

PONTES DE MIRANDA

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XXIII

Direito das Obrigações: Auto-regramento da vontade e lei. Alteração das relações jurídicas obrigacionais. Transferência de créditos. Assunção de dívida alheia
Transferência da posição subjetiva
nos negócios jurídicos.

2.^a EDIÇÃO

Oferta da Biblioteca do Tribunal de Justiça do Est. de S. Paulo
Ao Juiz Octavio Stucchi

EDITOR BORSOI
RIO DE JANEIRO
1958

está livre de contra êle ir o cessionário; b) se o cedente adquire originariamente a posse, ou de outrem que não a adquirira do possuidor que dera ensejo às pretensões, o cessionário não pode ir contra êle; c) se a cessão foi para que o cessionário não fôsse molestado pela posse de outrem, por lhe interessar que o proprietário a tivesse, ou êsse interesse está satisfeito, e não se compreende que vá contra o proprietário, que obteve a posse, o cessionário, ou o proprietário não procede como fôra de esperar-se, e pode ir contra êle o cessionário como contra qualquer possuidor.

§ 2.823. Cedibilidade e incedibilidade dos créditos

1. CONTEÚDO DO ART. 1.065 DO CÓDIGO CIVIL. — Princípio geral é o de que os créditos são cedíveis: “O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor” (Código Civil, art. 1.065). Em virtude do art. 1.078, também as pretensões reais e os direitos que não são créditos. O que se cede é o crédito, não a relação jurídica, e apenas se há de entender que se inseriu o cessionário, na *mesma* relação jurídica, em lugar do cedente, o que não só a lei pode estabelecer (cp. H. SIBER, em G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 555 s.); a própria eficácia, após a notificação, é eficácia do que se cedeu, e pois resultante da inserção na relação jurídica (cp. H. DEMELIUS, *Vertragsübernahme*, *Jherings Jahrbücher*, 72, 241 s.; como dissemos, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, I, 220). A lei permite que a transferência se dê, com a substituição do credor.

A cessão dos créditos *futuros* apenas exige que se haja caracterizado o que se cede, isto é, que, ao nascer o crédito, se saiba, ao certo, qual será o crédito cedido. O que é preciso é que não se precise de *concretização* quanto ao crédito cedido, pôsto o crédito cedido possa ser correspondente a dívida genérica. É da mais alta importância a distinção. No momento em que ao cedente nasce o crédito traspassa-se ao cessionário, mas a eficácia em relação ao devedor está sujeita à regra jurídica do art. 1.069 do Código Civil, bem assim, em relação a terceiros, à do art. 1.067, *in fine*.

O cessionário adquire o crédito como sucessor do cedente, e não diretamente (SCHUMANN, *Die Forderungsabtretung*

im deutschen, französischen und englischen Recht, 109; H. RÜHL, *Eigentumsvorbehaltung und Abzahlungsgeschäft*, 46; cfr. FR. LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht*, 656; A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, II, 362).

Pode-se ceder todo o lado ativo da relação jurídica (B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, II, 9.^a ed., 390, nota 13, e 415, nota 4), ou só o direito, a pretensão, a ação, ou exceção, cedível, que se aponta como objeto (CHR. F. MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, 3.^a ed., 310 s.). Assim, quando dizemos que se cedeu o crédito, o que se cedeu foi toda a eficácia do negócio jurídico, ou do ato-fato jurídico, ou do fato jurídico *stricto sensu*, lícito ou ilícito.

Sempre que o crédito não é a única e toda a relação jurídica que se irradia, há relação jurídica *antes dela*, conceptualmente, de que se originam créditos e, pois, relações jurídicas. Então, é necessário frisar-se a diferença entre a relação jurídica fundamental e as relações jurídicas de crédito (e portanto de pretensões, ações e exceções) que derivam daquela.

Os créditos a que correspondem obrigações naturais e aquêles a que não correspondem pretensões, ou ações, ou a que foi encoberta a eficácia (dívidas prescritas), podem ser cedidos. Não seria possível, no tocante a pretensões que não existem, cederem-se as pretensões, porém nada obsta a que se ceda o crédito. Quanto às pretensões prescritas e às ações prescritas, existem, e podem ser cedidas. O que não seria possível seria o *mandatum agendi*. Sem razão, ainda no direito comum, H. A. SCHWANERT (*Die Naturalobligationen*, 176 s.) e A. SCHMID (*Die Grundlehren der Cession*, I, 54 s.).

Na jurisprudência está assente quanto à cedibilidade dos créditos a termo ou sob condição (6.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de agosto de 1948, *R. dos T.*, 176, 307).

2. ÓBICES À CESSÃO DE CRÉDITO. — O art. 1.065 do Código Civil refere-se à *natureza da obrigação*, à *lei* e à *convenção com o devedor*, como óbices à cedibilidade.

A natureza da obrigação impede a cessão se, admitido que se cedesse o crédito, se lhe alteraria o conteúdo. Exemplos de vedação legal da cessão têm-se na Constituição de 1946, arts. 155, parágrafo único, e 160.

Há prestações a que por sua natureza não é indiferente quem seja o credor. Os exemplos mais relevantes são o contrato de locação de serviços, o de mandato e gestão de negócios (*e. g.*, gerência) e, de regra, o de locação de coisa. Daí os arts. 1.232, 1.^a parte (*ius cogens*), 1.201, parágrafo único (*ius dispositivum*), 1.300 (*ius dispositivum*). Idem, prestações derivadas de pré-contratos, sempre que está em causa o empréstimo ou outro negócio jurídico em que a pessoa do credor seja de importância para o devedor (*e. g.*, locação de serviços ou de coisa). Em todo caso, a regra jurídica, não escrita, é *dispositiva*.

3. CONTEÚDO INALTERÁVEL DO CRÉDITO E INCEDIBILIDADE.

— Os créditos que, satisfeitos a outrem, e não ao credor primitivo, seriam atingidos em seu conteúdo, não podem ser cedidos. Tal ocorre às prestações de alimentos, às pretensões a receber empréstimo, porque a consideração da pessoa do mutuário ou do comodatário entra por muito (*aliter*, se apenas se trata de cessão da pretensão à entrega da quantidade mutuada), à prestação de locação de prédio, que somente é transferível por cláusula expressa (ainda que possível a sublocação, Código Civil, art. 1.201). A pretensão da empresa jornalística à prestação de serviços do redator político não pode ser cedida ao adquirente da empresa se há, com isso, mudança de política partidária (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 688). Tão-pouco é cedível a pretensão à inserção de anúncios ou reclames (A. EBNER, *Zwei konkursrechtliche Fragen aus dem Anzeigenrecht*, *Leipziger Zeitschrift*, VI, 54 s.).

As quotas ou as ações em sociedades de navegação de cabotagem para transportes de mercadorias não podem ser cedidas a estrangeiros, bem assim as quotas ou as ações de sociedades de armadores que façam o mesmo comércio (Constituição de 1946, art. 155, parágrafo único). Também as quotas e ações de empresas jornalísticas e de radiodifusão (Constituição de 1946, art. 160). Aqui é a *lei* que obsta à cessão.

4. QUALIDADE DO CREDOR E INCEDIBILIDADE.

— A incedibilidade pode provir de *qualidade* do credor, ou a qualidade do credor ser ligada. A *pretensão* entre sócios a *liquidação e divisão* (*Auseinandersetzungsanspruch*) pode ser cedida. A *preten-*

são do garante a liberar-se (*e. g.*, Código Civil, arts. 985, II, e 1.495) e outras semelhantes não são cessíveis, salvo, quanto à do garante, ao credor garantido (FLECHTHEIM, *Das Absonderungsrecht des "Dritten" im Konkurse des Haftpflichtversicherungsnehmers*, *Leipziger Zeitschrift*, II, 814; G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 559; sem razão, HANS REICHEL, BGB. § 329, *Leipziger Zeitschrift*, V, 406).

5. INCEDIBILIDADE POR LIGAÇÃO A DETERMINADA COISA. — A intransferibilidade do crédito pode originar-se de relação com determinada coisa. Por exemplo: a prestação de gás e luz elétrica, porque só destinada a determinado espaço e não pode ser desviada para outro (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 689); a pretensão por futura reparação se o vizinho, não proprietário, prometeu abstenção ou ato positivo concernente ao uso do prédio.

6. OUTRAS ESPÉCIES. — Se a prestação é indivisível, não há pensar-se em cessão de crédito quanto a parte da pretensão. Se é divisível e se acordou em que o credor tem de receber o todo, ou parte (Código Civil, art. 889, *in fine*), a pretensão é cessível e é de admitir a partilha da pretensão entre comuneiros por meio de cessão (HANS REICHEL, *Die Schuldmitübernahme*, 459; J. BINDER, *Die Korrealobligationen*, 592; W. WESTERKAMP, *Bürgschaft und Schuldbeitritt*, 310).

