê, que sentido faz dispor, em separado, dessas modalidades? Faz sentido em razão de problemas que normalmente despertam a transmissão das obrigações do lado passivo: as garantias permanecem ou não? Fidejussórias ou reais? acessórios, cláusula penal, juros, correção que vêm fluindo e assim por diante, continuam a fluir ou ali param? Sugerem outras consequências também jurídicas e relevantes. Exceções, que defesas pode o novo devedor opor ao credor? Ele está adstrito apenas às defesas que o antigo credor poderia opor ou ele pode também opor defesas suas ao novo?

E também há um outro problema relevante, a insolvência. Se o novo devedor se torna insolvente, restabelece-se a dívida contra o antigo, em que situação fica o credor? Ora, na verdade só se pode chegar a conclusões em torno desta matéria, separando as duas modalidades. Vale dizer: acordo entre os devedores ou acordo entre o devedor e o credor. Por exemplo, no acordo entre os devedores, como a obrigação se transmite na sua fisionomia originária, é evidente que o novo devedor só pode opor exceções que competiam ao antigo devedor, salvo aquelas que eram pessoais ou personalíssimas. Então, observem que tem importância essa distinção e que ela repercute exatamente nas exceções, como também nas garantias, e assim por diante.

Quanto às garantias, em princípio, se a obrigação é a mesma, transmite-se

como tal, com a mesma fisionomia e as garantias também devem ser transmitidas. O código, aliás, poupou palavras a esse respeito. Contudo, isso não significa que não extraíamos daí esta consequência em função da natureza do instituto, pois as garantias se transmitem, as reais e, eventualmente, também as fidejussórias. Só não se transmitem as reais quando a garantia é dada por um terceiro, pois nesse caso seria também uma violência pretender que aquela garantia estivesse a garantir uma dívida que não era a dívida para a qual o terceiro aquiesceu com aquele escopo. E no tocante às garantias pessoais, a fiança também é personalíssima, mas afora isso as garantias persistem. Por exemplo, em um acordo entre os devedores, se a dívida está garantida por hipoteca constituída pelo antigo devedor, esta hipoteca continua, porque não faz sentido que alguém transmita a outrem e a hipoteca, que estava garantida, não continue, porque isto enfraquece a dívida e diminui também a posição daquele que vai se inserir na relação obrigacional.

Estou apenas mostrando aos senhores que, apesar de o novo Código não ter estabelecido distinção entre as modalidades, podemos perfeitamente extraí-las da própria natureza do instituto, do tratamento sistemático que veio a receber no Código e atribuir aí as diversas consequências. Mas a importância da matéria vai além das modalidades de que estamos cogitando agora.

Vejam os senhores que tocamos até agora em um dado que é a transmissão das obrigações, em que o novo devedor assume, toma a si a obrigação e o antigo resta liberado, ou mediante acordo entre eles ou mediante acordo entre o novo e o credor. Mas a assunção de dívida vai além, pois o préstimo desse instituto é de ordem tal, que ele hoje é utilizado na vida comercial, na vida prática, na vida econômica, para fins outros, como por exemplo, de reforçar a garantia da obrigação. Surge, então, um tipo de assunção de dívida que também não está previsto, mas que pode perfei-

tamente ser daí extraído e é compatível com o novo Código: a chamada assunção cumulativa de dívida. O que é isto? É a chamada assunção adesão à dívida ou adjunção à dívida. Nessa modalidade, que é muito empregada, o novo devedor ingressa na relação jurídica e o antigo não se despede dela, ambos continuam e de uma forma tal, que o credor pode cobrar a obrigação tanto de um quanto de outro. O que vale dizer que aquela obrigação resulta reforçada, garantida, é a chamada assunção cumulativa de dívida. Em que situações ela se aplica? Volto ao exemplo inicial: uma sociedade que não está muito bem, os sócios querem ceder as suas cotas, vem o credor e diz que concorda com a cessão de cotas aos novos sócios, mas exige que, para que a sociedade continue comerciando com ele, para que ele lhe forneça mercadorias, insumos etc, ele quer que os novos sócios assumam pessoalmente essa dívida ao lado da sociedade, porque sabe que a responsabilidade como sócio está limitada ao capital social, mas a responsabilidade pessoal, não. Então eles assumem aquela dívida ao lado da sociedade por cotas.

