

DIREITO e JURISPRUDÊNCIA

O Contrato com Pessoa a Declarar e o Direito Fiscal

ARNOLD WALD

HÁ contrato com pessoa a declarar quando uma das partes que firma o contrato se reserva a faculdade de ser nêle substituída por outrem.

É um contrato que pode eventualmente transformar-se num contrato por conta de outrem, ou cujos efeitos podem ser restritos às partes, segundo a parte use ou não da faculdade que tem de ser substituída, no contrato, por outrem. (1)

Pouco numerosos são os estudos relativos ao contrato com pessoa a declarar em nosso direito. Aliás êste contrato só recentemente tomou vulto em nossa jurisprudência ainda sendo reduzidos os casos que se apresentaram diante dos nossos tribunais, tendo sido uma das hipóteses mais frequentes dêste tipo de contrato a convenção de promessa de venda a pessoa indeterminada.

Houve quem quisesse ver na indicação de terceiro, no contrato de promessa de venda com a cláusula *mihi aut cui volam* uma cessão de direitos, visto que o estipulante indicava terceira pessoa como comprador. Contra tal concepção criou-se firme jurisprudência.

Em julgamento proferido a 14 de agosto de 1941 o Desembargador Serpa Lopes declarou que “não se trata, no caso presente, da figura jurídica da cessão de direito, mas de uma figura contratual ainda não discutida pelos nossos tratadistas mas conhecida na doutrina estrangeira, precipuamente entre os italianos, que a estudaram e cujos reflexos na jurisprudência são contínuos: é a figura jurídica do contrato por pessoa a declarar” (2). Esta figura é perfeitamente admissível em nosso direito.

Não há porque recusar a aceitá-la. *De lege ferenda*, seria possível discutir a validade dêste contrato visto que certos autores, impregnados de um individualismo mal compreendido e desenhando as novas necessidades sociais não querem reconhecer como válido todo contrato em favor de

terceiro (3) mesmo quando o terceiro é ainda indeterminado mas futuramente determinável. No direito positivo, todavia o contrato por pessoa a declarar é perfeitamente válido.

Admitida a figura em nosso direito, ainda é preciso interpretá-la, distinguindo-a da cessão de direito.

Devemos delimitar no contrato com pessoa indeterminada duas fases: 1.º) antes da indicação do terceiro pelo estipulante; 2.º) quando é nomeada a pessoa a declarar. Na segunda fase, o estipulante não passa de simples mandatário do terceiro. Na primeira fase, o estipulante é um intermediário, talvez um corretor que ainda não encontrou um cliente certo, talvez um representante que opera no interesse mas não em nome do representado; é, na palavra de Serpa Lopes, um *agente neutro*, subsidiariamente responsável, de modo que se o comprador “não nomeia terceiro, ou se êste recusa, o contrato se reputa feito com o aparente comprador” (4). Assim surge uma figura que é um tipo de venda alternativa dependendo do estipulante a indicação do comprador e sendo aquêle subsidiariamente responsável. Talvez não seja perfeitamente adequado o termo de *agente neutro* empregado pelos autores, mas quiseram êles abranger sob uma denominação comum as diversas funções que podia preencher o estipulante até o momento em que indica o nome do verdadeiro comprador. Devendo corresponder a diversas funções que pouco têm de comum entre si, o conceito de *agente neutro* havia de ser amplo, vago, amorfo e impreciso, tendo como única utilidade a de facilitar o emprêgo da terminologia jurídica dando um título especial ao estipulante até o momento em que indica qual é o terceiro em favor de quem estipulou a prestação.

Após esta digressão acêrca do agente neutro, vejamos a diferença entre a cessão de direito e a indicação de terceiros na venda prometida *mihi aut cui volam*. Na cessão de direito, o direito se transfere de um para outro patrimônio. Ora, no

(1) GUY FLATTET — *Les contrats pour le compte d'autrui* — Librairie du Recueil Sirey, 1950, p. 282.

(2) SERPA LOPES, *Tratado dos Registros Públicos*, 4 vol. Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, 1942, IV vol. p. 206.

(3) PACHIONNI, *Los contratos a favor de tercero*, tradução espanhola de Francisco Javier Osset, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. XX.

(4) PACIFICI MAZONI, *Trattato della vendita*, I, n. 23.

contrato por pessoa a declarar “durante o tempo precedente à escolha, a pessoa do verdadeiro contratante permanece indeterminada, situação essa por alguns comparada com a venda alternativa, e por outros reputada como uma condição resolutória potestativa, atento a que o exercício de designar o terceiro fica dependente da vontade do proprietário” (5). Vemos, pois, que até a nomeação do terceiro o direito não tinha entrado no patrimônio do estipulante, tal é a tese de Serpa Lopes que foi abraçada por diversos julgados. Assim estatuiu o Tribunal de Apelação do Distrito Federal, declarando que:

“No contrato por pessoa a declarar o compromissário, enquanto não determinada a pessoa que realmente deverá ser o titular efetivo da compra e venda, representava papel de mero agente neutro.