O direito oriundo de oferta de contrato ainda não é crédito; não pode ser cedido (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 689). Todavia, pode a oferta prever a cessão (de direito, Código Civil, art. 1.078) e, aí, o direito é cedível. *Idem*, se de uso no tráfico.

Os créditos litigiosos podem ser cedidos. Apenas a cessão é ineficaz com relação ao litigante ou litigantes contrários. De modo que o demandado pode ser condenado, se o cessionário também vai contra êle.

Na ação em que se fez litigioso o crédito cedido após a litispendência, o cessionário pode ser admitido como assistente equiparado ao litisconsorte, ao lado do cedente. A sentença tem eficácia de coisa julgada contra o cedente e contra o cessionário, *que é sucessor*.

Os direitos que apenas se destinam a acompanhar outra relação jurídica (= não têm outra significação independente,

= são dependentes ou resultantes), somente podem ser transferidos com os direitos a que se prendem. Por exemplo: os direitos reais de garantia, as pretensões a prestação de contas e a comunicações e avisos. Não assim se, a despeito de sua procedência, têm valor patrimonial próprio, como as pretensões de juros e as pretensões oriundas de penas convencionais.

7. INCEDIBILIDADE LEGAL. — Já falamos da incedibilidade oriunda de lei expressa e demos exemplos.

O crédito absolutamente impenhorável é, de regra, crédito incedível (Código de Processo Civil, art. 941): os bens inalienáveis por força de lei (art. 942, I) e os gravados de inalienabilidade; os vencimentos dos magistrados, professores e funcionários públicos, o sôlido dos militares, os salários e soldadas, salvo para pagamento de alimentos à mulher ou aos filhos, se o credor foi condenado a prestá-los (art. 942, VII); as pensões, tenças e montepios, percebidos dos cofres públicos, de estabelecimentos de previdência, ou provenientes de liberalidade de terceiro, e destinados ao sustento do credor ou da família (art. 942, VIII); a prestação do seguro de vida (art. 942, XIV); os rendimentos de bens inalienáveis destinados ao sustento de incapazes, mulheres viúvas ou solteiras (art. 943, I).

Se o crédito é incessível por ser impenhorável, mas só o é em parte, pode ceder-se o que escapa à impenhorabilidade (L. KUHLENBECK, *J. v. Staudingers Kommentar*, II, 457; G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 563).

8. "PACTUM DE NON CEDENDO". — A cessão pode ser pré-excluída pelo cedente, ou pelo credor cessionário, em convenção com o devedor. A convenção entre o cedente e o cessionário só tem eficácia pessoal. O assunto merece trato especial.

§ 2.824. "Pactum de non cedendo"

1. "CONVENÇÃO COM O DEVEDOR" (CÓDIGO CIVIL, ART. 1.065, "IN FINE"). — A cedibilidade pode ser pré-eliminada pelos contraentes; ou pelo devedor em virtude de negócio jurídico unilateral. A incedibilidade pode ser *restrita*; e. g., se se estabelece que somente pode haver cessão com o assentimento do devedor, ou somente a determinada pessoa, ou a determinadas

pessoas, ou com observância de certas regras sobre forma (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 562).

O devedor não pode impedir que o credor ceda o crédito. Todavia, pode o devedor pactuar *de non cedendo*. Não importa qual o motivo que sugeriu ao devedor estipular a incedibilidade do crédito. A incedibilidade pode ser restrita no tempo (não pode o credor ceder no primeiro ano, ou até 31 de dezembro de 1959), inclusive por meio de condição (*e. g.*, se o credor assinar a escritura de transmissão da propriedade do prédio *a*).

A ineficácia da cessão de crédito se houve infração da incedibilidade oriunda de negócio jurídico é *erga omnes*, se houve registro, ou se o pacto consta do negócio jurídico de que resulta o crédito e a cessão tem de ser com o conhecimento do instrumento do negócio jurídico. Sempre que a eficácia é *erga omnes*, entendem-se incluídos os credores do cedente. A ratificação pelo devedor eficaciza a cessão de crédito com infração da incedibilidade de origem negocial.

Se a cessão foi pré-excluída em convenção entre o credor e terceiro, a eficácia de tal pré-exclusão é só pessoal, de modo que não se torna incessível o crédito. Mas a convenção entre o devedor e o credor, anterior, simultânea ou posterior ao contrato, estabelece a *incedibilidade*, o que significa atribuir-se qualidade objetiva ao crédito (BRÜCKMANN, *Bedeutung und Tragweite des Abtretungsverbots* aus § 399 BGB., *Seufferts Blätter*, 71, 437 s.; L. RAAPE, *Das gesetzliche Veräußerungsverbot des BGB.*, 171 s.; H. KAUFMANN, *Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen*, 40).

O *pactum de non cedendo* pode referir-se a dívida futura, ou a dívida a termo ou condicional (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 690).

O fiador pode convencionar com o credor ou com o credor e o devedor a incedibilidade do crédito; só na última espécie o crédito se torna objetivamente incessível (cf. P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 311).

O crédito não pode ser cedido se foi pré-excluída, pelo devedor, a cessão, em acordo com o credor, ou vice-versa (ali, o devedor ofertou a pré-exclusão; aqui, o credor, mas os acordos de pré-exclusão não apresentam, uma vez concluídos, qualquer diferença). A cessão pode ter parecido incômoda, ou

desagradável, ou inoportuna, para qualquer dos figurantes, mais freqüentemente para o credor. O acôrdo pode anteceder ou suceder à constituição do crédito. *O crédito fica privado de cedibilidade*, em vez de apenas ser obrigado o credor a não ceder. É o que resulta das palavras do art. 1.065, *in fine*, do Código Civil. A cessão contra o que foi convencionado não tem eficácia, *em relação a todos*, inclusive os credores do cedente. Não se trata de simples proibição de alienar, mas sim de *inalienabilidade do direito*, estabelecida por acôrdo do devedor e do credor (e não de pacto de ineficácia relativa, isto é, só em relação ao devedor, WÜNSCHMANN, *Vom pactum de non cedendo*, *Gruchots Beiträge*, 54, 222 s. e 205; nem simples obrigação que o credor assumiu, como queriam L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, II, 267, P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 311 s., H. REHBEIN, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, II, 388, cf. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 14.^a ed., 417). A opinião certa está em H. SIBER (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 563), H. KAUFMANN (*Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen*, 40) e L. RAAPE (*Das gesetzliche Veräußerungsverbot*, 171).

Se o devedor aprova a cessão feita com infração do art. 1.065, *in fine*, passa a ser eficaz, por analogia do art. 1.343 do Código Civil (H. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, 501; PH. HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, 197; H. SIBER, em G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 562; P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 311; F. SCHOLLMAYER, *Recht der Schuldverhältnisse*, 365), salvo se a incedibilidade foi preestabelecida a favor de terceiro.

2. FORMA DA CLÁUSULA OU DO PACTO DE NÃO CEDER. — A cláusula de não ceder tem de ter a forma do negócio jurídico em que se insere. Ao pacto anterior ou posterior é de exigir-se a forma do negócio jurídico de que vai fazer parte, se a lei impôs aquela forma ao negócio jurídico (diferente na doutrina alemã, onde ao pacto posterior não se exige a mesma forma, cf. G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 562, o que é de repelir-se, *de lege ferenda*). Todavia, o pacto sem a devida forma tem efeito obrigacional entre devedor e credor.

A cessão que não obedeceu à forma que seria a sua (e não foi estabelecido com o devedor o emprêgo da outra forma de

que se usou) é *ineficaz* em relação ao credor. Será nula se a forma foi imposta por lei à própria cessão.

A credibilidade pode exsurgir *tacitamente*.

A destinação de prestação do seguro contra fogo a reconstrução pré-exclui que se possa ceder a outrem que o reconstrutor.

§ 2.825. Infração da proibição de ceder

1. QUESTÃO PRÉVIA. — A questão prévia a respeito da infração da proibição de ceder é a da sanção. ¿A cessão de crédito que se fez sem poder ser feita é *nula* ou só *ineficaz*?

Na doutrina, houve mais divergências do que discussão científica. Por outro lado, o problema *de lege lata* há de ser pôsto desde o início, para que se não perca demasiado tempo com indagações *a priori*.

De lege ferenda, a solução não pode ser uma só. A infração da proibição por lei haveria de ser tratada como causa de nulidade, e não só como de ineficácia. A infração da proibição negocial mereceria a sanção menor de ineficácia.

