

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

VITOR LOURENÇO SIMÃO CASTRO

O CONTRATO COM PESSOA A DECLARAR NO DIREITO BRASILEIRO

PORTO ALEGRE, MARÇO DE 2011

VITOR LOURENÇO SIMÃO CASTRO

O CONTRATO COM PESSOA A DECLARAR NO DIREITO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Santolim.

PORTO ALEGRE, MARÇO DE 2011

## **AGRADECIMENTOS**

Expresso meus agradecimentos aos meus pais, Valmir e Maria Joaquina, e à minha irmã, Alessandra, que, juntamente com meus demais familiares, revelam-se pessoas exemplares e que me forneceram o modelo de garra e espírito investigativo necessários para a realização dessa pesquisa e conclusão desse trabalho. O apoio e amor incondicionais por eles demonstrados servem de estímulo para sempre buscar novos desafios.

Agradeço também aos meus colegas – e amigos – do Veirano Advogados, pela compreensão e pela fundamental ajuda na pavimentação do caminho trilhado.

Faço um agradecimento especial ao Fabrício, pela infinita compreensão, paciência, confiança, estímulo e força nos momentos difíceis. Sem ele, esse trabalho jamais teria sido concluído da forma como gostaria.

Agradeço também à Luciana, amiga de todas as horas e em nome de quem aproveito para agradecer a todos os meus demais amigos, que acompanharam, mesmo de longe, a realização desse trabalho e forneceram incansável ajuda.

Não posso deixar de registrar meu agradecimento ao Professor Cesar Santolim, que desde o início acreditou na idéia que apresentei ainda durante o processo seletivo para o Mestrado e que forneceu valiosas dicas para que pudesse “desatar o nó” do problema jurídico pesquisado. Essa capacidade de acreditar em novas idéias é, por si só, uma lição fundamental, que todo professor deveria saber ensinar a seus alunos.

Por fim, agradeço à Universidade Federal do Rio Grande do Sul e todos aqueles que a subsidiam, por possibilitar o desenvolvimento dessa pesquisa, que espero seja aproveitada em benefício daqueles que direta ou indiretamente, contribuíram para a minha formação.

“O Direito não jaz na letra morta das leis: vive na tradição judiciária, que as atrofia ou desenvolve.” (Ruy Barbosa, 1896)

## RESUMO

A presente dissertação visa a esclarecer o conceito da figura jurídica denominada contrato com pessoa a declarar, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do atual Código Civil. A partir de uma análise do contexto histórico em que essa modalidade contratual foi desenvolvida, é realizada uma avaliação das razões que motivaram seu desenvolvimento, bem como a evolução histórica e jurídica do conceito e os elementos e as funções desenvolvidas pelo contrato com pessoa a declarar em cada período, a fim de melhor entender as funções dessa modalidade contratual e para definir os requisitos para sua utilização em consonância com o ordenamento jurídico vigente. Além disso, efetua-se uma classificação dos elementos que constituem esse contrato, juntamente com a definição dos efeitos decorrentes dessa classificação e da determinação da natureza jurídica do contrato ora em exame. Por fim, demonstra-se que o contrato com pessoa a declarar é um meio adequado para realizar uma contratação segura e economicamente eficiente, pois o modelo desenvolvido permite que o contrato seja flexível para adaptar-se às realidades sociais dinâmicas e integradas.

**Palavras-chave:** Contrato com Pessoa a Declarar. Conceito. Classificação. Natureza Jurídica. Elementos. Função. Análise Econômica do Contrato. Eficiência. Segurança.

## **ABSTRACT**

The present dissertation aims at clarifying the definition of the legal term named contract with person to declare, introduced in Brazilian legal system through the current Civil Code. From an analysis of the historic context in which this contractual model was developed, it is made an evaluation of the reasons that led to the origin of this contract, as well as of its historic and cultural evolution and also the elements and the purpose of with this contractual model in each period of time, in order to better understand the uses of this sort of contract and to define the requisites to its use according to the current legal system. Besides that, a classification of the elements of this contractual model is made together with the definition of the effects deriving from this classification and from the legal nature of this contract. At the end, it is shown that the contract with person to declare is an adequate contract to grant a safe and economically efficient contract, since the used model is adequate to adjust the contract to the current, integrated and dynamic social reality.

**Keywords:** Contract with person to declare. Concept. Classification. Legal Nature. Elements. Function. Economic Analysis of Law. Efficiency. Safety.

## SUMÁRIO

Introdução	7
I – Fundamentos	18
1. Evolução histórica	21
1.1. Origens	23
1.2. Positivação	37
2. Aspectos conceituais	44
2.1. Elementos e Requisitos	46
2.2. Natureza jurídica e efeitos	75
II – Funções	108
1. Utilidade	113
1.1. Experiência no direito comparado	115
1.2. Experiência no direito brasileiro	124
2. O contrato com pessoa a declarar e o desenvolvimento econômico	140
2.1. Como operação econômica instrumentalizada	147
2.2. Como garantia alternativa de ambiente seguro para a celebração de negócios no Brasil	152
Síntese conclusiva	158
Referências bibliográficas	162

## Introdução

O objeto do presente texto é apresentar o contrato com pessoa a declarar, modalidade contratual inserida nos artigos 467 a 471 do atual Código Civil, uma novidade em relação ao código revogado. Ao longo do texto, pretende-se apontar os fundamentos para o desenvolvimento desse contrato a fim de compreender suas características, natureza, classificação e efeitos jurídicos daí decorrentes. Posteriormente, pretende-se demonstrar as funções diversas que essa modalidade contratual pode exercer de acordo com a atual teoria contratual<sup>1</sup> e o estágio de desenvolvimento das relações jurídicas em nossa sociedade e das relações econômicas atuais.

Para observar essas diretrizes, será necessário esclarecer as origens e a evolução histórica dessa modalidade contratual, de acordo com as idiosincrasias de cada período evolutivo no qual o conceito do contrato com pessoa a declarar foi inserido e que serviu de base para sua evolução. Assim, será possível compreender os debates sobre as teses jurídicas acerca da constituição do contrato com pessoa a declarar, de seus requisitos, seus efeitos, seus benefícios ou razões para não utilização ou posituação em diversos sistemas contemporâneos, bem como dificuldade de classificação da natureza jurídica dessa modalidade contratual.

---

<sup>1</sup> Para que se possa falar em nova teoria contratual, compreende-se a mudança de paradigmas vislumbrada no direito contratual ao longo dos últimos anos, com o enfraquecimento da utilização de preceitos estabelecidos ainda durante o processo de codificação no período pós Revolução Francesa. Além disso, a nova teoria contratual está adaptada à dinamicidade conferida ao direito, de modo que não há como estabelecer novos preceitos como se fizera anteriormente, exceto pela compreensão desse dinamismo e da utilização de conceitos abertos, mais adequados para a interpretação de validação das relações jurídicas no campo contratual. A esse respeito, recomendamos, dentre diversos textos, a obra de NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, 2.ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006; ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, in *Tratatto di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2001; e MARQUES, Cláudia Lima (org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*, São Paulo, RT, 2007.

Após, será demonstrado de que forma esse conceito de contrato com pessoa a declarar foi inserido em outros sistemas contemporâneos e como é nestes explorado, em paralelo com o cenário brasileiro. Ademais, pretende-se realizar uma avaliação crítica da utilização desse contrato, analisando as funções que ele pode exercer nas relações jurídicas mais usualmente utilizadas, além de considerações sobre um possível protagonismo dessa modalidade contratual em decorrência do momento econômico eufórico pelo qual passa o Brasil frente ao momento de recuperação das economias mundiais após a crise econômica que afetou as maiores potências econômicas no ano de 2008<sup>2</sup>.

Não se pretende, com o presente texto, elaborar uma análise hermenêutica sobre a recepção do conceito de contrato com pessoa a declarar pelo direito brasileiro, pois isso, por si só, renderia uma dissertação a parte. Tampouco possui o presente texto a pretensão de esgotar os estudos relacionados à aplicação do conceito do contrato com pessoa a declarar no direito comparado – até mesmo porque o enfoque do presente texto é explorar a modalidade contratual ora em estudo sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, as referências ao direito estrangeiro apenas servem como apoio para esclarecer premissas sobre as quais se desenvolvem este texto e o próprio instituto no direito brasileiro. Além disso, as experiências na ciência alienígena podem auxiliar a demonstrar como os sistemas jurídicos em que o contrato com pessoa a declarar foi normatizado é utilizado como solução para diversas situações, em comparação com as hipóteses de utilização dessa modalidade de contrato no Brasil. Por fim, esse estudo ainda pretende possibilitar a análise dos efeitos do contrato com pessoa a declarar gerados em outras áreas do Direito, como a necessidade de tributação de cada momento da relação contratual e a possibilidade de celebração de contratos nessa modalidade com a Administração Pública.

O que se pretende aqui é compreender o conceito de contrato com pessoa a declarar sob uma perspectiva de reconstrução do direito privado brasileiro a partir da adequada utilização dos instrumentos que estão à disposição do operador do direito e como mola propulsora da circulação de riquezas e do desenvolvimento econômico – como originalmente foi concebida a idéia de contrato.

---

<sup>2</sup> No ponto, o assunto pode ser sintetizado pela reportagem de Marcelo Côrtes Neri para a Revista *Getúlio*, ano 4, maio-junho 2010, p. 13-15.

O atual Código Civil brasileiro introduziu e consolidou em nosso sistema uma série de conceitos e institutos jurídicos, afirmando algumas conquistas históricas, construídas a partir dos valiosos estudos doutrinários e jurisprudenciais vislumbrados pelos operadores do Direito cotidianamente<sup>3</sup>. Essa adequação das regras gerais que orientam o direito privado brasileiro reflete a mudança de paradigma decorrente das necessidades de nossa sociedade atual<sup>4</sup>, com a inclusão de cláusulas gerais e o reconhecimento de determinadas situações inusitadas para o modelo oitocentista do qual resultou o código anterior<sup>5</sup>.

Embora existam críticas apontando que o atual Código Civil brasileiro já surgiu defasado<sup>6</sup>, por se tratar de um projeto concebido na década de 1960, entregue em 1975 e cuja tramitação na Câmara dos Deputados arrastou-se por quase 30 anos, não se pode deixar de observar o ineditismo e a apurada técnica utilizada pela comissão de notáveis juristas que elaborou o anteprojeto que viria a resultar, após algumas modificações, no atual Código Civil. Há diversas modificações, algumas sutis e outras mais profundas, que ainda não foram integralmente compreendidas pela comunidade jurídica, mesmo passados quase 10 anos da aprovação do texto final do novel código. Isso representa a complexidade e a atualidade do texto que compila as regras gerais do direito privado brasileiro, e aponta para a necessidade de melhor compreendê-lo e, porque não, conhecê-lo.

Ainda assim, muitos dos conceitos originariamente utilizados no modelo oitocentista de Clóvis Bevilácqua e Teixeira de Freitas foram mantidos, a fim de garantir unidade e modulação na transição entre os regimes, além de fortalecer a identidade e características próprias do direito privado brasileiro. Em especial, de uma concepção liberal na formulação do Código Civil, que atualmente se aproxima de uma preocupação mais

---

<sup>3</sup> Veja REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo senado federal*, 2.ed., Saraiva, São Paulo, 1999.

<sup>4</sup> A esse respeito, o texto de IRTI, Natalino, “L’eta della decodificazione”, in *Revista de Direito Civil*, Ano 3, n. 10, out. – dez. 1979, p. 15-33.

<sup>5</sup> Vale aqui lembrar as inúmeras referências doutrinárias que apontam o Código Civil brasileiro promulgado em 1916 como o melhor código oitocentista do século XX, pois grande parte dos conceitos que lá estão lançados foram derivados das pesquisas e aplicações de conceitos desenvolvidos no século XIX, e principalmente consolidados pela pandectística alemã no *Bürgerlichesgesetzbuch* (“BGB”) de 1900.

<sup>6</sup> Apenas a título exemplificativo, o comentário de DIAS, Maria Berenice, in *O modelo de família para a nova sociedade do Século XXI*, disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/pt/entrevistas-revista-juridica-consulex-o-modelo-de-familia-para-a-nova-sociedade-do-seculo-xxi.cont>, acessado em 05.03.2011.

constante com o reflexo social dos efeitos das figuras jurídicas ali lançadas. Contudo, outros conceitos foram introduzidos, transformando o significado de alguns institutos outrora utilizados. E essa necessidade de reavaliação dos conceitos, em especial pela leitura orientada da Parte Especial do Código Civil a partir da renovada Parte Geral, fez com que o direito privado brasileiro fosse repensado e, em determinados momentos, se reinventasse, sob uma perspectiva menos liberal e mais social, de acordo com a tendência das (de)codificações visualizadas ao longo do século XX<sup>7</sup>.

Essa redescoberta do direito privado brasileiro é produto não somente de um texto legal renovado mas, primordialmente, da construção crítica do Direito nos últimos anos, a partir de questionamentos sobre a formação e o sentido dos signos jurídicos usualmente utilizados e que, por essa razão, não são contestados<sup>8</sup>. Além disso, a inserção de cláusulas gerais e de princípios gerais do direito privado auxilia na interpretação e integração das normas jurídicas<sup>9</sup>, pois possibilitam que a pluralidade semântica de determinados vocábulos presentes nas normas civis seja interpretada em conformidade com a efetiva vontade do legislador, que é a de refletir a ordem social vigente e, por conseguinte, orientar à obtenção de um só resultado prático, que é aquele pretendido pela norma<sup>10</sup>.

Da mesma forma, surgiram questionamentos sobre a inclusão, no atual Código Civil brasileiro, de conceitos oriundos de institutos jurídicos positivados em outros sistemas legais, que não guardam qualquer semelhança com o sistema brasileiro, ou, ainda sobre a manutenção de determinados institutos que, aparentemente, já não eram mais utilizados, como a enfiteuse. Entretanto, pode-se afirmar que a manutenção desses institutos e a introdução de

---

<sup>7</sup> Uma vez mais, reportamo-nos à lição de IRTI, Natalino, “L’eta della decodificazione”, in *Revista de Direito Civil*, Ano 3, n. 10, out. – dez. 1979, p. 15-33.

<sup>8</sup> Veja-se, a esse respeito, a introdução da obra de MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*, São Paulo, RT, 2002, p. 11-17.

<sup>9</sup> Conforme GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 4.ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 221-227.

<sup>10</sup> A professora Judith Martins-Costa, na apresentação da obra de LUDWIG, Marcos de Campos, *Usos e costumes no processo obrigacional*, São Paulo, RT, 2005, p. 14, aponta para a necessidade de utilizar-se dos usos e costumes de determinada sociedade para promover a *construção social* dos novos conceitos jurídicos que se adaptam à realidade, pois se tornam assim, fontes de normas que possuem, em si mesmos, significados e valores para a coletividade.

novos conceitos estão em consonância com a leitura que os redatores do anteprojeto previam para o atual Código, qual seja, a de uma mudança de postura que acompanhasse o dinamismo da sociedade, em especial pela mudança do eixo centralista do Código de Bevilácqua, focado no individualismo, para uma diversidade de pilares que sustentam os interesses sociais, a partir de uma atuação livre do homem dirigida ao bem comum.

Dentre os novos conceitos introduzidos pelo Código Civil atual, verifica-se uma modalidade contratual até então conhecida de parte dos juristas brasileiros, tendo em vista alguns ensaios publicados no Brasil acerca do assunto, bem como pelo ineditismo trazido por alguns julgados dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e do então Distrito Federal na década de 1940 ao discutirem questões correlatas ao tema. Esses ensaístas e julgadores compunham o corpo docente de renomadas faculdades do país, e expressavam o interesse por figuras jurídicas aplicadas em outros sistemas jurídicos que haviam estudado no exterior, embora não houvesse qualquer pretensão de positivação do conceito no Direito brasileiro até então. Trata-se, no caso, do contrato com pessoa a declarar.

Essa modalidade contratual foi estudada por alguns brilhantes juristas antes da positivação trazida pelo atual Código Civil brasileiro, ao abordarem em seus ensaios diversas questões atinentes a esse contrato. Dentre as quais, destacam-se a diferenciação do contrato com pessoa a declarar de outras figuras jurídicas comumente aplicadas no sistema jurídico brasileiro, como a cessão de direitos, a representação e a estipulação em favor de terceiros; além disso, diversos foram os debates para a definição dos efeitos jurídicos dessa modalidade contratual, em especial pela possibilidade de sua retroatividade e quais os efeitos que isso acarretaria para o estipulante antes de revelar a pessoa a ser nomeada. Ainda, relevantes foram as discussões que permearam a relação entre a transferência de direitos entre o estipulante e a pessoa nomeada, além daquelas referentes à tributação das operações envolvidas no contrato com pessoa a declarar.

Em suma, as análises realizadas pelos estudiosos brasileiros restringiam-se a uma reflexão acerca da aplicação do contrato com pessoa a declarar a partir da experiência jurídica brasileira com outras modalidades contratuais e fontes obrigacionais, que, de certo modo, eram as que mais se assemelhavam com a figura jurídica então inédita no Direito brasileiro. Curiosamente, com a introdução dessa modalidade contratual em nosso ordenamento jurídico, mediante regras específicas que diferenciavam o contrato com pessoa a declarar no Direito

brasileiro daquela figura explorada na legislação alienígena, o interesse antes despertado em nossos juristas não se manteve, e deixaram os doutrinadores e os julgadores de discutir acerca das teorias que permeavam a compreensão desse instituto. Sequer, aliás, verifica-se a efetiva utilização do contrato com pessoa a declarar frente aos novos desafios que a sociedade está enfrentando, e de que forma podemos aproveitar essa figura jurídica para desenvolver um novo mecanismo de operacionalização do Direito ou repelir a sua aplicação tendo em vista eventuais conflitos com outras figuras jurídicas ou, ainda, pela sua desnecessidade.

Considerando a pretérita ausência desse instituto no ordenamento jurídico positivado no Brasil, bem como o desinteresse da ampla maioria dos operadores do Direito pelo desenvolvimento de novos mecanismos aptos a dinamizar as relações jurídicas – fruto, quiçá, dos períodos de crise econômica que tanto maltrataram o país em décadas passadas – não se desenvolveu técnica adequada para utilização do contrato com pessoa a declarar e nem mesmo se obteve sua compreensão entre nossos pares antes de sua positivação no atual Código Civil brasileiro. Não se revela surpreendente, portanto, que até hoje a expressão “contrato com pessoa a declarar” gera dúvidas e surpresas para os operadores do Direito que ficam expostos a essa figura jurídica. E isso certamente esclarece porque o contrato com pessoa a declarar é comumente confundido com outras figuras jurídicas, como a estipulação em favor de terceiros e a cessão de direitos, as quais citamos apenas exemplificativamente.

O conceito do contrato com pessoa a declarar e as questões a ele afeitas, tais como debatidas desde os idos de 1940, não estão claros nem mesmo nos sistemas jurídicos que utilizam essa modalidade contratual há muitos anos e nos quais essa figura jurídica já faz parte do ordenamento jurídico há muito tempo. Isso é um reflexo da complexidade dos signos estabelecidos pelo Direito para traduzir em normas objetivas a organização de uma sociedade que se revelou complexa e em constante mutação. É isso que ocorre também com outros conceitos ditos centrais no direito privado como, por exemplo, a propriedade. Veja-se que ninguém sabe definir o conceito de propriedade; em geral, limita-se tão somente a esclarecer os efeitos, os direitos e as garantias decorrentes do direito de propriedade. Quando muito, pode-se falar na função social da propriedade – outra abstração jurídica que poucos conseguiram desvelar. Aliás, a palavra propriedade, nos dias de hoje, possui um significado distinto daquele que possuía em épocas passadas, como no Direito Romano, em que era absoluta. No entanto, um único significado do conceito de propriedade não é estabelecido de

forma objetiva – e tampouco parece que o legislador preocupou-se em estabelecer um único significado para essa figura jurídica<sup>11</sup>.

Não é diferente com o contrato com pessoa a declarar. Assim como ocorre com os contratos atípicos ou inominados, não há uma classificação específica ou uma definição pré-moldada que determine de forma objetiva o conceito dessa figura jurídica. Entretanto, é possível reconhecer esse modelo contratual a partir de determinadas particularidades, características, funções e efeitos que, combinadas, somente essa figura jurídica apresentará. E certos efeitos que foram reconhecidos pelo Direito a esse contrato com pessoa a declarar, de modo a tornar vantajosa a sua utilização em determinadas situações.

A representatividade do contrato com pessoa a declarar é fundamental para seu posicionamento como conceito periférico de relevante uso em nosso sistema jurídico. Assim, devem-se compreender seus efeitos e suas limitações, sejam elas impostas pela normatização determinada pelo atual Código Civil brasileiro, sejam aquelas reveladas pelo costume, a fim de bem determinar as situações em que o uso dessa modalidade contratual é bem recebido no Direito brasileiro e em quais momentos pode tornar-se um obstáculo à concretização dos negócios jurídicos – e, por conseguinte, desempenhar um papel adverso à formação de qualquer contrato, restando fadado, portanto, ao fracasso.

O contrato com pessoa a declarar possui requisitos e, principalmente, efeitos distintos de outras figuras jurídicas às quais o operador do Direito está habituado. Portanto, não guarda semelhança com outras modalidades contratuais ou fontes obrigacionais amplamente estudadas e difundidas em nossa cultura jurídica.

A confusão entre o contrato com pessoa a declarar e outras figuras jurídicas decorre, primordialmente, da ausência de compreensão do conceito e do velho hábito de tentar associar os conceitos novos a idéias já difundidas, a fim de tornar mais didática a interpretação desse signo jurídico. Contudo, essa técnica deve ser superada, para que o jurista, livre de preceitos pré-estabelecidos, possa desenvolver uma teoria concreta acerca do papel e das características dessa nova modalidade contratual. Deve, ainda, compreender que a

---

<sup>11</sup> Sobre esse tema, veja VARELA, Laura Beck, *Das propriedades à propriedade: construção de um direito*, in MARTINS-COSTA, Judith (org.), *A reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*, São Paulo, RT, 2002, p. 730-762.

instituição de novos conceitos no Direito deve ser feita de forma independente, despegada de concepções ultrapassadas e que, por isso, restam afastadas ou inutilizadas.

A figura do contrato com pessoa a declarar permanece, até hoje, inexplorada por grande parte dos operadores do Direito no Brasil, pois não se desenvolveu uma teoria acerca da sua efetiva utilização, à exceção de questões pontuais, como a vantagem para celebração de negócio de compra e venda de imóvel a fim de evitar especulação caso revelado, desde o início das negociações, o nome da parte compradora. Todavia, não se pode, exclusivamente por essa razão, apontar que o conceito não corresponde a uma realidade prática ou social ou, ainda, que possui um fim único e específico (para não dizer praticamente exclusivo). A própria criatividade, característica do povo brasileiro, não permitiria que o contrato com pessoa a declarar não encontrasse uma função adequada para ser utilizado no Brasil, ainda que, em um primeiro momento, apenas os redatores do texto do atual Código Civil o tenham visto.

O que se denota é uma complexidade que permeia o conceito, decorrente, também, da ausência de positivação pretérita que envolvesse o referido modelo de contrato.

Além disso, a introdução de novos conceitos no direito privado brasileiro permite uma integração mais concreta e adequada entre o Direito e a sociedade em que vivemos, de modo a realçar o desenvolvimento das idéias liberais em um Estado de cunho excessivamente protetivo, como é o atual Estado brasileiro.

Outrossim, a dificuldade de compreensão do contrato com pessoa a declarar no direito brasileiro está associada a uma esparsa sistematização dessa modalidade contratual em outros sistemas jurídicos ocidentais. Não se pretende, aqui, transladar conceitos de uma época com contexto histórico, político, econômico e social diverso daquele vivenciado hoje, em que o direito atingiu estágio de desenvolvimento muito mais elevado para a organização das sociedades contemporâneas e a solução de conflitos. Todavia, a análise desse viés histórico autoriza a avaliação do conceito de contrato com pessoa a declarar ao longo dos anos e as razões pelas quais essa figura jurídica somente foi introduzida no Direito brasileiro com o atual Código Civil, embora represente uma forma competitiva de estímulo à economia do país.

A normatização dessa modalidade contratual determinou uma maior visibilidade e compreensão do conceito do contrato com pessoa a declarar, bem como a retomada de sua utilização de forma concreta e visando à segura circulação de riquezas, em consonância com a definição clássica do direito privado, de onde emergiu a figura jurídica sobre a qual ora discorreremos.

Em regra, espera-se que a norma jurídica sistematizada e positivada seja um reflexo das relações mantidas em sociedade<sup>12</sup>. Contudo, não se pode ignorar que o legislador cria determinados mecanismos visando a regular a vida em sociedade, bem como a fomentar o desenvolvimento sócio-econômico daqueles que estarão expostos às regras criadas. Há inúmeros exemplos disso, e nas últimas décadas houve uma grande intervenção do Estado em diversas áreas, como a regulação de determinadas atividades eminentemente privadas (e.g., a regulação da publicidade de produtos fumígenos). E essas regras precisam de um período de adaptação por parte da população para que sejam compreendidas, embora os efeitos dela decorrentes sejam, muitas vezes, compulsórios.

É também o que ocorre quando o legislador fornece ao contrato uma veste jurídica da qual ele não pode se despir. Isso significa que, ao avaliar uma modalidade contratual, por mais inovadora que ela seja, não se pode deixar de ter em mente que a função de um contrato é servir como instrumento de circulação de riquezas<sup>13</sup>. E, além disso, deve o contrato gerar segurança às partes contratantes, de modo que elas estejam confiantes para a celebração do pacto<sup>14</sup>.

A dinamização das relações sociais e econômicas faz com que o direito contratual seja um terreno fértil para o desenvolvimento de uma série de teorias e novas figuras jurídicas, que se adaptam às necessidades vislumbradas e possibilitam o encontro da teoria com a prática. Assim, essa dinamização dos conceitos que permeia o direito contratual também precisa ser avaliada, pois o Direito não pode perdurar no tempo sem acompanhar as

---

<sup>12</sup> Sobre o positivismo legal, veja-se HART, Herbert L. A., *The Concept of Law*, 2nd. Ed., New York, Oxford University Press, 1994.

<sup>13</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 7.

<sup>14</sup> A relevância da segurança causada pelos contratos às partes é tema abordado por SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Harvard University Press, p. 310.

transformações sociais que o permeiam e fazem com que ele permaneça aplicável e compreendido por aqueles que estão submetidos aos ordenamentos jurídicos.

Por essa razão, uma leitura de conceitos básicos do direito contratual deve ser feita a partir do contexto atual do estágio de desenvolvimento da sociedade capitalista e tecnológica em que estamos inseridos, a fim de não permitir que o direito contratual reste ultrapassado ou entre em desuso, ante sua inutilidade para a solução dos conflitos que hoje vislumbramos. Essas adaptações, aliás, não constituem nenhuma novidade. Veja-se, por exemplo, a proposta protetiva presente nos casos dos contratos de consumo. Ou, ainda, o reconhecimento de uma situação atípica nos contratos eletrônicos, que vem recebendo proteção por parte da doutrina<sup>15</sup> e da jurisprudência.

Ademais, o contrato deve ser reconhecido como elemento vital para o desenvolvimento da economia, mediante o oferecimento de um sistema adequado a atender as necessidades sociais nas quais está inserido, dinamizar a celebração de negócios e promover a segurança dos contratantes, com a manutenção dos efeitos decorrentes das declarações de vontade das partes envolvidas. E, sob essa ótica, deve-se vislumbrar também o contrato com pessoa a declarar como instrumento econômico, facilitador do enlace jurídico que pode vincular as partes e promover a circulação de riquezas em um ambiente eficiente do ponto de vista econômico – embora o conceito positivado em nosso ordenamento jurídico seja resultado de estudos realizados há mais de quatro décadas.

É justamente essa atemporalidade de determinados conceitos que permite ao Direito a possibilidade de se reinventar e resistir às intempéries de cada período traduzidas pelas mutações constantes no perfil da nossa sociedade. Essa flexibilidade, analisada de forma criteriosa, para não se criar um ambiente inseguro, é resultado das diferentes interpretações que os conceitos jurídicos apresentam ao longo do tempo, tornando-se mais eficazes e reconhecidos por aqueles que estão submetidos a esse ordenamento jurídico dentro de determinado contexto histórico em que se inserem.

---

<sup>15</sup> As referências aqui são inúmeras, mas podem ser sintetizadas pelas obras dos professores Cláudia Lima Marques e Ricardo Lorenzetti.

Isso legitima o papel normatizante e regulador que as leis exercem em uma sociedade<sup>16</sup>, e faculta aos operadores do Direito a utilização de conceitos reinventados, redescobertos ou inteiramente novos para melhor atender a quem deles precisa.

O que se propõe aqui é compreender de que forma e como a figura jurídica do contrato com pessoa a declarar se inseriu no ordenamento jurídico brasileiro e, ainda, se há razão para utilização ou manutenção desse instituto dentre as vestes jurídicas válidas para os modelos contratuais utilizados no Brasil.

---

<sup>16</sup> Reportamo-nos aqui ao discurso proferido pelo professor Clóvis Paulo Rocha à turma de bacharéis da Faculdade Nacional de Direito de 1952 (*Perspectivas do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Jornal do Commercio, 1954): “A função primordial do Direito é a de procurar estabelecer o equilíbrio entre estes dois pólos [o viés liberal e o viés social], criando institutos novos, adaptando conceitos clássicos, oferecendo novas técnicas para solver o conflito e apontando os erros das soluções, quando não atendam aos princípios morais que não podem deixar de existir na formulação das normas jurídicas.”

## I – Fundamentos

O contrato com pessoa a declarar é um instituto que ainda não foi efetivamente descoberto pelo operador do Direito no Brasil. Dessa forma, cumpre esclarecer as características dessa modalidade contratual, analisando os requisitos que permitem o reconhecimento do contrato sob essa modalidade, bem como os efeitos decorrentes da utilização dessa figura jurídica.

Essa não é uma tarefa simples, especialmente considerando o desconhecimento do operador do Direito acerca do tema tratado<sup>17</sup>. Assim, é necessário fazer uma leitura desse termo com o sentido semântico que o ordenamento jurídico concedeu a ele<sup>18</sup>, de acordo com o contexto histórico no qual estava inserido e considerando o estágio de desenvolvimento e envolvimento do sistema jurídico respectivo na sociedade onde se pretendia aplicar essa figura jurídica<sup>19</sup>.

Sabe-se que, por vezes, as concepções teóricas acerca de determinados temas são profundamente modificadas a partir das experiências empíricas – que não refletem os

---

<sup>17</sup> Vale destacar que, por se tratar de uma figura jurídica introduzida recentemente no ordenamento jurídico brasileiro, são raras as decisões judiciais acerca desse tema e, ainda, as obras doutrinárias fazem alusão, em sua grande maioria, à legislação alienígena, onde essa modalidade contratual alcançou notável utilização, em especial após sua inclusão no Código Civil italiano, de 1942.

<sup>18</sup> Nesse sentido, GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 4.ed., São Paulo, Malheiros, 2006), segundo o qual “se concebermos a interpretação do direito como operação de caráter lingüístico, deveremos descrevê-la como um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos atos normativos, alcançamos a determinação do seu conteúdo normativo.”

<sup>19</sup> O modelo jurídico em que a norma está inserida é determinado em conformidade com a hermenêutica jurídica, de acordo com as configurações factuais e axiológicas que permeiam os conceitos inseridos nesse modelo e que informam o conteúdo do conceito, conforme nos ensina Miguel Reale (*Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*, 1.ed. 3. reimpressão, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 34).

resultados esperados de acordo com o raciocínio lógico-argumentativo previamente elaborado<sup>20</sup>. Isso pode ocorrer por diversas razões. Uma delas pode estar relacionada ao distanciamento entre o teórico e o executor. No caso do processo legislativo, não raras vezes se verifica que o teor de determinada norma não reflete a realidade experimentada pela sociedade que ficará subjugada a ela<sup>21</sup>. Essa discrepância pode conduzir a dois caminhos: a ausência de aplicabilidade da norma (como comumente ocorre) ou a ausência de compreensão da forma de execução da norma. Em qualquer dos casos, o resultado que se segue é o mesmo: a alteração legislativa, que nem sempre é promovida adequadamente, gerando, por conseguinte, um movimento cíclico, pois a intenção do legislador continua dissonante da realidade daqueles que deveria representar ao receber a delegação de elaborar normas compatíveis com o ordenamento jurídico e com os interesses da sociedade.