Uma vez eleita a pessoa que deverá ser o verdadeiro titular, o intermediário passa de elemento neutro a mandatário.

Caracterizadamente, o estipulante nenhum direito possui, não possuindo igualmente nenhuma posição definida enquanto não se positivar a situação, isto é, enquanto não indicar a pessoa, ou enquanto não declarar que fica sendo êle próprio o titular efetivo do direito” (6).

Vemos pois que é a seguinte a distinção essencial estabelecida entre a cessão de direito e a indicação de terceiro no contrato por pessoa a declarar: nesta não há transferência de direito, pois o estipulante não adquirira direito algum, não podendo pois transferi-lo já que a ninguém é lícito transferir mais direito do que tem. O estipulante tinha apenas função de intermediário responsável pelo pagamento da coisa. Era, por exemplo, um corretor que comprando, não dera o nome do comprador em nome do qual agia e, portanto, se responsabilizara pelo pagamento do preço. É natural que não tenha a propriedade da coisa. O mesmo acontece aliás na comissão. (7)

A questão da aquisição ou não-aquisição do direito pelo estipulante é de primordial importância no campo do direito fiscal, pois a cessão de direito, ou seja, à transferência de direito de um a outro patrimônio aplica-se o artigo 5 do decreto municipal de 12 de janeiro de 1934 que preceitua:

“Nos contratos de promessa de venda de bens imóveis por escritura pública em que o promitente comprador faça cessão de direitos relativos aos mesmos bens, cobrar-se-á sobre o valor da compra e venda”.

De modo que, se o estipulante adquiriu o direito, se o direito entrou no seu patrimônio, há cessão de direito aplicando-se o referido artigo 5 e cobrando-se o respectivo impôsto. Ao contrário, não havendo cessão de direito, não pode ser cobrado impôsto.

(5) SERPA LOPES, op. cit., IV vol., p. 207.

(6) in *Revista Forense*, n.º C, p. 281.

(7) CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial*, Rio, 1927, vol. VI, livro IV, p. 307.

Quanto à entrada do direito no patrimônio do estipulante antes da indicação do terceiro, divergem os autores. Para Planiol, no caso, o direito entrou no patrimônio do estipulante nêle se mantendo até a indicação do beneficiário. (8)

Pachionni distingue dois tipos de casos. (9)

A nossa jurisprudência é todavia quase unânime em considerar que o estipulante é um simples intermediário sem direito próprio até a nomeação do terceiro. Em apoio a esta tese defendida pelo Desembargador Serpa Lopes e corroborada pela jurisprudência, podemos citar, entre outras decisões dos nossos tribunais, o julgamento da apelação cível n.º 2.087 de fevereiro de 1944. Êste julgado da 5.ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal considera que:

“O pagamento de preço de venda de imóvel pelo compromissário comprador e a cláusula que lhe confere o direito de ser a escritura definitiva de compra e venda outorgada a si ou a terceiro que indique, não traduz cessão de propriedade e conseqüentes direitos que ao proprietário assistem, não sendo por isso devido o impôsto”. (10)

A questão da entrada ou não de um direito num patrimônio é problema dos mais delicados que já tivemos o ensejo de estudar ao tratar do problema da retroatividade das leis. (11)

O interesse máximo da questão é todavia de ordem fiscal, introduzindo assim poderosos motivos sociais que não podem deixar de influir na solução dada ao problema pelos tribunais, visto que a jurisprudência deve atender não só à dogmática jurídica mas também ao equilíbrio social. Por um lado, não se deve onerar com novo impôsto a atividade nem sempre muito lucrativa do corretor. Tratando-se do corretor, aliás, temos uma figura análoga ao caso de compra com a cláusula *Aufgabe der Kaufers vorbehalten* do direito alemão e à *déclaration de command* do direito francês. Nestes casos só é devido um impôsto de transmissão e o estipulante não tem direito sobre a coisa antes de indicar o terceiro.

Todavia é interessante notar que na França, no caso de *déclaration de command*, o terceiro deve ser indicado dentro das 24 horas que seguem a transação comercial, isso por motivo fiscal. (12)

No caso do corretor, ou êle ao firmar o contrato já ter um cliente certo cujo nome não

(8) PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, revisto por Ripert e Boulanger, 3 vol., 5.ª edição, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, 2.º vol., p. 233.

(9) PACHIONNI, op. cit. p. 218.

(10) *Archivo judiciário*, vol. 70, abril-junho 1944, p. 272 in fine.

(11) ARNOLD WALD, *O problema da retroatividade das leis*, in *Revista do Serviço Público*, maio e junho de 1951.

(12) PLANIOL, op. cit., II, p. 733. Existe também em França a compra de imóvel com a cláusula de revenda na qual é pago duas vezes o impôsto de trans-

quer revelar por tal ou qual razão, ou, tendo sondado o ambiente comercial, espera encontrar logo um comprador. Diferente destes casos, por outro lado, é a hipótese do especulador que compra um bem na esperança de que valorize ou de capitalista que investe dinheiro num imóvel para posterior revenda. Como querem revender no futuro a coisa agora comprada para nesta revenda auferir lucros fazem a promessa de compra com a cláusula *mihi aut cui volam*.