Vejam os senhores que resultou mais garantido o credor, houve na verdade uma adesão de reforços, de tal forma que o credor poderá cobrar essa dívida tanto da sociedade como dos sócios. Existem outras situações com as quais nos deparamos. Vamos encontrar, com muito frequência, o credor hipotecário de um imóvel em construção, que verifica que a construtora, por não honrar compromissos mediante credores, está retardando a entrega do imóvel, do conjunto de unidades, o que poderá, eventualmente, prejudicar o seu próprio crédito, que vai perdendo, vai se tornando rarefeito no tocante à garantia. Então ele, credor hipotecário, procura os fornecedores da construtora e diz que ele assume, ao lado dela, essa obrigação, e que continue fornecendo, para que a obra termine e as unidades possam ser vendidas e assim ele venha a ser pago. É utilizada dessa forma.

Há um caso que aconteceu entre nós e que foi manchete de jornais e que, na verdade, importou uma discussão entre assunção cumulativa de dívida ou não: o famoso caso da Sunamam, em que a União Federal teria, segundo os credores estrangeiros, assumido a dívida da Sunamam de forma cumulativa, vale dizer, se tornado devedora junto com a Sunamam lá fora. Os credores externos diziam que queriam cobrar da União, pois se a Sunamam não está em condições, a União Federal deve. A União Federal sustentava que não havia assumido a dívida, muito pelo contrário, o que houve foi um outro negócio, uma outra operação entre eles praticada, mas que não importou nem na transferência para ela da dívida exclusivamente, nem por outro lado em uma assunção cumulativa. Já a Sunamam dizia que nada devia, que havia transferido totalmente a dívida à União Federal. Vejam que estava em jogo uma assunção privativa, que implica a exoneração da dívida, uma assunção cumulativa e uma terceira situação, que iremos verificar, que é de suma relevância.

A assunção cumulativa gera, na verdade, praticamente, um vínculo de solidariedade entre o credor e os novos devedores, mas com um dado muito interessante: no plano interno, muitas vezes, aquele que paga, não tem o direito de regresso. Exemplo: a mulher que assume dívida de aluguéis ou dívidas que o marido fez. Ela acaba pagando. Os autores dizem que não faz sentido que, nesse caso, ela tenha um direito de regresso contra o marido. Então nessa relação de solidariedade não é sempre que se tem um direito de regresso daquele que vem a solver o débito.

Os senhores já puderam perceber a importância da assunção cumulativa de dívida, sobretudo no campo comercial, econômico e financeiro. Um outro dado: às vezes, ela se presta à confusão com a fiança, mas se distingue desta de uma forma bem nítida: enquanto na fiança o fiador garante dívida alheia, na assunção cumulativa o devedor que che-

ga, toma para si a dívida como própria, continuando o outro, apenas os dois. Então por isso difere da fiança, não é fiança, embora na redação de muitos atos, possa se estabelecer uma certa confusão entre uma e outra.

Uma outra posição intermediária, que não foi tratada no Código e que é de grande importância, que detectamos a todo momento, é aquela à qual nos referimos de início, relativa aos contratos de gaveta. Neles, o credor não deu o seu consentimento. Não podemos dizer que tenha havido uma assunção cumulativa, porque na verdade quem está comprando também não está querendo ficar como devedor ao lado do outro. Ao contrário, ele está aceitando que seja passada para ele a obrigação, assim que sobrevier o consentimento do credor. E se não sobrevier, o que existe? O nada? Isso tem que ser escondido, trancado em uma gaveta porque houve um ilícito? É claro que não. Aí entra uma terceira figura prevista em outros códigos, que gravita também em torno do mesmo tema: a chamada promessa de liberação. O que significa dizer que o novo devedor está prometendo àquele que o era, liberá-lo perante o credor. Então ele tem obrigações apenas perante o verdadeiro devedor, de liberá-lo perante o credor. Isto é mais ou menos o que se passa nos famosos contratos de repasse, em que o financiamento externo vem, é repassado para o devedor nacional e este promete à Instituição Financeira que o repassa a liberá-la perante o credor estrangeiro, com a plena identidade da dívida.