A inclusão de conceitos providos de múltiplos significados semânticos pode conduzir à mesma conclusão ou, adicionalmente, a interpretação equivocada da vontade do legislador<sup>22</sup>. Nesta situação, a norma continua sendo ineficiente, pois não reproduz o interesse do legislador em regular e normatizar determinado assunto.

Vale dizer que, em determinados casos, o legislador propositalmente mantém uma abertura semântica em certos conceitos lançados no ordenamento jurídico. Essas aberturas semânticas permitem que determinadas figuras jurídicas tornem-se multifacetadas, autorizando a transformação do Direito sem que haja, necessariamente, uma reforma

---

<sup>20</sup> Veja-se que, nos casos em que se verificam conceitos jurídicos indeterminados, o operador do direito deverá “completar” o significado do signo jurídico a partir da realidade, onde buscará as noções ética, política, econômica e social predominantes em determinada sociedade, considerando um dado momento histórico. A esse respeito, veja-se GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 4.ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 240, e LUDWIG, Marcos de Campos, *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 130.

<sup>21</sup> A professora Judith Martins-Costa versa sobre esse tema no texto de apresentação da obra de LUDWIG, LUDWIG, Marcos de Campos, *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 13-14, ao apontar que, após o período das codificações, houve um afastamento do positivismo legalista do período Iluminista para surgir o voraz processo legislativo, muitas vezes dissociado da concepção cíclica da história e não observando a construção social decorrente dos usos e costumes.

<sup>22</sup> O multiculturalismo que permeia as relações jurídicas permite que a regra jurídica assuma diversas facetas. Assim, uma interpretação hermenêutica do conceito deverá destacar os usos e costumes em que está inserido, a fim de elucidar os interesses dos partícipes. Sobre o tema, LUDWIG, Marcos de Campos, *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 132.

legislativa<sup>23</sup>. Assim, deixar de imputar um significado preciso a determinado termo jurídico não é necessariamente ruim para a inserção desse conceito no sistema jurídico visto de forma global.

Contudo, há certas situações em que a mera interpretação da norma não produz uma linha diretriz para elaboração e compreensão do conceito inserido nessa norma. Para tanto, faz-se necessário entender o processo evolutivo do conceito a partir de uma análise do contexto histórico em que ele esteve inserido desde sua origem, e até compreender as razões pelas quais pretendeu o legislador inserir esse conceito em determinado ordenamento jurídico<sup>24</sup>. A comparação com outros institutos jurídicos considerados similares, à luz da legislação pretérita, bem como a leitura dos efeitos jurídicos decorrentes da utilização dessa figura jurídica a partir de uma análise comparativa, também fazem parte do processo de compreensão do conceito.

Todavia, a conclusão acerca da determinação de um conceito jurídico não é feita de forma exclusivamente subjetiva<sup>25</sup>. Todo esse processo permite delimitar alguns dos principais fundamentos para caracterizar determinada figura jurídica e diferenciá-la de outras, estejam elas inseridas ou não no mesmo ordenamento jurídico.

A construção do conceito do contrato com pessoa a declarar pode ser feita sob esse processo de interpretação e delimitação: não se espera, ao final, encontrar um molde ao qual o conceito encaixar-se-á perfeitamente. Aliás, como já visto, isso somente seria prejudicial ao próprio desenvolvimento do Direito enquanto mecanismo de regulação de uma

---

<sup>23</sup> A isso também se chama de dinamização do direito. Segundo leciona Eros Roberto Grau (*Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 4.ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 129), o direito existe em função da sociedade, e precisa adaptar-se a um nível de realidade social. Assim, não é a vontade do legislador ou o espírito da lei que vincula o intérprete.

<sup>24</sup> Conforme aponta Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*, 4.ed., São Paulo, Martins Fontes, 1994, p. 5), o nascimento de uma norma jurídica depende do reconhecimento do poder de produção normativa, de modo que o processo nomogenético surge a partir de um ato decisório, apto a alcançar diversos resultados.

<sup>25</sup> Conforme Túlio Ascarelli, *apud* GRAU, Eros Roberto, (*Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 4.ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 131), os textos de direito não devem ser interpretados isoladamente, desprendidos do direito, mas em seu todo.

sociedade que está em permanente evolução e, portanto, mutação<sup>26</sup>. Mas o conceito do contrato com pessoa a declarar pode ser definido pelo conjunto de certas características específicas, seus requisitos objetivos e os efeitos decorrentes da constituição da relação jurídica sob essas características antes vistas e reguladas pelas partes contratantes.

O contrato com pessoa a declarar, portanto, surge de um conjunto de características e requisitos previstos no ordenamento, e que compilam o estágio dessa figura jurídica a partir de uma evolução histórica, e que permite concluir pela sua utilização após observadas determinadas formalidades e com a declaração de vontade das partes expressa para se submeterem a seus efeitos.

Não há, é verdade, um conceito pré-determinado no Direito brasileiro, tendo em vista a relativa novidade que essa figura jurídica representa para nosso sistema e seus operadores. Assim, a construção semântica dessa modalidade contratual surge a partir da compreensão de seus mecanismos de funcionamento, bem como da disposição de determinados requisitos no contrato a ser celebrado para que o pacto se revista das características que são afeitas a essa figura jurídica e possa, assim, produzir os efeitos dirigidos, conforme esperado por seu usuário e também pelo legislador.

Portanto, o conhecimento dos fundamentos do contrato com pessoa a declarar é essencial para analisar o referido conceito e compreender sua correta aplicação.

## 1. Evolução histórica

---

<sup>26</sup> Consoante a lição de Miguel Reale (*Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 25), para uma lei passar a ter valor de *per se*, deve ocorrer o ato interpretativo e, por conseguinte, a aplicação das regras jurídicas.

A construção de um determinado conceito jurídico não é tarefa que pode ser realizada por uma pessoa que desconheça a realidade do ordenamento na qual esse conceito será inserido. Tampouco pode ser construído um conceito sem qualquer fundamento histórico para sua compreensão, a sua necessidade, suas bases e sua evolução dentro de um sistema jurídico.

As figuras jurídicas não são desenvolvidas abstratamente: elas surgem pela observação do comportamento social, associado às práticas adotadas pela sociedade. O Direito deve traduzir em suas normas a realidade à qual está inserido o ordenamento; caso contrário, o sistema jurídico nasce falho e sem legitimação para ser observado.

Assim, a definição de determinadas figuras jurídicas observa a evolução de determinadas práticas sociais, que foram reguladas, com o tempo, pelos próprios homens a partir de seus usos e costumes. Veja-se, a título exemplificativo, que a transformação de determinado conceito obtido a partir de um estudo do Direito Romano permite concluir que, apesar da manutenção da nomenclatura de determinada figura jurídica, seu conteúdo revela-se completamente distinto, como se uma nova figura jurídica houvesse sido concebida ao longo dos anos.

Além disso, a compreensão do processo histórico de formação da figura jurídica é fundamental para observar determinadas características dessa figura jurídica que a delimita do modo como a conhecemos e permite estabelecer uma diferenciação entre diferentes institutos criados pelo Direito. Assim, pode-se dizer que os fundamentos para a formação de determinadas figuras jurídicas advêm desse processo histórico de consolidação dos efeitos que o Direito concede a determinados atos para torná-los juridicamente relevantes<sup>27</sup>.

A construção do conceito de contrato com pessoa a declarar ocorre nesse mesmo processo formativo. Assim, é importante compreender o contexto histórico em que se desenvolveram as práticas que levaram à criação dessa figura jurídica que é objeto desse estudo.

---

<sup>27</sup> O problema axiológico na gênese dos conceitos jurídicos foi abordado por REALE, Miguel (*Fontes e Modelos Jurídicos: para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 80-81), ao tratar da dialética da complementaridade.

Essa evolução histórica dos fundamentos do contrato com pessoa a declarar demonstra de que forma essa figura jurídica surgiu e quando seus efeitos tornaram-se relevantes para o Direito, exigindo sistematização e inserção dentro dos ordenamentos positivados. Além disso, o estudo das origens do contrato com pessoa a declarar auxilia a compreender as razões pelas quais essa figura jurídica não foi inserida em diversos ordenamentos, embora sua utilização fosse usual ou existisse um ambiente adequado para seu desenvolvimento. De modo oposto, o estudo das origens do contrato com pessoa a declarar permite concluir porque essa figura jurídica não foi desenvolvida no sistema jurídico brasileiro, tendo sido tardiamente positivada no atual Código Civil brasileiro.

Assim, conquanto necessário o estudo da evolução histórica do tema que abordamos nesse texto, far-se-á uma apresentação sucessiva, para maior clareza, das origens da figura jurídica que representa o contrato com pessoa a declarar atualmente e o momento de sua positivação nos ordenamentos jurídicos dos povos ocidentais e aderentes à economia de mercado.

### 1.1. Origens

O contrato com pessoa a declarar não é uma produção legislativa desconexa de um contexto histórico – como, aliás, poucos institutos assim o são. Tampouco representa um novo signo jurídico desenvolvido a partir de teorias inovadoras e sem o necessário empirismo exigido para que uma figura jurídica esteja adequada à realidade onde se encontra.

Essa modalidade contratual não se restringe a um termo inovador decorrente de estudos de reconhecidos doutrinadores – embora, no Brasil, tenha sido unguido ao atual Código Civil sem uma aplicação prática ou prévia já determinada pelos juristas pátrios. Esse fator, ao mesmo tempo em que dificulta a compreensão do conceito e o torna menos factível

de ser utilizado pelo operador do Direito<sup>28</sup>, permite que se promova a redescoberta do direito contratual por meio de novas construções, desprovidas de quaisquer preceitos, tendo em vista o caráter inovador da modalidade contratual.

Todavia, uma análise histórica acerca da formação do contrato com pessoa a declarar é fundamental para compreender as razões da utilização dessa figura jurídica no mundo ocidental, bem como para obter das concepções pretéritas as bases para o desenvolvimento do instituto e a determinação dos requisitos e cláusulas que caracterizam esse contrato, em qualquer dos ordenamentos nos quais se encontra positivado.

É comum associar a formação de diversas figuras jurídicas aplicadas no direito privado às origens romanas, uma vez que o sistema jurídico organizado em Roma apresenta as bases sobre as quais se desenvolveram conceitos e princípios que sustentam os ordenamentos jurídicos ocidentais até os dias de hoje<sup>29</sup>. Embora, evidentemente, os conceitos não possam ser simplesmente trasladados, pois apresentam diferentes significações, que devem ser contextualizadas de acordo com os usos e costumes da época de sua aplicação.

Ocorre que o contexto no qual foi desenvolvido o Direito Romano pressupunha uma experiência voltada para a confirmação das relações entre privados, resultante de uma garantia fornecida pelo Direito para assegurar o cumprimento das condições firmadas entre as partes para realizar determinados atos, com efeitos reconhecidos no âmbito jurídico – especialmente patrimonial<sup>30</sup>. Era uma fonte primitiva de obrigações, mas que justificava a necessidade de regulação pela possibilidade de não observância dos termos pactuados.

O Direito Romano possuía características singulares, que vislumbravam práticas solenes para a celebração de negócios. A contratação era um ato solene e assumia um caráter

---

<sup>28</sup> Conforme o já mencionado discurso do professor Clóvis Paulo da Rocha, “o civilista, pelos hábitos dos estudos da sua disciplina, é, em regra, conservador e pouco afeito a mudanças precipitadas em ritmos velozes. Conseqüentemente, quando ocorrer tais modificações, que fazem alterar conceitos que pareciam verdades eternas, uma onda de pessimismo invade a obra do jurista, que não pode deixar de falar em decadência e destruição.” (*Perpectivas do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Jornal do Commercio, 1954, p. 14).

<sup>29</sup> No ponto, fazemos referência a Franz Wieacker, ao esclarecer o fenômeno da recepção do Direito Romano na Europa Ocidental e Central (*História do Direito Privado Moderno*, trad. António M. Hespanha, 2.ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1980, p. 11-12).

<sup>30</sup> Essa é a lição de MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, v. 2., 3.ed. rev. e acrescentada, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 1.

de publicidade incontestável – embora com efeitos estritamente privados, pois vinculava tão somente os participantes do pacto – e determinava a formação de uma relação com efeitos bem definidos e integralmente vinculativa aos contratantes. Essa vinculação estrita entre as partes que celebravam os pactos não permitia que os termos acordados afetassem terceiros que não haviam participado da formação do negócio jurídico. Aliás, o Direito Romano não previa que os efeitos de determinado negócio pudessem, em qualquer hipótese, atingir os interesses de terceiros<sup>31</sup>. A exceção à regra se verificou no direito justinianeu; essas exceções diziam respeito exclusivamente à possibilidade de terceiros postularem a nulidade de determinados pactos celebrados, pois a vinculação entre os contratantes originários afetaria direito seu<sup>32</sup>.

A restrição dos efeitos da vinculação entre privados às partes contratantes – e, quando muito, aos sucessores do *pater familias* – aponta para uma qualidade do Direito Romano, que se revestia de nítido e forte caráter personalista, compatível com o estágio de evolução do Direito em relação ao contexto histórico no qual estava inserido.

Assim, se um terceiro estranho aos contratantes não participou diretamente da celebração do contrato, sobre ele não poderiam recair seus efeitos<sup>33</sup>. Ora, considerando que um dos requisitos do contrato com pessoa a declarar é a possibilidade de transferência dos efeitos do contrato a um terceiro, é evidente que essa figura jurídica é incompatível com o sistema jurídico romano.

Veja-se que, no Direito Romano, a figura do contrato com pessoa a declarar não foi desenvolvida, pois tampouco se poderia considerar válida, em função, especialmente, da repulsa desse sistema jurídico à possibilidade de indeterminação pessoal na formação das

---

<sup>31</sup> Em relação a esse assunto, veja-se MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, v. 2., 3.ed. rev. e acrescentada, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 131-132 e também Franco Carresi (“Contratto per persona da nominare”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1962, v.10., p. 129), ao apontar que o Direito Romano repugnava qualquer forma de indeterminação subjetiva.

<sup>32</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, v. 2., 3.ed. rev. e acrescentada, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 132.

<sup>33</sup> Conforme ensina Juan Iglesias (*Instituciones de Derecho Romano*, vol. I, Barcelona, 1950, p. 79), sequer havia previsão do instituto da representação à época, mesmo no período justinianeu: “um reconocimiento pleno de la representación no existió tampoco em el derecho justinianeo”.

relações jurídicas<sup>34</sup>. Embora o Direito Romano represente uma importante fonte de estudos para a afirmação de diversos conceitos jurídicos no direito privado brasileiro, até hoje utilizados, a inexistência de determinados conceitos jurídicos nesse sistema jamais foi determinante para o surgimento e desenvolvimento de novos conceitos jurídicos.

Considerando essa perspectiva, resta claro que o contrato com pessoa a declarar, diferentemente de outros relevantes institutos jurídicos, não se desenvolveu no Direito Romano, pois não havia ambiente jurídico propício para recepcionar determinada prática e, por conseguinte, para concreção dessa figura jurídica.

Aliás, sequer poderia o Direito Romano, ante a exigida solenidade para a realização de determinados atos, como a *stipulatio*, apontar para a possibilidade de indefinição, ainda que momentânea, de uma das partes contratantes. Isso contrariava justamente a lógica solene e segura – quase fáustica – do sistema romano<sup>35</sup>.

Soma-se a isso o fato de que a justificativa para o contrato com pessoa a declarar não encontra eco no Direito Romano. Não havia, nesse contexto, necessidade de ocultar uma das partes envolvidas para que determinado negócio fosse concretizado de forma justa. Essa, aliás, não era uma preocupação do Direito Romano.

Assim, não há dúvidas de que o contrato com pessoa a declarar não foi concebido no âmbito do Direito Romano.

Por outro lado, a mudança de paradigma vislumbrada durante o período medieval permitiu o desenvolvimento de novas práticas sociais e o surgimento de novos mecanismos aptos a conceder efeitos jurídicos a determinadas relações sociais vislumbradas. Essa situação

---

<sup>34</sup> LEITE, Gonçalo Rollemberg. “Contrato por pessoa a declarar”, in *Revista Forense*, n. 181.

<sup>35</sup> Segundo François Ost, em sua obra *Contar a lei*, o pacto fáustico é revestido de uma série de formalidades, em todas as diversas versões literárias nas quais foi narrado, que representam a necessidade de tornar solene o ato da contratação para que seja reconhecido como um ato válido e que gere a confiança de que o pacto será respeitado. A própria linguagem utilizada para definir os termos do pacto representa o padrão de confiança determinado à época em que o pacto foi celebrado (p. 355).

histórica possibilitou que o contrato com pessoa a declarar surgisse na Idade Média, adquirindo consistência e precisão de contornos com o direito costumeiro<sup>36</sup>.

A Idade Média foi um período caracterizado por uma forte influência centralizadora das classes que exerciam um papel regulador, como se houvesse verdadeiro controle do Estado sobre as atividades privadas. As diretrizes eclesiásticas ditavam os padrões comportamentais a serem seguidos e respeitados. A economia era precária e essencialmente agrária<sup>37</sup>.

O regime do feudalismo traduzia um sistema completa submissão pessoal, política e econômica aos que detinham o poder. Por essa razão, as mudanças não eram facilmente obtidas. Ainda assim, e paradoxalmente, foi na Idade Média que a população europeia desenvolveu uma série de inventos que revolucionou o mundo, determinando a expansão política, econômica e social das populações, além de propiciar a incorporação de diferentes aspectos culturais dos chamados povos invasores em locais dantes limitados a certas práticas<sup>38</sup>.

Vale notar que o regime de dominação econômica impedia as transformações sociais, econômicas e políticas durante a Alta Idade Média, período compreendido após a derrocada do Império Romano e que se estendeu até o século IX, aproximadamente. Mas não foi nesse cenário de imutabilidade que se desenvolveram os conceitos inovadores e no qual foi introduzida uma série de inovações revolucionárias para o mundo naquele contexto histórico-cultural.

Com o período chamado por alguns de “Revolução Industrial da Idade Média”, a partir do século X<sup>39</sup>, denota-se uma mudança de paradigma entre o período feudal, de total submissão da sociedade ao poderio econômico e político dos senhores feudais e monarcas

---

<sup>36</sup> Conforme GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 48.

<sup>37</sup> Para uma análise mais perfunctória do período histórico analisado, recomendamos CANTOR, Norman F., *Civilization of the Middle Ages*, New York, HarperCollins, 1993.

<sup>38</sup> Foi sob essa forma, por exemplo, que se verificou a influência do latim para o desenvolvimento de certas línguas como hoje conhecidas.

<sup>39</sup> Como menciona CANTOR, Norman F., *Civilization of the Middle Ages*, New York, HarperCollins, 1993.

européus, para um período de austeridade cultural, intelectual, humanista, no qual as grandes invenções permitiram uma libertação da já conhecida submissão da população no período feudal e pressionaram o desenvolvimento de um sistema econômico, calcado no aumento das trocas comerciais.

É nessa época, por exemplo, que surgem as primeiras universidades no mundo (no século XIII, em Bolonha). A intensa exploração camponesa, típica do feudalismo, é concentrada em regiões superpovoadas, deixando áreas extensas de espaços vazios; o surgimento de novas técnicas de cultivo, novas formas de utilização dos animais e das carroças, permitiu que a produção agrícola tivesse um aumento significativo em sua produção. Isso, aliás, foi determinante para que se iniciasse a comercialização dos produtos excedentes.

O renascimento do comércio, com a conseqüente retomada da circulação monetária, restabeleceu a importância aos centros urbanos. Além disso, foi possível voltar a estabelecer relações comerciais com o Oriente Próximo.

Pouco a pouco, com o aumento das demandas nas grandes cidades, e a formação dos burgos, em uma espécie de libertação consentida dos nobres e servos que para lá iam, esvaziavam os poderes dos senhores feudais e gerou um aumento de necessidade da produção agrícola. Com isso, os camponeses que aumentavam as suas produções conseguiam obter renda, proveniente da comercialização do excedente de sua produção. E, portanto, tinham condições de comprar seus próprios lotes de terra dos senhores feudais.

Como muitos camponeses viviam protegidos dentro dos feudos, muitos optaram por livrar-se das obrigações de servidão aos senhores feudais, adquirindo suas próprias terras junto aos senhores feudais e abandonando os feudos, onde recebiam proteção e deviam obediência ao senhor feudal, e migraram para os burgos, muitos deles tornando-se comerciantes. A partir dessa lógica, a prática mercantil, finalmente, se instalava na Europa Ocidental e, com ela, vislumbrava-se a necessidade de estabelecer novos mecanismos que dinamizassem e garantissem a celebração de pactos, fomentando a atividade mercantil e possibilitando a circulação segura de riquezas dentro dos centros urbanos.

Saliente-se que o declínio do sistema feudal foi observado, inicialmente, na França, na Itália e nos Países Baixos. Não por acaso foram nessas localidades que,

pioneiramente, a modalidade do contrato com pessoa a declarar teve seu desenvolvimento primaz<sup>40</sup>.

Durante a Baixa Idade Média e a época moderna, os fatores políticos, econômicos e sociais desempenharam um papel considerável, favorecendo tanto a unificação do direito como o particularismo local<sup>41</sup>. É a partir desse contexto de mudança, tanto no comportamento quanto nas instituições em que estava fundado o regime feudal, que surgem as oportunidades para superar a estagnação econômica, política e social da sociedade à época.

O surgimento de um movimento cultural desencadeou, portanto, uma revolução nos sistemas político, econômico e social na Europa Ocidental, culminando com uma nova postura da sociedade da época perante seus pares e a si mesmos. Assim, diante dessa nova realidade social é que se criou um ambiente renovado para o aparecimento de novas figuras jurídicas aptas a atender as demandas de uma sociedade com aspirações diferentes daquelas vislumbradas no Império Romano e na Alta Idade Média.

Entretanto, a quebra de paradigmas em um sistema altamente regulado, como o regime feudal, não ocorre de forma abrupta. Esse é um processo gradual, que se desenvolve a partir de pequenas conquistas derivadas do reconhecimento de que o homem pode ser o protagonista de seu próprio destino. Além disso, a ausência de realização de práticas comerciais inteiramente reguladas pelo senhor feudal, bem como a possibilidade de realização de atos mercantis autônomos (ou seja, que não eram direcionados exclusivamente ao atendimento do senhor feudal), a partir de mecanismos desenvolvidos pelo costume, colaboraram para a consolidação dessa mudança<sup>42</sup>.

A consolidação dessas conquistas, que transformaram o cenário político, social e econômico desse período histórico, foi assegurada pelo reconhecimento do protagonismo do

---

<sup>40</sup> Segundo nos aponta GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 44.

<sup>41</sup> No ponto, ver GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, trad. António M. Hespanha, 4.ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2003, p. 239-249, ao apontar que “a unificação do direito é um dos objectivos visados pelos soberanos de tendência absolutista; vêm aí um meio para eliminar os particularismos regionais e locais e destruir os privilégios de certos grupos sociais.”

<sup>42</sup> GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, trad. António M. Hespanha, 4.ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2003, p. 251-254.

homem, que se fortaleceu como ente capaz de gerar suas próprias riquezas. E o desenvolvimento comercial teve papel fundamental para essa fase.

Assim, é a partir desse momento que os mecanismos desenvolvidos pela sociedade da época tomam a forma de figuras que poderiam ser reconhecidas como válidas segundo os costumes e os usos da época, no que tange à validação de atos e regulação da vida em sociedade.

Vale lembrar que, à época medieval, não se estabeleceu um conjunto de normas organizadas e direcionadas a determinado fim. O que se verifica, em especial a partir da Baixa Idade Média, é a definição de novos padrões que acompanharam uma nova linguagem, adaptada ao estágio de desenvolvimento da época. Assim, o costume assume condição de modo de confirmação das mudanças e das práticas adotadas pela sociedade daquela época.

Os padrões definidos pelos costumes se afastavam da completa submissão ao senhor feudal e às suas atividades, fomentando o surgimento de novas peças e elementos de transição, essenciais para a criação de uma camada crítica e sedenta de liberdade, na acepção mais ampla que o termo pode ter<sup>43</sup>. Além disso, a acepção de novos conceitos se origina da necessidade de organização a partir de um acelerado desenvolvimento econômico<sup>44</sup>.

A ausência de um sistema jurídico organizado não impediu que as práticas adotadas rotineiramente fossem publicamente conhecidas. Assim, embora inexistente um ordenamento que regulasse ou estipulasse um conjunto de regras que refletisse as práticas adotadas na sociedade da época, outras fontes foram desenvolvidas e desempenharam esse papel.

No âmbito do direito privado, o costume era a principal fonte legislativa. No entanto, desenvolve-se uma necessidade de segurança jurídica, razão pela qual alguns passam a reduzir os costumes a escrito<sup>45</sup>, por meio de atas notariais. Essas atas registravam a

---

<sup>43</sup> Vale aqui a referência ao famoso poema XXIV de *Romanceiro da Inconfidência*, de Cecília Meireles: “Liberdade, essa palavra que o sonho humano alimenta, que não há ninguém que explique, e ninguém que não entenda”.

<sup>44</sup> GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2003, p. 130.

<sup>45</sup> GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2003, p. 240.

realização dos negócios e as medidas adotadas, de forma que sua divulgação fazia com que restassem registrados os costumes locais utilizados para a celebração de negócios e estabelecimento de relações jurídicas entre particulares.

A completa autonomia concedida às partes contratantes por elas mesmas, diante da repetição das práticas comerciais por elas estabelecidas, reflete o contexto histórico no qual a autonomia do próprio homem passa a ser o objetivo da sociedade em desenvolvimento. E um dos mecanismos utilizados nesse processo de transformação foi um instituto que teria dado origem ao que atualmente conhecemos como contrato com pessoa a declarar.

Nem mesmo a criação de alguns direitos objetivos, em contraposição aos direitos meramente subjetivos que antes vigiam, no século XII, foram suficientes para afastar os direitos já estabelecidos pelos usos e costumes, e que se expandiram pelo mundo ocidental à medida que o homem foi adquirindo maior liberdade e autonomia. Importante destacar que a criação de direitos objetivos teve como motivação estabelecer os direitos de determinados senhores feudais sobre os vassallos<sup>46</sup>, a fim de exercer um poder que já estava ameaçado e fadado a ruir àquele momento.

Além disso, os princípios que permearam o período medieval não possibilitavam que a determinação de direitos objetivos observasse uma maior autonomia do homem e autorizasse sua liberdade. A Alta Idade Média se desenvolveu sobre uma base não científica, mas sob a ótica de dominação<sup>47</sup>. Não houve, nesse período, o reconhecimento do primado da vontade individual – o que impossibilitava, inclusive, a celebração de negócios jurídicos, pois impedida estava a livre manifestação da vontade<sup>48</sup>. Ademais, as declarações de vontade deviam observar nos limites da fé, da moral e dos bons costumes. Os interesses da comunidade familiar, religiosa ou econômica ultrapassavam os dos indivíduos que a compõem. Entretanto, esse panorama passou por uma transformação a partir das inovações trazidas pelo período da Baixa Idade Média.

---

<sup>46</sup> GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2003, p. 242.

<sup>47</sup> Como ensina Franz Wieacker (*História do Direito Privado Moderno*, trad. António M. Hespanha, 2.ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1980, p. 16), na Alta Idade Média destacou-se a eficácia do direito como técnica do exercício do poder.

<sup>48</sup> WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, trad. António M. Hespanha, 2.ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1980, p. 20.

De qualquer forma, o permanente conflito entre a evolução e a estagnação não permitiu que se propiciasse um ambiente adequado para uma sistematização oficial das práticas costumeiras desenvolvidas durante esse período, que apenas permaneceram vivas pela resistência às ordens feudais e pelo avanço econômico de uma sociedade capitalista incipiente a partir da Baixa Idade Média.

O contrato com pessoa a declarar desafiava essa lógica feudal, e refletia os interesses da sociedade para além da Idade Média e da submissão ao senhor feudal e ao conservadorismo religioso, que se imiscuía com a prática religiosa tradicional. Essa figura jurídica surgiu e se desenvolveu pelas práticas costumeiras em áreas que, posteriormente, se revelariam de intensa movimentação mercantil, como a região dos Flandres.

O contrato com pessoa a declarar autorizava a celebração de contrato sem o necessário consentimento do senhor feudal, que controlava com mãos de ferro a circulação de riquezas em seu feudo (cobrando, por conseguinte, altas taxas dos vassalos que prestavam obediência aos suseranos em suas terras). Entretanto, com o desenvolvimento do contrato com pessoa a declarar, o que se pretendia era proteger aqueles que, por alguma razão, não gostariam de revelar sua identidade no momento da celebração de uma prática comercial, a fim de evitar uma retaliação ou até mesmo uma repulsa causada pelos princípios sócio-culturais que imperavam naquele contexto histórico e que ainda estavam vinculados à integração entre o Estado e a Igreja. Além disso, essa modalidade contratual possibilitava o estímulo à incipiente classe econômica e as trocas comerciais que forneciam renda e independência para cada núcleo familiar que se envolvesse com essas práticas, especialmente aqueles que haviam transferido suas famílias para os burgos.

O surgimento do contrato com pessoa a declarar foi verificado ainda durante a Baixa Idade Média<sup>49</sup>, ou seja, em um momento no qual determinados valores feudais ainda eram observados. A utilização dessa figura jurídica está associada à utilidade do conceito e à sua justificativa. No caso, o contrato com pessoa a declarar aparece como um instrumento capaz de sintetizar a nova realidade das relações sociais firmadas naquele momento histórico, sem ultrajar ou desafiar as relações de poder então mantidas à época.

---

<sup>49</sup> Conforme aponta ENRIETTI, Enrico, “Contratto per persona da nominare”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV, Torino, Utet, 1968, p. 663.

Ora, justamente pela permanência de algumas práticas feudais, centralizadoras, associadas ao momento eufórico de modificação social, e pela necessidade de utilização de um mecanismo seguro para estimular a circulação de riquezas, a figura do contrato com pessoa a declarar revela-se um útil instrumento para consolidar algumas conquistas obtidas pela classe camponesa e dos próprios nobres, que obtinham sua libertação dos poderes exercidos pelos senhores feudais por meio do estímulo ao comércio, ao manter uma integração entre uma e outra situação.

Primeiramente, e a mais óbvia das razões, por ser um contrato. E um contrato possui função precípua de traduzir-se por uma operação econômica regulada por determinadas regras jurídicas que tornam aquele negócio seguro<sup>50</sup>. E, em segundo lugar, mas não menos importante, porque o contrato com pessoa a declarar possui um primado de evitar que se revele, de antemão, o nome de uma das partes contratantes, no intuito de dinamizar a celebração de determinados negócios jurídicos e tornar justa as manifestações de vontade mediante a apresentação de propostas condizentes com a real situação dos bens envolvidos, e não pela situação pessoal do contratante.

A possibilidade de omitir o verdadeiro nome de uma das partes contratantes durante a realização de hastas públicas, a fim de evitar o constrangimento daqueles que participavam da celebração do negócio jurídico, é um exemplo clássico da boa utilização dessa modalidade contratual quando do seu surgimento. Veja-se que a preocupação externada aqui é a de evitar que determinada pessoa, levada a uma condição econômica decadente, possa ser humilhada por outra, em ascensão econômica.

Além disso, a omissão do nome de um dos efetivos contratantes determinava a realização de um negócio justo, ou seja, evitava especulações financeiras em um momento no qual a captação monetária era um objetivo de boa parte da população, que necessitava de capital para libertar-se do regime feudal<sup>51</sup>. Por isso, não raras vezes algum nobre, em pujante condição econômica conhecida por todos, evitava apresentar-se para a celebração de atos de

---

<sup>50</sup> ROPPO, Enzo, *O contrato*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 7.

<sup>51</sup> CARRESI, Franco, "Contratto per persona da nominare" in *Enciclopedia del Diritto*, vol. X., Milano, Giuffrè, 1962, p. 129-130.

comércio pessoalmente, pois sabia que essa medida conduziria a um aumento dos preços dos bens em negociação.

Outro aspecto relevante, e que ainda permanece atual, era o cuidado que os contratantes apresentavam para evitar a duplicação da cobrança de impostos devidos ao Estado e ao senhor feudal pela aquisição de domínio de bens<sup>52</sup>. Ao regime feudal não interessava o aumento de patrimônio, e tampouco o desenvolvimento econômico. Em especial, pelos nobres que haviam jurado prestar a vassalagem a seus suseranos. Por isso, toda a aquisição de domínio era regulada e a tributação era pesadamente aplicada aos que tentavam adquirir suas próprias terras para libertar-se dos domínios dos senhores feudais.

Ao se omitir o nome de uma das partes contratantes, o que se estimulou foi a isenção da cobrança desses pesados impostos a uma classe que precisava manter seu capital para iniciar atividade produtiva.