De lege lata, o Código Civil, no art. 145, II, considera causa de nulidade o ser ilícito ou impossível o objeto do negócio jurídico. A alienação dos bens inalienáveis é nula.

2. EFICÁCIA DA INCEDIBILIDADE. — Se o crédito é incedível porque a cessão seria contra a natureza da obrigação, ou contra a lei, a eficácia é *erga omnes*. Se a incedibilidade resulta de *clausula* ou *pactum de non cedendo*, têm-se de distinguir as espécies: *a)* se se trata de cláusula, quem conhece o negócio jurídico em que se insere a cláusula conhece a cláusula; *b)* se é de pacto que se cogita, é preciso que se possa ter por assente que conhece o pacto quem conhece o negócio jurídico, porque não se poderia exigir que o terceiro, a quem se apresenta, por exemplo, o instrumento do contrato, conheça o pacto anterior, simultâneo ou posterior que não faz parte, *materialmente*, do contrato.

Se a incedibilidade proveio de convenção entre credor e devedor e houve infração com o fato de o credor ceder o crédito, o assentimento do devedor eficaciza a cessão, se o fito da

proibição era apenas o de proteger o devedor (L. KUHLENBECK, *J. v. Staudingers Kommentar*, II, 456; BRÜCKMANN, *Bedeutung und Tragweite des Abtretungsverbots* aus § 399 BGB., *Seufferts Blätter*, 71, 438; L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, II, 267; cp. WÜNSCHMANN, *Vom pactum de non cedendo*, *Gruchots Beiträge*, 54, 222 s.); sem prejuízo, entenda-se, dos direitos de terceiro. Subsiste, por exemplo, a penhora feita pelos credores do cedente antes do assentimento do devedor (O. WARNEYER, *Kommentar*, 1,690; L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, II, 267, nota 21; sem razão, WÜNSCHMANN, *Vom pactum de non cedendo*, *Gruchots Beiträge*, 54, 209).

3. ELIMINABILIDADE DA INCEDIBILIDADE. — Salvo quando a lei cogente faz incedível o crédito, podem os interessados fazê-lo cedível. As circunstâncias podem vir a tornar admissível a cessão, mas, para que isso se dê, é preciso que se possa interpretar que os interessados assim entenderiam (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 689).

§ 2.826. Cessão fiduciária de direitos

1. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITO E TRANSFERÊNCIA FIDUCIÁRIA DA PROPRIEDADE. — A transmissão fiduciária pode ser entre vivos e a causa de morte. Os princípios são os mesmos, exceto no que influi o art. 1.572 do Código Civil (saisina).

Conforme o direito que se transfere fiduciariamente, ou há *cessão de direito* ou *transferência da propriedade*, ou *de direito real limitado* (e. g., do direito enfiteutico). Há, portanto, duas espécies de transferências fiduciárias: a cessão fiduciária e a transferência da propriedade, dando ensejo à titularidade fiduciária do direito pessoal, ou à titularidade fiduciária do direito real.

A transferência fiduciária, por cessão ou por transferência da propriedade, só o é porque fica sujeita a fim, que não é o da transmissão mesma e implica a reversão *ipso iure*, ou o dever do fiduciário de retrotransmitir. Uma das espécies é a *transferência fiduciária para segurança*.

Tem-se discutido se é preciso, ou não, legislar-se especialmente sobre os negócios jurídicos fiduciários, ainda em se tratando de negócios de crédito internacionais (ERNST WINCK-

LER, Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses?, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 36, 1135 s.). Há conveniência em se pôr em regras jurídicas escritas o que a doutrina assentou, mas a discussão oriunda de países em que ainda não se chegou à precisão dos princípios pode prejudicar, de muito, a obra legislativa.

2. CONSTITUIÇÃO E EFICÁCIA DA CESSÃO FIDUCIÁRIA. — A *cessão fiduciária* é espécie de transmissão fiduciária, como o é a *transferência fiduciária da propriedade*. Ao cedente, como ao transferente da propriedade fiduciária, fica direito contra o cessionário, ainda em caso de concurso ou de falência, se não se trata de cessão de segurança, isto é, cessão pela qual se transfere ao cessionário o crédito para se pagar, se não fôr até certo termo ou condição solvida alguma dívida. A cessão de segurança não pode ser revogada; não assim, a que se faz sòmente no interesse do cedente (cessão para cobrança, em que a transferência apenas serve à outorga do poder de cobrança).

A cessão para cobrança contém cessão (transferência de crédito) e outorga de poder de cobrar, de modo que deixa de ser com *causa* a transferência desde o momento em que se extingue, ainda em virtude de revogação, o poder outorgado. Revogada a outorga do poder, fica sem causa a aquisição da propriedade pelo cessionário, podendo o cedente exigir restituição (retrotransferência). O devedor, devido à natureza abstrata da cessão, sòmente pode deixar de pagar ao cessionário, se, ao ser notificado da cessão, ou ao dar-se por ciente, lhe foi comunicada a fidúcia (cf. Código Civil, art. 1.069).

A cessão fiduciária para segurança opera-se como as demais cessões de crédito, desde que se contrai, ainda que se não haja notificado o devedor, ou êsse dela não tenha ciência. O art. 1.069 só se refere à *eficácia*, não à *existência* ou à *validade* da cessão, a despeito do “não vale” que aí se pôs, por *incuria legis*. Por isso, os comerciantes e industriais podem e costumam *descontar* nos bancos e casas bancárias, ou com particulares, os créditos contabilizados, cedendo-os fiduciariamente para segurança dos seus empréstimos sem terem de notificar o devedor (cf. H. HOENIGER, *Die Diskontierung von Buchforderungen*, 8 s.).

3. CESSÃO FIDUCIÁRIA PARA SEGURANÇA. — Na cessão fiduciária de segurança, o cessionário pode cobrar o crédito quando já exigível, no seu interesse (pois que foi garantido com a cessão) e no do credor cedente, que se libera e tem direito a receber o excesso sobre o seu débito. Por onde se vê que, ao se tornar exigível o crédito cedido, tem o cessionário autorização de cobrar. L. ENNECCERUS e H. LEHMANN (*Lehrbuch*, II, 31.^a-35.^a ed., 526, nota 6) viram nesse *plus* mandato, e não autorização (*Ermächtigung*); mas sem razão, porque, se a exigibilidade da dívida do cedente foi anterior à do crédito cedido, não se pode pensar em ter havido mandato, que é negócio jurídico bilateral, e o cessionário não pensara nisso.

A respeito da cessão fiduciária para segurança, só há retrotransferência *ipso iure* (reversão automática, como se dá com a propriedade imobiliária resolúvel), se a cessão fiduciária foi sob a condição resolutiva de ser solvida a dívida pelo cedente. A opinião de L. ENNECCERUS, nas edições até a 30.^a ed. do *Lehrbuch* (§ 80, IV), entendia que, ainda aí, ao cedente somente nascia *exceptio doli* contra o cessionário se êsse exigia o crédito, a despeito de se ter extinguido a dívida. Contra isso, há argumentos decisivos: nem sempre há má fé, dolo, do cessionário; não é contrária aos princípios a resolução *ipso iure*, isto é, com a reversão automática, pois é o que se passa em casos similares (quanto ao penhor, Código Civil, art. 802, I; quanto à hipoteca, art. 849, I).

Como determinação inexa à cessão fiduciária para segurança, está o ato-fato jurídico do pagamento: se o cedente paga, resolve-se a cessão, e dá-se a reversão *ipso iure*, o *ipso-iure Rückfall*.

4. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITO PARA COBRANÇA. — A cessão fiduciária para cobrança tem por baixo a outorga de poder e normalmente não se tem de retrotransferir o crédito, porque, com o recebimento, o cessionário se torna do que recebeu devedor ao cedente. Não é o mesmo entregar-se somente para cobrança, como se há outorga de poder de receber, sem ser de mandato; porque, aí, verdadeiramente, não há cessão: o crédito continua sendo do outorgante; tudo se passa no interesse dêsse, de modo que o devedor pode compensar contra o crédito, que se

cobra, crédito contra o outorgante, ainda que posterior à outorga; e não pode compensar contra o crédito, que se cobra, o crédito contra o outorgado. Tal outorgado não pode ceder o crédito: não é o credor. Nem o remitir: não é o credor. O outorgante pode revogar a outorga, salvo pacto em contrário. Mas tal revogação tem de ser notificada, ou ser conhecida pelo devedor, para que seja eficaz em relação a êle (analogia com o art. 1.318 do Código Civil).