Então, vejam os senhores, há repercussões desses institutos igualmente no plano internacional. O Novo Código não trata da assunção cumulativa, não trata da promessa de liberação. Não se trata de crítica, mas uma ponderação, dizer que diante do que outros códigos fizeram, ele poderia ter sido completo, talvez tenha ficado um pouco insuficiente. É muito bom que, sobretudo, os magistrados tenham a exata noção desses aspectos, e isso não impede, de for-

ma alguma que, diante da sistemática do Novo Código Civil, se interprete, se aplique e se dêem todas as consequências a uma assunção cumulativa de dívida e a uma promessa de liberação. Nada impede, ao contrário, recomenda, porque não há como cogitar de um instituto sem se terem visto outros, uma vez que gravitam em torno do mesmo núcleo.

Então, vejam que na assunção de dívida, na transmissão das obrigações pelo lado passivo, que têm esse alcance enorme, sobretudo pelos desdobramentos que vão projetando por via da assunção cumulativa, por via da promessa de liberação, o seu tratamento legislativo é indispensável na vida moderna. Hoje, em um mundo em que os negócios se internacionalizam, em que há garantias de um país para o outro, e vice-versa, é preciso ter em conta esses institutos porque eles são utilizados no comércio internacional e nas relações financeiras internacionais. E digo mais ainda: uma assunção de dívida é uma fórmula, embora tênue, de se evitar insolvência, mas uma fórmula de se facilitar o saneamento de empresa, pois antes de que ela venha a falir, quebrar, ou se tornar realmente insolvável, pode perfeitamente haver uma transmissão dessas obrigações sem prejuízo a credores, para que ela continue a sua vida.

Indispensável na assunção de dívida é sempre o consentimento do credor. O jurista alemão Larenz sustentava que, na assunção de dívida, o que se tem, na verdade, é o devedor dispondo do direito do credor, quando ele a transfere a um outro devedor. Agora como ninguém pode dispor do direito alheio, só com a ratificação, que deve ser em princípio expressa, é que ela se aperfeiçoa e na verdade ocorre a transmissão. O Código introduz uma medida que já vinha sendo sugerida há muito tempo: em se tratando de assunção de dívida, de dívida garantida por hipoteca de imóvel, nesse caso, pode-se assinalar prazo ao credor para dizer se consente ou não. Se ele não consentir expressamente, vale o assentimento

tácito. Vejam que foi de muita atualidade e é muito importante, pelas repercussões que desenvolve, o Código Civil ter abordado esse tema que vemos a todo momento.

Ainda dentro da mesma perspectiva, temos a cessão do contrato, que a todo momento ocorre, basta que pensemos na cessão da promessa de compra e venda, na sublocação, e em tantas outras situações com as quais nos deparamos a todo momento. O Código Civil não regulou a cessão do contrato, ao contrário dos Códigos Civis português e italiano, que o fizeram. Mas a cessão do contrato é perfeitamente válida, útil e também emerge dos mesmos fundamentos que inspiram toda a transmissão das obrigações.

Quando é que temos a cessão do contrato e qual a sua grande utilidade? Eu tive um grande professor, Prof. Galvão Telles, que exemplificava da seguinte forma: A vende a B, que vende a C, C vende a D, D vende a E. B não recebeu ainda a mercadoria, mas ele precisa passá-la para frente. Se ele for aguardar a mercadoria para que se operem as demais transferências, perder-se-á tempo e sobrevirão ônus não previstos. Então, não se pode impedir que B transmita para C o direito a receber a mercadoria, C para D e D para E. No final, os pólos daquele contrato serão A e E, o que facilita, em muito, a entrega da mercadoria, sua exigência e os direitos e obrigações que emergem daquela relação jurídica já agora entre A e E. É isto a cessão do contrato.