Por outro lado, a possibilidade de se reconhecer a essa modalidade contratual os efeitos relacionados a uma eventual dupla transferência do domínio, primeiramente para a pessoa de confiança do contratante que havia contratado em seu lugar e, posteriormente, para o contratante originário que não havia aparecido no momento da contratação, foi uma forma encontrada pelo regime feudal de desestimular a prática comercial por meio dos contratos com pessoa a declarar.

Essa justificativa inserida no contexto histórico antes relatado demonstra as razões pelas quais pode a figura jurídica do contrato com pessoa a declarar desenvolver-se na Europa Ocidental durante a Baixa Idade Média, quando ganhou contornos mais definidos acerca de sua aplicação e consolidou-se, como ensina Araken de Assis, como um instrumento de promoção de transferência de direitos sem prejuízo da segurança dos negócios em um momento pré-codificação<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> ENRIETTI, Enrico, “Contratto per persona da nominare” in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV, Torino, Utet, 1968, p. 665.

<sup>53</sup> ASSIS, Araken, *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 557.

A falência desse sistema centralizador e dominante perfaz o cenário de mudanças compatíveis com o estágio de evolução da sociedade e com a necessidade de busca da liberdade e maior autonomia pelo homem. A mudança de perspectiva acerca da vida em sociedade direcionou os interesses das pessoas a alcançar seus objetivos próprios e a adotarem uma postura crítica, compatível com o incipiente estágio de desenvolvimento da ciência – e, por conseguinte, da formação de uma massa crítica, capaz de pressionar os governantes para a realização das mudanças. Além disso, a experiência privada, consubstanciada na existência de práticas comerciais abertas, decorrentes da migração da população para os burgos e saída conseqüente do campo, foi determinante para fornecer as bases sobre as quais se desenvolveu a figura jurídica do contrato com pessoa a declarar, reconhecendo o Direito consuetudinário efeitos jurídicos às relações sociais firmadas entre privados, a partir de regras que eram moralmente reconhecidas pela sociedade da época, e que asseguravam a finalidade dos contratos firmados e a garantia de cumprimento das obrigações estipuladas.

Na Idade Moderna, que é um período de transição por excelência, verificou-se a consolidação da figura jurídica do contrato com pessoa a declarar como uma forma contratual usual, que protegia os interesses de uma sociedade que buscava o lucro, antes combatido ferozmente pela Igreja Católica, quando esta impunha alta influência nas esferas governamentais durante o período medieval.

A substituição do modo de produção feudal pelo modo de produção capitalista, e a perda de poder econômico e político exercido pela terra em função da valorização do capital formado pelos produtos manufaturados nos burgos e pela circulação de riquezas promovidas pelas Cruzadas e pelas feiras na Europa Ocidental, capitaneadas durante a Idade Moderna, facultou uma utilização mais ampla do contrato com pessoa a declarar, que passou a ser uma forma de contratação segura em diversas situações comerciais, não se restringindo às hastas públicas ou à compra e venda de terras.

Posteriormente, após a Revolução Francesa, verificou-se o início do processo de positivação e sistematização ordenada das regras que regulavam as relações sociais no âmbito privado<sup>54</sup>. O primeiro e mais forte sinal dessa nova época foi a elaboração do Código de

---

<sup>54</sup> GILISSEN, John. *Introdução Histórica do Direito*, trad. António M. Hespanha, 4.ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2003, p. 413.

Napoleão, em 1804, que serviu como base de estudos para toda a doutrina jurídica no século XIX e foi utilizado como modelo em diversas localidades<sup>55</sup>.

Não se pode negar que a França mantinha uma posição de destaque no cenário global nesse momento histórico da entrada em vigor do Código de Napoleão, uma vez que representava os paradigmas culturais, sociais e políticos mais valorizados no momento, atingindo uma posição de destaque perante os ideais da Revolução Francesa, divulgados e expandidos para que servissem de exemplo para outros povos.

Entretanto, o contrato com pessoa a declarar não encontrou eco na corrente positivista francesa, que preconizou a difusão dos ideais liberais no Código de Napoleão. A excessiva preocupação com a segurança jurídica e a manutenção dos pactos, a partir da restrição dos efeitos dos contratos àqueles diretamente envolvidos na contratação, deixaram o instituto do contrato com pessoa a declarar relegado a um plano secundário, sendo encontrado tão somente na legislação esparsa e, posteriormente, em uma regra processual do sistema francês.

O contrato com pessoa a declarar, dentro da lógica do ordenamento francês, não foi colocado em posição de destaque, pois já não mais representava uma figura jurídica que atendia integralmente aos anseios da sociedade francesa naquele momento histórico – ou, sob um ponto de vista econômico, o contrato com pessoa a declarar já não se revelava mais efetivo para cumprir com os objetivos do contrato, tornando-se ineficiente<sup>56</sup>. Veja-se que, em uma análise do contexto no qual se inseriu o Código de Napoleão, os ideais da Revolução Francesa promoveram uma autêntica mudança de paradigmas a serem observados nas relações sociais organizadas. Além disso, a separação entre o Estado e a Igreja foi fundamental para a promoção do Estado liberal.

Com isso, verificou-se a formação de uma sociedade cuja constituição sócio-econômica tinha um viés absolutamente liberal, propiciando a liberdade do homem e uma

---

<sup>55</sup> O Código Napoleônico foi adotado em diversos países de ocupação napoleônica, formando a base dos sistemas legais modernos dos países europeus – à exceção do Reino Unido, Irlanda, Rússia e dos países escandinavos.

<sup>56</sup> Acerca do tema das eficiências dos conceitos e figuras jurídicas, veja SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Harvard University Press, p. 321.

maior valorização de novos princípios na cultura jurídica, como o papel exercido pela autonomia de vontade das partes, que se tornou absoluta, assumindo o contrato força de lei; a idéia de que os pactos deveriam ser sempre observados; a liberdade de contratação, e outros princípios que estimulavam as práticas mercantis que autorizavam a consolidação de um regime capitalista em uma sociedade cuja economia estava fundamentada nas trocas comerciais a partir das novas indústrias advindas do período da Revolução Industrial.

Além disso, a ascendência do liberalismo fez com que os Estados se detivessem em promover leis que estimulassem os atos de comércio e de busca do lucro. Diferentemente da situação vislumbrada na Baixa Idade Média, quando se verificou uma grande preocupação em proteger aquelas pessoas que não pretendiam se apresentar perante os senhores feudais ou perante os demais membros da sociedade para determinadas práticas comerciais, tendo em vista a repulsa moral e religiosa que determinadas situações promoviam, em um período em que o Estado e a religião não eram separados.

Essa situação também foi verificada em outros países da Europa Ocidental. Todavia, a figura jurídica do contrato com pessoa a declarar não foi proibida – apenas regulada em determinados aspectos – e manteve-se utilizada em determinadas situações que mereciam a tutela de interesses não protegidos diretamente pelo Estado, em especial no que tange aos atos de comércio, como se vislumbrou na Itália, nos cantões suíços e na antiga região dos Flandres<sup>57</sup>.

Assim, o contrato com pessoa a declarar desenvolveu-se como uma modalidade contratual de exceção, baseada nos costumes, traduzindo um caráter jurídico a determinadas relações sociais, dinamizando algumas práticas comerciais e protegendo os interesses das partes contratantes, que pretendem celebrar o negócio, e, ao mesmo tempo, assegurar a circulação de riquezas por intermédio de um mecanismo que não foi acedido pelo ente estatal para garantir que as relações entre privados tendam a cumprir sua função de permitir as trocas comerciais e a manutenção de uma economia de mercado.

Analisadas as origens do contrato com pessoa a declarar, é importante avaliar de que forma esse conceito foi inserido nas legislações positivadas, de modo a permitir um

---

<sup>57</sup> A referência é de GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 66-68.

registro de sua utilização ao longo dos tempos e uma justificativa acerca do estudo realizado em torno desse instituto jurídico.

## 1.2. Positivção

O processo de positivção de determinadas figuras jurídicas não é uma tarefa simples. Veja-se que o direito privado é constituído de diversos conceitos, sejam eles de ordem prática, como um contrato, ou de cunho teórico, como um princípio, todos eles fundamentais para traduzir os efeitos jurídicos decorrentes da expressão máxima das relações sociais na esfera do Direito. Entretanto, sabe-se que nem sempre esses conceitos estão expressamente incluídos nos ordenamentos jurídicos atuais, e muitas vezes são obtidos a partir de uma combinação de diversas expressões contidas na legislação esparsa, ou pela identificação de certas características em um conjunto de situações que conduzem a concluir pela existência de uma dada figura jurídica<sup>58</sup>.

Apenas a título exemplificativo, menciona-se o exemplo da boa-fé como princípio orientador do direito privado brasileiro. Não há dúvidas de que o princípio da boa-fé sempre orientou os comportamentos a serem adotados pelas partes na condução e celebração de negócios jurídicos<sup>59</sup>. Aliás, as construções doutrinárias e jurisprudenciais levaram ao reconhecimento de que a violação dos deveres inerentes à boa-fé conduzia à responsabilização das partes que não agiam em conformidade com tais deveres em uma relação jurídica, em que pese a ausência de determinação legal expressa que reconhecesse o

---

<sup>58</sup> Como aponta WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, trad. António M. Hespanha, 2.ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1980, p. 1.

<sup>59</sup> Sobre o assunto, ver MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado*, São Paulo, RT, 1999, p. 506-509. A jurista aponta que Pontes de Miranda, em seu *Tratado de Direito Privado*, já tangenciou o tema, sob a ótica da valoração da confiança. Posteriormente, outros autores passaram a, sistematicamente, reconhecer os deveres anexos à boa-fé como regras de conduta a serem adotadas pelos negociantes.

dever de cautela e observância dos deveres anexos à boa-fé – o que somente foi ocorrer com a expressão constante no artigo 422 do atual Código Civil brasileiro.

Embora o conceito de contrato com pessoa a declarar não seja uma abstração, pois se trata de figura jurídica que pode ser caracterizada a partir de determinados elementos e efeitos decorrentes de sua aplicação, diferentemente de conceitos abertos de significado, como, uma vez mais, a boa-fé, sua ausência nos ordenamentos de diversos países não impediu sua utilização como forma válida de celebração de negócios. Antes pelo contrário, a ausência de regramentos se revelou adequada para cumprir com a finalidade que um contrato deve traduzir, qual seja, a de fomentar os negócios e permitir a circulação de riquezas.

Aliás, a própria origem do contrato com pessoa a declarar demonstra que a ausência de regras escritas acerca do tema não inibiu seu desenvolvimento durante a Idade Média, e tampouco sua utilização como instrumento econômico na incipiente economia capitalista.

O desenvolvimento do contrato com pessoa a declarar tomou forma a partir da Idade Média, como uso costumeiro para celebração de determinadas relações comerciais em que se buscava proteger a figura de um dos contratantes, seja pelo *status* social que portava, seja para deixar de oficializar perante o senhor feudal determinado negócio visando a evitar a alta tributação que lhe era imposta<sup>60</sup>. Essa modalidade contratual não foi, inicialmente, sistematizada para sua utilização, mas, pelo contrário, surgiu e se desenvolveu como uma prática costumeira. E assim se manteve por anos, tendo atingido um alto índice de receptividade nas localidades que, posteriormente, alcançaram grande desenvolvimento econômico liberal.

O contrato com pessoa a declarar também foi utilizado como forma de desviar a alta regulação exercida pelo senhor feudal por meio de seu poder de polícia, com a cobrança de pesados impostos sobre as práticas comerciais. Além disso, o contrato com pessoa a declarar possibilitou aos nobres a ampliação de suas riquezas, ainda que pela exploração das dívidas dos vassalos e servos. E essa postura sequer era contestada pela sociedade da época, uma vez que o contrato com pessoa a declarar protegia os interesses daqueles que buscavam a

---

<sup>60</sup> Conforme ENRIETTI, Enrico. “Contratto per persona da nominare”, in *Novissimo Digesto Italiano*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 663-664.

contratação sem aparecer ou sofrer as conseqüências relativas à revelação do nome do contratante para determinados atos.

Por essas razões, a própria constituição dessa figura contratual revela-se controversa e de aplicação, inicialmente, costumeira, não reconhecida ou registrada em órgãos oficiais, a fim de evitar o constrangimento dos sujeitos que se submetiam à realização das práticas mercantis, bem como para evitar a alta tributação cobrada pelos senhores feudais para a prática de atos de comércio<sup>61</sup>. Todavia, o contrato com pessoa a declarar foi utilizado, segundo os costumes da época, justamente para estimular as práticas negociais e evitar os problemas antes relatados, que impediam, ao menos parcialmente, o livre desenvolvimento econômico da população e de uma classe burguesa.

Assim é que, inicialmente, o contrato com pessoa a declarar não fora inserido em nenhum ordenamento jurídico sistematizado, permanecendo como uma figura decorrente dos usos e costumes da sociedade à época das grandes inovações no período medieval. Posteriormente, com a transcrição das operações comerciais realizadas para os livros de registro notariais<sup>62</sup>, constatou-se que diversas atas notariais possuíam informações sobre situações que foram reguladas por figuras jurídicas decorrentes dos usos e costumes. Por essa razão, as primeiras idéias de sistematização dos efeitos do contrato com pessoa a declarar constam dessas atas notariais, que registraram os termos das práticas comerciais da época, bem como os requisitos e os fundamentos para a opção pela realização do contrato na modalidade por pessoa a declarar.

A inclusão da modalidade do contrato com pessoa a declarar em certos ordenamentos jurídicos tampouco seguiu a melhor técnica legislativa; todavia, isso não se transformou em um problema de legitimação para o uso da figura jurídica.

Posteriormente, com o fim do regime feudal e o surgimento de uma classe econômica burguesa, o contrato com pessoa a declarar encontrou campo fértil para buscar sua ampliação, pois destinado a atender as demandas de uma época em que a circulação de

---

<sup>61</sup> Segundo a lição de GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 58.

<sup>62</sup> Conforme aponta GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 65.

riquezas tornou-se o mote da sociedade. Assim, as práticas comerciais passaram a ser desenvolvidas de diversos modos, privilegiando-se, cada vez menos, as formas mais solenes de contratação e, por conseguinte, afastando-se dos meios utilizados preteritamente no Direito Romano e daqueles modelos restritivos típicos do regime feudal.

A figura contratual aqui analisada permaneceu como objeto de utilização na Europa ao longo dos anos, com o aperfeiçoamento e estabilização do conceito, dos efeitos que essa modalidade contratual passaria a gerar e com a compreensão de sua natureza jurídica. Todavia, o contrato com pessoa a declarar não foi positivado nas principais compilações de leis privadas durante o período da codificação, mantendo-se presente apenas em algumas leis esparsas e pelo direito consuetudinário.

A não-introdução do contrato com pessoa a declarar nos principais códigos europeus, no entanto, não foi um entrave para sua utilização e o desenvolvimento de textos doutrinários acerca do assunto. Talvez essa também tenha sido a lógica de Bevilacqua ao deixar de incluir essa modalidade contratual no antigo Código Civil brasileiro. Mas, diferentemente do que se verificou na evolução histórica dessa modalidade contratual, no Brasil não havia resquícios de utilização do contrato com pessoa a declarar em nossa sociedade pré-positivação. Assim, a eventual opção do legislador deixou de apreciar um componente histórico relevante para a plenitude da utilização e conhecimento do conceito.

Porém, foi na Itália que os juristas se preocuparam em dar uma maior utilidade para essa modalidade contratual, desenvolvendo diversas teorias acerca do contrato com pessoa a declarar e utilizando o instituto em diversas práticas comerciais, especialmente no que tange à compra e venda de bens. Em que pese o contrato com pessoa a declarar fosse conhecido e utilizado na Itália no período oitocentista, o conceito somente foi introduzido no processo de codificação que resultou no Código Civil italiano de 1942, passando a ser normatizado de forma similar àquela vislumbrada em nosso Código Civil brasileiro atual e em outros ordenamentos jurídicos que recepcionaram o conceito, como o português, o peruano e o boliviano.

No Brasil, a figura do contrato com pessoa a declarar era desconhecida, e ao longo do tempo foi identificada com uma série de outras figuras jurídicas cujos efeitos não possuíam relação direta com as conseqüências advindas da utilização desse instituto. Não é por acaso

que somente foi inserida no texto do anteprojeto do atual Código Civil brasileiro, já na década de 1960, sob um novo enfoque histórico no qual os autores do anteprojeto estavam amparados.

Uma avaliação do contexto histórico que permeou o processo de codificação que resultou no Código Civil de Clóvis Bevilácqua permite concluir que a inclusão de uma figura jurídica como o contrato com pessoa a declarar em nosso ordenamento era, naquele momento, inadequada, pois de utilização praticamente nula, tendo em vista o estágio de evolução sócio-econômica da sociedade brasileira. Vale lembrar que, à época, o Brasil era um país ainda jovem, cuja economia era essencialmente agrária, focada no setor produtivo primário<sup>63</sup>. As indústrias ainda eram raras, e muitos dos itens aqui comercializados eram resultados de importações que o país precisava fazer para suprir a carência em determinados setores de sua economia.

As práticas comerciais da época eram mais restritas às negociações envolvendo os bens primários produzidos no país, para consumo próprio e para exportação. Além disso, as formas de contratação envolviam relações mais simples, baseadas na confiança recíproca e no costume, e não primavam pelas formalidades normalmente exigidas em sociedades cujas práticas comerciais encontravam-se mais avançadas, como na Europa Ocidental.

Os estudos realizados por Teixeira de Freitas ao final do século XIX e por Clóvis Bevilácqua para a elaboração do ordenamento jurídico civil valorizaram a necessidade de compreensão dos institutos utilizados no Brasil a partir da leitura das Ordenações Manuelinas e Filipinas, que vigoraram no país desde a implantação da colônia, fornecendo fundamentos para definir os princípios basilares que nortearam o Código Civil brasileiro de 1916, bem como para definir as figuras jurídicas que melhor refletiriam as relações sociais vislumbradas à época da promulgação do referido diploma civil.

Muitas críticas foram feitas ao Código Civil brasileiro de 1916, pois não apresentava uma visão de futuro, mas apontava formas de compreensão das relações sociais existentes no Brasil, frente à sua precária economia e evolução social. Além disso, muitos apontam que o código de Bevilácqua é a melhor codificação oitocentista já feita, embora

---

<sup>63</sup> Sobre o tema, HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, 26ª ed., 27ª reimp., São Paulo, Companhia das Letras, 2007, p. 73-92.

tenha entrado em vigor no século XX. Entretanto, essa crítica somente pode ser feita se carregada de um desconhecimento da realidade do país à época em que essa legislação entrou em vigor. A realidade é que a sociedade brasileira ainda vivia sob o manto dos problemas econômicos e políticos vislumbrados no século XIX, e não alcançava o mesmo estágio de desenvolvimento dos países da Europa Ocidental, razão pela qual o Código Civil brasileiro de 1916 atendia plenamente aos interesses da sociedade da época em que entrou em vigor no Brasil, e assim se manteve por muitas décadas.

O resultado que se verificou com o Código Civil brasileiro de 1916 é a representação reflexa de uma mentalidade capitalista da época em que foi concebido, mais preocupado com a segurança da circulação e desenvolvimento das relações jurídicas do que com a justiça material dos casos concretos<sup>64</sup>.

Os atos de comércio eram regulados, à época da promulgação do Código Civil anterior, pelas regras determinadas no Código Comercial de 1850, de viés oitocentista, com conceitos mais próximos àqueles estabelecidos no Código de Napoleão. Esse Código servia como estímulo a um tímido desenvolvimento comercial no Brasil no século XIX e foi considerado extremamente avançado para a época, considerando o estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira e pela própria ausência de um ordenamento que regulasse os demais atos da vida privada.

Já o processo de construção do Código Civil atual, apesar de longo, seguiu uma metodologia que privilegiou o reconhecimento das novas realidades sociais que deveriam ser amparadas pelo ordenamento jurídico, bem como estabeleceu uma visão vanguardista quanto às mudanças adotadas a fim de tornar o direito privado mais dinâmico, em consonância com o estágio de desenvolvimento sócio-econômico da época em que a comissão de juristas para redação do novo Código Civil foi instaurada.

Essa comissão surgiu na década de 1960. Nesse período, vale lembrar, o Brasil passava a apresentar uma mudança na sua formação econômica e política. Era o momento do estímulo ao desenvolvimentismo no Brasil, com a atração de indústrias multinacionais, com a produção de bens de consumo de alto valor agregado no país, incentivo à atividade industrial

---

<sup>64</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. “A boa-fé na formação dos contratos”, in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3, p. 78.

local em geral, o momento da abertura de rodovias e ferrovias, da revolução cultural da tropicália e da bossa nova, da transferência do poder para o centro do país. Enfim, uma série de mudanças transformava a outrora agrária economia brasileira e a arcaica sociedade brasileira em um país que necessitava modernizar suas bases para fortalecer e consolidar seu crescimento social e econômico. Adiante, era necessário rever as formas de abordagem das relações sociais mediante esse novo panorama. E essa era a função da comissão de juristas encarregada de elaborar um anteprojeto de Código Civil, que substituiria o modelo oitocentista de Bevilacqua.

Não raras vezes, verificou-se nos modelos normativos introduzidos no sistema jurídico brasileiro uma cópia das experiências alienígenas, que passam a ser rapidamente adotadas, sem o necessário tempo para assimilação cultural do conceito, pois impostos por decisão política sem experimentar o trabalho intelectual<sup>65</sup>.

Considerando esse contexto, a inclusão de uma nova figura jurídica, como o contrato com pessoa a declarar, no ordenamento jurídico brasileiro é uma consequência dos estudos dos brilhantes juristas que participaram da comissão. Para muito além de uma cópia do Código Civil italiano, que serviu como fonte para diversos avanços introduzidos no Código Civil brasileiro atual, a inclusão de uma nova modalidade contratual no Código Civil reflete uma preocupação com a dinamização da economia brasileira e o reconhecimento de que as relações sociais necessitavam de novas formas de constituição de negócios jurídicos, de acordo com as vicissitudes geradas pelo crescimento econômico e pela variedade de contratações que a evolução sócio-econômica traz para o país.

A inclusão da figura jurídica do contrato com pessoa a declarar no Código Civil atual, respaldada por uma comissão composta por notáveis juristas, não foi suficiente para fazer com que essa modalidade contratual passasse a ser vislumbrada como uma hipótese adequada para a celebração das práticas comerciais no Brasil. Muitos entenderam que isso seria reflexo de uma desatualização do atual Código, uma vez que a redação do anteprojeto é datada de 1975, embora tenha sido aprovada em 2002 e entrado em vigor no ano seguinte. Contudo, essa lógica revela-se frágil e sem sustentação do ponto de vista histórico.

---

<sup>65</sup> Conforme lição de Rafael Vanzella (*De Enzo a Vincenzo*, Revista de Direito GV, n. 2, vol. I, Jun-Dez. 2005, p. 222), citando ROPPO, Vincenzo, *Il contratto del duemila*, p. 12.

A situação vislumbrada na década de 1960, referente a uma transformação do país, de uma economia essencialmente agrária para um estágio de evolução produtiva, não se afasta daquela vista atualmente, na qual a economia brasileira atingiu nível de estabilidade jamais visto, consolidando-se como potência política e econômica global, e exercendo um papel de protagonista em diversos episódios perante outras nações. Além disso, o Brasil passa a atrair cada vez mais empresas e a exportar sua produção de forma eficiente e com qualidade, em clara tendência de mudança do comportamento econômico adotado em períodos passados.

A revolução tecnológica empreendida, com maior acesso à rede mundial de computadores e às diversas fontes de informações, bem como a melhoria nos índices sociais faz com que o Brasil apresente um cenário de transformações que pode ser equiparado ao cenário vislumbrado na década de 1960, e que justificou, na visão dos redatores do anteprojeto do Código Civil atual, a inclusão de um mecanismo de dinamização das práticas comerciais.

Ora, considerando o processo de expansão e diversificação econômica pelo qual passa o país atualmente, parece adequado pensar na possibilidade de utilização de novas figuras jurídicas que reflitam as novas relações sociais estabelecidas pelo mercado capitalista em sua máxima expressão de liberdade econômica. Por isso, não se pode dizer meramente que o atual Código Civil está defasado; na realidade, ele se revelou à frente de seu tempo, como muitos dos juristas que participaram da comissão de redação desse código.

Portanto, a análise perfunctória do processo evolutivo do conceito do contrato em exame e do processo de positivação e debates doutrinários acerca do tema permitem concluir pela determinação de algumas características comuns ao contrato com pessoa a declarar em todos os locais onde esse conceito foi estudado e desenvolvido, razão pela qual é possível alcançar uma unidade em torno dos seus fundamentos, como demonstraremos a seguir.

## 2. Aspectos conceituais

A evolução do contrato com pessoa a declarar como tradução de uma relação negocial entre privados que se torna relevante para o Direito, produzindo efeitos jurídicos, delimita o escopo dessa figura jurídica, e permite que se trace um esboço que diferencie essa figura jurídica de outras constantes na disciplina do direito privado. Mas há, além de uma diferenciação de conceitos, o reconhecimento de certas características que são peculiares a essa modalidade contratual, e que tornam o contrato em questão uma forma diferenciada de ajuste de vontades e garantia de circulação de riquezas.

A determinação desses aspectos conceituais do contrato com pessoa a declarar é fruto de uma observação da utilização do contrato em questão ao longo de sua evolução, associado a algumas imposições legislativas que moldaram o conceito do contrato ao ordenamento ou às práticas nas quais ele estava inserido, a fim de não interferir na esfera jurídica de outros ou para coibir determinadas práticas, repulsivas a alguns ordenamentos jurídicos por contrariar os interesses sociais.

Esse conceito de contrato com pessoa a declarar não é imutável, como quase nenhum conceito do Direito. Todavia, a construção do contrato em exame decorre de uma longa prática, e seus pilares de sustentação estão fundados na força que essa prática possui dentro de um sistema jurídico legitimado pela sociedade. Assim, o conceito do contrato com pessoa a declarar não encontrará a rigidez de um pacto fático, mas é definido por meio de características marcantes e que, caso fossem modificadas, poderiam alterar a própria natureza dessa modalidade contratual, afastando-a de sua concepção originária e de sua aplicação tal qual como prevista no atual Código Civil brasileiro.

Na realidade, o conceito do contrato com pessoa a declarar é definido em consonância com a dinamicidade das relações sociais que auxiliarão na formação do conceito jurídico, considerando o teor axiológico dos fatos que servem como suporte para a concreção dessa norma. Assim, essa modalidade contratual é desenvolvida em consonância com as necessidades sociais determinadas por uma economia globalizada, permanecendo em plano

secundário os valores priorizados no sistema positivista ora superado, tais como a certeza e a estabilidade<sup>66</sup>.

O contrato com pessoa a declarar, no entanto, apresenta uma dualidade incomum: ao mesmo tempo em que não foge da idéia do pacto fústico, pois apresenta-se hígido e com características marcantes, que precisam ser assimiladas pela sociedade e pelos operadores do Direito para que o contrato em exame possa ser utilizado, representa a flexibilização do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, um dos pilares da nova teoria contratual<sup>67</sup>. Assim, o processo de assimilação de determinados conceitos pela sociedade apresenta-se como o processo de compreensão que Fausto também teve ao declarar sua vontade e reconhecer os efeitos daí decorrentes. Isso porque as convenções só se sustentam sobre o fundo de uma instituição social mais englobante que as enquadra, as orienta e lhes confere força obrigatória<sup>68</sup>.

## 2.1. Elementos e Requisitos

O Direito estuda os fenômenos jurídicos a partir de uma abordagem tridimensional, segundo a concepção elaborada por Miguel Reale<sup>69</sup>. Assim, o fenômeno jurídico se compõe de um fato subjacente (que pode ser econômico, geográfico, técnico), de um valor (que confere significado a esse fato) e de uma norma (que representa a relação ou medida que integra os demais elementos). A ciência jurídica, portanto, estuda os fenômenos

---

<sup>66</sup> VANZELLA, Rafael. *De Enzo a Vincenzo*, in *Revista de Direito GV*, v. 1, n.2., jun.-dez. 2005, p. 223-224.

<sup>67</sup> Como aponta NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*, 2.ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

<sup>68</sup> OST, François. *Contar a lei*, São Leopoldo, Unisinos, 2007, p. 363-364.

<sup>69</sup> Em sua obra clássica *Teoria Tridimensional do Direito*, 5.ed., São Paulo, Saraiva, 1994.

históricos mediante uma perspectiva de constante mudança axiológica, refletindo o resultado das experiências do homem<sup>70</sup>.

Ao estudar os fenômenos jurídicos, o Direito cria, no plano da abstração, um sistema de princípios hierarquizados, classificados e de relevante valor lógico<sup>71</sup>. Considerando que os contratos constituem fenômeno jurídico relevante, torna-se importante situar os contratos com pessoa a declarar nesse esquema geral da ordem jurídica.

O contrato com pessoa a declarar é um negócio jurídico típico<sup>72</sup>, pois representa um fato que surge a partir da manifestação de vontade das partes e gera efeitos juridicamente relevantes, como a criação, a modificação e a extinção de determinados direitos<sup>73</sup>. Embora haja discussão acerca da natureza da declaração de vontade das partes<sup>74</sup>, isso não afasta a caracterização do contrato em estudo como um negócio jurídico, em sua acepção clássica.

Assim, considerando que o contrato com pessoa a declarar é um negócio jurídico, seus pressupostos devem estar presentes nos três planos a serem examinados, quais sejam: existência, a validade e a eficácia. Com essa análise, será possível determinar quais são os elementos indispensáveis para a formação de um contrato com pessoa a declarar, seus requisitos de validade e os efeitos decorrentes da celebração do pacto em relação ao universo jurídico.

Inicialmente, passamos a analisar o contrato com pessoa a declarar no plano da existência do negócio jurídico. Nessa situação, deve-se avaliar se estão presentes os elementos

---

<sup>70</sup> REALE, Miguel, *Teoria tridimensional do Direito*, 5.ed., São Paulo, Saraiva, 1994.

<sup>71</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Programa de Responsabilidade Civil*, 7.ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 6.

<sup>72</sup> A expressão reflete a caracterização típica de um negócio jurídico segundo a definição de PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, t. 1, São Paulo, RT, 1983, p. 92), qual seja, a de que um negócio jurídico “é o ato humano consistente em manifestação de vontade como suporte fático de regra jurídica, que lhe dá eficácia jurídica.” Em outras palavras, trata-se da juridicização do fato.

<sup>73</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. 2, São Paulo, RT, 1983, p. 446.

<sup>74</sup> Observe-se que as partes executoras das obrigações estipuladas no contrato podem não ser os mesmos contratantes originários e, portanto, as declarações de vontade manifestadas no momento da celebração do contrato não representam suas manifestações diretamente, ainda que com elas concordem, pois não há coação para a celebração de pactos nessa modalidade contratual.

gerais categoriais e os particulares para a conclusão do negócio<sup>75</sup>. Esses elementos representam tudo aquilo que compõe a existência do contrato no campo do Direito, ou seja, as exigências que se devem satisfazer para atingir os fins pretendidos pelo Direito.

Pode-se considerar como elementos do contrato com pessoa a declarar a presença das partes contratantes (promitente e estipulante), a pessoa a declarar (eleito), a cláusula de eleição; a declaração de vontade das partes e a igualdade de forma entre o contrato e a cláusula de eleição.

Embora no contrato com pessoa a declarar um dos contratantes que poderá assumir os direitos e obrigações constantes no pacto não seja conhecido no momento da conclusão do negócio jurídico, isso não significa que essa modalidade contratual dispense a presença de outros contratantes. Veja-se que o contrato com pessoa a declarar não é um contrato condicional<sup>76</sup>, que somente passará a produzir efeitos se verificadas determinadas condições objetivas. O contrato em exame é vinculante desde o momento em que é celebrado. Por isso mesmo, a existência do contrato depende da constatação de que estão presentes no negócio os elementos gerais que constituem a essência do negócio jurídico, dentre os quais, as partes contratantes – ainda que uma delas possa ser substituída posteriormente, conforme anotação constante no próprio contrato, por meio de reserva a ser aposta em cláusula de eleição<sup>77</sup>.

Não há, portanto, como existir contrato sem a definição das partes contratantes originárias, quais sejam, o promitente (que é a parte contratante originária que se mantém em um dos pólos do contrato) e o estipulante (que poderá ser mantido nessa posição ou substituído pela pessoa que vier a nomear para tanto).