5. CESSÃO FIDUCIÁRIA E AUTORIZAÇÃO. — Havendo, no sistema jurídico, a figura do mandato, ¿é útil a figura da outorga de poder, da “autorização”, da *Ermächtigung*? A autorização é declaração unilateral. Se se insere cláusula de ser aceita pelo outorgado, tal cláusula é condição e só diz respeito à eficácia, não à composição do negócio jurídico (cf. Tomo III, § 278, 2). O mandato é contrato. Com a autorização, o outorgado está investido de poder; de tal jeito que pode alienar o que é do outorgante, ou cobrar ao devedor o crédito do outorgante, em seu próprio nome. O devedor tem de pagar ao outorgado, porque o outorgado tem o poder de cobrar e receber, sem que possa objetar, *como não poderia* se se tratasse de mandato. Para o devedor, é indiferente que o poder de quem lhe cobra a dívida ao outorgante tenha emanado de negócio jurídico bilateral ou de negócio jurídico unilateral: a sua posição é a mesma; é a mesma, perante o devedor, a de quem cobra. Na cessão plena, fiduciária ou não, há transmissão do crédito; no mandato e na autorização, só se outorga o poder concernente ao crédito (*e. g.*, cobrar). A diferença é a mesma que entre transferir a propriedade, fiduciariamente ou não, e dar poder de cortar as árvores, jogar fora as frutas imprestáveis, entregar as chaves ao inquilino, levar ao conhecimento da polícia que os ladrões roubaram gado.

É preciso limpar-se a doutrina de alguns conceitos errados de autorização, de cessão e de mandato. Tratando-se de cobrança, há cessão fiduciária para cobrança, mandato de cobrança e autorização: a cessão fiduciária para cobrança não é, de modo nenhum, outorga oculta de poder de representação, como pareceu ao juiz SCHÖNINGER (*Forderungsabtretung zum Zweck des Einzugs* [Cession zum Inkasso], *Archiv für die civilistische Praxis*, 96, 163 s.), nem outorga irrevogável de poder de

cobrança, como pretende H. SIBER (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 4.^a ed., 551 s.).

6. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE AÇÕES NOMINATIVAS. — Na prática e na doutrina assenta-se que as ações nominativas podem ser cedidas fiduciariamente. Escreveu TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE (*Sociedades por Ações*, I, 194) que não temos a transferência das ações nominativas em garantia. Temos, no entanto: a) a cessão fiduciária das ações nominativas, com a condição de resolatividade, que pode constar do livro de transferências e deve constar se se quer que se opere *ipso iure* a reversão; b) a cessão fiduciária das ações nominativas incondicional, com a obrigação, sob condição suspensiva, se algum fato ocorrer (e. g., o pagamento da dívida do fiduciante, se se trata de cessão fiduciária para segurança); c) a autorização para ceder; e d) a procuração para ceder. A forma da autorização e da procuração não precisam de constar do livro da sociedade por ações. Nenhuma base se poderia apontar para que se afirmasse não se ter, no direito brasileiro, a transferência fiduciária das ações nominativas: basta que se tenham satisfeito os pressupostos de forma e de conteúdo da transferência e que haja, a mais, a fidúcia. Por outro lado, não se pode afastar o fideicomisso de ações nominativas, condicional ou a termo (Código Civil, arts. 1.733-1.740).

7. TRANSMISSÃO FIDUCIÁRIA DA PROPRIEDADE MÓVEL. — Na *transmissão fiduciária da propriedade*, inclusive de títulos ao portador e de títulos endossáveis, o fiduciário passa a ser dono do bem móvel ou imóvel, mas tem de voltar ao fiduciante a propriedade, ou em virtude de resolução da propriedade *ipso iure*, ou porque ocorreu a condição suspensiva para o nascimento da obrigação de restituir.

O fim que se tem com a fidúcia exprime-se na condição, que se concebe, fazendo resolúvel a propriedade, ou suspensa a obrigação de restituir. Tal fim pode ser o de segurança.

A transferência fiduciária de propriedade tanto pode concernir a bens corpóreos quanto a bens incorpóreos suscetíveis de direitos reais.

O fiduciário é proprietário em relação a todos, inclusive o fiduciante. Qualquer direito do fiduciante no concurso de

credores ou na falência do fiduciário é ligado ao que constitui a fidúcia, e não ao que constitui o direito de propriedade, como, no concurso de credores ou na falência do fiduciante, o fiduciário só tem direito ligado ao que concerne à definitividade da transmissão, afastada a condição resolutiva (*e. g.*, a satisfazer-se com o bem, em caso de transferência fiduciária para segurança).

Não se pode dizer que a transferência fiduciária da propriedade seja cripto-penhor (GRÜNEBAUM, *Die Mobiliarpfandhypothek im Interesse unseres Wiederaufbaues*, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 25, 585 s.); nem cabe, no direito brasileiro, que admitiu a propriedade resolúvel, ainda em se tratando de imóveis, arrolarem-se argumentos contra o instituto que, a despeito do que escreveram H. HOENIGER (*Die Sicherungsübereignung von Warenlagern*, 2.^a ed., § 3) e MARCK (*Zur Konstruktion der Sicherungsübereignung*, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 18, 343 s.), se introduziu na doutrina, depois de se haver implantado na prática.

Na transmissão fiduciária, o fiduciário é possuidor em seu próprio nome, não é possuidor imediato, ou mediato, tendo posse própria o fiduciante, êrro de MARTIN WOLFF (*Lehrbuch*, III, 27.^a-32.^a ed., 25, nota 10) que combatemos (X, § 1.071, 5, e *Questões Forenses*, IV, 446 s.; com razão, HECKELMANN, § 868 BGB. und die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Sicherungsübereignungsvertrag, *Leipziger Zeitschrift*, IX, 1.429 s.; O. WARNEYER, *Kommentar*, II, 18). Já escrevemos alhures: A questão tem preliminar, que é a de existir e valer, na espécie, a fidúcia. Tem-se, aí, a figura contrária da reserva de domínio: o domínio vai, e fica ao transmitente, que se fiou no adquirente, apenas a eficácia que se irradia da relação jurídica de direito das obrigações, inclusive, se houve condição resolutiva, o direito à separação da massa concursal, se tem os requisitos de publicidade, e para se embargar de terceiro a execução do bem como do fiduciário. Dir-se-á, que, havendo a relação jurídica de direito das obrigações (administrador, mandatário, credor pignoratício, cobrador, locatário), há de haver posse do fiduciante, e, pois, mediatização dela, pela natureza da relação jurídica entre êle e o fiduciário. Porém a mediatização da posse não depende só de ter posse o que está em re-

lação jurídica de direito das obrigações, ou de outro ramo de direito pessoal, com aquêle de quem na houve, — é de exigir-se que o transmitente também tenha posse. Assim, o problema reduz-se ao de se saber se o fiduciante conserva a posse. Primeiro, o proprietário sem posse pode transmitir fiduciariamente (*e. g.*, em fidúcia para garantia ao advogado que vai pedir ou recuperar a posse). Segundo, casos há em que, pela associação com o constituto possessório, o fiduciante fica com a posse, mas posse de possuidor imediato, sendo mediato o fiduciário. Se a transmissão fiduciária nenhum acôrdo contém sôbre a posse, tôda a posse está com o fiduciário, porque a posse é fato e perante o *alter*. Assim como o locatário, antes de ter consigo a coisa locada, não é possuidor, assim também o fiduciante, se não fica com algo da posse (*e. g.*, constituto possessório), não é possuidor. Se o fiduciário recebeu a coisa com a obrigação de, após a transmissão, dar a posse ao fiduciante, o fiduciante imediatiza-se e mediatiza-se o fiduciário. Não nos esqueça que a propriedade é direito absoluto, e há a impossibilidade de se tirar, *in abstracto*, à propriedade todo o direito a posse, sem regra jurídica especial, como a respeito da compra-e-venda com reserva de domínio.

A transmissão da propriedade para segurança consiste em o devedor transmitir ao credor a propriedade da coisa, mas convencionando que o credor, solvida a dívida, a restitua. Tal restituição ou se opera *ipso iure*, ou é conteúdo de obrigação do fiduciário. No direito romano só havia a transmissão incondicional. A propriedade fiduciária, resolúvel, é de origem germânica (H. BRUNNER, *Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechtes*, 620 s.). No direito romano, a fidúcia pura era a *fiducia cum amico contracta*; a fidúcia impura, *fiducia cum creditore contracta*, sem que a propriedade fôsse resolúvel. Hoje, tanto na transmissão fiduciária pura quanto na impura, ainda que não se trate de *fiducia cum creditore contracta*, pode haver a resolutividade da propriedade. O direito expectativo do fiduciante é, na transmissão fiduciária da propriedade com reversão *ipso iure*, direito expectativo à propriedade; na transmissão fiduciária da propriedade sem reversão *ipso iure*, à restituição (obrigação do fiduciário).