Os senhores poderiam perguntar: como construir a cessão do contrato, como interpretá-la na ausência de uma previsão legislativa? Alguns sustentam que o núcleo da cessão do contrato reside exatamente em uma assunção de dívida correlativa, co-respectiva à cessão do crédito. Isso significa dizer que a mesma parte transmite, simultaneamente, crédito em contrapartida de assumir uma dívida. Daí se dizer que ela só é possível no contrato bilateral. Em última análise, isso seria o que ocorre

na cessão de contrato. Mas, o direito evolui e, à medida que o jurista vai se detendo e com o microscópio vai tentando verificar o que se encontra, ele percebe que, por exemplo, se pensarmos em termos somente de cessão de crédito e de assunção de dívida, não estaremos transmitindo alguns direitos e deveres que decorrem de uma posição contratual, não apenas de ser credor ou devedor. Por exemplo: o direito de resilir o contrato, o direito de denunciar o contrato, de opor uma exceção, cabível apenas em um contrato bilateral e assim por diante. Por isso é que, modernamente, (e o Código Civil Português acolheu esta orientação) fala-se na cessão da posição contratual, o que significa dizer que se cedem todos os poderes, direitos, deveres e obrigações laterais de conduta que se encaixam em uma determinada posição contratual. Eles são cedidos como um todo, cede-se na verdade a posição contratual, que é muito mais do que o crédito ou do que a dívida isoladamente. É assim que deve ser concebida a cessão do contrato, fenômeno poderoso para a circulação das obrigações, porque aí já não se transfere apenas o crédito ou a dívida, mas o contrato no seu todo, na sua globalidade, através da sub-rogação em uma posição contratual.

Mas o tema não se esgota aí. A evolução, a necessidade do tráfico das obrigações, leva também ao acolhimento e à construção de outras figuras, sobretudo no mundo moderno em que, como todos sabem, a declaração de vontade se transmite por meios eletrônicos e, hoje, pela forma digital. Então, todos nós, sobretudo os jovens juízes, iremos enfrentar doravante, nesse início de milênio, o grande problema da transmissão da declaração de vontade e, por conseguinte, das obrigações pelos meios eletrônicos e também por via digital. É uma circulação muito mais rápida do que podemos imaginar. Li no jornal, ontem, que os bancos vão introduzir um novo sistema para movimentação de conta corrente e até para venda de ações em bolsas. Na

Europa, a União Européia já recomendou que se legisle sobre a transmissão do negócio jurídico por via digital e alguns países já têm lei a esse respeito. De modo que os senhores enfrentarão esse problema, que envolve igualmente a transmissão das obrigações.

Antes dele, existe um outro que nos mostra exatamente o rumo em que caminha a transferência de direitos e obrigações de um modo genérico: é o chamado contrato com pessoa a declarar, que vem, agora, regulado no Código Civil. Esse contrato é muito interessante porque ele surgiu na Idade Média, com o objetivo inteiramente distinto daquele para o qual é utilizado hoje. Na Idade Média, os nobres, muitas vezes, queriam arrematar em leilões, mas ficavam constrangidos de lá comparecer e serem havidos como aves ávidas de arrebanhar a presa, ou então de serem vencidos. O que faziam? Eles encarregavam alguém para lá ir e arrematar, fazer lances em nome deles. Se fosse vencedor, na hora de receber o bem, este não seria entregue àquele que havia feito o lance, mas sim àquele que o havia encarregado de lançá-lo.

Mas, por que forma, se ele não havia apresentado mandato, não havia apresentado procuração na hora? Então não poderia ser feita a entrega àquele nobre que não havia aparecido naquele momento. Se o mandato fosse exibido depois, simplesmente não havia antes, também não teria esse efeito. Então argumentava-se que haveria, na verdade, uma dupla transferência: uma para quem apresentou o lance vitorioso e outra desse para aquele que, na verdade, queria adquirir o bem. Mas isso não interessava e não correspondia à vontade das partes. Não interessava porque os laudêmios, por exemplo, em tema de imóveis, eram caríssimos na Idade Média e implicaria também um duplo pagamento de laudêmios, para aquele que deu o lance, e deste para aquele que o havia encarregado de exibir o lance.