---

<sup>75</sup> A classificação é de AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Negócio jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, 4.ed, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 32. Segundo o renomado autor, os elementos a serem analisados no plano da existência de um negócio jurídico são os seguintes: “a) elementos gerais, isto é, comuns a todos os negócios; b) elementos categoriais, isto é, próprios de cada negócio; c) elementos particulares, isto é, aqueles que existem em um negócio determinado, sem serem comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócio.”

<sup>76</sup> Conforme anotação de ASSIS, Araken de, *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 461.

<sup>77</sup> No ponto, a síntese de ASSIS, Araken de, *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 508-509.

Em que pese a figura da pessoa a nomear não constitua um elemento essencial para a existência do contrato em exame, pois esse negócio jurídico produz efeitos independentemente da nomeação da pessoa a declarar, entende-se que o eleito – futuro contratante – também é um dos elementos do contrato, ainda que seja um elemento particular, e não geral<sup>78</sup>.

Veja-se que, caso inexistente a figura do eleito, o contrato com pessoa a declarar assume a veste jurídica de um contrato comum, no significado ordinário da palavra, pois apresentará os mesmos elementos de existência, validade e eficácia que outros contratos regulados no ordenamento jurídico para ingressar no mundo jurídico. Isso significa que o elemento diferencial do contrato em exame – que é justamente a possibilidade de transferência dos direitos e obrigações de um dos contratantes originários para um terceiro – precisa ser verificado para que o contrato se revista dessa característica que o torna um instrumento que produz efeitos jurídicos não vislumbrados em outros modelos contratuais.

Importante mencionar que o contrato com pessoa a declarar não fica descaracterizado pelo fato de o estipulante deixar de utilizar a cláusula de eleição – e, conseqüentemente, não apontar a figura do eleito – desde que tenha feito a reserva à faculdade de nomeação no contrato ou, até mesmo, revelado, no momento da conclusão do negócio, o nome da pessoa a declarar, ainda que ela não tenha participado do processo de contratação (pois não há vedação à indicação do eleito desde o momento da celebração do negócio). Todavia, ao deixar de apontar a pessoa a nomear, o contrato em exame deixa de apresentar seus elementos particulares, que definem as características mais idiossincráticas do contrato em exame. Além disso, há uma mudança em relação aos elementos categoriais que permeiam a figura desse contrato, pois o regime jurídico aplicável à figura do contrato com pessoa a declarar apresenta certas peculiaridades, que serão exploradas mais detidamente na próxima seção.

Tomadas essas observações, parece ínsito ao contrato com pessoa a declarar considerar que a figura do eleito também deve fazer parte do rol de elementos que

---

<sup>78</sup> Conforme nos ensina AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 42, os elementos particulares do negócio são aqueles que participam do plano da existência do negócio jurídico, e se caracterizam por serem aqueles que, apesar de desnecessários à formação do ato, podem modificar a eficácia do ato, adaptando-a a circunstâncias futuras.

determinam a existência do negócio jurídico, tal qual prescrito na lei, para que produza os efeitos jurídicos daí decorrentes, sob a égide um de contrato com pessoa a declarar.

A cláusula de eleição, como vimos, desempenha papel fundamental para a caracterização dessa modalidade contratual, e constitui um elemento categorial, pois importa determinar a classificação do contrato em uma exata categoria, no caso, a de contratos com pessoa a declarar e, a partir daí, determina o regime jurídico aplicável a esse contrato.

A ausência da cláusula de eleição em um contrato não impede o plano da existência do contrato como um negócio jurídico. Todavia, impede que o contrato seja classificado como um contrato com pessoa a declarar, e produza os efeitos daí decorrentes. Assim, ainda que a cláusula de eleição não configure um elemento geral para a existência do contrato, trata-se de elemento categorial para definir o regime jurídico aplicável ao contrato com pessoa a declarar e para definir o contrato sob essa modalidade em exame.

A cláusula de eleição assume, portanto, relevância central para a definição do contrato com pessoa a declarar, pois, sem esse elemento, o contrato não poderá produzir os efeitos desejados pelo legislador nem pelas partes, que somente poderão transferir seus direitos e obrigações por meio de outros institutos jurídicos – porém, sem os mesmos efeitos decorrentes da celebração do negócio como se fosse um contrato com pessoa a declarar.

Por essas razões, pode-se dizer que a cláusula de eleição é um elemento nuclear<sup>79</sup> do contrato com pessoa a declarar, pois é esse elemento que permite o funcionamento do contrato tal qual vislumbrado pelas partes contratantes que optaram pela utilização dessa modalidade contratual e que pretendem que suas manifestações de vontade produzam efeitos jurídicos, em conformidade com os efeitos previstos quando a figura contratual em exame é utilizada. Assim considerada, a cláusula de eleição revela-se, na realidade, indispensável para a caracterização do contrato com pessoa a declarar, ainda que o estipulante venha a abdicar do

---

<sup>79</sup> O conceito de elemento nuclear é utilizado por Marcos Bernades de Mello (*Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*, 12.ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 49), ao explicar que o negócio jurídico é, em geral, composto por diversos fatos, e constituem o núcleo do negócio aqueles suportes fáticos considerados essenciais pela norma jurídica para sua incidência. Vale ressaltar que Pontes de Miranda utiliza-se da expressão *essentialia negotii* ou elemento cerne para definir os elementos nucleares do negócio jurídico: “sem os *essentialia negotii*, o negócio não seria jurídico (=não entraria no mundo jurídico), ou seria outro negócio jurídico que aquele, a respeito do qual se procedeu à discriminação do essencial e do acidental.” (*Tratado de Direito Privado*, t. 3, São Paulo, RT, 1983, p. 66; no mesmo sentido, *Tratado de Direito Privado*, t. 3, São Paulo, RT, 1983, p. 11).

uso da reserva de nomeação que essa cláusula lhe garante, ou que a pessoa nomeada rejeita a indicação ou, ainda, que o eleito não possa assumir a condição de parte do contrato, por apresentar um dos impedimentos previstos no artigo 470, II, do Código Civil<sup>80</sup>, ou não possuir as qualidades para se tornar parte do contrato, seja pela ausência de um dos requisitos legais, tal como a capacidade absoluta, ou, ainda, por não preencher as características fixadas na própria cláusula de eleição para definir quem poderia ser nomeado para participar do contrato.

De acordo com o disposto no artigo 467 do Código Civil brasileiro<sup>81</sup>, o contrato com pessoa a declarar é assim reconhecido por meio da inclusão de uma cláusula de eleição nesse contrato. Em outros ordenamentos que positivaram essa modalidade contratual, também se verifica que a presença da cláusula de eleição é um elemento geral para a caracterização do contrato com pessoa a declarar.

Não há formalidades exigidas no ordenamento para a constituição da cláusula de eleição, conforme se denota da redação do artigo 467 do atual Código Civil brasileiro<sup>82</sup>. Ela pode se apresentar como uma mera reserva aposta ao longo do contrato, de forma vaga; pode, por outro lado, apresentar-se com um nível de detalhamento que revele todas as características definidas pelos contratantes originários para definir quem poderá ser a pessoa a nomear, de forma a cumprir as exigências apostas nas cláusulas contratuais para executar adequadamente o contrato e adquirir os direitos ali inseridos e adimplir as obrigações estabelecidas nesse contrato.

Observe-se que, na hipótese de a cláusula de eleição revelar um maior grau de detalhamento quanto às características da pessoa a nomear, verifica-se uma maior garantia ao promitente e ao próprio universo jurídico. Ao primeiro porque a nomeação de uma pessoa escolhida em conformidade com os requisitos pré-estabelecidos pelo promitente tende a observar um critério mais eficiente visando à escolha de alguém que demonstre ter condições,

---

<sup>80</sup> Art. 470. O contrato será eficaz somente entre os contratantes originários:

I - se não houver indicação de pessoa, ou se o nomeado se recusar a aceitá-la;

II - se a pessoa nomeada era insolvente, e a outra pessoa o desconhecia no momento da indicação.

<sup>81</sup> Art. 467. No momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se a faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes.

<sup>82</sup> Art. 467. No momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se a faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes.

de acordo com esses requisitos pré-estabelecidos, de adimplir integralmente as obrigações estabelecidas nesse negócio jurídico. Além disso, o eleito é escolhido segundo as características definidas no momento da celebração do contrato, ou seja, com o conhecimento e consentimento das duas partes – ainda que esse elemento não seja característico ou uma exigência para existência ou validade do contrato – e, portanto, em conformidade com as manifestações de vontade declaradas pelas partes.

Já em relação ao Direito, a definição prévia das características da pessoa a nomear assegura uma maior confiança de que a pessoa nomeada poderá aceitar a nomeação e terá condições de executar integralmente as cláusulas contratuais, pois sua nomeação não estará submetida ao arbítrio de apenas uma das partes ou, ainda, à observância dos deveres anexos à boa-fé pelo estipulante, ainda que este deva pautar sua conduta no momento da contratação e na execução das cláusulas do contrato observando tais deveres.

Considerando que é interesse do universo jurídico a manutenção dos pactos que se revelam economicamente eficientes para as partes envolvidas e a conseqüente conclusão perfeita dos negócios jurídicos, a adequação da pessoa nomeada também interessa ao Direito, e essa garantia pode ser previamente fornecida pelos contratantes originários – ainda que, repita-se, isso não seja um elemento do contrato ora em exame.

Outro elemento geral para a construção do contrato com pessoa a declarar é a verificação da declaração de vontade das partes. Como em qualquer contrato, é fundamental que as partes manifestem suas vontades por meio de declarações<sup>83</sup>, sejam elas expressas ou não, capazes de produzir efeitos jurídicos e concretizar a gênese do negócio jurídico<sup>84</sup>, desde que tais vontades sejam convergentes, de modo a possibilitar a celebração de um negócio jurídico que atenda aos interesses de todas as partes contratantes.

---

<sup>83</sup> A declaração de vontade aqui apresenta o significado de uma manifestação de vontade socialmente vista como destinada à produção de efeitos jurídicos, conforme ensinamento de AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, 4.ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 40.

<sup>84</sup> Conforme a lição de AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, 4.ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 74, após expor as diferenças dos efeitos decorrentes da mera manifestação de vontade no direito francês pós-Código de Napoleão e a declaração de vontade presente na doutrina alemã a partir do BGB: “a vontade não é elemento do negócio jurídico. O negócio é somente a declaração de vontade. Cronologicamente, ele surge, nasce, por ocasião da declaração; sua existência começa nesse momento; todo o processo volitivo anterior não faz parte dele; o negócio todo consiste na declaração.”

A formação – e, portanto, a existência – do contrato com pessoa a declarar é realizada a partir da convergência das declarações de vontade unicamente das partes contratantes originárias. Embora o contrato possa produzir efeitos em relação a um terceiro, este não manifesta sua opinião em relação aos termos contratados, mas tão-somente aceita ou não as cláusulas já estabelecidas por meio das declarações de vontade dos contratantes originários no momento da aceitação da nomeação. Observe-se que, ao se manifestar sobre a aceitação da nomeação realizada pelo estipulante, o eleito acaba por apontar sua anuência ou discordância em relação aos termos do negócio celebrado, ainda que não possa efetuar modificações nos termos do contrato ao momento em que ingressa no negócio jurídico, pois, conforme será visto adiante, os efeitos da aceitação retroagem à data da celebração do pacto<sup>85</sup>.

Os contratos exigem, por sua natureza<sup>86</sup>, que as partes manifestem suas vontades, seja expressamente ou por meio de uma omissão<sup>87</sup>, a fim de legitimar os termos pactuados, pois o contrato representa uma convergência de vontades produzindo efeitos juridicamente relevantes. Não é diferente com o contrato com pessoa a declarar. São as declarações de vontade dos contratantes originários que irão definir as condições do negócio e as cláusulas do contrato, ou seja, quais os direitos envolvidos e as obrigações assumidas por cada parte contratante.

Além disso, a declaração de vontade do promitente no contrato em exame deve envolver também o reconhecimento de que a contraparte no negócio jurídico pode ser alterada, mediante a nomeação de um terceiro em conformidade com as características observadas na cláusula de eleição, constante no contrato, ou pela pessoa ali nomeada ou, ainda, em conformidade com os critérios estabelecidos exclusivamente pelo estipulante.

---

<sup>85</sup> A esse respeito, o artigo 469 do Código Civil: A pessoa, nomeada de conformidade com os artigos antecedentes, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes do contrato, a partir do momento em que este foi celebrado.

<sup>86</sup> A ressalva é feita ante as atuais formas de contratação, pois diferentemente das formas clássicas, não se exige que a parte manifeste sua vontade em todos os seus termos, mas que simplesmente manifeste anuência com a manifestação de vontade da outra parte contratante, como ocorre nos contratos de adesão e nos contratos eletrônicos. Há até mesmo quem entenda que a vontade deixou de se um dos elementos do contrato, ou que sua participação já não possui a mesma relevância que outrora. Nesse sentido, veja-se a lição de VANZELLA, Rafael, “De Enzo a Vincenzo”, *Revista de Direito da GV*, n. 2, vol. I, jun. – dez. 2005, p. 225.

<sup>87</sup> Sobre esse tema, ver TUTIKIAN, Priscila David Sansone, *O silêncio na formação dos contratos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

Nesse último caso, a nomeação do eleito não ocorre a partir de um critério objetivo, embora o estipulante deva observar as condições esperadas pelo promitente quando da celebração do negócio, ou seja, deve agir utilizando seus deveres de diligência e probidade, derivados da boa-fé que permeia sua conduta nos momentos de formação e de execução do contrato.

Assim, as manifestações de vontade, dotadas de forma e conteúdo, avaliando as circunstâncias negociais que fazem com que determinado ato seja socialmente destinado a produzir efeitos jurídicos, constituem elemento geral do contrato com pessoa a declarar, perfazendo as vezes de autênticas declarações de vontade dos contratantes originários no momento de celebração do negócio jurídico em questão, aptas a produzir efeitos e promover a existência do negócio jurídico. Além disso, a declaração de vontade do eleito, se nomeado, estará limitada a produzir efeitos para a sua própria nomeação e em relação a seu ingresso no negócio jurídico, e não para constituir direitos formativos ou extintivos do contrato, pois as cláusulas do contrato, como originalmente pactuadas, passam a ser observadas integralmente pelo eleito, que assume o dever de adimplir com as obrigações constantes no contrato em exame.

A forma prescrita pela lei para a celebração do negócio jurídico também é um dos elementos gerais estabelecidos para assegurar a existência do contrato com pessoa a declarar. A forma aqui referida é a forma que a declaração de vontade toma, ou seja, a veste jurídica que recai sobre a manifestação de vontade, tornando-a uma declaração de vontade reconhecida no mundo jurídico em sua plenitude.

O texto do atual Código Civil brasileiro concede aos contratantes a liberdade de forma para celebração do contrato com pessoa a declarar. Embora o texto seja expressamente omissivo quanto a esse ponto, depreende-se essa liberdade pela ausência de proibição. De qualquer modo, não há como negar que as restrições de forma prescritas para a celebração desse negócio jurídico são as mesmas que seriam apontadas pela lei para determinar restrições impostas em decorrência do interesse público, que exerce função reguladora sobre alguns temas.

No entanto, a liberdade de forma autorizada omissivamente pelo texto legal não se repete diretamente no que tange à determinação da forma da manifestação de vontade expressa do estipulante para promover a nomeação do eleito. Nesse caso, por força do

disposto no artigo 469 do Código Civil brasileiro<sup>88</sup>, a declaração do eleito deve observar a mesma forma estabelecida pelas partes para a conclusão do negócio jurídico. E há uma clara explicação pra a opção do legislador em limitar a liberdade de forma nessa situação.

Inicialmente, deve-se reconhecer que o intuito do texto legal é fornecer algumas garantias quanto ao cumprimento do contrato ora em exame. Uma dessas garantias é a prescrição da mesma forma utilizada pelos contratantes originários para a celebração do negócio quando lançada a declaração de nomeação do eleito pelo estipulante. Essa identidade de formas sugere que, se os contratantes originários apontaram que estavam satisfeitos com a forma de contratação realizada, e entenderam suficientes para determinar a vinculatividade do contrato, devia ela ser mantida, pois se demonstrava adequada a atender os interesses das partes originárias.

Por outro lado, a identidade da forma mantinha a transparência do negócio jurídico com a parte promitente, que não participa do ato de nomeação do terceiro, embora os efeitos do negócio estejam submetidos aos atos praticados por esse terceiro. Assim, parece razoável exigir a mesma prescrição de forma, a fim de evitar inclusive alegação de favorecimento de uma ou outra parte.

Veja-se que o intuito do legislador parece ser o de manter uma unidade na constituição de garantias a essa modalidade contratual em exame, pois a forma ajustada entre os contratantes originários, e por eles, portanto, atestada como segura e adequada para tornar juridicamente relevantes os fatos que regulam, serve também, por analogia, para assegurar um segundo momento da contratação, no qual um dos contratantes não está presente e sequer manifesta ou, ainda, ratifica sua vontade.

Cumpra salientar que essa exigência de igualdade de forma não é resultado da evolução histórica e da experiência prática e pretérita do homem com o contrato ora em exame. Todavia, o ordenamento determina algumas regras visando a assegurar uma maior garantia às partes que estão submetidas aos efeitos desse contrato. E uma delas diz respeito justamente à forma de contratação e de declaração.

---

<sup>88</sup> Art. 469. A pessoa, nomeada de conformidade com os artigos antecedentes, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes do contrato, a partir do momento em que este foi celebrado.

Há uma justificativa plausível para o fato de a liberdade reflexa da forma assumida no contrato seja repetida no ato de nomeação do terceiro. E a explicação para isso está justamente em evitar que o contrato com pessoa a declarar se transforme em um ato jurídico unilateral, submisso exclusivamente a vontade de uma das partes.

As partes, ao estabelecerem uma forma de contratação para o contrato originário, definiram qual a forma mais adequada e confiável para celebrar o negócio. Assim, considerando que um dos contratantes originários não participa do momento da eleição da pessoa a nomear, embora com ela passará a estar vinculada, desde o momento da contratação, ao legislador pareceu justo pensar que a exigência de igualdade de forma constitui uma garantia adicional ao promitente, pois os contratantes originários já estabeleceram essa forma de contratação como adequada anteriormente. Isso afastaria eventuais alegações de anulabilidade da nomeação pelo promitente quando a nomeação não lhe fosse interessante, pois realizada ao arbítrio do estipulante (exceto quando já definidas estritamente as regras para apontar a pessoa a ser nomeada).

A exigência de forma, prevista no parágrafo único do artigo 468, do atual Código Civil brasileiro<sup>89</sup>, representa, portanto, um traço característico da introdução do conceito do contrato com pessoa a declarar no ordenamento jurídico brasileiro e revela a preocupação extrema com o fornecimento de garantias ao promitente, que pode ficar ao arbítrio do estipulante se determinados mecanismos não forem acionados tempestivamente.

A aceitação da pessoa nomeada também é um elemento do plano da existência do contrato com pessoa a declarar, ainda que seja um elemento particular do negócio jurídico<sup>90</sup>. Embora a inexistência de aceitação da nomeação facultada pelo estipulante não tenha por consequência a extinção do contrato, pois fica, nessa hipótese, obrigado o estipulante a

---

<sup>89</sup> Art. 468. Essa indicação deve ser comunicada à outra parte no prazo de cinco dias da conclusão do contrato, se outro não tiver sido estipulado.

Parágrafo único. A aceitação da pessoa nomeada não será eficaz se não se revestir da mesma forma que as partes usaram para o contrato.

<sup>90</sup> Note-se, uma vez mais, a diferenciação entre os elementos gerais e os particulares na formação do negócio jurídico. No caso em comento, a aceitação da pessoa nomeada é um elemento particular ao contrato com pessoa a declarar porque a existência do contrato não depende dele, direta ou indiretamente, para a celebração do negócio. Todavia, a ocorrência desse evento modifica e dá novos efeitos jurídicos para o contrato ora em exame e, em especial, faz com que o contrato opere na modalidade de contrato com pessoa a declarar.

observar os direitos e obrigações originariamente estabelecidos, essa recusa impede que o contrato funcione na modalidade de contrato com pessoa a declarar, mas como um contrato convencional, em que os contratantes originários ficam obrigados na medida das declarações de vontade manifestadas no referido instrumento.

Por essas razões, a ocorrência da aceitação da nomeação é um evento relevante para a constituição da hipótese de contrato com pessoa a declarar, e determina sua existência plena, na concepção historicamente observada e esperada quando da opção de sua utilização, nesse plano jurídico.

Esclarecidos os elementos que determinam a existência do contrato com pessoa a declarar e o diferencia dos demais modelos contratuais conhecidos, é necessário avaliar a presença dos requisitos e fatores de eficácia<sup>91</sup> que delimitam os planos da validade e da eficácia do negócio jurídico, a fim de verificar o funcionamento do contrato com pessoa a declarar e classificá-lo segundo sua natureza jurídica e os efeitos que produz, à luz dos debates teóricos acerca do tema. Por fins didáticos, passaremos a apresentar os requisitos de validade relacionados ao contrato com pessoa a declarar.

Os requisitos de validade de um negócio jurídico podem ser determinados pelas qualidades que os elementos do negócio jurídico devem apresentar para que este possa ingressar no universo jurídico<sup>92</sup>. Essas qualidades dos elementos estruturais do negócio jurídico – que lhe fornecem a existência – são orientadas pelas regras jurídicas incidentes ao contrato em exame, determinando de que forma os elementos estruturais do negócio jurídico devem se portar e quais as características que devem apresentar para que tornem determinados fatos sociais relevantes no mundo jurídico, com a incidência da norma sobre o fato social, para que se revele este um fato jurídico.

Assim, é fundamental que esses elementos de existência do negócio estejam revestidos das qualidades determinadas pelas regras jurídicas incidentes. Por essa razão, é

---

<sup>91</sup> Os requisitos são características que a lei exige nos elementos do negócio para que este seja válido. Assim, são esses requisitos que conferem as qualidades que o negócio deve ter para ser constituído. Já os fatores de eficácia são extrínsecos ao negócio, e que, apesar de não participarem do negócio, contribuem para a obtenção do resultado esperando, fornecendo ao negócio jurídico os efeitos que dele se espera.

<sup>92</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, 4.ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 42.

necessário avaliar, dentre os elementos estruturais do contrato com pessoa a declarar, quais são as qualidades determinadas pelas regras jurídicas incidentes para que o negócio jurídico seja reconhecido com um negócio existente e que esteja apto a produzir efeitos no mundo jurídico, ou seja, reconhecido como um negócio válido.

A presente análise está focada na avaliação das qualidades exigidas pelas regras jurídicas em relação aos elementos gerais extrínsecos do negócio jurídico, pois as qualidades exigidas para os elementos denominados de constitutivos – no caso, a declaração de vontade, o objeto e a forma – já foram analisados previamente. Desse modo, verificar-se-ão quais as qualidades que o ordenamento brasileiro exigiu como adequados para as partes contratantes e o tempo do contrato com pessoa a declarar.

O primeiro requisito de validade a ser observado em um negócio jurídico é a capacidade da parte contratante. A capacidade deve ser concebida como um pressuposto para a força vinculante do negócio, podendo ser definida, subjetivamente<sup>93</sup>, como uma atitude intrínseca da pessoa a gerar atos jurídicos e, objetivamente, a partir de critérios definidos na lei para tanto.

Como em todos os negócios jurídicos que se reputam válidos, o ordenamento jurídico exige que as partes contratantes, pessoas físicas ou jurídicas, sejam capazes, no primeiro caso, em conformidade com o disposto no artigo 5º do Código Civil<sup>94</sup>, observadas as ressalvas apostas nos artigos 3 e 4 do referido diploma legal para as pessoas físicas. Essa qualidade do agente – a capacidade para a realização de atos no universo jurídico – não resta está afastada para a modalidade contratual ora em exame. Ocorre que, no caso do contrato com pessoa a declarar, essas características podem ser vislumbradas somente entre as partes contratantes no momento da contratação em relação unicamente aos contratantes originários.

Entretanto, há uma expectativa de que um terceiro venha a ser nomeado para ingressar no negócio jurídico regulado pelo contrato ora em exame, e passará a integrar a relação jurídica subjacente ao negócio jurídico, como se contratante originário fosse. Portanto,

---

<sup>93</sup> A capacidade como um pressuposto subjetivo do agente para realização de atos jurídicos é uma definição de BETTI, Emilio, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 176.

<sup>94</sup> Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

não restam dúvidas de que, no momento do ingresso da pessoa nomeada na relação jurídica que subjaz o negócio jurídico, deve ser verificada a capacidade da pessoa a nomear para executar os atos da vida civil em sua plenitude, como exigido dos contratantes originários, pois é por meio desse ato que o eleito aponta se aceita ou não a nomeação e, dessa forma, para que seu ato seja validado, faz-se necessário que o eleito atenda os requisitos legais para a prática desse ato e para cumprir as obrigações estabelecidas no contrato.

Em relação a esse tema, veja-se que a lei é expressa ao referir as hipóteses em que o eleito está impedido de praticar atos que subsumam a assunção de direitos e obrigações decorrentes do contrato com pessoa a declarar, quais sejam, quando observada a incapacidade da pessoa física e a insolvência da pessoa jurídica ou natural<sup>95</sup>.

Embora o legislador tenha determinado como condição para a validade do negócio a capacidade da pessoa nomeada, parte da doutrina entende que tal exigência revela-se absolutamente lógica – pois, caso fosse incapaz, o eleito jamais poderia assumir responsabilidade pelos efeitos decorrentes da contratação. Assim, manifesta-se, por exemplo, Gustavo Tepedino, ao apontar que ao falar sobre capacidade, pretendeu o legislador, em realidade, observar a necessidade de que o eleito possua legitimidade para assumir os direitos e obrigações decorrentes do contrato<sup>96</sup>.

Conquanto a observação aposta pela doutrina pareça válida, não há como negar que o legislador desejou, no referido dispositivo legal, destacar a irrelevância da condição pessoal e legal do eleito antes do momento da nomeação.

Não há dúvidas, portanto, das qualidades que a lei exige do contratante que ingressa posteriormente no negócio jurídico, substituindo o estipulante, em relação ao momento da aceitação do encargo apontado pelo estipulante. Por isso, caso aceita a nomeação, passa o eleito a assumir a condição de contratante originário, inclusive com a

---

<sup>95</sup> É o que dispõe o artigo 471 do Código Civil brasileiro: Se a pessoa a nomear era incapaz ou insolvente no momento da nomeação, o contrato produzirá seus efeitos entre os contratantes originários.

<sup>96</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a constituição brasileira*, v. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 111.

assunção de efeitos do contrato em exame desde a data de sua conclusão, conforme previsão legal<sup>97</sup>.

Considerando os efeitos retroativos da aceitação da nomeação pelo eleito, surge uma primeira indagação quanto à capacidade da pessoa nomeada, qual seja, se ela devia apresentar, no momento da celebração do negócio jurídico, as mesmas qualidades que apresentava no momento da aceitação do encargo que lhe foi incumbido pelo estipulante, ainda que não tenha participado da celebração do negócio jurídico (e podia, até mesmo, nem existir no momento da conclusão do negócio).

A cláusula de reserva de eleição, aposta no contrato ora em exame, não aponta necessidade de que nela constem todas as características da pessoa a ser nomeada, bastando, tão somente, a indicação de que essa modalidade contratual pode ser utilizada. Assim, é possível a nomeação de uma pessoa que sequer existia no momento da conclusão do negócio ou, ainda, que não tinha, nesse mesmo momento, a capacidade exigida pela lei para que o agente possa praticar atos válidos no universo jurídico. Além disso, não raras vezes o contrato com pessoa a declarar possui prestações com exigibilidade imediata, desde o momento da celebração do negócio jurídico. Assim, considerando o efeito retroativo da nomeação da pessoa a declarar, surge um importante questionamento quanto à validade da nomeação, qual seja, se a qualidade exigida pela lei para que o eleito possa aceitar a nomeação seria estendida para a situação da pessoa nomeada no momento da celebração do negócio jurídico.

A resposta a esse questionamento pode ser obtida a partir de uma avaliação dos pressupostos inseridos no ordenamento. Os pressupostos legais para que a pessoa nomeada passe a integrar a relação jurídica subjacente ao negócio jurídico são a inexistência de impedimento quanto à sua capacidade no momento da aceitação, nos termos do artigo 469 do Código Civil<sup>98</sup>, e o próprio ato de aceitação, realizado em conformidade com o previsto na cláusula de eleição. Não há outro pressuposto exigível pela lei, podendo apenas haver ajuste por convenção das partes no próprio contrato.

---

<sup>97</sup> É o que se depreende do disposto no artigo 469 do Código Civil brasileiro: A pessoa, nomeada de conformidade com os artigos antecedentes, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes do contrato, a partir do momento em que este foi celebrado.

<sup>98</sup> Art. 469. A pessoa, nomeada de conformidade com os artigos antecedentes, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes do contrato, a partir do momento em que este foi celebrado.

Os efeitos retroativos da nomeação, quando existente a aceitação da pessoa nomeada, não estão vinculados aos pressupostos legais para essa aceitação, pois até o momento da nomeação, era o estipulante, contratante originário, o responsável pelas prestações estabelecidas no contrato. Assim, dentro do prazo estabelecido para apresentar a declaração do eleito, responde o estipulante pelo cumprimento das obrigações estabelecidas no contrato, até o momento da aceitação. Após a aceitação, o eleito torna-se responsável pelas obrigações determinadas no contrato, respondendo, inclusive, por eventuais vícios ou deficiências nas prestações efetuadas pelo estipulante antes da nomeação. Mas, para tanto, não é necessário que o eleito esteja em condições de efetuar as prestações; basta, para tanto, que possa, no momento da aceitação, subrogar-se nos direitos e obrigações decorrentes do negócio jurídico.

O outro modo de averiguar o momento em que o ordenamento jurídico exige a capacidade da parte nomeada é por meio da análise comparativa dos efeitos decorrentes de eventual reconhecimento da capacidade da pessoa a nomear no momento da celebração do contrato e no momento da aceitação. Isso permite avaliar se, em uma certa situação, na qual a pessoa a declarar do contrato ora em exame já foi previamente indicada pelas partes na cláusula de eleição, deveria ou não ter as qualidades exigidas para a celebração do contrato. E quais os efeitos na hipótese de mudança da condição do agente nomeado, quanto à sua capacidade, antes de manifestar aceitação da nomeação.

Ao analisar a qualidade exigida do agente que aceita a nomeação no momento da celebração do contrato, verifica-se que a situação do eleito nesse momento não importa para a conclusão do negócio jurídico ou até mesmo para a sua nomeação, pois, naquele momento, o contrato é firmado apenas entre os contratantes originários e, portanto, apenas estes, os contratantes originários, é que precisam apresentar as qualidades que o ordenamento legal exige para que o negócio jurídico celebrado seja considerado válido.

Veja-se que essa situação se aplica ainda que conste na cláusula de eleição quem será a pessoa a nomear, por ajuste prévio definido pelas partes. Isso ocorre porque, ainda que o eleito já esteja definido ao momento da celebração do contrato, ele somente participará da relação jurídica, assumindo direitos e obrigações, após formalizar a aceitação da nomeação realizada pelo estipulante. Antes disso, a pessoa a nomear possui mera expectativa de direito

para ingressar na relação jurídica e receber, por transferência, os direitos e obrigações imputados ao estipulante no momento da celebração do negócio jurídico.

Vale lembrar que o estipulante não está obrigado a efetuar a nomeação constante na cláusula de reserva, ainda que conste na referida cláusula o nome da pessoa que pode ser nomeada no contrato em exame. A responsabilidade do estipulante perante o promitente é o cumprimento do contrato, nos termos em que foi estabelecido. Não há como dissociar o contrato de sua natureza jurídica primária: o contrato com pessoa a declarar, em que pese suas idiossincrasias, deve ser visto, primeiramente, como um contrato, que vincula as partes por meio de suas declarações, traduzidas em cláusulas que estipulam os direitos e as obrigações decorrentes do pacto firmado.

A cláusula de eleição ou reserva de eleição é, como diz o nome, apenas uma faculdade concedida pelo ordenamento jurídico a um dos contratantes originários, mediante aceite do outro contratante originário, para transferir os direitos e obrigações assumidos no negócio jurídico para um terceiro que não estava afetado pelos termos do negócio no momento da contratação. Entretanto, a opção contratual não é uma exigência de validade para o negócio jurídico estabelecido. Assim, não há impedimento legal para que o estipulante permaneça como contratante até o cumprimento de todas as obrigações estabelecidas no contrato em exame.