Na transmissão fiduciária da propriedade mobiliária, inclusive dos títulos endossáveis e ao portador, *para segurança*, ou *a)* se concebe a propriedade sob a condição resolutiva da solução da dívida (paga a dívida, reverte a propriedade, automaticamente), ou *b)* se concebe incondicionalmente a propriedade, mas ligada à obrigação, para o credor, de retrotransmitir a propriedade, se fôr pago, obrigação que está sujeita, portanto, à condição suspensiva da solução da dívida.

Se foi adotada a transmissão fiduciária para segurança com a figura da classe *a)*, ou com a figura da classe *b)*, é questão de interpretação do negócio jurídico.

§ 2.827. Eficácia da cessão de crédito

1. INÍCIO DA EFICÁCIA. — A eficácia do contrato de cessão de crédito começa com a própria conclusão. Concluído o contrato, transfere-se o crédito. Credor é o cessionário, desde que ficou perfeito o negócio jurídico bilateral; pois o cedente deixou de ser o titular do direito de crédito. Não era assim no direito comum, a despeito das discussões. A opinião predominante era a de que o crédito só se transferia com a *denuntiatio*, ou ato que a ela equivallesse (*e. g.*, aceitação de pagamentos parciais, propositura de ação). Aliás, era não atender-se à L. 16, pr., D., *de pactis*, 2, 14, onde ULPIANO fala de *exceptio doli* contra o outorgado demandante (cp. L. 18, pr., D., *de pignoratitia actione vel contra*, 13, 7), e à L. 17, D., *de transactionibus*, 2, 15, onde se cogita da pretensão do devedor contra o outorgado se, ao tempo do negócio jurídico, não tivera notícia dêle (*exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accommodanda est*).

No direito comum havia três atitudes doutrinárias: *a)* a dos que entendiam que, após a cessão, inclusive a legal, só o credor cedente é credor, — o cessionário só se faria credor com a notificação ao devedor, sem se precisar de qualquer tomada de posse, — antes o seu direito é sómente contra o credor cedente (B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts*, 140 s., que depois mudou de opinião); *b)* a dos que viam correalidade ativa entre o cedente e o cessionário, até que se notificasse o devedor ou por outro modo do ato ficasse ciente o devedor (CHR. F. MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der*

Forderungsrechte, 3.^a ed., 491 e 501; G. F. PUCHTA, *Cession*, J. WEISKE, *Rechtslexikon*, II, 654; ATTENHOFER, *Die Bedeutung der Denunciation bei der Cession nach heutigem praktischem Recht*, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 17, 572 s.); c) a dos que têm a cessão, logo que se conclui, por eficaz para a transferência, de modo que o cessionário é o único credor (O. BÄHR, *Zur Cessionslehre*, *Jahrbücher für die Dogmatik*, I, 369 s.; A. SCHMID, *Die Grundlehren der Cession nach römischem Recht dargestellt*, II, 296 s.), H. DERNBURG (*Pandekten*, II, 7.^a ed., 136 s.), RICHARD RYCK (*Die Lehre von den Schuldverhältnissen*, 487), O. RUER (*Die sogenannte cessio legis*, 35) e outros.

A distinção entre eficácia completa e eficácia subjetivamente relativa ainda era pouco conhecida e superficialmente estudada. O que hoje podemos dizer é que a transferência e outros efeitos ocorrem à conclusão da cessão, porém dependem do conhecimento pelo devedor os efeitos que, se os tivesse antes, lhe seriam lesivos (ineficácia relativa).

No direito contemporâneo, a transferência opera-se, cabalmente. Não há pensar-se em pretensão e ação do cedente contra o devedor para o cumprimento da obrigação. Não é mais credor. Credor é o cessionário.

A cessão do crédito oriundo de contrato bilateral é eficaz ainda antes de se fazer a contraprestação. A exceção *non adimpleti contractus* ou *non rite adimpleti contractus* pode ser oposta contra o cessionário. O que não há contra ele é ação fundada na obrigação de contraprestar, porque só se lhe transferiu o crédito, não a dívida.

Do contrato de cessão de crédito, que é acôrdo de transmissão com eficácia imediata, não exsurgem direitos e obrigações para o cedente e o cessionário, salvo os que resultam do art. 1.073 do Código Civil e de ter de entregar ao cessionário os documentos do crédito cedido e indicações necessárias ao exercício do direito, pretensões e ações e documento da cessão (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 680).

Com a cessão, o cessionário adquire o direito de crédito, com as pretensões, ações e exceções que dêle se irradiam. Pode dar-se que o crédito não seja munido de pretensão, ou de ação, ou esteja prescrita.

As vezes a jurisprudência não atende à concepção do contrato de cessão de crédito, tal como se apresenta no direito civil brasileiro. Perambula pela doutrina estrangeira, sem fixar-se nos textos do Código Civil. Por outro lado, a ignorância da diferença entre existência, validade e eficácia chega a afirmações contristadoras (*e. g.*, o acórdão da 5.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 7 de junho de 1949, *R. dos T.*, 188, 402).

2. DIREITOS ACESSÓRIOS, DIREITOS SECUNDÁRIOS E DIREITOS AUXILIARES. — Ao concluir-se o contrato de cessão de crédito, transfere-se êsse ao cessionário, que é o nôvo credor. A transferência é com as vantagens e as desvantagens. As expressões “com todos os direitos e privilégios” e outras semelhantes apenas explicitam o que o sistema jurídico determina, implicitamente.

“Salvo disposição em contrário”, diz o Código Civil, art. 1.066, “na cessão de um crédito se abrangem todos os seus acessórios”. (Aqui, a expressão “acessório” tem tôda a propriedade. *Aliter*, nos arts. 58, 59, 60, 61, 62, 213, 716, 810, II, e 864.)

O art. 1.066 é *ius dispositivum*, e não cogente. Os direitos acessórios podem ser pré-excluídos da cessão. É o que significa o “Salvo disposição em contrário”. A explicitude do Código Civil, art. 401, foi melhor solução que a lacuna do § 401 do Código Civil alemão; porém também nesse se entende dispositiva a regra jurídica (L. KUHLENBECK, *J. v. Staudingers Kommentar*, II, 457).

A hipoteca, o penhor e a caução acompanham o crédito; bem assim as pretensões que dêles derivam.

Para bem se colhêr o conteúdo do art. 1.066 — que se refere a direitos acessórios, mas devemos entender direitos acessórios e direitos anexos — é preciso que se distingam os direitos auxiliares e os não auxiliares.

(a) Os direitos auxiliares (*Hilfsrechte*) são os que asseguram ou facilitam a realização ou exercício do direito, direitos, êsses, que se transferem, com o crédito cedido, ao cessionário, salvo cláusula em contrário do contrato de cessão de crédito. No direito brasileiro, a hipoteca só se transfere com o crédito que ela garante, pôsto que o crédito possa ser transferido sem se transferir a hipoteca (Tomo XX, § 2.455, 2; aliás, pode haver aquisição da hipoteca sem aquisição do crédito, 3). Diferente,

o direito alemão. O direito de penhor e as fianças são direitos auxiliares. Se há cessão do crédito, com exclusão do direito de penhor, extingue-se o penhor; entende-se que houve renúncia do credor (Código Civil, art. 802, III). Quanto à fiança, excluí-la da cessão é extingui-la. A opinião que não admite a exclusão é de repelir-se (*e. g.*, O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 692; com razão, G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 565; L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, II, 271); outrossim, a que entende continuar o fiador responsável ao cedente pelo pagamento da dívida ao cessionário (*e. g.*, L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, II, 271). Os créditos e pretensões oriundos de penas convencionais são direitos e pretensões auxiliares. Idem, a pretensão à apresentação de contas.

Os direitos e pretensões fiduciariamente transmitidos em garantia do crédito não são simples direitos auxiliares, apesar de serem direitos de garantia, nem o fiduciante pode transmitir o direito, nem há ação do cessionário contra o cedente para haver o que foi dado em fidúcia para segurança (L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, II, 271, nota 20; sem razão, O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 693). A propriedade reservada (reserva de domínio) até solução da dívida não se transmite com o crédito (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 564; R. JAFFÉ, *Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf BGB*. § 455, 46, 64 s.; E. JAEGER, *Kommentar zur Konkursordnung*, 4.^a ed., 193; O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 693; sem razão, A. SCHLOTTER, *Eigentumsvorbehalt im Konkurse des Verkäufers*, *Leipziger Zeitschrift*, V, 49).