O corretor é simples intermediário trabalhando para pessoa já conhecida ou a determinar. O especulador não tem em mira a corretagem mas sim a valorização da coisa. Seria preciso distinguir entre os dois casos para isentar de novo imposto de transmissão o corretor que representa pessoa cujo nome não pode revelar, porque no caso há de fato uma só transmissão do bem. Também deveria ser isento de novo imposto de transmissão o corretor que faz a compra pensando no interesse que ele poderia ter para alguns dos seus clientes, para uma pessoa *incerta ex certis*, visto que o intuito do corretor é exclusivamente aproximar as partes contratantes. Já deve ser onerado com novo imposto de transmissão o especulador que tendo firmado promessa de compra com a cláusula *mihi aut cui volam*, revende a coisa comprada, depois de certo tempo, quando o bem aumentou de valor. Mas a diferença e a distinção não podem ser facilmente feitas. É um problema de *animus*, de situação psicológica e econômica do intermediário. E a própria situação econômica dificilmente caracteriza o corretor diferenciando-o do especulador. Há gigantescos escritórios de corretagem e pequenos burgueses que especulam sobre imóveis, com as parcas economias dificilmente ganhas. Eventualmente, poder-se-ia pensar numa limitação de tempo durante o qual o estipulante poderia indicar o terceiro, pagando-se um só imposto de transmissão. Verdade é todavia que, para haver contrato com pessoa a declarar e não cessão de direito, é preciso que o preço contido na promessa seja o mesmo que aquele recebido, constante da escritura definitiva, ou, como diz o Desembargador Serpa Lopes, resumindo a lição de Luzzati e de Covielle "que a pessoa escolhida aceite o contrato por si, sem nenhuma modificação das condições ou cláusulas ou de preço estabelecido" (13). Mas a afirmação

missão: uma vez na venda ao revendedor e outra na revenda. Todavia, se o imóvel, comprado com a cláusula de revenda, fôr vendido novamente no prazo de um ano a partir da data de compra, o segundo imposto de transmissão limitar-se-á à metade do imposto de transmissão que normalmente deveria ser pago.

(Cf. PLANIOL RIPERT — *Droit Civil Français*, vol. X, p. 249).

(13) SERPA LOPES, op. cit. ibidem.

de Serpa Lopes é discutível e discutida. E, mesmo aceitando a tese do erudito magistrado, o estipulante, se só indicar o terceiro longo tempo depois de assinada a promessa, poderá receber, com a tremenda valorização dos imóveis a que assistimos recentemente no Brasil, uma comissão exorbitante do terceiro (comprador definitivo) comissão igual ao lucro que teria se comprasse o bem em seu próprio nome e, por exemplo, dois anos depois, o revendessee. Se tivesse compração em seu nome e revendido, pagaria duas vezes imposto de transmissão. Graças à cláusula *mihi aut cui volam* inserida na promessa só pagará uma vez o imposto de transmissão (14). Há na verdade uma fraude ao fisco que não podemos todavia punir porque a equiparação da indicação de terceiro no contrato com pessoa a declarar à cessão de direito atingiria toda a classe dos corretores. A única solução, ao nosso ver, é a limitação do tempo em que possa permanecer indeterminado o terceiro que deve ser indicado, evitando-se assim que lucrosas especulações se façam fraudando o fisco. Atender-se-ia com esta limitação, que poderia ser por exemplo de 3 ou 6 meses, às duas séries de interesses: do Estado e do corretor. A diferença de tratamento aplicado a corretores e a especuladores não constituiria legislação especial ou classista nem exorbitância do fisco, mas justa diferenciação, que cabe à lei fazer, entre o intermediário que põe em contato os indivíduos interessados numa mesma transação, tendo importante função social e o bolsista que especula no aumento de certa classe de bens e tenta lesar o fisco, aproveitando-se, para alcançar êsse fim, do contrato por pessoa a declarar. A distinção seria justa, e assim, o contrato com pessoa a declarar voltaria a preencher sua função natural, punindo-se os abusos sem destruir, sem prejudicar as justas vantagens auferidas pela sociedade graças ao mecanismo jurídico do contrato com pessoa a declarar.

(14) Figura-se-nos possível firmar uma promessa de venda só determinando um preço mínimo e atribuindo ao estipulante, como comissão, a diferença entre o preço recebido que consta da escritura definitiva e o preço mínimo fixado na promessa, redigindo-se, por exemplo, o contrato de promessa nos seguintes termos:

"Prometo vender a quem o estipulante Tício indicar o prédio X por preço arbitrado por Tício que todavia nunca poderá ser inferior a Cr\$ 500,00. Receberá o estipulante como comissão a diferença entre o preço recebido e Cr\$ 500,00."

Há, no caso, contrato com pessoa a declarar mas com variação de preço. Dever-se-á, no caso, pagar uma ou duas vezes o imposto de transmissão? Diante da nossa jurisprudência o imposto só deveria ser pago uma vez. Mas vejamos a fraude ao fisco que tal mecanismo pode gerar.