Ademais, a situação da pessoa a nomear antes da aceitação do encargo pouco importa para a celebração do contrato, pois são apenas os contratantes originários que precisam apresentar as qualidades exigidas pelo ordenamento legal para que o negócio jurídico possa produzir seus efeitos no universo jurídico. A qualidade do agente nomeado somente será relevante no universo jurídico a partir do momento em que este agente passa a integrar a relação jurídica, sofrendo os efeitos decorrentes do negócio e assumindo direitos e obrigações – pois, para tanto, precisará estar revestido das qualidades exigidas pelo ordenamento.

Exemplificativamente, veja-se o caso de uma pessoa jurídica que é apontada na cláusula de eleição como a pessoa jurídica a ser nomeada pelo estipulante, pois essa pessoa jurídica apresenta todas as condições desejadas pelo promitente para a celebração do negócio, inclusive revestindo-se da capacidade exigida para a celebração do contrato e assunção dos

direitos e obrigações constantes no negócio jurídico. Assim, após a nomeação, bastaria a aceitação para que essa pessoa jurídica se tornasse contratante, em plenas condições de assumir a posição originária do estipulante. Entretanto, no momento da aceitação da nomeação, a pessoa jurídica apresenta-se em processo de decretação de falência. Nessa hipótese, a nomeação não pode ser considerada válida, pois a pessoa jurídica não dispunha do requisito legal exigido para tornar-se parte contratante do negócio.

Veja-se, portanto, que de nada adiantaria a pessoa jurídica estar em sólida posição financeira e administrativa e em plena capacidade no momento da celebração do negócio se, no momento da nomeação não reunir as qualidades exigidas pela lei para que o ato possa produzir efeitos jurídicos. Por isso, acertadamente preocupou-se o legislador em apontar a exigência da capacidade da parte apenas no momento da nomeação, pois é nesse momento que o agente precisa demonstrar as características que a lei exige para que venha a integrar o contrato, mantendo-se o objetivo de realizar o objeto do contrato.

Outrossim, eventual incapacidade momentânea da pessoa nomeada no momento da celebração do negócio é irrelevante para a produção dos efeitos do contrato. Isso porque o contrato, ao ser celebrado, já produz efeitos. Assim, se alguma prestação é devida antes de ocorrer a nomeação, responde por ela o contratante originário, pois este permanece vinculado ao contrato – assumindo todas as obrigações decorrentes do negócio jurídico – até que seja aceita a nomeação realizada pelo estipulante. Desse modo, embora os efeitos da nomeação da pessoa a declarar sejam retroativos, não se exige que o contratante nomeado possua capacidade para adimplir eventual obrigação estipulada no contrato antes de sua nomeação; basta que o contratante observe os deveres estipulados e passe a cumpri-los, respondendo por eventual inadimplemento perante o promitente, observado direito de regresso em face do estipulante, pois é regra já insculpida no direito brasileiro o conceito de que aquele que exerce o domínio deve responder pela coisa (inclusive por eventual perecimento).

A retroatividade dos efeitos do contrato, decorrentes da aceitação da nomeação da pessoa a declarar, não traduz um novo pressuposto para determinar quem pode ser eleito ou não, pois a referida retroatividade determina apenas que a pessoa nomeada assuma a responsabilidade pelo adimplemento das obrigações estabelecidas no contrato; aquelas prestações vencidas, contudo, durante o período da eleição, antes da nomeação, dizem respeito especificamente ao contratante originário, e somente podem ser opostas ao eleito no

que tange à exigibilidade de seus efeitos, independentemente de a pessoa nomeada ter ou não capacidade para a prática de atos da vida civil no momento do vencimento da prestação.

Situação similar é a aquela vislumbrada nos casos de uma sucessão de controladores de uma sociedade anônima. Embora a sociedade anônima originária tenha, por exemplo, constituído dívidas antes mesmo da constituição da pessoa jurídica que a sucederá, não há impedimentos para que os credores da sociedade anônima originária cobrem da nova controladora as dívidas vencidas, pois é a nova sociedade anônima que deverá recepcionar os efeitos dos atos praticados pela sociedade anônima originária.

Assim, não há como apontar a necessidade de capacidade da pessoa a nomear antes da aceitação. Todavia, podem as partes, em comum acordo, por meio de suas declarações de vontade dirigidas, apontar na cláusula de eleição as características que pretendem encontrar na pessoa a ser nomeada. Não há restrições para as especificações dessas características, desde que não haja violação de direitos nessa cláusula (o que a tornaria nula ou anulável). Assim, não haveria impedimento para que restasse anotado que a pessoa a ser nomeada deveria apresentar, no momento da celebração do contrato, plena capacidade para a prática dos atos da vida civil. No entanto, isso representaria apenas uma convenção das partes e, por isso mesmo, teria força vinculante somente entre as partes contratantes originárias, que anuíram com essas disposições.

Assim, a retroatividade dos efeitos da aceitação não exige a capacidade plena do eleito no momento da celebração do contrato.

Além da capacidade para agir e praticar atos jurídicos, outra qualidade exigida pela ordem jurídica para a celebração do contrato com pessoa a declarar é a legitimidade do agente para praticar atos inerentes ao bem objeto do contrato em exame.

Para a prática de determinados atos, a lei ou o ato jurídico estabelecido unilateralmente ou pelas partes envolvidas na relação jurídica exige que o agente que pretende praticar esses atos possua algumas características em relação ao bem objeto desse ato. Ou

seja, é necessário verificar *quem* pode praticar determinados atos e *quais* atos pode essa pessoa praticar<sup>99</sup>.

A celebração de um negócio jurídico é feita a partir da constituição de uma relação jurídica por sujeitos de direito. Assim, esses sujeitos de direito devem revelar sua capacidade para a prática dos atos, bem como a legitimidade para o exercício dos direitos em relação ao bem objeto da relação jurídica estabelecida.

Portanto, a legitimação consiste exatamente na constatação de que o agente que pretende praticar os atos atende aos requisitos expostos, ou seja, apresenta-se como sujeito apto a exercer os direitos que recaem sobre o bem objeto da relação jurídica em relação aos demais sujeitos de direito, partícipes ou não da relação jurídica em questão.

Essa característica da legitimidade autoriza o agente a praticar determinados atos em relação a um bem (ou conjunto de bens), e esses atos são reconhecidos no universo jurídico porque o agente que os pratica possui as qualidades exigidas na lei, tornando-os válidos. A legitimidade, portanto, não surge a partir de uma declaração de vontade, mas é depreendida pelos pressupostos constantes na ordem jurídica<sup>100</sup>.

Essa formação de caráter dúplice da legitimação, abrangendo as características peculiares ao sujeito de direito em relação ao bem, e aos pressupostos objetivos determinados na lei para o exercício dessa legitimação, conferem a esse requisito ora em análise uma classificação dúbia segundo os doutrinadores. Para alguns, trata-se de um requisito de validade do negócio; para outros, trata-se de um fator de eficácia do negócio jurídico.

A legitimação não é um pressuposto de validade do contrato, mas um fator de eficácia, pois a consequência do reconhecimento da legitimação seria a produção de efeitos

---

<sup>99</sup> Conforme a lição de Marcos Bernardes de Mello (*Teoria do Fato Jurídico: Plano da validade*, 8.ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 33), “a legitimidade consiste em uma posição do sujeito relativamente ao objeto do direito, que se traduz, em geral, na titularidade do direito, posição esta que tem como conteúdo o poder de disposição, bem como o poder de aquisição.” No mesmo sentido, Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. 3, São Paulo, RT, 1983, p. 125.

<sup>100</sup> Segundo Antônio Junqueira de Azevedo (*Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, 4.ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 35), a legitimidade das partes para a prática de atos válidos no ordenamento jurídico é considerada um elemento categorial. E os elementos categoriais não resultam da vontade das partes, mas da ordem jurídica.

pelo contrato. Isso decorre de algumas concepções construídas a partir de vieses históricos acerca da caracterização dos elementos de um negócio jurídico.

Segundo ensina Emilio Betti, a legitimação é um pressuposto subjetivo-objetivo do negócio, pois depende de uma particular relação do sujeito com o objeto do ato. Assim, a legitimação poderia ser concebida como a competência do sujeito para alcançar ou suportar os efeitos jurídicos da regulamentação de interesses que se estabeleceu<sup>101</sup>. Na mesma linha leciona Luiz Roldão de Freitas Gomes, para quem a legitimação é um pressuposto atinente a uma posição do agente, ou seja, uma relação entre ele e os outros homens e entre ele e a coisa, podendo até mesmo definir-se como competência específica para regular determinados interesses<sup>102</sup>.

A partir desse conceito, alguns doutrinadores entendem que a ausência de legitimação da parte em relação à coisa objeto do contrato ocasiona a ineficácia do contrato. Assim, a ausência de ilegitimidade representaria um fator de eficácia do contrato, e não um requisito de validade<sup>103</sup>.

Entretanto, parece-nos que essa classificação está equivocada. A ausência de legitimação da parte para exercer os direitos sobre a coisa impede o agente de efetuar qualquer ato que se classifique como jurídico em relação ao bem. É o que se convencionaria chamar de vício de origem do negócio.

Ora, existindo vício na origem do negócio, pois celebrado por alguém que não se revela legitimado para praticar qualquer ato de disposição de direitos sobre o bem objeto do negócio, o negócio não poderia ter sido firmado com esse agente. Assim, há uma anulabilidade do negócio jurídico, e não meramente a sua ineficácia – pois os demais pressupostos de validade do negócio estão suportados pela qualidade objetivamente definida na lei que o agente precisa ter, no caso, a sua legitimação perante a coisa objeto da relação.

---

<sup>101</sup> BETTI, Emilio, *Teoria General Del Negocio Juridico*, p. 176.

<sup>102</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 110.

<sup>103</sup> Nessa linha, ver GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 110-111.

Por isso, ao qualificar como válidos os atos que ingressam no universo jurídico pela característica da legitimação do agente, entende-se que essa qualidade fica revestida de pressuposto de validade do negócio jurídico, não se confundindo com a determinação de sua eficácia.

Ultrapassada a conceituação e classificação da legitimação, é necessário averiguar em que momento do negócio jurídico essa qualidade deve ser constatada. No contrato com pessoa a declarar, há dois momentos em que isso poderia ser feito; o primeiro deles, quando há a celebração do negócio entre os contratantes originários; o segundo, quando há a aceitação da pessoa nomeada pelo estipulante.

Para a celebração do contrato com pessoa a declarar, as partes contratantes necessitam apresentar todas as características exigidas pela lei para concluírem o negócio, pois este produz efeitos imediatamente e o estipulante possui apenas uma faculdade de utilização da cláusula de eleição, razão pela qual os contratantes originários podem permanecer vinculados aos termos do contrato, assumindo integralmente os direitos ali expostos e as obrigações determinadas de parte a parte. A legitimação, juntamente com a capacidade das partes, permanece exigível durante toda a vigência e a execução do contrato, uma vez que se revela parte imutável da relação jurídica<sup>104</sup>.

Assim, não há dúvidas de que, entre os contratantes originários, necessita-se verificar a legitimação de ambos para dispor as cláusulas do contrato tal como aparecem no negócio jurídico. A questão que continua a permear a validade do contrato com pessoa a declarar é se essa legitimação seria também determinante para a escolha da pessoa a nomear.

A figura do eleito é independente da figura dos contratantes originários. A única relação entre os contratantes originários e o eleito é a possibilidade de o estipulante efetuar, por conta própria, a escolha do eleito – que pode também ser feita por um terceiro, indicado pelas partes na cláusula de eleição do contrato em exame. Assim, o eleito não apresenta qualquer característica, subjetiva ou objetiva, relacionada ao exercício dos direitos e obrigações constantes no contrato com pessoa a declarar, exceto aquelas já eventualmente determinadas e convencionadas pelas partes na cláusula de eleição.

---

<sup>104</sup> A anotação é de ASSIS, Araken, *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 512.

Com isso, não há como exigir do eleito que ele apresente as mesmas características e qualidades que a lei exige dos contratantes originários para a celebração do contrato. A legitimação do eleito somente ocorrerá quando houver a indicação de seu nome para o ingresso na relação jurídica subjacente ao negócio, pois, ao efetuar o ato de aceitação da nomeação, o estipulante transferirá ao eleito sua posição contratual e os direitos e obrigações decorrentes dos termos do contrato. Assim, restará o eleito revestido das qualidades e características exigidas para tomar parte do negócio jurídico e mantê-lo válido, pois a prática de seus atos terá efeito no universo jurídico.

Essa é até mesmo uma consequência lógica da validação da nomeação do eleito no contrato com pessoa a declarar. Veja-se que, se os contratantes originários já desfrutavam da condição de legitimados para exercer os direitos e obrigações estipulados no contrato, por exclusão não poderiam terceiros também constar como legitimados para exercerem os mesmos direitos e obrigações em relação ao mesmo bem objeto do negócio. A legitimação de um terceiro estranho ao negócio somente poderia ocorrer mediante a transferência dessa legitimação ao terceiro, o que está em consonância com o próprio mecanismo de funcionamento do contrato em exame.

Feitas essas considerações, verifica-se que a legitimação, além de revestir-se de uma qualidade que concede validade ao negócio jurídico, somente deve ser analisada no momento da contratação, pois seus efeitos serão transferidos ao terceiro no contrato com pessoa a declarar a partir da nomeação do eleito, que assume a posição contratual com efeitos retroativos.

A lei também exige, para a validade do contrato, que o tempo nele estipulado apresente a veste jurídica adequada para que possa produzir efeitos jurídicos em conformidade com a lei<sup>105</sup>. Portanto, necessário identificar esse elemento no contrato com pessoa a declarar.

Ao se referir a tempo do contrato, remonta-se ao prazo que é concedido ao estipulante para o exercício da faculdade de nomeação. Na legislação brasileira, o artigo 468

---

<sup>105</sup> A indicação é de AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, 4. Ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 43.

do Código Civil<sup>106</sup> determina que, caso as partes não definam um prazo na cláusula de eleição, o exercício da faculdade de nomeação deve ser realizado em até cinco dias após a celebração do contrato com pessoa a nomear.

A legislação brasileira, portanto, optou pela forma da total liberdade na escolha do prazo entre os contratantes, como um estímulo ao uso dessa modalidade contratual e a fim de promover a circulação de riquezas por meio do contrato ora em exame. Todavia, a total autonomia das partes para definir esse prazo pode revelar-se contrária aos interesses do direito, causando efeitos que podem conduzir à anulação do negócio ou ainda, à sua ineficácia.

Não por acaso o legislador convencionou o prazo de cinco dias para que a nomeação seja feita caso os contratantes originários não tenham definido um prazo na cláusula de eleição. O prazo assinalado foi considerado um lapso temporal razoável para atender aos interesses do contrato ora em exame, e está em consonância com os prazos concedidos em legislações européias sobre o assunto, conforme se detalhará mais adiante.

O uso da cláusula de eleição deve ser feito de modo que atenda aos interesses da parte e aos interesses de ordem pública, como a manutenção dos pactos, a circulação das riquezas e a incidência dos impostos devidos pela transmissão de direitos de parte a parte. Caso o prazo estipulado pelas partes seja deveras longo, em que pese a inexistência de vedação legal (e a autorização daí reflexa), pode esse contrato com pessoa a declarar não cumprir com sua função, gerando uma anulabilidade ou ineficácia perante terceiros, ou até mesmo pode induzir uma situação antijurídica, pois a extensão do prazo conduz a uma situação de incerteza subjetiva que não é benéfica para a segurança do negócio jurídico e a agilidade do comércio jurídico<sup>107</sup>.

Por outro lado, a fixação do prazo para o exercício da cláusula de eleição não pode ser tão curto que inviabilize e dificulte a escolha do eleito para melhor atender aos

---

<sup>106</sup> Art. 468. Essa indicação deve ser comunicada à outra parte no prazo de cinco dias da conclusão do contrato, se outro não tiver sido estipulado.

Parágrafo único. A aceitação da pessoa nomeada não será eficaz se não se revestir da mesma forma que as partes usaram para o contrato.

<sup>107</sup> Segundo lição de ASSIS, Araken. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. V: Das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 525.

interesses dos contratantes originários, impedindo que o contrato com pessoa a declarar desempenhe sua função precípua, que é justamente a possibilidade de transferência de direitos a terceiros por um dos contratantes originários.

A determinação do prazo mais adequado para a escolha do eleito é decorrência de um processo de evolução histórico do conceito do contrato com pessoa a declarar. Em seu uso perante o direito costumeiro, o contrato ora em exame era utilizado a fim de proteger o interesse de determinado contratante, que não queria revelar sua identidade perante a sociedade da época, por motivos de ordem econômica, social e fiscal. Assim, em sua origem, o contrato com pessoa a declarar não tinha por finalidade promover apenas a circulação de riquezas, mas também proteger os interesses econômicos e sociais de um dos contratantes, que se revelava apenas após a utilização desse artifício jurídico criado para tanto.

Dessa forma, justificava-se que a revelação do nome do verdadeiro contratante fosse realizada em um prazo exíguo, pois a contratação era feita de modo dirigido, apenas deixando de revelar para um dos contratantes originários a verdadeira identidade da outra parte, a fim de proteger os interesses desta.

Posteriormente, com o desenvolvimento da sociedade mercantil, o contrato com pessoa a declarar assume um papel um pouco distinto. Embora ainda servisse para proteger os interesses de uma sociedade burguesa incipiente, o contrato com pessoa a declarar era utilizado nas áreas de maior movimentação mercantil para poder facilitar a circulação de riquezas. Assim, essa figura deixou de ser uma modalidade contratual dirigida a alguém já previamente escolhida, para possibilitar que a circulação das riquezas ocorresse segundo a conveniência de um capital especulativo e do comércio da época, estimulada pela impessoalidade exigida pela movimentação mercantil que se criou após o período das Cruzadas.

Não por menos que, após esse período, verificou-se que o prazo para a escolha do eleito não poderia ser tão exíguo a ponto de inviabilizar a realização dos atos do comércio a que se prestava. Tampouco poderia ser tão extenso a ponto de revelar uma ineficiência na transferência dos direitos e obrigações decorrentes do contrato em exame.

Durante o processo de positivação na Europa Ocidental, verificou-se uma preocupação maior em definir algumas regras atinentes à definição do prazo que se poderia utilizar nessa modalidade contratual, de reconhecida utilização, em detrimento de uma normatização específica acerca da modalidade contratual, que foi positivada em poucos ordenamentos jurídicos ocidentais. Apenas a título exemplificativo, veja-se que o Código de Napoleão não se ocupou de definir ou regular a utilização do contrato com pessoa a declarar – embora tampouco tenha proibido a utilização do contrato ora em exame. No entanto, a faculdade de utilização da cláusula de eleição nos contratos permaneceu regulamentada por textos fiscais. Nessa legislação fiscal francesa, vislumbrava-se uma preocupação com o interesse social decorrente da arrecadação dos tributos, evitando-se uma fraude ao Fisco a partir da modalidade contratual em questão. Por isso, os prazos fixados variavam entre seis meses, como ocorreu na primeira lei que regulamentou o assunto na França, até um prazo máximo para que um dos contratantes originários optasse pela escolha e nomeação do eleito de exíguas vinte e quatro horas, como consta no Código de Processo Civil<sup>108</sup>.

O prazo estipulado pelo legislador francês, apesar de exíguo, tinha por finalidade evitar que o contrato com pessoa a declarar assumisse um papel de modalidade de fugir às obrigações fiscais decorrentes da transferência de domínio dos bens que o contrato em exame propiciava<sup>109</sup>. Assim, os contratantes originários deveriam utilizar essa modalidade contratual em determinadas circunstâncias, especialmente quando já soubessem a quem poderiam ser transferidos os direitos e obrigações estabelecidos no negócio jurídico em questão, a fim de não arcarem exclusivamente com os efeitos decorrentes da contratação originária.

---

<sup>108</sup> Segundo a lição de Luiz Roldão de Freitas Gomes (*Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1993, p. 64), a legislação francesa determinou, na Lei sobre a formalidade e o imposto de registro dos atos civis e judiciários e tarifas dos direitos relativos, de 05 de setembro de 1790, que o prazo para o exercício da *declaratiòn de command* era de seis meses, e objetivava, primordialmente, a organização das conseqüências tributárias da utilização dessa modalidade contratual. Já a Lei 22 *frimaire, an VII*, de 12 de dezembro de 1798, determinou a tributação das *declaratiòn de command* com uma taxa fixa, exigindo-se que a cláusula de reserva de eleição fosse expressamente aposta no contrato de venda ou no ato de adjudicação. E o Código de Processo Civil estabeleceu, por fim, o prazo de vinte e quatro horas para o adjudicatário promover a aludida declaração.

<sup>109</sup> Nesse sentido, PLANIOL, Marcel et RIPERT, Georges, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. X, 2.ed., Paris, Librairie de Droit et de Jurisprudence, 1956, p. 253.

Já o Código Civil italiano prevê até hoje um prazo de três dias para que o estipulante apresente ao outro contratante originário o nome da pessoa a declarar<sup>110</sup>. Esse prazo, também exíguo, reflete igualmente a preocupação do legislador italiano com a operacionalidade dessa modalidade contratual e com a possibilidade de evasão fiscal que o contrato ora em exame propiciaria caso não fosse regulado<sup>111</sup>.

A limitação do prazo para efetuar a nomeação também foi uma preocupação verificada na legislação de alguns países sul americanos que regulamentaram a matéria, como o Peru e a Bolívia. Na Bolívia, por exemplo, o ordenamento determinou que a faculdade para tornar efetiva a reserva de nomeação é de três dias, juntamente com o documento que aponta a aceitação da nomeação realizada<sup>112</sup>. No Peru, a legislação é um pouco mais flexível, e concede o período de vinte dias para o exercício da reserva de nomeação. Aqui também é exigida que a declaração de nomeação encaminhada ao contratante originário esteja acompanhada do documento de aceitação do eleito<sup>113</sup>.

Como se vê, as legislações desses países sul americanos refletem um mesmo estágio econômico e de utilização do conceito, qual seja, para evitar que haja fraudes ao Fisco e para deixar de revelar o nome do contratante no momento da celebração do negócio, pois o prazo limite nos dois casos é bastante exíguo.

---

<sup>110</sup> O artigo 1402 do Código Civil italiano dispõe o seguinte: “*Prazos e modalidades da declaração de nomeação.* A declaração de nomeação deve ser comunicada à outra parte no prazo de três dias da estipulação do contrato, se as partes não tiverem estabelecido um prazo diferente. A declaração só tem efeito se for acompanhada da aceitação da pessoa nomeada ou se existir uma procuração anterior ao contrato.” (tradução livre).

<sup>111</sup> Conforme MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. IV: Derecho de las obligaciones, trad. Santiago Sentis, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955, p. 440.

<sup>112</sup> Dispõe o artigo 472 do Código Civil boliviano: “I. Al concluir el contrato, puede una de las partes declarar que lo celebra em favor de otra persona, expresando a la vez que se reserva la facultad de revelar posteriormente el nombre de ésta. II. Dentro del término de tres días, desde la celebración del contrato, debe comunicarse a la otra parte el nombre de la persona a favor de quien se ha celebrado, acompañando el documento de su aceptación y el poder otorgado para representarla. III. Si vencido el plazo, no se ha comunicado el nombre de la persona, el contrato producirá sus efectos solo entre los contratantes originarios.”

<sup>113</sup> Dispõe o artigo 1.474 do Código civil peruano: “La declaración de nombramiento debe comunicarse a la otra parte dentro de un plazo que no podrá exceder de veinte días, contados a partir de la fecha de celebración del contrato. La declaración de nombramiento no tiene efecto si no es acompañada de la aceptación de la persona nombrada.”

No Código Civil português, o legislador tardiamente regulou a modalidade contratual ora em exame. Dessa forma, quando o fez utilizou-se de um conceito mais flexível para a dinamização do contrato com pessoa a declarar, em consonância com a utilização que essa figura contratual poderia ter em uma economia mais dinâmica e menos restrita, como era à época da origem do conceito. Aliás, similar ao fenômeno que se verificou no Brasil, já sustentava Vaz Serra, antes mesmo da vigência do atual Código Civil português, que o contrato com pessoa a declarar, previsto no artigo 465 do Código Comercial português<sup>114</sup>, devia ser admitido no Direito português sem restrições, não se limitando apenas às regras referentes à compra e venda, ainda que nesse tipo de contrato encontrasse maior interesse<sup>115</sup>.

Considerando o espectro mais amplo que a doutrina portuguesa vislumbrava para o contrato com pessoa a declarar, o ordenamento jurídico regulou a limitação do prazo para o exercício da faculdade de nomeação de forma mais abrangente, atendendo aos interesses das partes contratantes envolvidas na relação jurídica, e observando, com ressalva, a proteção dos interesses públicos quando o prazo não fosse regulado pelos privados. Dessa forma, consta no artigo 453º do Código Civil português<sup>116</sup> que o prazo para efetuar a nomeação pode ser convencionado livremente pelas partes e, na falta de apontamento desse prazo na cláusula de reserva de eleição, deveria ser considerado o prazo de cinco dias para o exercício dessa faculdade.

Essa terminologia foi reproduzida, igualmente, no atual Código Civil brasileiro. Assim, não houve uma determinação expressa do legislador brasileiro quanto à limitação do prazo para exercício da faculdade de nomeação pelos contratantes originários, que podem convencionar livremente esse termo, utilizando-se da liberdade contratual concedida às partes, desde que orientadas pelos deveres anexos à boa-fé, com que devem pautar suas condutas na

---

<sup>114</sup> Art. 465. O contrato de compra e venda mercantil de coisa móvel pode ser feito, ainda que directamente, para pessoas que depois hajam de nomear-se.

<sup>115</sup> VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 79, p. 163-198.

<sup>116</sup> Artigo 453º do Código Civil português: “1. A nomeação deve ser feita mediante declaração por escrito ao outro contraente, dentro do prazo convencionado ou, na falta de convenção, dentro dos cinco dias posteriores à celebração do contrato. 2. A declaração de nomeação deve ser acompanhada, sob pena de ineficácia, do instrumento de ratificação do contrato ou de procuração anterior à celebração deste.”

celebração do negócio e durante sua execução, conforme anuncia o artigo 422 do referido diploma<sup>117</sup>.

Essa flexibilidade na determinação do prazo para apontar a pessoa a nomear parece ter surgido por duas razões, primordialmente. A primeira delas é pela conduta das partes orientada pelos deveres anexos ao princípio da boa-fé, o que impediria, ao menos em tese, que fossem estipuladas no contrato cláusulas visando a fins ilícitos ou no intuito de prejudicar a terceiros. O segundo parece ser para que o contrato com pessoa a declarar, conceito introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com o atual Código Civil, pudesse ser utilizado de forma livre, sem as restrições impostas em outras legislações pois, para isso, já há outras figuras no Direito brasileiro. Ainda, o estímulo a uma prática contratual que estimula a circulação de riquezas era primordial frente ao desenvolvimento da economia brasileira e, por essa razão, a qualidade do prazo fixado para o exercício da faculdade constante na cláusula de eleição está mais próxima da regra contida no ordenamento português do que aquela contida nos demais ordenamentos jurídicos onde o contrato ora em exame foi regulamentado.

Ademais, a fixação de prazos longos ou curtos para o exercício da faculdade de nomeação do eleito deve observar o interesse das partes ou o interesse jurídico a ser tutelado, em conformidade com as demais normas do ordenamento. Por essa razão, não se pode deixar de observar que a estipulação de prazos longos é contrária à segurança jurídica e ao próprio interesse das partes, em especial, do promitente, que pode ficar ao arbítrio da escolha do estipulante por um longo tempo.

Além disso, há determinadas inclusões legislativas no ordenamento jurídico que determinam a estipulação de um prazo menor para a escolha do eleito. É o que ocorre, por exemplo, com o disposto no artigo 123, §1º, da Lei 9.503/1997<sup>118</sup>. Nesse dispositivo legal, restou estabelecido o prazo de trinta dias para que o proprietário de veículo automotor adote as medidas necessárias para promover a expedição de novo certificado de registro do veículo

---

<sup>117</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé

<sup>118</sup> Artigo 123, §1º do Código de Trânsito Brasileiro: “No caso de transferência de propriedade, o prazo para o proprietário adotar as providências necessárias à efetivação da expedição do novo Certificado de Registro de Veículo é de trinta dias, sendo que nos demais casos as providências deverão ser imediatas.”

transferido, sob pena de continuar responsável pelas infrações de trânsito. Assim, para um vendedor de automóveis que tenha se valido do contrato com pessoa a declarar para desenvolver seu negócio, não é interessante pactuar um prazo superior a trinta dias para o exercício da cláusula de eleição, pois poderá continuar respondendo por eventuais infrações cometidas com o veículo ainda que não esteja na posse do bem – embora possa deixar de responder pelos vícios redibitórios do automóvel caso o prazo fixado seja superior a trinta dias.

Por outro lado, cumpre esclarecer que o exercício da faculdade de nomeação de pessoa a declarar é uma cláusula resolutiva do exercício do domínio sobre o bem objeto do negócio jurídico<sup>119</sup>. Portanto, ao ser utilizada a cláusula de eleição, extinguem-se eventuais direitos reais adquiridos sobre a coisa adquirida pelo estipulante no interregno de tempo entre a conclusão do negócio entre os contratantes originários e o momento da aceitação da nomeação pelo eleito. Isso elidiria eventuais problemas decorrentes da fixação de longos prazos para o exercício da cláusula de eleição, razão pela qual não se limitou o legislador brasileiro a determinar um período máximo para o exercício desse direito previsto na modalidade contratual ora em exame.

A qualificação do prazo para que os atos praticados no contrato possam ingressar no mundo jurídico fundamental para a validade do negócio em questão. O contrato com pessoa a declarar delimita a utilização de um prazo que atenda aos interesses das partes e esteja em consonância com os requisitos legais obtidos a partir das linhas do ordenamento jurídico vigente. Dessa forma, a adequada utilização da flexibilidade para a estipulação de um prazo visando a exercer a faculdade de escolha do eleito torna o contrato válido no ordenamento e, conseqüentemente, eficaz em relação aos demais sujeitos de direito.

Isso posto, verifica-se que o conjunto de elementos essenciais ou gerais asseguram a formação do contrato no plano da existência do negócio jurídico, e as qualidades atinentes a cada um desses elementos fornece o sustentáculo para a validação dos atos praticados em relação a esse negócio jurídico no plano da validade. São essas características que permitirão o reconhecimento do contrato com pessoa a declarar, e sua eficácia emana dos fatores que

---

<sup>119</sup> ASSIS, Araken. *Código Civil brasileiro comentado*, vol. V: das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 526.

envolvem as circunstâncias negociais em que cada contrato está envolto, conforme a classificação da natureza do contrato, que será vista a seguir.

## 2.2. Natureza Jurídica e efeitos

O conceito do contrato com pessoa a declarar foi desenvolvido como resultado da experiência privada a partir do período medieval, com o objetivo de permitir a realização de determinados atos de comércio altamente regulados pela sociedade feudal da época e pela estagnação econômica vivenciada no período. Somam-se a isso as experiências decorrentes da evolução da sociedade mercantil e o uso do contrato com pessoa a declarar como forma de dinamizar as relações econômicas, promovendo a circulação de riquezas em um período no qual se descobriu a moeda como fonte de desenvolvimento para os povos.

A regulamentação do contrato com pessoa a declarar trouxe a necessidade de conceituar essa prática costumeira, e daí derivam diversas discussões doutrinárias acerca da classificação do conceito, das teorias aplicáveis para cada elemento constituinte do negócio jurídico, e dos efeitos decorrentes do negócio de acordo com cada classificação escolhida pela doutrina<sup>120</sup>.

No Brasil, a ausência de regulamentação dessa figura jurídica até a entrada em vigor do atual Código Civil impediu um desenvolvimento mais avançado acerca desses temas. Todavia, considerando que a figura jurídica positivada no ordenamento brasileiro a partir de 2002 se assemelha à modalidade contratual definida primeiramente na Europa Ocidental e reprisada em alguns ordenamentos latino-americanos, pode-se utilizar dos mesmos debates

---

<sup>120</sup> Conforme aponta REALE, Miguel (*Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 68), são os usos e costumes que permitirão a construção de conceitos vinculados a uma concreção social e dotados de sentido jurídico, de modo que podem preencher as lacunas do ordenamento eficazmente.

lançados na Europa para definir, segundo o ordenamento brasileiro, qual a natureza jurídica do contrato com pessoa a declarar, bem como seus efeitos decorrentes dessa classificação.