Quanto às *penas convencionais*, transferem-se com o crédito, porém não as vencidas, moratórias (Tomo V, § 575, 6).

Não se transfere, a despeito da sua acessoriedade, o direito de retenção (P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 316; G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 565; L. KUHLENBECK, *J. v. Staudingers Kommentar*, II, 457; F. SCHLEGELBERGER, *Das Zurückbehaltungsrecht*, 108; cp. H. EMMERICH, *Pfandrechtskonkurrenzen*, 285).

Os *direitos auxiliares*, direitos que só se destinam à segurança ou à realização do crédito, transferem-se com o crédito ao cessionário. A regra jurídica é *ius dispositivum*, como resulta do próprio texto do art. 1.066 do Código Civil. Assim, a trans-

lação ocorre a respeito da hipoteca ou do penhor, bem como dos direitos que derivam das *protocolizações, averbações e anotações preventivas* (e. g., Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts. 178, a), III, IV, V, VI, VII e XIII, 208, 209, 216, 262, 279-281, 284 e 285). Outrossim, quanto às fianças. Se se pré-exclui da cessão o direito de penhor, extingue-se êle, salvo se o acôrdo de constituição previu que continuaria a garantir ao cedente o adimplemento ao cessionário (cf. Código Civil, art. 802, IV).

Discute-se se (a) o cedente pode reservar-se o direito contra o fiador (= o cessionário tem a pretensão contra o devedor e o cedente contra o fiador), ou se (b), pré-excluída da cessão a fiança, necessariamente se extingue. Como em (b), H. KRESS (*Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, 508), P. OERTMANN (*Recht der Schuldverhältnisse*, I, 5.^a ed., 2), PALANDT (*Bürgerliches Gesetzbuch*, 16.^a ed., 417); como em (a), A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, I, 234), FR. LEONHARD (*Allgemeines Schuldrecht*, 665) e H. SIBER (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 4.^a ed., 565).

A verdadeira solução (c) é a que distingue: se o credor cedente garantiu a solvência do devedor, pode ter interesse em satisfazer, desde logo, o cessionário, e ir contra o fiador.

O crédito contra o fiador é que não pode ser cedido sem o crédito principal, porque se trata de crédito acessório que de modo nenhum poderia interessar sem a cessão do crédito principal.

Se foi pré-excluída da cessão a fiança, continua o fiador de responder ao cedente pelo adimplemento ao cessionário.

É de repelir a opinião que diz ser *impossível* a cessão do crédito de fiança sem a cessão do crédito garantido ou principal, se foi previsto que, cedendo-se o crédito a, a fiança continuaria, garantindo o crédito b, e assim por diante. No direito comum, B. WINDSCHEID (*Lehrbuch*, II, 9.^a ed., 391) sustentou a tese geral da transmissibilidade da fiança, contra CHR. F. MÜHLENBRUCK (*Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, § 28), G. F. PUCHTA (*Pandekten*, 9.^a ed., 436), K. AD. VON VANGEROW (*Lehrbuch der Pandekten*, III, 7.^a ed., 108) e C. F. F. SINTENIS (*Das praktische gemeine Civilrecht*, 801). A tese da cedibilidade em separado só é de

admitir-se se foi previsto no contrato de fiança. Em geral, contra a cessão da fiança sem a dívida garantida, P. OERTMANN (*Recht der Schuldverhältnisse*, 312), H. DERNBURG (*Das Bürgerliche Recht*, II, 1, 384), HANS REICHEL (*Die Schuldmitübernahme*, 459), B. BENDIX (*Die Haftung für den Rechtsbestand von Rechten [Forderungen]*, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 32, 325), e W. WESTERKAMP (*Bürgschaft und Schuldbeitritt*, 390); contra, H. SIBER (em G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 565).

(b) Os direitos que não são auxiliares, já vencidos, não se têm por transferidos, *dispositivamente*. Na doutrina alemã, tem-se procurado introduzir regra jurídica interpretativa não escrita, que permita levar-se em conta, na interpretação, serem acessórios ou secundários e, pois, formarem todo econômico. Porém essa regra jurídica não está no direito brasileiro. *E. g.*, ou a interpretação tem meios para afirmar que foram cedidos os juros vencidos, ou não os tem.

A 6.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 23 de agosto de 1946 (*R. F.*, 110, 148), considerou transferidos ao cessionário os juros convencionais vencidos anteriormente à cessão. Sem razão. Seria preciso que se houvessem cedido, ou que o vencimento deles fizesse vencida a dívida. Juros vencidos, como frutos, separam-se: assim como os frutos se fazem bens móveis, distintos do bem de que eram *pars*, assim os juros, vencidos, são objeto de direito distinto, que, na dúvida, não se consideram cedidos com o crédito.

Caso sutil é o que teve de ser decidido pelo Reichsgericht alemão. Terceiro, que assumiu o adimplemento da dívida, a favor do credor, ficando, pois, como devedor solidário com o outro, discutia se tinha direito aos direitos auxiliares, como se cessionário fôsse (*Entscheidungen des Reichsgerichts*, 65, 169). A decisão foi pela incidência do § 401, alínea 1.^a, do Código Civil alemão; portanto, afirmativa (contra, HANS REICHEL, *Die Schuldmitübernahme*, 461). No direito brasileiro, tal não há de ser a solução, porque êsse terceiro, antes de pagar, é apenas legitimado à sub-rogação pessoal, segundo o art. 985, III, do Código Civil, e para a aplicação analógica do art. 1.066, seria de mister que a *assunção de adimplemento* fôsse eficaz em relação ao credor. *Aliter*, se faz o pagamento. Mas, aí, incide

o art. 985, III. Note-se, além do que argumentamos, que o art. 987, parágrafo único, só se referiu ao art. 986, I.

3. PRIVILÉGIOS E DIREITOS DE PREFERÊNCIA LIGADOS AO CRÉDITO. — O que não é personalíssimo, vai com o crédito cedido. Não importa que sejam *privilégios gerais* ou *especiais*, ou *direitos de separação* (Absonderungsrechte), como o *direito de restituição* de que fala a lei de falências (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 76-78), incluída a ação de embargos de terceiro (Decreto-lei n. 7.661, art. 79). A transferência ocorre desde que ao tempo da conclusão do negócio jurídico de cessão de crédito não se haja aberto o concurso. Em todo caso, a cessão de crédito pode ser atingida pela incidência do art. 52 do Decreto-lei n. 7.661, ou pela sentença de que cogita o art. 53 do Decreto-lei n. 7.661.

4. OBJEÇÕES E EXCEÇÕES. — O devedor pode opor ao novo credor as *objeções* e as *exceções* que contra o cedente existiam ao tempo de se concluir o negócio jurídico da cessão de crédito. *A priori*, a cessão — negócio jurídico entre credor e terceiro — não pode prejudicar a situação do devedor. O crédito transfere-se tal qual é. Daí dizer o art. 1.072 do Código Civil: “O devedor pode opor tanto ao cessionário como ao cedente as exceções que lhe competirem no momento em que tiver conhecimento da cessão; mas não pode opor ao cessionário de boa fé a simulação do cedente”. “Exceções” está, no art. 1.072, por “objeções e exceções”. A transmissão opera-se com a cessão. As objeções e exceções posteriores à conclusão da cessão de crédito já são objeções e exceções nascidas ao crédito do cessionário; delas é êsse, e não o cedente, o titular. Mas, por *ainda* não ter havido, *ex hypothesi*, a ciência do devedor, são tratadas igualmente. Pode êle opô-las ao cessionário como ao cedente: ao cedente, porque ignorava a cessão; ao cessionário, porque exerceu a pretensão contra a qual se opõe a objeção ou a exceção.

Não importa qual a *objeção* ou *exceção* de que se trata: por exemplo, *exceptio doli*, exceção *non adimpleti contractus* ou *non rite adimpleti contractus*, objeção de pagamento; nem qual o direito formativo extintivo, ou modificativo, ou a pretensão extintiva, ou modificativa. Assim, pode exercer contra

o cedente como contra o cessionário o direito de resolução do contrato, a ação *quantum minoris* ou de redibição. O cedente é que somente pode exercer tais direitos com o consentimento do credor, que lhe outorgue tal poder.

O crédito transfere-se ao cessionário no momento da conclusão do contrato de cessão de crédito. Com êsse, vão as objeções e exceções. O art. 1.072 do Código Civil é regra jurídica de proteção ao devedor, corolário, pode-se dizer, do art. 1.069, 1.^a parte. Tem-se de tutelar o devedor que ainda não conhece a cessão. Daí os arts. 1.071 e 1.072. Na técnica legislativa, seria mais explícito, em vez do art. 1.072, dizer-se que as objeções e exceções se transmitem com a cessão, mas a eficácia, em relação ao devedor, depende da ciência da cessão por parte dêsse. É a inteligência que se há de dar, precisamente, ao art. 1.072.