Construiu-se, então, a seguinte figura: aquele que arrematava, se ele dis-

sesse que arrematava **sib aut amico**, para si ou para o seu amigo, isso significava que ele tinha a faculdade de, em um prazo determinado, indicar, se fosse o caso, aquele para quem ele arrematou e este, se apresentando e sendo aceito, era como se não tivesse sido arrematado por quem exibiu o lance. Então a venda se reputava feita diretamente entre, digamos assim, o devedor, ou se fosse o caso, a massa sob a qual pendia aquela execução e aquele que havia encarregado de arrematar. Desaparecia do mapa aquela figura intermediária de quem havia dado o lance. Assim é que surgiu o contrato com pessoa a declarar na Itália, basicamente em torno dos séculos XIV e XV.

Tudo isso vai nos mostrando que, a todo momento, no direito devemos imaginar que os institutos, às vezes, surgem com uma determinada finalidade, mas a evolução sociojurídica os desvia da finalidade para qual foram criados, surgindo outra finalidade muito mais útil e necessária. Foi o que sucedeu com esse contrato. Ainda na Idade Média, sobretudo naquela região do centro da Europa, correspondente à atual Suíça, ao norte da Itália e também à França, os laudêmios eram caríssimos. Sucedia que as partes celebravam um contrato de promessa de compra e venda em que constava uma cláusula: “a escritura definitiva será outorgada ao promitente comprador ou a terceiro que ele indicar”. Vinham então o fisco, e os nobres e diziam que ali havia uma dupla transmissão, que deveria ser pago o laudêmio por duas vezes, assim como, mais tarde, os tributos também seriam pagos por duas vezes.

Sustentava-se em absoluto que o que está aqui, é aquela cláusula empregada no leilão, **sib aut amico**, para ele ou terceiro que ele indicasse. Mesmo parecendo que não, a verdade é que o poder feudal foi se esvaindo, foi se esboroando diante dessas situações em que os nobres perdiam o poder econômico com a fuga, com a evasão dos laudêmios e das taxas que lhes eram

devidas. E, assim, o contrato prevaleceu e é regulado nos Códigos Cívico Italiano, Português e agora está introduzido no nosso Código, sendo largamente praticado na França e em outros países. Perguntaria aos senhores: não estaria havendo uma burla à lei, uma simulação, uma fraude?

Vou dizer por que esse assunto despertou-me a atenção: eu era Curador de Massas Falidas, e preocupado em zelar pela autenticidade dos leilões, junto ao Leiloeiro Paulo Brame acabei montando um mapa, que seria um registro de ocorrências dos leilões. Imprimimos vários talões, onde constava quem arrematou, a qualificação completa, se havia pago, como havia pago, o número do cheque, etc. Eu só assinava o auto depois que conferisse exatamente o que constava naquele mapa. Ele ficava com o carbono e o original, comigo. Comecei a observar que vinha o primeiro auto e não batia, pois era um outro arrematante, eu não assinava; o segundo, eu também não assinava, assim por diante. Até que um dia, foram me procurar dizendo que por isso não haveria mais como vender bens de massa falida, de espólio, nem de ninguém. Perguntei o porquê, pois eu só estava exigindo que constasse o nome de quem havia arrematado, o auto e a carta têm que ser em nome dele e o bem tem que ser a ele entregue. Pediram-me, então, para não fazer mais aquilo sob pena de não se conseguir mais vender nem bens de espólio, nem bens de massa. Isso ocorre porque, na verdade, quem compra não está comprando para si, está comprando para outro, mesmo sem procuração. Isso é a praxe, ninguém de fora compra, se alguém quer comprar, encomenda a um deles ou, às vezes, eles compram sem que haja sequer uma encomenda, sabendo que fulano ou beltrano se interessará. Foi aí que me tranqüilizei um pouco e, examinando, verifiquei que na verdade eu não estava nem diante de uma fraude à lei, nem de simulação, mas, na verdade, isso corresponde à figura do contrato com pessoa a declarar. Fiquei mais tranqüilo, então, para

assinar os autos e permitir que os bens fossem entregues, assim como a carta de adjudicação. Vejam os senhores uma aplicação prática muito importante.