O estabelecimento de critérios objetivos para compreender os conceitos auxilia na execução da norma como posta, mas é possível atingir esses mesmos resultados através da razoabilidade do intérprete da lei. Contudo, vale aqui lembrar a lição de Dworkin, segundo o qual, o problema não está na aplicação da regra, mas em sua formulação. Segundo o ilustre autor, a regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enumerar a regra, sem enumerar as exceções<sup>121</sup>.

A evolução dos conceitos permitiu o abrandamento do princípio da relatividade dos efeitos do contrato. Isso reproduz, em parte, a sociedade atual, pois não faz mais sentido apontar que as declarações de vontade traduzem efeito tão-somente pessoal. Assim, conforme esclarece Gonçalo Rollemberg Leite<sup>122</sup>, surgem no Direito contemporâneo as modalidades contratuais em que terceiros originariamente estranhos ao contrato são atraídos à sua órbita, deixando a declaração de vontade do contratante de atuar em seu próprio círculo jurídico para servir interesses de outrem, ocasionando uma espécie de colaboração jurídica de uma pessoa nos contratos de outra.

Diversos foram, portanto, os conceitos desenvolvidos para definir a modalidade do contrato com pessoa a declarar. Segundo o jurista italiano Enrietti, um dos maiores estudiosos sobre o tema na Europa Ocidental, o contrato com pessoa a declarar é uma *fattispecie* em que uma pessoa – o estipulante – contrata, por si, com uma outra – o promitente – reservando-se, porém, a faculdade de nomear sucessivamente, como parte contratante, e no próprio lugar, uma outra pessoa, perdendo o estipulante sua qualidade de parte contratante *ex tunc*<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, p. 25. No original: “the rule might have exceptions, but if it does, then it is inaccurate and incomplete to state the rule so simply, without enumerating the exceptions. In theory, at least, the exceptions could all be listed, and the more of them that are, the more complete is the statement of the rule.”

<sup>122</sup> LEITE, Gonçalo Rollemberg, *Contrato por pessoa a declarar*, Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 181, p. 456-467, jan./mar.1958.

<sup>123</sup> ENRIETTI, Enrico. “Contratto per persona da nominare”, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. 4., Torino, Utet, 1968, p. 673.

No entanto, a definição mais precisa foi também a mais singela, fornecida por Antunes Varela<sup>124</sup>, ao apontar que o contrato com pessoa a declarar é o contrato em que uma das partes se reserva a faculdade de designar outra pessoa que assuma a sua posição contratual, como se o contrato fora celebrado com esta última.

É a partir da abertura semântica traduzida por Antunes Varela que se verificam as discussões acerca da natureza jurídica do contrato ora em exame, bem como a natureza jurídica de alguns de seus principais elementos e, ainda, os efeitos decorrentes do reconhecimento dessa modalidade contratual no universo jurídico.

O contrato com pessoa a declarar é uma figura jurídica desenvolvida a partir do desafio de dois princípios norteadores do direito contratual, a saber, o princípio da autonomia privada e o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos.

O princípio da autonomia privada é a expressão máxima do individualismo resultante do movimento do liberalismo no final do século XVIII e no século XIX<sup>125</sup>. Após o rígido controle do Estado feudal e, posteriormente, dos Estados absolutistas, a autonomia privada constituía a tradução absoluta da autonomia concedida aos indivíduos para que pudessem criar um conjunto de regras, por meio da fixação de direitos e obrigações entre privados, regulado pelas próprias partes contratantes. Possibilitava-se, finalmente, aos indivíduos, definir os as diretrizes que deveriam observar para celebrar um negócio jurídico, traduzindo para o universo jurídico as relações sociais e econômicas vislumbradas pelos privados, sem a costumeira intervenção estatal – que apenas era observada para declarar válida ou não determinada condição fixada no contrato, mediante a observância das regras gerais constantes no direito privado.

O princípio da autonomia privada encontra também um ambiente propício para seu desenvolvimento e utilização por meio do Código de Napoleão, que influenciou diversos ordenamentos jurídicos desenvolvidos ao longo do século XIX. Assim, certos princípios contratuais basilares foram desenvolvidos a partir das máximas do Código francês, que

---

<sup>124</sup> VARELA, João de Matos Antunes, *Direito da Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 13.

<sup>125</sup> Conforme MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ed., atualizada por Antonio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

exaltava a autonomia privada e determinava o rigorismo na observância dos termos pactuados entre as partes.

Um dos princípios que orientou o desenvolvimento do direito privado ao longo do século XIX foi justamente o da relatividade dos efeitos do contrato entre os contratantes. Conforme bem define Teresa Negreiros, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato delimita o âmbito de eficácia do contrato com base na dicotomia “parte” *versus* “terceiro”; isso significa que os contratos só produzem efeito relativamente às “partes”, não prejudicando ou beneficiando os “terceiros”, cuja vontade não tenha participado da formação do vínculo contratual<sup>126</sup>.

Esse princípio parece manter a concepção pré-justinianéia do Direito Romano, de que os negócios jurídicos não podem produzir efeitos em relação a terceiros. Todavia, diferentemente do radicalismo encontrado naquele sistema jurídico, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato apenas ressalva a impossibilidade de o contrato ser celebrado visando a atingir a esfera jurídica de terceiros que não fazem parte da relação jurídica subjacente ao negócio.

Ao longo do período de positivações verificado no século XIX e início do século XX, houve uma preocupação em apontar situações jurídicas nas quais os terceiros também se tornavam sujeitos de direito em determinados contratos, com o intuito de evitar a imobilidade das figuras jurídicas desenvolvidas no direito privado e para reconhecer as situações práticas em que os terceiros já poderiam participar de negócios jurídicos envolvendo outros contratantes, fundamentais até mesmo para a evolução do Direito. Assim, foram positivados conceitos como a cessão de direitos, a estipulação em favor de terceiro, a gestão de negócios, o mandato, dentre outros.

A valoração desses princípios da autonomia privada e da relatividade dos efeitos do contrato entre as partes durante o período das codificações reflete uma preocupação com o momento histórico no qual esses conceitos estavam envolvidos. Não há como transplantar os termos conceituais aplicados àquela época nos sistema jurídico atual, pois a semântica dos conceitos é diversa e a situação dos elementos que envolvem a formação dos contratos foi

---

<sup>126</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*, 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 212.

radicalmente transformada, adaptando-se às necessidades de uma sociedade dinâmica e menos preocupada com o papel central que o indivíduo exerce na sociedade, mas observando a autonomia das partes e os deveres de solidariedade e responsabilidade social que orientam a conduta dos sujeitos de direito, por meio de princípios constitucionais hoje estabelecidos, bem como pelos deveres anexos ao princípio da boa-fé, que permeiam a aplicação dos conceitos basilares do direito privado.

Já observava Clóvis do Couto e Silva, em sua obra máxima, que “a crise da teoria das fontes [das obrigações] resulta da admissão de princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da ciência do direito. Assim, fatores decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem passam a influenciar poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional<sup>127</sup>”.

Além disso, o princípio da autonomia privada e o princípio da relatividade não mais constituem, de forma independente, fundamento para determinar a força obrigatória dos contratos<sup>128</sup>. Isso advém, atualmente, dos demais princípios e deveres que permeiam o direito privado, como a proteção aos vulneráveis, a teoria da lesão, a observância dos deveres acessórios, dentre outros.

A flexibilização de conceitos centrais para a teoria contratual demonstra a reflexão que deve ser feita acerca da construção de contratos – que devem traduzir as operações econômicas no mundo jurídico<sup>129</sup> – perante a necessidade da sociedade atual. Os conceitos basilares do direito privado devem ser revistos e lidos sob a ótica de um Direito mais dinâmico e atento às funções sociais que as operações econômicas devem representar. Além disso, alguns conceitos primários do direito contratual não podem ser lidos sem uma orientação de outros conceitos fundamentais no direito privado para o estímulo à representação das relações sociais no mundo jurídico atual, tais como a liberdade de contratação, a boa-fé, o reconhecimento das novas fontes obrigacionais derivadas dos contratos, entre outros.

---

<sup>127</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro, FGV, p. 65.

<sup>128</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*, 2. Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 217.

<sup>129</sup> Segundo ROPPO, Enzo, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 7.

A caracterização da natureza jurídica do contrato com pessoa a declarar deve observar, portanto, uma leitura orientada das disposições normativas contidas no Código Civil atual mediante os princípios que permeiam os anseios da sociedade que se submete a esse ordenamento jurídico, permeada por princípios constitucionais bastante claros e pelos princípios que orientam o direito privado a alcançar os fins pretendidos pelas figuras jurídicas definidas na parte especial do Código.

Assim, a natureza jurídica dessas figuras conceituais positivadas já no século XIX e início do século XX reflete outras preocupações sociais e econômicas, e não se confunde com a natureza jurídica do contrato com pessoa a declarar. Consoante ensinou Luiz Roldão de Freitas Gomes, em conceito esclarecedor acerca da utilização dos preceitos tradicionais da teoria contratual, o contrato com pessoa a declarar é uma exceção ao princípio da relatividade<sup>130</sup>. Logo, não há como estudar o contrato com pessoa a declarar a partir de esquemas tradicionais, mas como uma figura autônoma, que apresenta características idiossincráticas que permitem diferenciá-la de outras figuras jurídicas, seja por seus elementos, seus efeitos ou por sua própria natureza.

A natureza jurídica do contrato com pessoa a declarar pode ser definida de duas formas. A primeira, a partir do conhecimento dos elementos e características que definem a modalidade contratual ora em exame. A segunda, a partir da análise comparativa com outras figuras jurídicas já estabelecidas nos ordenamentos jurídicos em que o contrato com pessoa a declarar foi reconhecido e utilizado como forma de contratação válida entre as partes. Assim, cabe analisar cada uma dessas opções para definir quais as razões na utilização de uma ou outra classificação e os efeitos daí decorrentes.

Inicialmente, vale destacar que o contrato com pessoa a declarar diferencia-se das demais modalidades contratuais porque o negócio jurídico em questão autoriza a projeção de efeitos na esfera jurídica de quem não participou da celebração do contrato que os gera<sup>131</sup>. Isso decorre da inclusão de uma cláusula de eleição no modelo contratual, autorizando um terceiro a agir como se contratante originário fosse, desde que observadas as disposições determinadas no contrato para que isso seja efetivado.

---

<sup>130</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 15.

<sup>131</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 16.

Com a projeção dos efeitos do contrato para terceiros, houve a necessidade de superar o princípio da relatividade dos efeitos do contrato entre as partes contratantes originárias para apontar que esse princípio não era essencial para a natureza da modalidade contratual. Antes pelo contrário, apenas a compreensão de que o contrato com pessoa a declarar possui uma natureza jurídica *sui generis* é que permite compreendê-lo como uma modalidade contratual diferenciada.

O contrato com pessoa a declarar não possui sua eficácia condicionada. Assim, desde o momento da celebração do contrato, é possível determinar que os direitos e obrigações nele estipulados passam a vigor, estando os contratantes originários vinculados às disposições constantes nas cláusulas estabelecidas conjuntamente no momento da celebração do negócio. Isso não difere o contrato com pessoa a declarar da ampla maioria das demais modalidades contratuais. Todavia, confere ao contrato com pessoa a declarar uma diferença em relação a outros contratos nos quais se verifica a possibilidade de substituição de uma das partes: o contrato ora em exame produz efeitos desde o momento de sua celebração, mas é possível que um terceiro, ainda desconhecido no momento da celebração do contrato, torne-se responsável pelos direitos e obrigações estipulados nesse contrato – que, importa frisar, já produz efeitos desde a sua assinatura – retroativamente à sua nomeação e respectiva aceitação do encargo<sup>132</sup>.

Essa é uma das características essenciais do mecanismo de funcionamento do contrato com pessoa a declarar, e auxilia a orientar na descoberta da natureza jurídica dessa modalidade contratual, pois, em regra, a sucessão de uma das partes não produz efeitos retroativos, como é o caso do contrato com pessoa a declarar. Ainda, a possibilidade de os contratante originários serem responsabilizados pela execução do contrato enquanto durar o período de indeterminação subjetiva do contrato revela um fator misto para apreciação da natureza jurídica dessa modalidade contratual, pois possibilita que um terceiro, que não possui qualquer relação com os contratantes originários, responda pelos direitos e obrigações determinados no negócio jurídico, ao mesmo tempo em que os contratantes originários devem responder pelos direitos e obrigações desse mesmo negócio em relação ao período em que executaram (ou deixaram de fazê-lo) as cláusulas contratuais firmadas.

---

<sup>132</sup> A esse respeito, veja-se TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*, 4.ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1982, p. 113.

Esse regime de responsabilidade acerca dos direitos e obrigações advindos de um contrato com pessoa a declarar é explicado pela compreensão dos fatores de eficácia constantes na modalidade contratual em questão, consoante demonstrar-se-á a seguir.

Outro aspecto relevante para a definição da natureza jurídica do contrato com pessoa a declarar é a característica definida como indeterminação subjetiva de uma das partes. No contrato ora em exame, não há objeções para que o titular de declaração de vontade, aquele que forma um dos pólos de contratação originariamente, no negócio jurídico em questão, não coincida com o sujeito do negócio. A substituição de um dos sujeitos de direito originariamente presentes na celebração do negócio jurídico é uma das características dessa modalidade contratual. Assim, não há qualquer prejuízo à outra parte contratante decorrente dessa característica do contrato, uma vez que, ao se submeter à contratação mediante a utilização dessa modalidade contratual, o promitente possui plena ciência das características do contrato, ao manifestar sua anuência em relação aos termos definidos pelas partes, originariamente.

Além disso, a indeterminação subjetiva de uma das partes é um conceito de aplicação relativa, mesmo na modalidade do contrato com pessoa a declarar. Isso porque essa indeterminação somente se observará caso o estipulante utilize-se da faculdade que lhe é reservada por meio da cláusula de eleição, pois, apenas nessa hipótese, um terceiro substituirá o contratante originário como se houvesse participado desde o início da contratação da relação jurídica subjacente ao negócio em questão. Caso essa faculdade não seja utilizada, não há que se falar em indeterminação de um dos sujeitos do negócio, uma vez que o estipulante responderá pelas obrigações assumidas no contrato em exame, bem como se beneficiará dos direitos aduzidos no referido pacto.

A indeterminação subjetiva de uma das partes também pode ser interpretada como uma forma de autorização de uma determinabilidade sucessiva de um dos sujeitos da relação<sup>133</sup>. Veja-se que uma das partes contratantes pode ser sucedida por outra, mediante a utilização da faculdade prevista na cláusula de eleição. Assim, a aplicação de uma natureza clássica de substituição de um dos sujeitos da relação também poderia ser aplicável para essa modalidade contratual. E até mesmo com mais acuidade conceitual, uma vez que, ao celebrar

---

<sup>133</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 16.

o negócio jurídico, os contratantes estão definidos e são sujeitos de direito aptos a assumirem os direitos e as obrigações constantes no contrato originário. A execução do contrato com pessoa a declarar, aliás, não fica condicionada à utilização ou não da cláusula de eleição aposta no negócio. Isso apenas determina se essa modalidade contratual irá modificar alguns dos efeitos do contrato, em conformidade com a autorização prevista pelo legislador acerca da utilização do contrato ora em exame.

Ademais, a possibilidade de indeterminação subjetiva de uma das partes representa uma característica decorrente da não observância do princípio da relatividade dos efeitos do contrato entre as partes contratantes. Apenas ultrapassada essa característica é que se torna possível admitir que uma das partes contratantes não assuma todos os direitos e obrigações decorrentes da contratação. Por essa razão, a indeterminação subjetiva de uma das partes e a flexibilização do princípio da relatividade dos efeitos do contrato entre as partes representam características marcantes do contrato com pessoa a declarar, auxiliando a defini-lo como uma modalidade contratual que foge aos padrões tradicionalmente criados, a partir dos conceitos individualistas apresentados pelo direito privado durante o período das codificações e que permaneceu incutido na formulação das figuras jurídicas colocadas à disposição do legislador.

Considerando que o contrato com pessoa a declarar é um contrato bilateral, faz-se necessário que os agentes estejam definidos no momento da contratação, ainda que haja a possibilidade de indeterminação futura de um dos contratantes ou de determinabilidade sucessiva, conforme antes exposto. Assim, em que pese seja possível apontar a sucessiva individuação de uma parte contratante, no sentido substancial do conceito, faz-se necessária, não só para a eficácia, mas também para a validade do ato, a presença, desde a origem, de um sujeito certo e individuado, sobre o qual recaiam, por via direta ou sob forma reflexa ou subsidiária de responsabilidade pela execução das obrigações contratuais, os efeitos passivos da situação jurídica própria daquela parte<sup>134</sup>.

Na doutrina italiana, verifica-se uma similitude na classificação da natureza do contrato com pessoa a declarar no que tange à possibilidade de indeterminação de um dos

---

<sup>134</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 17.

sujeitos da relação<sup>135</sup>. Assim como ocorre no Brasil, admite-se que, no ato de estipulação, uma das partes se reserve a faculdade de indicar sucessivamente a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações decorrentes do negócio jurídico pactuado, por meio de indicação de um terceiro estranho aos contratantes originários ou a própria pessoa (nesse último caso, diferentemente do que dispõe a legislação brasileira, que prevê a possibilidade de indicação de outra pessoa, distinta de um dos sujeitos originários da relação jurídica). A doutrina italiana<sup>136</sup> também reconhece a possibilidade de utilização do modelo contratual em exame com a determinação das partes contratantes sob a forma de incerteza subjetiva absoluta, desde que se verifique, no momento da contratação e partir da celebração do negócio, outro sujeito, que se apresente como responsável pelas obrigações e direitos decorrentes do contrato em exame.

Outra situação prevista no ordenamento italiano é o denominado desdobramento da situação jurídica da parte da relação. Essa classificação aponta para a situação em que sobre uma pessoa originariamente individuada recaiam os efeitos passivos da situação de uma das partes, enquanto outra pessoa, incerta e normalmente individuável *per relationem*<sup>137</sup> na origem, adquire os efeitos ativos decorrentes da relação jurídica subjacente ao negócio jurídico. Esse formato é reconhecido para aquelas situações em que o contratante originário precisa de um largo prazo para exercer a faculdade de eleição que lhe é concedida pela cláusula contratual inserida no contrato ora em exame. No entanto, entendemos que o contrato com pessoa a declarar não possui uma natureza mista. Apenas caracteriza-se por apresentar uma possibilidade de indeterminação do sujeito ou de determinação em momento posterior, mediante o uso de faculdade que é inata à própria natureza do contrato ou pela sucessão de uma das partes.

---

<sup>135</sup> Conforme apontamento de GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 17, e MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, t. 2., Milano, Giufrè, 1952, p. 436.

<sup>136</sup> MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, t. 2., Milano, Giufrè, 1952, p. 437.

<sup>137</sup> Nessa hipótese, fala-se na possibilidade de formulação do contrato com pessoa a declarar por mandato, pois uma das partes possui um mandato de outra para representá-la no momento da celebração do negócio e, posteriormente, transferir sua posição contratual – incluindo os direitos e obrigações decorrentes desse contrato – para o mandante.

A possibilidade de indeterminação subjetiva de uma das partes contratantes, ou de sua determinabilidade em momento posterior, aponta para a inconciliabilidade, em regra, do contrato com pessoa a declarar com os negócios em que, basicamente, se revele insubstituível a pessoa de um de seus sujeitos, seja pela determinação que o negócio dela exija, sejam em função da própria prestação devida<sup>138</sup>. Assim, não seria possível celebrar um contrato de doação com pessoa a declarar, uma vez que a lei exige para a validação desse ato jurídico a especificação da parte, ou seja, a determinabilidade do sujeito que está relacionado no negócio jurídico.

A nomeação do eleito pelo estipulante possui um caráter meramente declaratório, pois não há qualquer exigência legal que determine a forma como deve ser realizada essa nomeação. À exceção se houver algo estipulado na cláusula de eleição presente no contrato ora em exame.

Todavia, o ato da nomeação, por si só, não produz plenamente seus efeitos jurídicos, mas tão somente aponta para a sua existência *per se* e para a validade da nomeação realizada, caso efetuada por agente capaz e legítimo, conforme as qualidades exigidas para a prática de qualquer ato da vida civil. No entanto, a mera nomeação é ineficaz para fazer com que a faculdade de eleição imputada ao estipulante seja plenamente satisfeita.

Veja-se que a nomeação é um dos requisitos para a validade e a existência da substituição de um dos sujeitos da relação, e a prática desse ato é fundamental para a celebração do negócio jurídico sob a modalidade em questão. Contudo, a eficácia da cláusula de eleição somente se verifica com a aceitação da pessoa nomeada. Por essa razão, a declaração de nomeação, por si só, revela-se insuficiente para produzir os efeitos decorrentes da estipulação, no contrato com pessoa a declarar, da cláusula de eleição.

Portanto, é apenas a partir da ocorrência de outro ato jurídico, no caso, a aceitação, que os efeitos decorrentes dessa declaração de nomeação passam a ter eficácia no universo jurídico. Pode-se concluir, então, que o ato de nomeação possui uma natureza

---

<sup>138</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 36.

condicional, pois sua eficácia depende da ocorrência de outro ato, de caráter eminentemente subjetivo, conforme previsão do ordenamento jurídico brasileiro<sup>139</sup>.

No entanto, a natureza da declaração de nomeação não determina que a natureza jurídica do contrato seja a de um contrato condicional, consoante se esclarecerá mais adiante.

O ato de aceitação da nomeação, pelo eleito, produz efeitos de forma imediata, ao contrário da nomeação. Assim, tão logo haja manifestação da aceitação da nomeação pela pessoa nomeada, efetuada em conformidade com a rigidez de forma prevista na lei – no caso, com a mesma forma em que foi celebrado o negócio jurídico – o contrato passa a produzir efeitos, desde o momento de sua celebração, entre o promitente (contratante originário) e o eleito (terceiro que passa a ser sujeito da relação, com o mesmo status de contratante originário). Não há aqui qualquer condicionamento da aceitação da nomeação à vontade do promitente, pois isso somente poderia ser manifestado pelo contratante originário no momento de elaboração da cláusula de eleição, reservando ao estipulante a escolha de um terceiro que observasse determinados critérios para ser incluído no contrato ora em exame. Caso não tenha feito isso no momento adequado, poderá o promitente opor exceção tão somente em relação à ausência das qualidades que a lei e o contrato exigem dos atos de nomeação e aceitação e dos agentes que os praticam.

Outro conceito relevante para a compreensão do funcionamento do contrato com pessoa a declarar, e ponto relevante para compreender a natureza dessa modalidade contratual, é a denominada cláusula de eleição. A faculdade de reservar a escolha de um terceiro para substituir um dos sujeitos da relação jurídica é a característica mais destacada do contrato ora em exame e revela-se, dessa forma, um conceito central no estudo do contrato com pessoa a declarar. Por conseguinte, a análise da cláusula de eleição é fundamental para a compreensão do contrato em exame, e por essa razão não há como deixar de discorrer sobre as suas características, efeitos e natureza.

---

<sup>139</sup> É o que se depreende da leitura do artigo 470, I, do Código Civil. Nesse dispositivo mencionado, há previsão de que o contrato produzirá seus efeitos entre as partes contratantes originárias na hipótese de a pessoa nomeada não manifestar anuência com a nomeação realizada, ou seja, se houver recusa da nomeação. Assim, é evidente que, se o ato de nomeação só produzirá plenamente seus efeitos no universo jurídico quando se verificar um outro ato jurídico, o negócio possui uma natureza condicionada.

A cláusula de eleição deve constar no negócio jurídico no momento de sua celebração pelos contratantes originários, pois é da natureza dessa modalidade contratual que a possibilidade de se verificar uma indeterminação subjetiva de uma das partes ou de sua sucessão pós-fixada. Não há como inserir uma cláusula de eleição em um contrato já em vigor, mas tão somente exercer a faculdade concedida nessa cláusula em um contrato em vigor que contenha disposição que autorize esse mecanismo.

A cláusula de eleição pode ter redação bastante singela, bastando o mero apontamento no contrato de que as partes concordam com a possibilidade de o estipulante nomear terceiro para assumir os direitos e obrigações ajustados no contrato em exame. Veja-se, aliás, que a própria inexistência de fixação de prazo para apontar a pessoa a ser nomeada foi regulada em nosso ordenamento jurídico, a fim de evitar a criação de uma situação de insegurança quanto a certos atos.

No entanto, as partes contratantes podem ajustar, nessa cláusula de eleição, além da reserva da possibilidade de nomear terceiro para substituir o estipulante no negócio jurídico, o prazo para que o exercício dessa faculdade seja concretizado e, ainda, eventuais características mais específicas que o promitente espera encontrar no eleito, visando a obter o melhor agente para o cumprimento da função do contrato e observância de todas as disposições constantes nas cláusulas ajustadas pelos contratantes originários.

Na hipótese de os contratantes originários deixarem de fixar os parâmetros que deveriam ser observados pelo estipulante para a escolha do eleito, resta o promitente submetido à escolha livre do estipulante, que poderá indicar alguém – ainda que não o conheça no momento da celebração do negócio – para passar à condição de contratante, como se originário fosse. Por isso, a definição de critérios objetivos na cláusula de eleição pelas partes que utilizam essa modalidade contratual reveste-se do modo mais pragmático para garantir a segurança e a estabilidade do contrato, que não fica submetido ao arbítrio e julgamento de apenas uma das partes.

Em qualquer caso, o promitente, ao aceitar submeter-se a um contrato com pessoa a declarar, deposita confiança na escolha do eleito pelo estipulante, pois, conforme já visto, o ato de nomeação independe da manifestação de vontade do promitente ou de sua anuência ou discordância. Por isso mesmo, ao analisar as opções disponíveis para apresentar a sua

indicação de pessoa a ser nomeada, deve o estipulante agir em conformidade com os deveres anexos ao princípio da boa-fé em sua escolha, a fim de evitar prejuízos ao promitente e apontar o nome mais adequado para adimplir as obrigações assinaladas no contrato, com o intuito de fazer com que o contrato tenha sua finalidade plenamente alcançada pelas partes.

O ato da eleição, aqui compreendidos de forma independente os atos de nomeação e de aceitação da nomeação, surge pelo exercício da faculdade de eleição prevista na cláusula de eleição, e constitui, portanto, um ato jurídico unilateral<sup>140</sup>. Ao produzir efeitos na esfera jurídica de outrem, a declaração unilateral de vontade do estipulante, no caso do ato de nomeação, ou do eleito, no caso de ato de aceitação, determina a criação de obrigações para aquele que realizou a declaração de vontade, independentemente da existência prévia ou posterior de uma relação creditória que envolva a obrigação em que se envolve o agente declarante.

Assim, o ato de eleição não é um ato condicionado<sup>141</sup>, pois tanto a nomeação quanto a aceitação devem ser atos puros e simples, sem estarem condicionados à ocorrência de um ou outro evento para existirem. Entretanto, para que esses atos sejam considerados válidos e produzam efeitos no mundo jurídico, devem revestir-se das qualidades exigidas no ordenamento ou na própria convenção entre as partes estipuladas na cláusula de eleição. Apenas exemplificativamente, o ato de aceitação deve seguir a mesma forma adotada para a celebração do negócio jurídico principal, sob pena de não produzir efeitos, segundo dispõe o artigo 468, parágrafo único, do Código Civil brasileiro<sup>142</sup>. Na mesma linha, caso os contratantes originários definam, na cláusula de eleição, os requisitos que deve apresentar a pessoa a nomear no contrato ora em exame, deve o estipulante observar tais requisitos, ou a nomeação realizada será considerada inválida pelo promitente, e permanecerá ele, estipulante, responsável pelas obrigações assumidas no momento da celebração do negócio.

---

<sup>140</sup> MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho civil y comercial*, t. IV: Derecho de las obligaciones, trad. Santiago Sentis, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955, p. 440.

<sup>141</sup> Para Franco Carresi (“Contratto per persona da nominare”, in *Enciclopedia del diritto*, t. X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 135), o ato de eleição configura o exercício de um direito potestativo.

<sup>142</sup> Art. 468. Essa indicação deve ser comunicada à outra parte no prazo de cinco dias da conclusão do contrato, se outro não tiver sido estipulado.  
Parágrafo único. A aceitação da pessoa nomeada não será eficaz se não se revestir da mesma forma que as partes usaram para o contrato.

Embora o ato de eleição seja um ato unilateral, ele é simultaneamente um ato receptício, pois há necessidade de haver aceitação – pura e simples – de seus termos para que produza seus efeitos jurídicos, independentemente de a aceitação ser manifestada anterior ou posteriormente ao momento da conclusão do negócio<sup>143</sup>.

A eleição também poderá ser feita por pessoa distinta daquela dos contratantes originários, desde que o exercício dessa faculdade de escolha pelo terceiro esteja apontada na cláusula de eleição do contrato ora em exame. Assim, nada impede que seja designado a um árbitro, ou a um terceiro considerado idôneo, que não possua qualquer relação com as partes contratantes, a escolha da pessoa a nomear. Nesses casos, em que a eleição não é feita diretamente pelo estipulante, ocorre o que a doutrina denomina de *electio per relationem*. E isso é possível em nosso ordenamento porque a faculdade de eleição não tem caráter pessoal, mas tão somente processual<sup>144</sup>.

Além disso, a cláusula de eleição apresenta um caráter patrimonial, pois o ato de eleição é fonte de obrigações e direitos para o sujeito da relação nomeado e aceito. Dessa forma, conclui-se que, pelo caráter patrimonial da cláusula de eleição, permite-se a transmissibilidade a um terceiro. Esse, aliás, é um dos fundamentos de justificação da faculdade de escolha por um dos contratantes originários. Assim, é igualmente por essa razão que o estipulante, ao exercer a faculdade que o ordenamento e a reserva aposta no contrato lhe confere, é responsável por esse ato, devendo praticá-lo em consonância com os deveres anexos ao princípio da boa-fé e aos princípios gerais que envolvem o direito privado, de modo a garantir que a escolha realizada não impedirá que o contrato atinja sua finalidade.

Ademais, o caráter patrimonial da eleição, além de permitir a transmissibilidade da posição do contratante para um terceiro, também aponta para outra conclusão, qual seja, que o direito à eleição extingue-se com a morte do estipulante, pois a escolha é

---

<sup>143</sup> ASSIS, Araken. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do Direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 521.

<sup>144</sup> Vale lembrar que no ordenamento italiano, a primeira regra a respeito do contrato com pessoa a declarar surgiu no Código de Processo Civil da Sardenha, durante o século XIX. E na França, o ordenamento processual igualmente regulamentou a modalidade contratual em questão, ao definir o prazo adequado para o exercício da faculdade de eleição pelas partes. Isso apenas confirma a ausência de caráter pessoal da eleição, que se torna um mecanismo processual contido no modelo contratual, apto a facilitar o dinamismo do contrato em que se encontra.

personalíssima, feita em razão da fidúcia e das singulares aptidões do estipulante. Não há como o promitente exigir dos herdeiros que possuam as mesmas características e critérios para a escolha da pessoa a nomear, tarefa a quem o promitente havia incumbido diretamente, confiando em sua determinação e escolha. Transmitem-se, todavia, os direitos e as obrigações contratuais na forma geral<sup>145</sup>, respondendo os herdeiros, portanto, pelas obrigações e direitos decorrentes da celebração do contrato entre os contratantes originários, à exceção dos direitos personalíssimos.

Os efeitos decorrentes da cláusula de eleição são os mesmos do contrato com pessoa a declarar, acarretando a retroatividade da avença entre o promitente e o eleito, com a extinção, *ex tunc*, do ajuste entre o promitente e o estipulante<sup>146</sup>. São esses efeitos que determinam a eficácia da cláusula de eleição e o efetivo funcionamento do mecanismo ajustado entre os contratantes originários, dentro da modalidade contratual escolhida no momento da celebração do negócio jurídico.

Vale lembrar, todavia, que, embora a designação da pessoa a nomear no contrato possua eficácia *ex tunc*, a cláusula de eleição possui eficácia *ex nunc* para a cessão da posição contratual, pela desnecessidade de novo consentimento do promitente<sup>147</sup>. Esse posicionamento está em consonância com os efeitos da vigência imediata do contrato celebrado entre os contratantes originários, pois não há necessidade de aguardar pelo decurso do prazo para o exercício da faculdade de escolha da pessoa a nomear para que o contrato passe a produzir efeitos no mundo jurídico. Desse modo, as partes restam vinculadas aos direitos e obrigações estipulados no negócio jurídico desde o momento de sua celebração, e os atos praticados no interregno entre o momento da celebração do negócio e o momento da aceitação da nomeação pelo eleito são válidos no universo jurídico, razão pela qual não podem ser desconsiderados pelo exercício da eleição. Assim, é possível compreender que a cláusula de eleição, apesar de possuir eficácia retroativa para o eleito, produz efeitos *ex nunc* entre os contratantes

---

<sup>145</sup> Conforme ASSIS, Araken. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do Direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 522.