O art. 1.072 do Código Civil não é cogente (*ius cogens*). O devedor, no negócio jurídico de que se irradiou o crédito cedendo, pode ter admitido a cessão de crédito sem que seja preciso notificá-lo, ou ter êle ciência (art. 1.069). Cf. L. KUHLENBECK (*J. v. Staudingers Kommentar*, II, 464). Assim podem credor e devedor pactuar, antes, simultânea ou posteriormente ao negócio jurídico de que nasce o crédito cedendo, que o prazo de espera para pagamento que o credor deu ao devedor, não pode ser objeto de exceção ao cessionário (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 696).

Também credor e devedor podem pré-excluir, a favor do futuro cessionário, a exceção *non adimpleti contractus* ou *non rite adimpleti contractus*. Se o pacto se refere a exceção que não poderia ser oposta só tem o papel de explicitação (cf. CARL CROME, *System*, II, 338, nota 26).

A renúncia às exceções não se perfaz sem observância dos princípios comuns às renúncias. Fala-se de renúncia tácita no caso de ao novo credor declarar o devedor que reconhece e aceita (?) a cessão (*e. g.*, L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, II, 270; O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 696). Porém não há aceitação da cessão pelo devedor: a cessão de créditos só se conclui entre cedente e cessionário. O que pode declarar o devedor, ou simplesmente comunicar, é que teve conhecimento da cessão, e tal conhecimento ou resulta da notificação ou do escrito público ou

particular a que se refere o art. 1.069, 2.^a parte, do Código Civil.

Ao devedor também toca a exceção de prescrição, quer se haja consumado antes quer depois da cessão (L. KUHLENBECK, *J. v. Staudingers Kommentar*, II, 463).

É preciso que se não confunda com a renúncia às exceções, por parte do devedor, a renúncia às objeções ao crédito, à pretensão ou às ações, porque, para isso, seria de mister que o devedor houvesse feito *promessa* (abstrata) *de dívida*, que então se adjectaria ou se substituiria ao crédito cedido (cf. G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 569).

Após a cessão, não pode o cedente, por ato que pratique como credor, no próprio nome, melhorar a situação do cessionário, como exigir cumprimento de obrigação de segurança (dação de fiança, ou penhor, ou outra garantia), ou outro direito acessório, nem interromper a prescrição, em seu próprio nome. É de discutir-se se essa vedação começa à data da cessão, ou da notificação ou conhecimento da cessão pelo devedor. No primeiro sentido, O. WARNEYER (*Kommentar*, I, 696); mas o art. 1.069 do Código Civil frisou que a eficácia da cessão, em relação ao devedor, somente começa com a notificação, ou com a declaração de ciência de que se fala na 2.^a parte do art. 1.069.

O princípio da oponibilidade das objeções e exceções que poderiam ser opostas ao cedente é *ius dispositivum*. Também se há de invocar nos casos de cessão legal, ou judicial. Devedor e credor podem acordar em restrições, aumentos e precisões quanto a objeções e exceções; *e. g.*, quanto a não ficar o cessionário sujeito a ter de fazer interpelação, ou exceção *non adimpleti contractus*, ou *non rite adimpleti contractus* (cf. CARL CROME, *System*, II, 338).

O art. 1.072 do Código Civil também apanha as exceções processuais (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 569; A. RAPPAPORT, *Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnisse*, 72 s.; sem razão, E. ECKSTEIN, *Wirken prozessuale Verträge für und gegen den Zessionar des materiellen Anspruchs?*, *Gruchots Beiträge*, 56, 461 s.). O cessionário está sujeito à exceção de litispendência. Quanto à exceção de incompetência, se ligada à pessoa do cessionário por ser pessoa de direito público, *e. g.*,

Oferta da Biblioteca do Tribunal de Justiça do Est. de S. Paulo

Ao Juiz Octavio Stucchi

Constituição de 1946, art. 101, I, *d*), *e*) e *k*), e 103, II, *a*), sobre-
vém a remessa dos autos ao outro juízo (Código de Processo
Civil, art. 279 e parágrafo único). Na espécie do art. 101, II,
b), 2.^a parte, da Constituição de 1946 (“partes um Estado
estrangeiro e pessoa domiciliada no Brasil), o juízo não muda,
quer se trate de cessão feita pelo Estado estrangeiro quer de
cessão feita pela pessoa domiciliada no Brasil. A *exceção de*
compromisso é oponível ao cessionário (G. PLANCK, *Kommen-*
tar, II, 1, 569; O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 697). Idem,
a *exceção de coisa julgada*, ainda que se origine de decisão
arbitral.

As *objeções* oriundas de negócios jurídicos insertos no pro-
cesso (desistência, transação) são oponíveis.

As *objeções* e *exceções* intimamente ligadas à pessoa, como
a de não poder o estrangeiro ter propriedade em determinada
zona, ou exercer certas indústrias, não se transferem ao ces-
sionário; mas, de ordinário, o negócio jurídico, de que se diz
irradiado o direito ou a pretensão ou ação de direito material,
é *nulo*. Se a limitação é apenas pré-processual, ou processual,
não se transfere a *objeção* ou a *exceção*. Assim, a *exceção de*
caução às custas não mais pode ser oposta ao cessionário, se
êsse não se inclui entre as pessoas de que cogita o art. 67 do
Código de Processo Civil. Se o cessionário encontra despesas
feitas e não pagas, sem que se haja prestado a *caução às custas*,
assume o processo e o dever de as pagar.

Se a cessão de crédito é em segurança de outro crédito,
com a condição de *retrocessão* no caso de se satisfazer a êsse,
a isso está sujeito o segundo cessionário, ou outro posterior
(O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 697).

As *exceções* de não-adimplemento e a *objeção* de resoluti-
vidade, ou de resiliabilidade, bem como a *exceção* do *ius retentio-*
nis, em caso de venda de imóvel, podem ser opostas ao cesso-
nário.

A cessão da pretensão à soma do seguro está sujeita às
objeções e *exceções* contra o segurado.

Em geral, à *exceção* de enriquecimento injustificado, ou
à ação, se não há, na espécie, a *exceção*, está sujeito o cesso-
nário.

O reconhecimento da dívida, feito pelo devedor ao cessionário, sem se aludir a exceção de não-adimplemento (exceção *non adimpleti contractus* ou *non rite adimpleti contractus*), existente contra o cedente, tem como consequência o extingui-la.

Os princípios que regem a compensação, em caso de cessão de crédito, são os seguintes:

a) A compensação contra o cedente que já existe ao tempo da cessão é alegável contra o cessionário.

b) A compensação contra o cedente surgida entre a cessão e a notificação ao devedor, ou a sua declaração de conhecimento, é alegável contra o cessionário.

c) A compensação contra o cedente há de ser alegada perante o cessionário, mas a que foi alegada perante o cedente antes da notificação ou da declaração de conhecimento pelo devedor é eficaz contra o cessionário.

O Código Civil contém regra jurídica explícita para a solução do problema (art. 1.021): "O devedor que, notificado, nada opõe à cessão, que o credor faz a terceiros, dos seus direitos, não pode opor ao cessionário a compensação, que antes da cessão teria podido opor ao cedente. Se, porém, a cessão lhe não tiver sido notificada, poderá opor ao cessionário compensação do crédito que antes tinha contra o cedente". Aí está consequência da regra jurídica do art. 1.069.

5. CESSÃO DE CRÉDITO ORIUNDO DE CONTRATO BILATERAL. — Se a contraprestação ainda não foi feita, tem o devedor a exceção *non adimpleti contractus* contra o cessionário. Porém não a ação por inadimplemento da contraprestação (ação condenatória), pois o que se transferiu foi o crédito, e não a dívida.

Também no caso de não ter havido adimplemento satisfatório por parte do cedente, o devedor tem a exceção *non rite adimpleti contractus*, se o cumprimento foi posterior à cessão. Pode o devedor alegar condição resolutória, somente pactuada com o cedente, antes da eficácia em relação ao devedor, ainda que só se impla depois da cessão.