Hoje, podemos ter uma aplicação prática desse instituto (não diretamente do contrato em si, que a meu ver é um contrato abstrato, semelhante ao contrato a favor de terceiro, que vai se amoldando a várias situações) no seguinte exemplo: Se quisermos comprar um carro em uma agência de automóveis, deixando o nosso na mesma, se quisermos vendê-lo, duvido que alguém saia da agência com o recibo constando o nome de quem comprou. Isso não ocorre com ninguém. Isso me intrigava, pois é uma situação horrível não se saber para quem estou vendendo um carro, que amanhã poderá bater na mão de um estelionatário, na mão de um seqüestrador e a responsabilidade civil nesse ínterim?

Vejam bem que, se aplicarmos às situações dessa natureza a concepção do contrato com pessoa a declarar, posso dizer que vendi para a agência com a faculdade de que ela indique um terceiro, que, aceito por mim, será comprador, mas não haverá nenhuma responsabilidade minha no interregno.

Então, vejam a utilidade prática dessa figura contratual e não só aí, pois os corretores de bolsa de mercadorias, de valores, compram pelo telefone no Rio Grande do Sul, pela Internet, dizendo: “manda tantas sacas de milho”, e não sabe para quem vai vender, mas sabe que terá comprador. Embora o contrato com pessoa a declarar não se confunda com a mediação nem com a corretagem, na verdade ele está servindo exatamente a essa hipótese. Ele está comprando para si ou para quem ele venha a indicar. Só que quando esse aceita, desaparece aquela figura intermediária, ele entra no contrato como se fosse a parte desde o início. Há uma resolução, há uma extinção retroativa *ex tunc* da posição daquele que figurava inicialmente e o contrato, desde o início, ocorre entre quem vende e aquele que na verdade aceita e é indicado.

Os senhores poderiam indagar se isso poderia implicar uma burla à lei. Não, desde que bem entendido, estejam resguardados os interesses do fisco, ele apenas facilita a circulação dos contratos. Tanto que na Itália, veja que nome sugestivo recebe esse tipo de contrato: contrato em branco, que seria aquele em que a pessoa da contraparte não está, de início, determinada, há uma relativa indeterminabilidade da pessoa da contraparte. Vale dizer que a determinação da pessoa deixa de ser fundamental, o que rompe com um dos conceitos mais tradicionais que temos do contrato, a sua celebração a partir do momento da formação, onde o acordo de vontades é imprescindível.

Então, todo o direito caminha nesse rumo e isto exatamente para atender a uma exigência da sociedade moderna, que reclama, requer e precisa da circulação das obrigações, da circulação do contrato, para que as operações possam se realizar em um mundo cada vez mais universalizado. Isso tudo nos leva, por conseguinte, agora a pensar em reflexões mais prospectivas: o que estaria por detrás de tudo isso? Como fica então o conceito de obrigação, tradicional, de contrato, que aprendemos sempre em função de partes praticamente determinadas ou de um modo imediato determináveis? Vemos que se fala contrato em branco, em circulação imediata sem determinação dos pólos da própria obrigação.

A concepção, que vai se instilando no sistema jurídico, e quer parecer que também esteja no próprio Código, é de que a obrigação não implica mais, como se via desde o Direito Romano, e sobretudo por um viés romanístico, um estado de sujeição do devedor ao credor. A obrigação no fundo é uma relação entre credor e devedor sem o sentido exclusivamente egoístico ou estritamente individual de um ou de outro. É por via da obrigação que alguém propicia a outrem aquilo de que ele carece, como no mútuo, na empreitada, no próprio mandato, na sociedade, na compra e venda e assim por diante. O gran-

de jurista italiano Emilio Betti sustenta isso quando ele fala nas vicissitudes da obrigação. Ele diz que a obrigação deve ser vista como um meio de colaboração entre os homens e não de sujeição, de submissão de um a outro como na figura tradicional do devedor submetido inteiramente ao credor, não se trata disso. Primeiro, sob essa ótica, a obrigação traz direitos para o devedor e impõe deveres ao credor. A obrigação traz um reflexo social porque interessa a toda a sociedade que o adimplemento se realize, daí a possibilidade de que terceiros venham a pagá-la, a solver o débito. Então o conceito de obrigação vai se transmudando, vai assumindo uma nova fisionomia, e, em síntese, trazendo um novo conteúdo, qual seja: o de colaboração entre os homens. É exatamente esse conceito que propicia o desenvolvimento de figuras como a transmissão das obrigações, a cessão do contrato, o contrato com pessoa a declarar, e vai nos trazer, brevemente, o problema dos contratos celebrados mediante declarações por via digital.