<sup>146</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, p. 130.

<sup>147</sup> ASSIS, Araken. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do Direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 527.

originários, pois eles estavam obrigados reciprocamente até a transferência da posição contratual para o eleito, em conformidade com o estipulado no contrato em exame.

Os atos praticados pelo estipulante nesse interregno entre a celebração do contrato e a aceitação da nomeação pelo eleito não devem demonstrar o interesse do estipulante em permanecer como contratante no negócio, mas tão somente evitar prejuízos pelo inadimplemento das obrigações estabelecidas no contrato, bem como providenciar a manutenção do bem objeto desse contrato.

Os atos de disposição, assim denominados aqueles praticados pelo estipulante e que visam à conservação, manutenção, vigilância e administração temporária da coisa, antes de realizada a escolha do eleito, não perturbam a cláusula de eleição, e não se revelam com ela incompatíveis<sup>148</sup>. Na realidade, eles são necessários para que o estipulante observe os deveres assumidos como contratante originário do negócio jurídico e são obrigatórios para que não cause prejuízo ao promitente em razão de sua inércia quanto ao exercício da faculdade de eleição do terceiro para ingressar no contrato. A ausência de prática desses atos poderia, inclusive, gerar responsabilidade do estipulante no caso de perecimento do bem ou de sua depreciação, pois sobre o bem possui integral responsabilidade até a aceitação da nomeação pela pessoa nomeada.

Entretanto, há atos do estipulante que tornam ineficazes a ulterior indicação de um terceiro, como, por exemplo, o ato de alienação da coisa pelo estipulante registrado antes da eleição do terceiro<sup>149</sup>. O estipulante deve, portanto, praticar todos os atos necessários à conservação e manutenção da coisa, ou seja, os denominados atos de disposição do bem, além daqueles atos visando ao cumprimento das prestações devidas ao promitente ao tempo do contrato, caso não tenha transcorrido o prazo para o exercício da faculdade de escolha do eleito. Todavia, ao praticar atos que não são condizentes com a conduta de quem não pretende manter-se como contratante no negócio jurídico, presume-se que o estipulante renuncia ao direito de escolha que lhe foi conferido na cláusula de eleição, pois induz ao promitente que

---

<sup>148</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, p. 130.

<sup>149</sup> ASSIS, Araken. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do Direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 527.

ele será o responsável pelo adimplemento das demais obrigações constantes no contrato, por se revelar com *animus domini* sobre o bem.

Assim, para Vaz Serra<sup>150</sup>, “o estipulante renuncia ao direito de fazer a nomeação, pois mostra que considera seu o negócio; e, portanto, a nomeação que depois venha a fazer não pode prejudicar esses direitos”.

Ao analisar essa característica do contrato com pessoa a declarar, deve-se avaliar que os mecanismos de funcionamento do contrato ora em exame visam à execução da modalidade contratual tal qual concebida. Entretanto, nada impede que o contrato celebrado na modalidade de contrato com pessoa a declarar seja concluído como qualquer outro contrato, desde que observados os requisitos legais para tanto. Portanto, não há impedimento para que o estipulante deixe de exercer a faculdade de nomeação de um terceiro para promover sua substituição na relação jurídica subjacente ao contrato. Tampouco há qualquer sanção decorrente do ato do estipulante que deixa de exercer esse direito de escolha.

Vale recordar que, ao celebrar o contrato, o promitente escolheu um agente capaz de assegurar a execução desse contrato, independentemente da posterior escolha de um terceiro para substituí-lo retroativamente. Assim, a *alea* a que está exposto o promitente diz respeito ao poder de escolha que é concedido ao estipulante, e não à escolha do contratante originário com quem celebra o negócio jurídico em questão.

Feitos esses esclarecimentos, importa esclarecer a natureza jurídica desse direito que é reservado ao estipulante a partir da reserva apontada na cláusula de eleição. Para tanto, deve-se observar a natureza dos atos que envolvem a cláusula de eleição; os efeitos decorrentes desse ato; e as qualidades que o ordenamento exige para que tais atos produzam os efeitos desejados no mundo jurídico.

Observando esses fatores, já expostos anteriormente, conclui-se que a natureza do direito reservado pelo estipulante é de um direito formativo<sup>151</sup>, pois basta a declaração de

---

<sup>150</sup> VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Boletim do Ministério da Justiça*, p. 136.

<sup>151</sup> Segundo leciona Giuseppe Chiovenda (*Instituições de Direito Processual Civil*, Trad. De J. Guimarães Menegale, 2. Ed., São Paulo, Saraiva, 1965, v. I, p. 15-16), o direito formativo pode ser definido como a capacidade de influenciar, mediante declaração de vontade, sobre a condição jurídica de outro, sem o concurso da vontade deste.

vontade do estipulante para que o mecanismo de transição de um dos sujeitos da relação seja acionado e transforme um modelo contratual trivial na modalidade contratual ora em exame (dependendo, apenas, do ato de aceitação do nomeado para que possa produzir seus efeitos jurídicos). Isso é confirmado pelo fato de o promitente sujeitar-se somente aos efeitos da indicação, exercida nos limites reconhecidos no ordenamento, não lhe tocando prestar contrapartida.

Do ponto de vista do contrato, a eleição altera-o em parte, subjetivamente. Essa alteração diz respeito apenas à alteração do sujeito de direitos que passa a fazer parte da relação jurídica e assume os direitos e obrigações estabelecidos no contrato. Assim, sob a ótica do contrato, o exercício da faculdade de eleição de terceiro para participar da execução do contrato possui natureza modificativa, razão pela qual se pode dizer que se trata de um direito modificativo<sup>152</sup>.

A faculdade de eleição constitui um direito formativo dentro do contrato, por meio do qual o estipulante se atribui o afastamento de si próprio do pacto e em virtude da sua exclusiva vontade. Há uma modificação subjetiva do negócio. O exercício dessa faculdade de eleição propicia, portanto, o reconhecimento de uma dupla função, modificativa (de um dos figurantes) e extintiva (da relação jurídica entre os contratantes originários)<sup>153</sup>.

Nesse sentido, a saída do estipulante do negócio jurídico não gera a extinção do contrato original e tampouco um novo contrato, mas uma mudança parcial do mesmo negócio jurídico celebrado entre os contratantes originários. O que se verifica é apenas a modificação subjetiva de um dos agentes, sem que haja qualquer prejuízo ao promitente em decorrência dessa escolha.

O exercício da faculdade de eleição não é realizado livremente, sem qualquer delimitação. Embora seja caracterizado como um ato unilateral, o direito de escolha deve ser exercido por seu titular em consonância com as qualidades exigidas pela lei, visando sempre a obter o fim do contrato, conforme previamente definido pelas partes contratantes originárias.

---

<sup>152</sup> ASSIS, Araken. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do Direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 520.

<sup>153</sup> ASSIS, Araken. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do Direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 521.

Dentre as limitações estabelecidas pelo ordenamento jurídico para o exercício do direito de escolha pelo estipulante, verifica-se o prazo para o exercício desse direito. Na utilização costumeira dessa modalidade contratual, o prazo para o exercício do direito de escolha era determinado de comum acordo pelas partes contratantes, pois devia atender às finalidades do contrato e observar os interesses dessas mesmas partes. Vale lembrar que a opção pela utilização dessa modalidade contratual ocorria, no mais das vezes, a fim de atender a interesses privados, de modo que as partes estavam aptas a esquivar-se das determinações dos governantes, que regiam a sociedade da época com atos de império. Ademais, evitava-se, com a utilização do contrato ora em exame, o pagamento de tributos desmedidos devidos aos senhores feudais e aos reis medievais pela aquisição de terras, por exemplo.

Portanto, em sua origem, o prazo para o exercício do contrato com pessoa a declarar não era regulado pelo Estado, até mesmo por ser uma prática costumeira e não positivada. Todavia, com o advento das codificações, o Estado, embora deixe de inserir dispositivos específicos para regular a utilização dessa figura contratual, aponta, por meio de leis esparsas, algumas normas que promovem a regulamentação estatal do prazo para o exercício da faculdade de eleição. Isso significa que o Estado positivista apresenta uma limitação ao uso do contrato com pessoa a declarar, visando a evitar que esse contrato seja utilizado para a obtenção de fins ilícitos<sup>154</sup> ou em desacordo com os interesses do Estado – e, conseqüentemente, da sociedade em geral.

Com isso, denota-se a restrição ao prazo concedido nas legislações européias que regulamentaram, de alguma forma, o contrato com pessoa a declarar. Na França, consoante já visto, a primeira norma que tratou do assunto, logo após o Código de Napoleão, consigna o prazo de seis meses para o exercício da faculdade de eleição. Posteriormente, no Código de Processo Civil francês, há uma diminuição desse prazo para o limite de vinte e quatro horas após a celebração do negócio jurídico. Como se vê, o legislador foi de um extremo a outro; após verificar que o prazo inicialmente idealizado era demasiado longo e, por essa razão, poderia trazer conseqüências negativas para a ordem social, regulamentou-se o contrato com pessoa a declarar com um prazo deveras exíguo, restringindo a utilização dessa modalidade

---

<sup>154</sup> Observe-se que a licitude da finalidade do contrato, que deve ser analisada por meio de seu objeto, é um dos requisitos exigidos para que o contrato seja válido e produza efeitos jurídicos. Assim, eventual celebração de negócio visando a um fim ilícito não é reconhecido no mundo jurídico, embora nada obsta à sua existência.

contratual a poucas hipóteses – em especial, àquelas em que o contrato é celebrado de forma já dirigida ao nomeado, que provavelmente já é conhecido do estipulante, mas não é revelado de forma antecipada para manter as condições prévias da negociação.

A fixação de prazos muito exíguos para o exercício da faculdade de eleição poderia ser justificada nos sistemas em que não se reconhece a retroatividade dos efeitos da eleição. Assim, inexistindo tempo para que ocorra o vencimento de alguma prestação oriunda do contrato celebrado entre as partes, esse negócio jurídico somente produziria efeitos de fato após a substituição do estipulante pelo eleito ou a partir do momento em que há a confirmação da manutenção do eleito na posição contratual originária.

Ademais, o curto prazo impediria, ao menos em tese, que fatores supervenientes à celebração do contrato determinassem a escolha da pessoa que atendesse melhor aos interesses do estipulante, e não do promitente, para a execução do contrato, pois com o exíguo prazo determinado, a pessoa a ser nomeada já estará previamente informada sobre sua provável nomeação para compor a relação jurídica como um dos sujeitos de direito do negócio em questão.

Por outro lado, a fixação de um prazo demasiadamente longo para o exercício da faculdade eleição tampouco é vantajoso para o adequado funcionamento dessa modalidade contratual. A autorização de um longo período sem que haja uma definição acerca do sujeito de direito que deverá assumir os direitos e obrigações assumidas pelo estipulante gera insegurança jurídica, deixando o promitente ao arbítrio do estipulante e às potenciais modificações decorrentes da dinâmica sócio-econômica em que o contrato está inserido. Assim, por exemplo, embora possam as partes estipular na cláusula de eleição as características da pessoa a nomear, que será escolhida pelo estipulante, podem essas características, depois de determinado lapso temporal, revelarem-se inúteis para a finalidade do processo. Com isso, há evidente prejuízo pela demora na definição da nomeação.

Ademais, a fixação de longos prazos para o exercício da faculdade de escolha pode representar superveniente conduta antijurídica do estipulante, caso este esteja utilizando-se de sua condição de contratante originário e temporário sujeito de direito na relação jurídica para a obtenção de fins ilícitos. É o que pode ocorrer, por exemplo, ao ser celebrado um contrato de compra e venda de imóvel na modalidade com pessoa a declarar. Caso o

estipulante comprador determine um prazo demasiado longo para efetuar a nomeação do terceiro, que adquirirá a propriedade do bem e os direitos daí subseqüentes, poderá o estipulante utilizar-se do imóvel durante esse prazo com *animus domini*, usando, gozando e fruindo do bem, sem qualquer objeção do promitente e sem efetuar o pagamento do devido imposto de transferência do imóvel para seu nome.

É evidente que o uso do bem, na hipótese relatada, não configura um mero ato de conservação do objeto do contrato; antes pelo contrário, caracteriza um abuso do direito concedido no contrato estabelecido entre as partes. Por essa razão, visando a coibir os problemas originados com a fixação de prazos demasiadamente longos ou exíguos para o exercício da faculdade de eleição é que a conclusão mais adequada era a de que o funcionamento do contrato com pessoa a declarar depende da razoabilidade do prazo fixado entre as partes para que o contrato possa atingir os seus fins.

A fixação de um prazo razoável para o exercício da faculdade de eleição remonta às origens da utilização dessa figura jurídica, e ressalta a ferramenta contratual como forma de expressão da autonomia privada em consonância com outros princípios centrais do direito privado.

Essa solução, que aponta para a fixação do prazo para o exercício da cláusula de eleição pelas partes, foi a mesma adotada nos Códigos Civis brasileiro e português, e representam um avanço no ordenamento jurídico, pois permitem a utilização do contrato com pessoa a declarar como mecanismo efetivo a ser ajustado pelas partes para definir os seus interesses.

A ausência de fixação do prazo entre as partes também foi objeto de regulamentação pelo legislador. Uma vez mais, a solução encontrada no Código português foi utilizada no ordenamento brasileiro. Nesse caso, foi fixado um prazo considerado adequado e razoável na hipótese de os contratantes originários não convencionarem, conjuntamente, qual seria o prazo para o exercício do direito de escolha.

Para tanto, o prazo fixado nos dois ordenamentos analisados era de cinco dias, contados da conclusão do negócio. Ao fixar tal prazo, preocupou-se o legislador em manter uma situação híbrida, visando a uma equidade no tratamento das partes. Assim, o prazo

convencionado não é tão exíguo que impede o efetivo exercício dessa faculdade, nem tão longo que pode prejudicar as partes e conduzir a comportamentos antijurídicos.

Ademais, a natureza do prazo fixado no artigo 468 do Código Civil brasileiro<sup>155</sup> é decadencial<sup>156</sup>. Com isso, ao ser ultrapassado o prazo apontado, seja aquele convencionado pelas partes, seja o de cinco dias estabelecido pelo legislador, o estipulante perde o direito de exercer a faculdade que lhe foi conferida pelo contrato.

Ainda que o prazo para o exercício da faculdade de escolha da pessoa a nomear seja decadencial, não há vedação legal para que seja realizada uma nomeação extemporânea válida. Essa nomeação extemporânea do terceiro pode ser admitida de duas formas; na primeira delas, caso haja inovação do contrato, convencionada pelos contratantes originários, e mediante aceite do promitente; a segunda forma se verifica caso o estipulante ceda a posição contratual a um terceiro, obtendo o consentimento do promitente, prévia ou posteriormente ao ato de nomeação. Assim apenas após o ato de ratificação da aceitação da nomeação pelo promitente é que a faculdade de eleição pode produzir efeitos no mundo jurídico.

A modalidade que prevê o consentimento do promitente para a alteração do prazo para nomeação do eleito pressupõe uma proteção aos interesses desse contratante originário<sup>157</sup> e a manutenção do contrato, ao exercer a função de proteção da operação econômica representada nesse negócio jurídico, em seus termos originários. No entanto, é possível fazer uma crítica à aceitação extemporânea da nomeação. O contrato com pessoa a declarar apresenta como característica fundamental a faculdade de eleição. No entanto, o exercício desse direito de escolha, presente na referida cláusula de eleição, não é primordial para o funcionamento do contrato e tampouco para sua existência como negócio jurídico; é apenas

---

<sup>155</sup> Art. 468. Essa indicação deve ser comunicada à outra parte no prazo de cinco dias da conclusão do contrato, se outro não tiver sido estipulado.

Parágrafo único. A aceitação da pessoa nomeada não será eficaz se não se revestir da mesma forma que as partes usaram para o contrato.

<sup>156</sup> Segundo a lição de Francisco Amaral (*Direito Civil: introdução*, 4.ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 561), a decadência representa a perda do direito potestativo pela inércia de seu titular no período determinado em lei. Seu fundamento é a necessidade de certeza e segurança jurídica nas relações jurídicas, e seu fim predominante é o interesse geral. Ela traduz-se, portanto, em uma limitação que a lei estabelece para o exercício de um direito, extinguindo-o e pondo termo ao estado de sujeito existente.

<sup>157</sup> ASSIS, Araken de, *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 528.

uma qualidade que pode transformar um negócio jurídico típico em um negócio jurídico atípico. No entanto, não há obrigatoriedade de observância dessa cláusula para que o contrato possa produzir seus efeitos.

Assim, caso o estipulante deixe de exercer o direito apontado na cláusula de eleição, deveria ser o contrato imediatamente executado pelo mesmo estipulante, pois ao celebrar o negócio jurídico, apresentou o estipulante todas as características necessárias para que o promitente aceitasse a celebração do negócio e presumisse que ele, estipulante, assumiria, caso necessário, os direitos e obrigações estabelecidos no contrato. A extemporaneidade da nomeação representa uma quebra no mecanismo de funcionamento do contrato na modalidade com pessoa a declarar; entretanto, não altera a natureza típica de negócio jurídico do contrato. Assim, a extemporaneidade da nomeação, aceita pelo promitente, configura uma nova cláusula contratual, não prevista no negócio originariamente celebrado. Comparativamente, pode-se dizer que as partes teriam firmado um novo contrato – em especial se não houve vencimento de prestações no contrato original – ou promovessem a inclusão de uma cláusula de eleição durante a execução de um contrato típico.

Ocorre que o contrato com pessoa a declarar, por sua natureza, deve apresentar a cláusula de eleição no momento da celebração do negócio. Não é aceita pela doutrina a hipótese de inclusão posterior de uma cláusula de eleição em um contrato celebrado sob uma modalidade típica, sem essa previsão. No mesmo sentido, dispõe o artigo 467 do atual Código Civil brasileiro, *ab initio*, ao apontar que a reserva do exercício de eleição de um terceiro para ingressar no contrato deve ser feita “no momento da conclusão do contrato”.

Assim, a inclusão de cláusula de eleição em um contrato em momento posterior ao da celebração do negócio é prática vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, a prática estabelecida de nomeação extemporânea do eleito, por meio de inclusão ou modificação de cláusula de eleição, ainda que haja o consentimento do promitente, é um ato anulável, pois não produz os efeitos jurídicos que se espera, uma vez que sua validade não é reconhecida no mundo jurídico.

A invalidação do contrato com pessoa a declarar pode ser constatada pela anulabilidade da cláusula de eleição ou, ainda, pela incapacidade relativa de um dos agentes no momento da celebração do contrato ou pela presença de um dos elementos reconhecidos

no ordenamento como causas de anulabilidade do negócio, como o vício de consentimento na formação do contrato ou na declaração de vontade, o erro, o dolo, a coação, a simulação e a fraude.

Todas essas situações remetem à existência de problemas no momento da formação do contrato, pois não observadas as qualidades exigidas para que o negócio jurídico apresente-se pleno em seus três planos jurídicos, quais sejam, o da existência, da validade e da eficácia. Ainda assim, é possível, nos casos de anulabilidade, requerer a invalidação do contrato ou a sua ratificação<sup>158</sup>, a fim de resguardar os interesses da parte inocente ou de salvaguardar os interesses econômicos traduzidos na operação econômica que esse contrato anulável representa.

Para cada situação dessas, cabe intentar a competente ação de invalidade ou anulação do negócio jurídico<sup>159</sup>. Até mesmo porque essa anulabilidade não se opera de ofício, devendo ser alegada pelos interessados, em ação própria ou em exceção. Assim, apenas os interessados, ou seja, aqueles que, de uma ou outra forma, podem aproveitar a declaração de anulabilidade, como a parte cuja vontade foi emanada com vício, ou aqueles que podem sofrer os efeitos do ato, é que estão legitimados a requerer a anulabilidade.

O prazo para propor a ação de invalidade é de quatro anos, e possui natureza decadencial, nos termos do artigo 178, II, do Código Civil<sup>160</sup>. Caso não exercido o direito de propor a ação de invalidade no prazo decadencial prescrito no ordenamento, presume-se que o negócio jurídico está sanado pelo simples decurso desse prazo. No entanto, o questionamento que paira em relação ao tema é apontar se esse prazo decadencial é aplicável a todos os participantes do contrato e em que momento deve ele ser verificado.

---

<sup>158</sup> O sentido jurídico do termo ratificação nesse contexto é o de aprovação ou confirmação de ato jurídico praticado por outrem sem os necessários poderes para fazê-lo. Conforme AMARAL, Francisco, *Direito Civil: introdução*, 4.ed., 2002, Rio de Janeiro, Renovar, p. 523.

<sup>159</sup> A ação de anulação tem por objeto desfazer o ato ou negócio jurídico eivado de incapacidade ou de vício de vontade, restituindo as partes ao seu estado anterior.

<sup>160</sup> Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico.

Inicialmente, as regras para a contagem do prazo visando ao ajuizamento da ação de invalidade são as mesmas dispostas na parte geral do Código Civil brasileiro. Dessa forma, no caso de coação, o prazo começa a correr do dia em que ela cessa, e será presumível pelo figurante favorecido, seja ele o estipulante ou o eleito.

No caso de erro, dolo, simulação ou fraude, a partir do dia em que se pratica o ato. No caso de dolo sofrido pelo promitente e de autoria do estipulante, caberia ajuizamento de ação de invalidade antes da eleição. Após a eleição, o terceiro nomeado, de boa-fé, em nada contribuindo para a representação errônea do promitente, não pode ser prejudicado, não se transferindo os vícios de origem do negócio por meio da retroatividade da cláusula de eleição. Ademais, a ausência de prática de ato visando a anular o negócio antes do exercício da eleição pelo agente infrator demonstra anuência do agente prejudicado com o ato jurídico tal qual praticado. Isso faz com que o negócio jurídico seja considerado sanado, e o prazo decadencial para ajuizar a ação de invalidade reste, na prática, reduzido, dependendo do prazo fixado pelas partes para que a faculdade de eleição seja exercida<sup>161</sup>.

Na hipótese de incapacidade relativa de um dos agentes contratantes, o prazo para a propositura da ação de invalidade deve contar a partir do dia em que essa incapacidade cessar. Entretanto, essa situação está restrita à situação em que os contratantes originários são os sujeitos de direito que apresentam essa incapacidade, não se aplicando a possibilidade de convalidação aos atos jurídicos afeitos ao eleito.

O ordenamento jurídico privilegiou a existência do negócio para que produza efeitos na modalidade contratual com pessoa a declarar. Assim, o ato de aceitação do eleito somente será válido caso a pessoa nomeada apresente capacidade plena para a prática dos atos da vida civil, nos termos do artigo 470 do Código Civil brasileiro<sup>162</sup>. No entanto, nada impede que o eleito proponha a competente ação de invalidade caso constate que o promitente não era plenamente capaz quando efetuou determinado ato relevante para o negócio jurídico em

---

<sup>161</sup> Conquanto o prazo decadencial para o ajuizamento da ação de invalidade é de quatro anos, contados a partir do dia em que se pratica o ato doloso, e o prazo para o exercício da faculdade de eleição dificilmente seria tão longo, parece-nos que a hipótese de redução do prazo decadencial por anuência do agente prejudicado em relação ao ato do agente infrator é mais provável de ser verificada.

<sup>162</sup> Art. 470. O contrato será eficaz somente entre os contratantes originários:  
I - se não houver indicação de pessoa, ou se o nomeado se recusar a aceitá-la;  
II - se a pessoa nomeada era insolvente, e a outra pessoa o desconhecia no momento da indicação.

questão. Isso não se aplicaria, de outra forma, para denunciar eventual incapacidade do estipulante, pois ao aceitar a nomeação realizada, o eleito anuiu com os atos praticados até então pelo estipulante, assumindo a responsabilidade retroativa pelos direitos e obrigações estabelecidos no momento da celebração do contrato. Eventual conduta diversa do eleito poderia, até mesmo, configurar espécie de *venire contra factum proprium*<sup>163</sup>.

Já o erro do estipulante verificado na conclusão do negócio autoriza-o a pleitear a invalidação perante o promitente. Porém, realizando a designação de terceiro, após conhecer seu erro, manifesta de modo expresso a vontade de manter o negócio. Isso promove, portanto, a convalidação de seus atos, pois se manifesta o estipulante com interesse na manutenção do negócio jurídico.

Além disso, desconhecendo o estipulante o vício na oportunidade da eleição, desaparece a legitimidade do estipulante para requerer a anulação do negócio jurídico, pois se desligará automaticamente do contrato, por efeito do disposto no artigo 469 do Código Civil<sup>164</sup>, que trata da retroatividade dos efeitos da eleição. Por outro lado, recaindo o eleito em erro quanto à aceitação, cabe invalidar o contrato perante o promitente, porque aquele passou a constituir seu *alter*, por força do artigo 469 do referido diploma civil e, além disso, porque a cláusula de eleição possui um caráter extintivo da relação jurídica para o estipulante. Essa situação se justifica quando o erro do estipulante contagiou o eleito, induzindo-o a aceitação<sup>165</sup>. É, evidentemente, uma das conseqüências da retroatividade da eleição realizada nessa modalidade contratual.

Entretanto, a problemática mais evidenciada se verifica nas hipóteses de vício de consentimento. Caso se verifique vício de consentimento emanado nas declarações de vontade

---

<sup>163</sup> Consoante a lição de Antônio Menezes Cordeiro (*Da Boa-fé no Direito Civil*, t. II, Coimbra, Almedina, 1989, p. 742), o *venire contra factum proprium* coloca a hipótese de, independentemente de ter sido acionado qualquer previsão normativa comum de tipo contratual, o agente fica adstrito a não contradizer o que fez e disse. No mesmo sentido, a lição de Judith Martins-Costa (*Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, t. I, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 251), ao observar que a vedação ao *venire contra factum proprium* deriva do princípio da boa-fé objetiva e reflete como “injurídico o aproveitamento de situações prejudiciais ao alter para a caracterização das quais tenha agido, positiva ou negativamente, o titular do direito ou faculdade”.

<sup>164</sup> Art. 469. A pessoa, nomeada de conformidade com os artigos antecedentes, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes do contrato, a partir do momento em que este foi celebrado.

<sup>165</sup> ASSIS, Araken. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do Direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 543.

ou no momento da formação do contrato, importa observar se o termo inicial de decadência, previsto no artigo 178, II, do Código Civil brasileiro<sup>166</sup>, é aplicável a todos os participantes, e como pode ser contado para o eleito. Relevante destacar que os atos jurídicos anuláveis reputam-se válidos até a decretação de sua anulação judicial. Assim, o momento da verificação do marco decadencial para a propositura da ação de invalidade é fundamental para que cesse a produção de efeitos indesejados pelo contrato em exame e que são validados pelo ordenamento jurídico até a manifestação judicial competente.

O contrato com pessoa a declarar possui dois momentos distintos e bem definidos, quais sejam, o da celebração do negócio jurídico e o da substituição do estipulante pelo eleito. Entretanto, trata-se de um contrato tão somente. Não há qualquer sucessão ou substituição da figura contratual; o que se revela é a aplicação de um mecanismo de operacionalidade desse modelo jurídico.

Assim, inexistindo ruptura na relação jurídica estabelecida no contrato com pessoa a declarar, pois a substituição do estipulante pelo eleito se opera mediante a produção de efeitos retroativos ao momento da celebração do contrato, não há qualquer motivo que permita vislumbrar o fracionamento dessa modalidade contratual para fins de incidência da regra que determina a contagem inicial do prazo decadencial inserto no ordenamento jurídico.

Não há sequer como apontar que há prejuízo ao terceiro nomeado por eventual redução do prazo decadencial, pelo simples fato de o eleito ingressar no contrato após o início da contagem desse prazo, pois ao aceitar a nomeação, a pessoa nomeada indica que está anuindo com os termos do negócio e conhece os riscos e as conseqüências decorrentes de sua aceitação. Além disso, a cláusula de eleição opera efeitos retroativos, fazendo com que o contrato tenha um caráter uno, e não segmentado.

Por fim, o momento em que um dos contratantes toma conhecimento do vício de consentimento é único. Assim, caso o estipulante tenha tomado conhecimento do vício de consentimento muito antes de promover a nomeação do eleito, o prazo decadencial para requerer a invalidade do ato se opera desde esse momento, pois o eleito assume todos os

---

<sup>166</sup> Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico.

direitos do sujeito que substitui na relação jurídica subjacente ao negócio jurídico. Com isso, conclui-se que o prazo decadencial é contado de forma única e direta pelas partes, não podendo ser argüido eventual prejuízo pela redução do prazo quando essa redução não prejudica qualquer das partes nem impossibilita a que o contrato gere os efeitos pretendidos no momento de sua celebração.

Ainda assim, para alguns doutrinadores, a regra que determina a assunção de todos os ônus decorrentes da substituição de um dos sujeitos de direito do negócio não pode prejudicar o terceiro que ingressa no contrato, em especial pela redução que seria observada do prazo decadencial para denunciar eventuais vícios no negócio, proporcional ao período em que não figurava como contratante do contrato em exame. Para esses doutrinadores, a fim de evitar o encurtamento do prazo decadencial, deve-se considerar o termo inicial da contagem do prazo decadencial a partir do momento em que se tornou eficaz a substituição do estipulante pelo eleito<sup>167</sup>.

A proteção ao interesse das partes contratantes é constantemente analisada no contrato com pessoa a declarar. Entretanto, considerando o mecanismo de funcionamento dessa modalidade contratual, são os interesses do promitente os que apresentam maior vulnerabilidade. A explicação para isso é bastante singela. Basta verificar que o atendimento às expectativas do promitente está submetido a atos supervenientes imputados ao arbítrio do estipulante. Além disso, a própria indeterminação subjetiva de uma das partes contratantes pode conduzir ao contrato um grau de incerteza maior do que em outros modelos contratuais.

No entanto, isso não significa que a utilização dessa modalidade contratual revele-se desvantajosa para quem a utiliza. Na realidade, ao optar pela utilização do contrato com pessoa a declarar, as partes asseguram a realização de uma operação econômica, ainda que todos os requisitos para que esta operação se torne efetiva estejam caracterizados no momento da celebração do contrato, e possibilitam evitar a perda de negócios relevantes para atender a seus interesses. Assim, a produção de efeitos jurídicos do contrato desde o momento de sua celebração entre os contratantes originários confere ao contrato com pessoa a declarar uma

---

<sup>167</sup> No ponto, veja ASSIS, Araken. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do Direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 545.

maior segurança no ambiente de indeterminação em que se encontra a modalidade contratual em questão.

Outra forma de garantir a segurança do ambiente de contratação para as partes mas, em especial, para o promitente, que não participa do segundo momento de definição do contrato – no caso, a escolha do terceiro que passará a figurar na relação jurídica como sujeito de direito – é por meio do controle dos atos de nomeação e de aceitação do terceiro nomeado. Não basta que o estipulante aja em conformidade com os deveres anexos à boa-fé e utilize sua capacidade e discernimento para definir o nome da pessoa a ser nomeada no contrato em exame. Esses critérios subjetivos não concedem uma garantia real ao promitente, mas tão somente produzem efeitos obrigacionais, por se tratarem de garantias pessoais, ou seja, advindas de escolhas do próprio estipulante.

Dessa forma, os critérios objetivos estabelecidos no ordenamento para os atos de nomeação e aceitação do eleito conferem maior estabilidade para a relação jurídica e asseguram maior certeza para o promitente, atendendo também a um interesse geral de observância aos contratos e a suas finalidades.

O ordenamento fixa como garantia objetiva da adequação da eleição no contrato com pessoa a declarar a capacidade do agente no momento do ato de aceitação. É o que dispõe o artigo 470 do Código Civil brasileiro<sup>168</sup>, ao discorrer sobre as hipóteses de manutenção do negócio jurídico apenas entre os contratantes originários.

Aliás, veja-se que há até mesmo uma ferramenta visando a proteção dos interesses do promitente, ao apontar a possibilidade<sup>169</sup> de manutenção dos efeitos do contrato ente os contratantes originários caso o terceiro nomeado apresente situação de insolvência no

---

<sup>168</sup> Art. 470. O contrato será eficaz somente entre os contratantes originários:

I - se não houver indicação de pessoa, ou se o nomeado se recusar a aceitá-la;

II - se a pessoa nomeada era insolvente, e a outra pessoa o desconhecia no momento da indicação.