6. SIMULAÇÃO ENTRE O DEVEDOR E O CREDOR CEDENTE. — O devedor não pode opor ao cessionário de boa fé a simulação do cedente, diz o Código Civil, no art. 1.072, *in fine*. Simulação

haver entre devedor e credor. Se o devedor fez título de dívida, simuladamente (Código Civil, arts. 102-105), com intuito de prejudicar a terceiro, ou para infringir lei, não pode alegar a simulação. Se o fez sem tais intuítos, há a alegabilidade (art. 103), mas cessa a possibilidade de alegar a simulação inocente se houve cessão e estava de boa fé o cessionário no momento em que se lhe cedeu o crédito. Se o novo credor conhecia, ao tempo da cessão, a verdade sobre o crédito simulado, ou tinha de conhecê-la, protege-se o cessionário contra cedente e devedor, e não somente contra o devedor. O crédito era apenas aparente, porque aparece (simulado) o negócio jurídico. A esse respeito cumpre, todavia, atender-se a que, no sistema jurídico brasileiro, a simulação é alegável como causa de anulabilidade, e não de nulidade. O negócio jurídico só aparente passa a ser negócio jurídico válido, por medida legislativa de proteção. Não importa indagar-se da boa fé se já se trata de segunda ou posterior cessão, se a primeira ou outra já se operou em relação a outorgado de boa fé. Se a primeira cessão não foi a pessoa de boa fé, sim, a inalegabilidade depende da boa fé do segundo ou posterior cessionário. O devedor não pode trazer a exame o que, ainda por escrito, que não conste daquele ou daqueles que foram apresentados ou entregues ao cessionário, consta de outros documentos, ou acórdos anteriores, contemporâneos ou posteriores (cf. G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 571; H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, II, 1, 391; sem razão, M. WELLSPACHER, *Das Vertrauen auf äussere Tatbestände*, 65).

A regra jurídica do art. 1.072, *in fine*, do Código Civil, não se estende a outras causas de nulidade ou anulabilidade; *e. g.*, por ilicitude do objeto (art. 145, I, 1.^a parte), ignorada pelo cessionário. A regra jurídica do art. 1.072, *in fine*, é de proteção, e não de *abstratização* do negócio jurídico.

O reconhecimento de dívida não sério também é simulação, no sentido do art. 1.072, *in fine*, inclusive o de compensabilidade.

Não cabe sob a regra jurídica do art. 1.072, *in fine*, o reconhecimento de dívida que se fez por erro.

7. NULIDADE E ANULABILIDADE DA CESSÃO. — O devedor pode opor a *nulidade* da cessão (Código Civil, arts. 145, 146 e 1.065), inclusive por ser nulo o negócio jurídico de que se

disse originar-se o crédito cedido. Quanto às *anulabilidades*, a que emana de incapacidade relativa do cedente (Código Civil, art. 147, I) pode ser oposta pelo devedor (*aliter*, se a causa é erro, violência, dolo e simulação); bem assim, a que provém da fraude contra credores.

É preciso que se não confundam com as objeções e exceções do devedor a respeito do crédito cedido as objeções e exceções contra a cessão mesma.

8. PROCURAÇÃO EM CAUSA PRÓPRIA E CESSÃO DE CRÉDITO. — A procuração em causa própria não é cessão do crédito. É poder de representação como qualquer outro. Leva à cessão; não é cessão (sem razão, a 5.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 de outubro de 1933, *R. dos T.*, 91, 80). Pode ter havido cessão de crédito e ser a procuração em causa própria o instrumento para mais fácil cobrança, ou mais cômodo, por outra razão; porém não é verdade que o mandante, na procuração em causa própria, seja responsável pela existência do crédito, em virtude do art. 1.071 do Código Civil.

Se o credor quer continuar credor e somente conferir a outrem o poder de dispor do crédito, tem de dar ao outorgado mandato, ou, em geral, poder de representação. A cobrança será em seu nome, ou em seu nome a cobrança e a propositura de ação. Todavia, nada obsta a que outorgue poder para figurar o outorgado, no exercício do crédito, pretensões e ações, em seu próprio nome. A procuração em causa própria mantém credor quem o é e permite que o outorgado exerça em nome próprio o crédito. as pretensões e ações. *Ainda* não há a sucessão na dívida.

Alguns sistemas jurídicos não têm ou vacilam diante da admissão da procuração em causa própria. Às vezes levantam-se argumentos contrários, como o de ser a cobrança ato dispositivo; mas todos insustentáveis. Receber prestação não é dispor. No direito luso-brasileiro e no brasileiro, a procuração em causa própria radicou-se, e é um dos institutos de que mais se lança mão no tráfico civil, comercial e processual (procurador em causa própria, legitimado processual).

Na doutrina alemã, a outorga de poderes de cobrança, no nome do outorgado, sem transmissão do crédito, suscitou discordâncias profundas, que no sistema jurídico brasileiro

seriam sem sentido (ainda recentemente, permitem-na LÖBL, *Die Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 129, 257 s.; W. SIEBERT, *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis*, 262 s.; PH. HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, 208; H. TITZE, *Bürgerliches Recht*, Recht der Schuldverhältnisse, 122; H. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, 517; A. NIKISCH, *Bürgerliches Recht*, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 51; contra: A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, II, 61 s.; FR. LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht*, 674 s.; KARL LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, I, 122). Com a escapatória de cessão do direito de crédito para que o exercite, estão alguns; outros, com a de cessão do direito de crédito somente perante o devedor (LÖBL, *Die Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 129, 257 e 296 s.), o que destoa do próprio sistema jurídico alemão. Tratar-se-ia de cessão monstruosa.

No sistema jurídico brasileiro, não existem os inconvenientes da outorga de poder para cobrança em nome do outorgado, porque a procuração em causa própria é irrevogável (Código Civil, art. 1.317, I, 2.^a parte).

Com a procuração em causa própria, não pode o devedor opor ao outorgado exceções que apenas contra o cessionário teria, — só lhe assistem as exceções contra o credor. Nem pode compensar contra o procurador em causa própria. Nem se trata de cessão, nem de cessão fiduciária.

9. NEGÓCIO JURÍDICO BÁSICO E CESSÃO DE CRÉDITO. — Com a cessão de crédito, muda a titularidade do direito, pretensão ou ação. Já o devedor não está obrigado a solver a dívida ao credor anterior, *se conhecia a cessão*, conforme o art. 1.069 do Código Civil. Negócio jurídico abstrato, — quando se insere referência à causa, faz-se condicionado à validade do negócio jurídico básico. Se nenhuma alusão se fez ao negócio jurídico básico, o equilíbrio patrimonial só se obtém segundo as regras jurídicas do enriquecimento injustificado.

No direito brasileiro, o cedente responde pela existência do crédito, se onerosa a cessão. Isto é, em boa técnica, se houve referência à causa, portanto ao negócio jurídico básico. A responsabilidade pela existência do crédito, regulada diferente-

mente segundo o negócio jurídico básico foi oneroso ou gratuito, não deriva da cessão mesma, e sim do negócio jurídico básico.

A respeito da *cláusula de responsabilidade pela solvência do devedor*, cumpre advertir-se que não é cláusula da cessão de crédito, nem de negócio jurídico básico, mas *pacto* que se adjectou à cessão de crédito.

§ 2.828. Instrumento e forma da cessão

1. CESSÃO DE CRÉDITO E INSTRUMENTAÇÃO. — Contrato pelo qual se transfere crédito, os figurantes da cessão de crédito são o credor, que deixa de ser, e o cessionário, que se torna credor. A cessão, por ato unilateral, é *oferta* de cessão, e não cessão. Para que seja cessão de crédito, tem-se de compor o negócio jurídico bilateral. Todavia, a *aceitação* tácita é frequente. O pacto *de cedendo* não é cessão de crédito; por êle apenas se assume dever e obrigação de ceder.

O crédito, que se cede, pode ter nascido de negócio jurídico a que se impôs, em lei, forma especial, mas a exigência da forma especial ao negócio jurídico, de que se irradiou o crédito, não se contagia à cessão do crédito.

Tratando-se de crédito em títulos que não sejam circuláveis por endosso, ou ao portador, a cessão de crédito supõe o negócio jurídico da cessão de crédito e a entrega do título. O título, aí, é pertença do crédito.

Se o título incorporante é transferível por endosso, ou ao portador, não há pensar-se em cessão de crédito. O título é, então, objeto da transmissão, e o direito de crédito se incorporou nêle. A cessão do crédito constante de título endossável não transfere o crédito, pois são de mister o ato de endosso e a entrega do título. Tal cessão de crédito é pacto de endossar, promessa de endossar e entregar a posse do título.

2. FORMA. — A cessão de crédito não está sujeita a regra jurídica especial sobre forma, *salvo para eficácia em relação a terceiros*. Para que possa ter eficácia *erga omnes* é de mister que tenha sido feita por escritura pública ou por instrumento particular revestido das solenidades do art. 135, isto é, feito e assinado pelo cedente, ou somente assinado por êle, e registado no registo de títulos e documentos. Diz o art. 1.067 do