Era apenas essa reflexão que eu gostaria de trazer aos senhores e parece-me que, por detrás de todos esses institutos, o nosso Código Civil está deixando correr um veio, um filão muito profundo, o de uma nova conceptualística em torno da obrigação e do próprio contrato, como instrumentos a serviço dos homens e não de sujeição de uns aos outros. Agradeço muito pela paciência e se não pude na verdade atingir os objetivos.

DEBATES

Desembargador Sergio Cavalieri Filho

Desembargador Roldão, eu tinha várias perguntas a fazer, mas vamos ceder o espaço ao auditório. Tenho aqui uma indagação do Prof. Melhim Chalhub: no contrato de alienação fiduciária de imóvel, Lei nº 9.514, artigo 30, exige-se a interveniência do credor fiduciário para efetivação da cessão do contrato, com assunção de dívida. A indagação que se faz é: prevalece essa regra sobre o artigo 303 do Novo Código Civil?

Desembargador Luiz Roldão F. Gomes

O artigo 303 diz respeito ao adquirente do imóvel hipotecado, estabelecendo o seguinte: se o credor notificado não impugnar exatamente a transferência em trinta dias, entender-se-á que ele consentiu. Não deixa de haver consentimento é apenas um consentimento tácito, o qual, a meu ver, é perfeitamente cabível, como existe em outras legislações - se não me engano no Código Civil Suíço - por uma razão: a hipoteca grava o imóvel, então não há risco de perecimento nem de desaparecimento do imóvel. O credor não ficará desguarnecido, ainda que não dê o seu consentimento, pois a hipoteca remanesce e o imóvel não desaparece.

Na alienação fiduciária em garantia, em termos de cessão de contrato, ela tem que seguir toda a sistemática de cessão de contrato. Como ela envolve, já vimos inicialmente, duplamente uma relação de correspectividade, uma cessão de dívida e uma cessão de crédito, evidentemente que, por causa da assunção de dívida, ela carece sempre do consentimento do credor. Poder-se-ia alegar, talvez o seguinte: seria cabível uma aplicação analógica desse artigo para a cessão do contrato na alienação fiduciária em garantia? Vejam bem que aqui não há elementos tão próximos para essa aplicação analógica, porque o imóvel não pode, de repente, desaparecer. O móvel evidentemente pode, e sabemos que isto ocorre com mais facilidade, ou pelo menos com muito mais probabilidade. De modo que não seria recomendável uma aplicação analógica no artigo 303 à cessão do contrato na alienação fiduciária em garantia, por essa razão.

Des. Sergio Cavalieri Filho

Outra indagação: Na assunção de dívida cumulativa, a responsabilidade é solidária ou subsidiária, já que o novo Código Civil é omissivo e a solidariedade não se presume?

Desembargador Luiz Roldão F. Gomes

Realmente, para se ter uma solidariedade indene de dúvida - daí eu ter

falado em insuficiência - o Código deveria ter feito essa previsão. Mas, sucede que é da natureza, é da essência da assunção cumulativa de dívida que o novo devedor assumira ao lado do outro, sem que este se despeça da relação obrigacional.

Ora, isso não poderia ocorrer em uma obrigação conjunta, pois não faria sentido, porque a obrigação seria repartida. Para que a obrigação permaneça a mesma e o outro assumira ao lado do antigo, sem que ele se disperse em toda a obrigação, ela só pode ser uma obrigação solidária. Mas sucede que, além de ser da estrutura, da essência e da natureza da assunção cumulativa de dívida, na verdade, quando ela ocorre na prática, quando a cláusula vem bem redigida, não só é especificado que há uma assunção cumulativa da dívida, ainda que não se mencione solidariedade, como se diz, às vezes: podendo o credor cobrar tanto de um quanto de outro a integralidade da dívida. É esse o motivo pelo qual, na assunção cumulativa de dívida, podemos, mesmo sem texto, a partir da natureza, da estrutura, da essência do instituto, deduzir que a obrigação é solidária.

Dr. Régis Velasco Fichtner

Gostaria de fazer uma indagação com relação a esse problema dos contratos de gaveta, porque me parece (e aí eu gostaria de fazer uma breve observação) que quando o novo Código trouxe, ou pelo menos positivou, um novo elemento, nos contratos que diz respeito ao problema da função social do contrato. Parece-me que seja um novo princípio estabelecido para a relação contratual, o da função social do contrato, que significa, pelo menos na minha concepção, que o contrato não deve mais ser entendido como uma relação que só interessa às partes contratantes. Ele está permeado pelas condicionantes sociais e é afetado por elas. A indagação que gostaria de fazer é a seguinte: se nessa hipótese de contrato de gaveta, tendo em vista a ques-

tão da função social do contrato, não poderíamos ultrapassar aquele princípio clássico da relatividade dos efeitos do contrato para liberar, efetivamente, o cedente do contrato, na medida em que há um imóvel (que em princípio assegura o pagamento do crédito) e levando-se em consideração que normalmente se tratam de bens adquiridos para a residência da família, ou seja, atingirmos aí o princípio da essencialidade do bem, e na medida em que não me parece que possa haver prejuízo efetivo para o credor, em princípio? Essa é a primeira indagação. Em segundo, com relação a essa mesma questão, se atendido o princípio da função social do contrato, seria lícito ao credor, e também levando em consideração o princípio da boa-fé que foi positivado, recalculer a dívida nessa hipótese, que me parece que também viola o princípio da função social do contrato e da boa-fé?

Desembargador Luiz Roldão F. Gomes

Excelente pergunta em todos os aspectos. O **Jornal do Comercio**, essa semana, divulgou a notícia de que um Tribunal Regional Federal (penso que o da 2ª Região), na linha do que se decidiu no STJ, admitia que o cessionário, o adquirente pudesse propor, inclusive ação consignatória, para evitar a mora em face do credor, embora a mora não sendo parte. Tem-se observado isso. Também há decisões admitindo, por exemplo, que, se o cedente pagou, se sua dívida foi toda quitada, mas ainda se sobre o bem, sobre a unidade, pende hipoteca, esta, não obstante ser indivisível, pode, no caso, deixar de incidir sobre aquela unidade, exatamente fracionando aquele princípio tradicional da indivisibilidade, da garantia, e liberando com isso o cessionário. São pois grandes avanços.

Penso que, pela função social do contrato e também por esse dado muito importante, a assunção de dívida, o contrato com pessoa a declarar e o contrato a favor de terceiro têm aspectos comuns, porque eles projetam efeitos fora da própria relação contratual que se transfor-

mam ou constituem em um outro dado muito interessante e que justifica a existência de todos eles. Creio que diante da exigência expressa, do consentimento do credor, para transferência das obrigações e considerando-se que a transferência das obrigações, ainda quando celebrada pelos devedores, se entende como um ato de disposição do direito do credor, que só se aperfeiçoará com a ratificação ou consentimento dele (que se admite tácito, no caso do imóvel ser hipotecado) penso que, a não haver uma previsão legislativa, estaríamos, na verdade, elevando, alçando a promessa de liberação daquele patamar ao de uma verdadeira assunção de dívida.

Digo isso porque seria mais fácil, talvez, entender que houve, aí, uma

assunção cumulativa de dívida. Se tivéssemos várias etapas, teríamos: no ápice, a assunção liberatória da dívida, em seguida a assunção cumulativa e em terceiro plano, a promessa de liberação. Se admitíssemos que o devedor primitivo, o cedente, ficasse inteiramente liberado, estaríamos simplesmente indo do primeiro andar para o terceiro, sem passar pelo segundo; seria, talvez, mais prático, a se entender dessa forma, entender que houve uma assunção cumulativa. O que não impede que, por medidas exatamente em decorrência da função social do contrato e da própria boa-fé, para que corresponda ao seu resultado econômico, se admita que possa o cessionário tomar iniciativas que seriam privativas ou exclusivas do próprio cedente. 