<sup>169</sup> Referimo-nos aqui a possibilidade de manutenção do contrato ante a discussão acerca da possibilidade de os contratantes originários ajustarem, de comum acordo, a celebração de uma cláusula resolutiva ante a inexistência de nomeação válida. Para parte da doutrina, isso não é possível, pois caracterizaria uma condição puramente potestativa, nos termos do artigo 122 do Código Civil (conforme TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a constituição brasileira*, v. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 110). Entretanto, não conseguimos ver da mesma forma, pois as partes possuem liberdade para definir se o contrato permanece economicamente interessante para a obtenção dos objetivos inicialmente estipulados.

momento da nomeação e esse fato era desconhecido do estipulante ou foi reconhecido posteriormente. Por isso a previsão dos artigos 470, II, e 471<sup>170</sup> do Código Civil acerca da matéria<sup>171</sup>.

Note-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre os mecanismos de proteção das finalidades do contrato pela proteção aos interesses das partes contratantes originárias, em especial, a fim de assegurar ao promitente que a execução do contrato será realizada independentemente da implementação da cláusula de eleição estipulada no contrato em exame.

A análise desses elementos e requisitos do contrato com pessoa a declarar permite compreender os efeitos decorrentes dessa modalidade contratual, bem como a adequada utilização dessa figura jurídica ainda pouco explorada no meio jurídico nacional atualmente.

Os efeitos do contrato com pessoa a declarar são decorrentes de seu mecanismo de funcionamento e sua própria conceituação. O contrato celebrado entre os contratantes originários é um negócio jurídico inicialmente provisório, embora possa produzir efeitos desde o momento de sua concepção entre os contratantes originários. É o decurso do prazo para o exercício da cláusula de eleição que define a constituição definitiva do contrato ora em exame. Assim, caso o estipulante realize a nomeação de um terceiro apto a assumir a condição de sujeito de direito na relação jurídica, o contrato passará a ser definitivo com esse novo contratante, que assumirá os direitos e obrigações estabelecidos no contrato com o promitente. No entanto, se a faculdade de eleição não for exercida pelo estipulante, ou caso se constate a ausência de algum requisito essencial para validar a eleição proposta pelo estipulante, o contrato torna-se definitivo entre promitente e estipulante.

Entretanto, se a escolha realizada pelo estipulante é válida, e aceita pelo eleito e comunicada ao promitente, verifica-se situação como se não houvera sido celebrado contrato entre o promitente e o estipulante – antes disso, o que se verifica é a existência de uma declaração de comando, que passa a produzir efeitos quando se definem e caracterizam os

---

<sup>170</sup> Art. 471. Se a pessoa a nomear era incapaz ou insolvente no momento da nomeação, o contrato produzirá seus efeitos entre os contratantes originários.

<sup>171</sup> ASSIS, Araken de, *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 547.

efetivos participantes do negócio jurídico<sup>172</sup>. Assim, pode-se concluir que os efeitos do contrato com pessoa a declarar são advindos da eleição, ainda que ela não se concretize<sup>173</sup>.

Considerando o período de evolução histórica dessa figura jurídica, denota-se que, em sua construção costumeira, reconhecia-se o contrato com pessoa a declarar a partir da utilização da idéia de representação por mandato. Em outras palavras, o contrato com pessoa a declarar dependia do mandato. Posteriormente, de acordo com o período histórico, a determinação dessa modalidade contratual evolui para a necessidade tão somente de reserva de nomeação aposta ao contrato, pois houve o reconhecimento de que os efeitos decorrentes do contrato com pessoa a declarar eram advindos da faculdade de eleição concedida a um dos contratantes, e não pela mera outorga de mandato – que, aliás, se tornou irrelevante para a utilização dessa figura jurídica.

Além disso, a perspectiva histórica da evolução do conceito do contrato com pessoa a declarar demonstra que o desenvolvimento dessa modalidade contratual ocorreu também com o intuito de evitar a dupla tributação pelo Fisco<sup>174</sup> acerca da transferência da propriedade do bem objeto da negociação, pois havia uma transferência do promitente para o estipulante e deste para o eleito. No entanto, a concessão de eficácia retroativa ao contrato, obtida por meio da utilização da cláusula de eleição, evitava a dupla tributação pelo Fisco, pois não há, nesse caso, como apontar que houve transmissão de propriedade ao estipulante<sup>175</sup>. O estipulante, aqui, configurava-se apenas como um intermediário no interregno entre o momento da celebração do contrato e o da nomeação do eleito, pois não dispunha o estipulante do *animus* de dispor da coisa objeto do contrato para si mesmo. Assim, o estipulante fazia uma adjudicação do bem objeto do contrato, cujos efeitos eram integralmente transferidos ao eleito após a eleição, *ex tunc*, ou permanecia em definitivo sob propriedade do estipulante.

---

<sup>172</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 138.

<sup>173</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994p. 135.

<sup>174</sup> Como aponta WALD, Arnaldo, “O contrato com pessoa a declarar e o direito fiscal”, in *Revista do Serviço Público*, Rio de Janeiro, DASP, v. 45, 1952.

<sup>175</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 59.

Os efeitos do contrato com pessoa a declarar, ao final, foram assim definidos pelos intérpretes e pelos autores de Direito Comum: (i) até o momento da *electio amici* o verdadeiro contratante, em face do promitente, é de considerar-se o estipulante: comprador é ele apenas; (ii) realizada, validamente, a *electio amici*, o estipulante se despoja, *ex tunc*, dos direitos e obrigações derivados do contrato e é reputado como se jamais os houvesse recebido; de outro lado, o *electus* se considera o adquirente imediato do vendedor desde o momento da conclusão do contrato; (iii) o eleito não adquire simplesmente os direitos e obrigações contratuais, mas se faz presente, aqui, um mecanismo negocial, que é dirigido à aquisição, pelo eleito, de uma determinada qualidade contratual que legitima a aquisição de sua parte da série unitária das relações jurídicas originadas daquele contrato concluído pelo estipulante; (iv) se a eleição não for efetuada, o contrato continua a produzir, e de modo definitivo, seus efeitos entre o promitente e o estipulante<sup>176</sup>. Essas características foram desenhadas no Direito Comum e, posteriormente, no direito costumeiro, durante a Idade Média, e talharam a veste do contrato com pessoa a nomear que foi transferida ao sistema contemporâneo.

Vale aqui apontar uma diferenciação entre os mecanismos do contrato com pessoa a declarar e a figura do contrato preliminar. Essas modalidades jurídicas não podem ser confundidas, pois no contrato com pessoa a declarar não se definem as cláusulas de um contrato futuro, mas apenas a uma determinação subjetiva das partes que assumirão os direitos e obrigações estipulados. Diferentemente do que ocorre no contrato preliminar, em que não há garantia da realização da operação econômica traduzida no contrato em exame.

Assim, pode-se dizer que, no contrato com pessoa a declarar, o consenso das partes se dirige à transferência de domínio, e não a um *contrahere futurum*. Antes da eleição, não há efeitos reais para o promitente nem para o estipulante. Diferentemente do que ocorre no contrato com o contrato preliminar.

Além disso, embora a produção definitiva de efeitos jurídicos no contrato com pessoa a declarar seja verificada após ultrapassado o prazo apontado para o exercício do direito de escolha pelo estipulante, não se poderia falar que o contrato ora em exame é

---

<sup>176</sup> Conforme síntese obtida pelo detalhado estudo do professor GOMES, Luiz Roldão de Freitas, in *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 61-63.

condicional, pois a condição é elemento incidental dos negócios jurídicos. A eleição, e não a condição, é elemento essencial da caracterização dessa modalidade contratual.

Ademais, não se pode conceber que a incerteza, fator de ineficácia do negócio jurídico, dependa do arbítrio de um dos figurantes<sup>177</sup>. Consoante já referido, a incerteza é superada a partir da observância de elementos objetivos definidos no ordenamento jurídico e aos quais restam submetidos os contratantes. Além disso, o contrato com pessoa a declarar é eficaz imediatamente entre os contratantes originários, integrando a indeterminação subjetiva parcial a sua própria essência<sup>178</sup>.

A maior parte da doutrina<sup>179</sup>, entretanto, recepcionou a teoria da condição, reconhecendo à cláusula de eleição o *status* de *conditio juris*, porquanto integra o negócio em si, não derivando exclusivamente da vontade das partes, nos termos do artigo 121 do Código Civil brasileiro<sup>180</sup>. Desse modo, a indeterminação subjetiva decorrente da reserva de nomeação aposta no contrato com pessoa a declarar não afetaria o caráter condicional da aquisição da nomeação e sua eficácia, nem assume feição de “puro arbítrio” do estipulante, pois resolutiva em relação ao estipulante após implementada a hipótese prevista na cláusula, em consonância com os requisitos legais

A avaliação percuciente das qualidades, elementos e requisitos que envolvem a figura do contrato com pessoa a declarar permitem deduzir os fatores que devem ser observados para que os contratantes possam alcançar os efeitos visados com a celebração do negócio jurídico. É o que Antônio Junqueira de Azevedo convencionou chamar de “fatores de atribuição da eficácia diretamente visada”<sup>181</sup>, e fornecem ao negócio jurídico a veste da

---

<sup>177</sup> É o que se depreende da lição de LEITE, Gonçalo Rollemberg, “Contrato com pessoa a declarar”, in *Revista Forense*, n. 181, p. 461.

<sup>178</sup> ASSIS, Araken. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do Direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 503.

<sup>179</sup> Conforme apontamento de ASSIS, Araken. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do Direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 504.

<sup>180</sup> Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

<sup>181</sup> Segundo Antônio Junqueira de Azevedo (*Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, 4.ed., Rio de Janeiro, 2002, p. 57), os fatores de atribuição da eficácia visada são aqueles indispensáveis para que um negócio, que já é de algum modo eficaz entre as partes, venha a produzir exatamente os efeitos por ele visados. Assim, os

eficácia, de modo que o modelo contratual em exame revele-se completo para a produção de efeitos jurídicos em consonância com o ordenamento vigente.

Dentre os fatores de eficácia diretamente visada está a necessidade de desenvolvimento da função precípua do contrato, que é traduzir-se como operação econômica regulada e assegurada pelo Direito. Essa transformação das necessidades sociais em relações jurídicas foi bem acolhida na modalidade do contrato com pessoa a declarar, pois seus mecanismos de utilização permitem aos contratantes a definição de um ambiente seguro para a realização de operações econômicas atuais e futuras, propiciando que determinados conceitos econômicos assumam as vestes jurídicas necessárias para assegurar a circulação de riquezas no mercado.

## II – Função

O contrato é um conceito jurídico construído com a finalidade de resumir, na linguagem jurídica, uma realidade exterior a si próprio, formada por interesses, relações e situações econômico-sociais relevantes relativamente aos quais cumprem uma função instrumental<sup>182</sup>. Assim, considerando que o contrato envolve mais do que a tradução de uma linguagem jurídica a uma situação vislumbrada na realidade, deve ser visto como uma ferramenta apta a conduzir as relações externas para o mundo jurídico, sob a proteção esperada pelos sujeitos de direito que dela participam, e a assegurar a manutenção da vontade

---

efeitos normais do negócio somente passariam a ser verificados quando observados esses fatores de atribuição de eficácia.

<sup>182</sup> ROPPO, Enzo, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 7.

declarada das partes<sup>183</sup> que pretendem se relacionar, bem como o interesse jurídico geral envolvido em cada negociação.

É sob essa perspectiva multifuncional que caracteriza os contratos que deve ser feita uma leitura das funções do contrato com pessoa a declarar. Essa modalidade contratual, embora distinta daquelas já tradicionalmente vislumbradas no ordenamento jurídico brasileiro, não possui uma finalidade diferente daquela que é comum a todos os contratos. Entretanto, diferencia-se das demais figuras contratuais ao possibilitar a utilização de um mecanismo de eleição de um dos contratantes e por garantir, dentro do ordenamento jurídico, que os negócios vislumbrados pelas partes possam ser realizados sem a interferência de fatores externos, o que, no mais das vezes, impede a conclusão de determinados negócios, seja pela presença de interesses escusos, seja pela inconveniência decorrente da revelação prévia do nome das partes envolvidas nessa negociação.

A expansão da disciplina contratual está relacionada à multiplicidade e à complexidade das operações econômicas traduzidas nos contratos, bem como pela variedade de suas formas históricas e suas concretas transformações ao longo do tempo<sup>184</sup>. Evidentemente, com o dinamismo econômico-social, fruto da crescente atividade de produção, troca e distribuição de serviços e o surgimento de novas demandas, espera-se que a criação de novas figuras jurídicas seja adequada para atender aos interesses das partes envolvidas nessas operações. Por isso, é natural que as regras jurídicas que regulam essas múltiplas operações econômicas também se multipliquem e se tornem mais complexas, pois devem corresponder às atividades relacionadas e oferecer uma resposta adequada às novas exigências e aos novos interesses que assim vêm emergindo<sup>185</sup>.

---

<sup>183</sup> É importante frisar que, para parte da doutrina, a vontade deixou de ser um dos elementos centrais para a formação do contrato, tendo em vista a participação de novos atores jurídicos e a utilização de figuras contratuais mais dinâmicas, em consonância com a realidade. Veja-se, a esse respeito, VANZELLA, Rafael, “De Enzo a Vincenzo”, in *Revista de Direito da GV*, n.2., vol. I, jun. – dez. 2005, p. 225. No entanto, para Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, t.3, p. 39), embora a vontade possa exercer um papel de menor relevo em determinados negócios jurídicos, “quando a vontade desaparece, isto é, quando se abstrai dela, não há negócio jurídico”.

<sup>184</sup> ROPPO, Enzo, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 348.

<sup>185</sup> ROPPO, Enzo, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 22.

A chamada relatividade do contrato faz com que essa figura jurídica mude sua disciplina, sua estrutura e suas funções segundo o contexto econômico-social em que está inserido<sup>186</sup>. Portanto, o contrato com pessoa a declarar é a representação da relatividade contratual, pois apresenta uma estrutura diferente daquela comumente vislumbrada nos demais modelos contratuais, autorizando um número maior de situações a serem contempladas com a escolha desse modelo contratual, a fim de atingirem as pretensões esperadas pela celebração do negócio jurídico e permitindo que a operação econômica que traduz no mundo jurídico seja efetivada.

A evolução do conceito em um contexto histórico e social também demonstra que o surgimento dessa figura jurídica decorre da necessidade de criação de mecanismos que autorizassem a circulação de riquezas sem a influência dos senhores feudais e sem as intempéries e objeções advindas dos códigos sociais, traduzidos por condutas socialmente reprováveis, tais como a de celebração de negócio vantajoso para uma parte e desvantajoso para outra, ou a possibilidade de evitar um aumento injustificado do preço por conta da posição social que o sujeito representava na sociedade da época, ou, ainda, a fim de evitar o excessivo controle fiscal exercido pelos senhores feudais, que não desejavam a expansão da propriedade privada em um regime pautado pela integral submissão aos poderes econômico e social dos senhores feudais.

Nesse contexto, as operações econômicas traduzidas pelo contrato com pessoa a declarar representavam transferências de domínios sobre as coisas, em especial, sobre a propriedade das terras – pois, em uma sociedade na qual a base da economia era a terra, sem que a moeda desempenhasse relevante papel para a circulação de riquezas, o interesse geral e privado a ser tutelado residia na forma de traduzir, mediante uma linguagem jurídica adequada, o exercício da propriedade da terra e a forma de circulação dessa riqueza, em contrariedade aos interesses manifestamente expressados pelos reinos medievais, que cultivavam a estagnação social.

Posteriormente, com o fim do período medieval e o advento das práticas mercantis, o contrato com pessoa a declarar assumiu a forma de contratação mais dinâmica para a circulação das riquezas pela Europa Ocidental e para sua difusão pelas Cruzadas e

---

<sup>186</sup> ROPPO, Enzo, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 24.

pelas rotas mercantis que foram estabelecidas. O papel desempenhado por essa modalidade contratual nesse período histórico estava em consonância com as relações sociais e econômicas desenvolvidas à época analisada, e orientavam os sujeitos de direito dessas relações a observarem a finalidade contratual em consonância com o objetivo da sociedade moderna, que era o aumento de riquezas por meio da expansão da circulação de moedas, de valorização das coisas e da descoberta de um sistema capitalista.

A liberdade na contratação, fruto de um paradigma estabelecido no contexto sócio-econômico moderno e, posteriormente, liberal, visou à formação dos contratos por meio da verificação objetiva de correspondência dos comportamentos humanos a um modelo legal. Isso acabou promovendo uma mudança de função do contrato, qual seja, a de proteger os interesses das partes ou o interesse social, de modo que o contrato com pessoa a declarar passou a ser utilizado sob a ótica de um contrato regulado pelos deveres decorrentes dos princípios que pautam essa relação social.

Um efeito decorrente dessa mudança de paradigma do modelo contratual é a definição de uma nova função ao contrato, do ajuste à dinâmica nas relações sociais – que estão em permanente mudança – e uma maior estabilidade para essas mesmas relações. A função do contrato, portanto, passa a ser a de assegurar que os comportamentos humanos prometidos no momento da celebração do contrato possam ser observados ao longo do período de execução desse modelo contratual escolhido para traduzir na forma jurídica a operação econômica definida pelas partes contratantes.

Há, no entanto, algumas situações que podem conduzir a uma condição de ineficiência do contrato formulado, em especial pela impossibilidade de adimplemento das obrigações estabelecidas no negócio jurídico entre os contratantes originários. Isso é fruto de uma escolha indevida do eleito pelo estipulante – pois inexistente previsão de ratificação da nomeação pelo promitente –, ou de uma omissão das características do eleito em cláusula específica do contrato ou, ainda, de uma mudança nas condições de equilíbrio econômico-financeiras sob as quais o contrato foi celebrado. Além disso, não há como negar que o estipulante pode assumir uma posição privilegiada na conclusão do contrato, pois estabelece a possibilidade de nomeação se assim for conveniente para atender a seus interesses. Há, portanto, uma assimetria de informações entre o estipulante e o promitente, o que pode conduzir a uma ineficiência no contrato.

Considerando que a eficiência econômica do contrato pode ficar inviabilizada pela assimetria de informações ou pela assunção de riscos no momento da estipulação das cláusulas do negócio, revela-se útil avaliar a necessidade e a possibilidade de manutenção do contrato nos termos em que foi inicialmente estipulado.

Ora, os contratos são celebrados a fim de garantir uma troca mútua e benéfica para seus participantes. No momento em que esses benefícios deixam de existir, a ineficiência do contrato demonstra que este negócio jurídico deixou de ser interessante para as partes, e sua manutenção configura-se na medida mais inadequada em termos de eficiência econômica.

Assim, a análise do contrato deve ser feita sob a ótica dos mecanismos que o modelo contratual permite adotar para definir os reais incentivos a cada um dos agentes da relação jurídica<sup>187</sup> e avaliar se, ainda que a manutenção do contrato não represente uma eficiência similar ao ótimo de Pareto<sup>188</sup>, pode o negócio atingir os objetivos originalmente pretendidos pelas partes. Caso os contratos revelem-se ineficientes nesse aspecto, é imperativo que sejam resolvidos<sup>189</sup>.

Essa mudança no paradigma da teoria contratual<sup>190</sup>, em que o pressuposto do *pacta sunt servanda* deixa de ser um corolário do direito contratual<sup>191</sup>, reflete uma aproximação entre o Direito e uma realidade social mais dinâmica e que visa a permitir que os

---

<sup>187</sup> De acordo com COOTER & ULEN (*Law & Economics*, Boston, Pearson, 2008, p. 222), os contratos podem variar em termos de eficiência, conforme seu mecanismo de desenho defina os incentivos para os agentes atingirem os objetivos estipulados.

<sup>188</sup> Uma vez mais, traduzindo a idéia de que um contrato é considerado eficiente se, e somente se, consideradas as disponibilidades existentes, não é possível aumentar os ganhos de nenhum indivíduo em particular sem que, ao mesmo tempo, diminua os ganhos de outro.

<sup>189</sup> Conforme a lição de COOTER & ULEN (*Law & Economics*, Boston, Pearson, 2008, p. 188), se os contratos não forem eficientes do ponto de vista econômico, não precisam ser cumpridos, pois sua manutenção traduziria maior prejuízo às partes.

<sup>190</sup> Conforme NEGREIROS, Teresa, *Teoria do Contrato*, 2.ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

<sup>191</sup> Para Rafael Vanzella (“De Enzo a Vincenzo”, in *Revista de Direito da GV*, p. 225), citando Vincenzo Roppo, a assimetria de poder contratual – como pode ocorrer no caso de um contrato com pessoa a declarar – gera o enfraquecimento do vínculo contratual e, por conseguinte, de seu equilíbrio, afastando a incidência do *pacta sunt servada*.

conceitos jurídicos traduzam as escolhas racionais<sup>192</sup> mais propícias para atender ao interesse das partes envolvidas.

A experiência no Direito Comparado nos permite analisar de que forma os juristas utilizaram-se dessa modalidade contratual e porque ela se tornou vantajosa e se difundiu, especialmente, na Europa Ocidental e, mais especificamente, nos países de forte tradição mercantilista. Ainda, é possível realizar uma formação analítica do contrato com pessoa a declarar no ambiente jurídico brasileiro, a fim de demonstrar que essa modalidade contratual, embora não estivesse regulada no ordenamento jurídico antes do atual Código Civil, já era objeto de estudo e até mesmo de algumas decisões pioneiras por nossos tribunais. Assim, parece que o conceito do contrato com pessoa a declarar revela-se útil para o Direito, não havendo razão para não ser utilizado.

Apenas para referendar esse posicionamento, destaca-se que o contrato ora em exame, além de útil para o operador do Direito, possui uma função bastante definida, que é a de promover a circulação de riquezas a partir do reconhecimento de diversas operações econômicas sob uma mesma forma de contratação e atendendo a diversos interesses privados, não se furtando a manter a orientação regulada pelos princípios que permeiam o direito privado.

O contrato, portanto, transforma-se para adequar-se ao tipo de mercado, ao tipo de organização econômica em cada época prevalecente. Mas justamente, transformando-se e adequando-se do modo que se disse, o contrato pode continuar a desempenhar aquela que é – e continua a ser – a sua função fundamental no âmbito das economias capitalistas de mercado: isto é, a função de instrumento da liberdade de iniciativa econômica<sup>193</sup>.

---

<sup>192</sup> A expressão “escolha racional” é de Richard Posner (*Economic Analysis of Law*, 6<sup>th</sup>. ed., New York, Aspen, 2002, p. 3), ao afirmar que “*Economics is the science of rational choice in the world – our world – in which resources are limited in relation to human want.*”

<sup>193</sup> ROPPO, Enzo, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 310.

## 1. Utilidade

O vocábulo útil, segundo a definição da língua culta portuguesa, significa aquilo que traz benefícios<sup>194</sup>. Consequentemente, ao analisar a utilidade de determinado conceito jurídico, verifica-se quais são os benefícios que advém se sua utilização.

A utilidade, contudo, não apresenta apenas um sentido semântico literal. O conceito de utilidade também apresenta um significado econômico, pois traduz aquilo que pode ser proveitoso sob a ótica econômica<sup>195</sup>.

Assim, um modelo contratual útil é uma figura jurídica que assegura um resultado proveitoso para as partes que pretendem utilizar-se dele. Como os contratos representam as vestes jurídicas de operações econômicas, espera-se que o modelo escolhido possa ser útil para as partes envolvidas e produzir os efeitos esperados com a plena satisfação das obrigações e direitos estabelecidos no negócio jurídico em questão.

As relações sociais a que se remetem as operações econômicas traduzidas nos contratos possuem uma dinâmica própria e que, muitas vezes, não acompanha o mesmo ritmo evolutivo dos conceitos jurídicos. Assim, é possível que haja um descompasso entre o que o modelo contratual representa e o que a operação econômica significa para as partes. Quando isso ocorre, constata-se que o contrato em exame não é útil, pois não atende a finalidade para o qual foi escolhido.

---

<sup>194</sup> HOUAISS, Antonio. *Míni dicionário Houaiss da língua portuguesa*, 3.ed. ver. e aum., Rio de Janeiro, Objetiva, 2008, p. 756.

<sup>195</sup> Sobre esse assunto, ver SEN, Amartya, *Desenvolvimento como liberdade*, trad. Laura Teixeira de Motta, São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

Os contratantes esperam, assim, que o modelo contratual escolhido seja apto a atender aos interesses das partes, assegurando estabilidade à operação econômica, eficiência em sua realização e trazendo benefícios mútuos, ao menor custo para cada uma das partes. Com isso é possível chegar a um contrato com eficiência econômica ótima<sup>196</sup>, que permitirá a conclusão de um negócio que tende a observar a finalidade para o qual ele foi constituído.

O contrato com pessoa a declarar revela-se útil à medida que se apresenta como um modelo contratual flexível à realidade social em que está inserido, o que facilitaria a tradução de mais opções de operações econômicas dinâmicas e complexas, tipicamente encontradas na sociedade de hoje. Assim, a opção pela utilização de um modelo contratual flexível e que autoriza eventual substituição de uma das partes é vantajosa para os contratantes, pois foge aos esquemas tradicionais de manutenção dos pactos entre os contratantes originários e de imutabilidade da figura contratual, em consonância com os novos paradigmas contratuais tão festejados pela doutrina, como já referido anteriormente.

A seguir passaremos a demonstrar de que modo o contrato com pessoa a declarar revelou-se útil na experiência jurídica sob a ótica do Direito Comparado e na visão incipiente dessa modalidade contratual no Direito brasileiro.

### 1.1. Experiência no direito comparado

O contrato com pessoa a declarar surgiu por uma necessidade econômica, e logo se traduziu em uma das figuras úteis para ultrapassar a barreira sócio-econômica imposta pelos limites da sociedade e organização política medieval. O desenvolvimento do conceito e

---

<sup>196</sup> A referência aqui é pela lógica da eficiência de Pareto, segundo o qual um contrato seria ótimo se apresentar benefícios mútuos e de mesmo grau para as partes envolvidas, em consonância com a linguagem econômica. A referência é de SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2004, p. 293.

da prática do contrato com pessoa a declarar foi de salutar importância para uma substancial melhora na combatida sociedade medieval, e os mecanismos de disposição do contrato revelaram-se adequados a representar os interesses das partes contratantes e a auxiliar com a conclusão das operações econômicas relacionadas.

Não é nenhuma surpresa, contudo, o adequado funcionamento do contrato com pessoa a declarar no período medieval. Vale recordar que essa modalidade contratual surgiu durante esse período histórico como resultado de uma prática costumeira, e não por imposição legal ou por interpretação doutrinária – que ainda era incipiente nesse momento. Assim, é fácil concluir que a modalidade contratual foi elaborada a fim de atender especificamente as demandas daqueles que a criaram.

Considerando que o contrato com pessoa a declarar traduzia o instrumento que atendia ao interesse das partes que dele pretendiam utilizar-se, não há dúvidas de que a figura contratual ora em exame já surgiu, em sua concepção histórica, carregada de um significado utilitarista, pois plenamente vantajosa para quem dela desfrutasse.

Ademais, as causas que conduziram à construção dessa modalidade contratual apresentam-se como uma justificativa plausível para apontar as razões da utilidade do contrato com pessoa a declarar. Apenas a título exemplificativo, recorda-se o papel desempenhado por essa figura jurídica para a celebração de negócios durante o período medieval.

O desenvolvimento do conceito do contrato com pessoa a declarar segue a metodologia<sup>197</sup> sugerida por Shavell<sup>198</sup>, ao apontar que um contrato existe porque se apresenta como uma forma de obtenção de benefícios mútuos para as partes que participam desse negócio jurídico. Não há dúvidas de que, desde sua origem, essa modalidade contratual revelou-se bastante vantajosa para aqueles que optaram por dela utilizar-se.

---

<sup>197</sup> Reportamo-nos aqui à lição de Nuno Garoupa e Thomas Ulen (The market for legal innovation: Law and economics in Europe and the United States, in *Illinois Law and Economics Working Paper Series*, Research Paper nº LE07-009, University of Illinois, College of Law, p. 12), ao indicar que a análise econômica do Direito permite a definir uma metodologia de investigação das motivações legais por meio de ferramentas estabelecidas na área econômica.

<sup>198</sup> SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2004, p. 293.

Não é por outra razão que essa modalidade contratual permaneceu sendo utilizada na Europa Ocidental e por lá se desenvolveu mesmo depois da liberação do período medieval. Aliás, com o registro de algumas práticas costumeiras nas atas notariais das práticas realizadas no período, passou-se a difundir a utilização dessa modalidade contratual com pessoa a declarar pela Europa e a aperfeiçoar o uso do contrato ora em exame, adaptando-o a diversas situações vislumbradas com o renascimento do mercantilismo.

Veja-se que, diante dessa posição histórica, o contrato com pessoa a declarar encontrou maior aceitação nos cantões suíços, na região onde hoje se situam os Países Baixos, e na França, onde teve desenvolvimento e dedicação do próprio legislador a positivar regras atinentes a essa modalidade contratual após a Revolução Francesa. Não por acaso, como já mencionado, o contrato com pessoa a declarar encontrou maior respaldo nos países que primeiramente saíram do período medieval e se estabeleceram na Idade Moderna, alavancados pelos resultados decorrentes das práticas comerciais entre os povos e por dinamizar a celebração de novos negócios comerciais.

O contrato com pessoa a declarar está incorporado à prática, sobretudo notarial, de cantões da Suíça, tendo recebido notável utilização no *Pays de Vaud*.

O ato de comprar para si ou para pessoa a nomear foi documentado em contrato de 15 de janeiro de 1592, em ato redigido por notário de Lausanne. Embora essa prática fosse até mais antiga do que o primeiro registro, as atas notarias passaram a apontar os termos dos negócios a partir do século XVI, a fim de defender os interesses dos senhores feudais com o registro das transferências de domínio que, por meio da celebração de contratos com pessoa a declarar, não eram publicizados e, sobre essas transações, deixava-se de incidir os devidos impostos.

Por essa razão, leciona Luiz Roldão de Freitas Gomes que a Lei II, § 4, p. 103, do *Coutumier du Pays de Vaud*, todos que oferecessem lances em uma venda pública, por si ou seu companheiro a nomear, deveriam declarar, no momento da adjudicação, se agiram como adquirentes por si ou por terceiros, indicando, neste caso, o respectivo nome, para constar do ato<sup>199</sup>.

---

<sup>199</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 65.

O Código Civil do *Pays de Vaud*, que se manteve em vigor até 1912, continha comando que determinava a proibição de vendas imobiliárias condicionadas, razão pela qual eram utilizadas, à época, promessas de venda – para si ou para pessoa a declarar – a cada vez que deveriam estipular uma venda condicional<sup>200</sup>.

Posteriormente, o Código Civil suíço autorizou a realização de vendas mediante a celebração de pactos condicionais, e foi omissivo em relação à prática do contrato com pessoa a declarar, sem apontar qualquer proibição a ela<sup>201</sup>. Todavia, a população do *Pays de Vaud* manteve a tradição de utilizar as promessas de venda para si ou para pessoa a declarar, em uma clara demonstração que mesmo a ausência de positividade de determinada prática que reflita as relações sociais não foi suficiente para afastar o conceito do sistema jurídico organizado.

Vale salientar que, apesar de o contrato com pessoa a declarar não ter sido positivado no Código Civil suíço, há menção a essa prática jurídica em algumas leis esparsas, datadas de 1901 e 1911, nas quais há referência aos efeitos dos chamados direitos de mutação nas promessas de venda em causa<sup>202</sup>.

Na vida jurídica francesa, o Código de Napoleão foi silente à positividade do conceito do contrato com pessoa a declarar. Contudo, a matéria foi objeto de regulação em leis de cunho tributário, com o objetivo de impedir que o contrato com a reserva de designação da pessoa a declarar se preste a instrumentos de fraude no recolhimento do imposto devido relativamente a atos de transmissão<sup>203</sup>.

---

<sup>200</sup> A classificação do contrato com pessoa a declarar como contrato condicional seguiu uma linha de pesquisa de alguns doutrinadores nos séculos XIX e XX, e embora refutada pela maioria dos autores que lidam com o tema, há quem ainda não consiga distinguir o contrato com pessoa a declarar de um contrato condicional, como é o caso de ANDRADE JUNIOR, Attila de Souza Leão, em seus *Comentários ao Código Civil*, vol. III: dos contratos, p. 59.

<sup>201</sup> Sobre o assunto, ver REYMOND, Jean Frédéric, *La Promesse de Vente pour soi ou pour son nommable*, Lausanne, Librairie de Droit F. Roth & Cie, 1945.

<sup>202</sup> REYMOND, Jean Frédéric, *La Promesse de Vente pour soi ou pour son nommable*, Lausanne, Librairie de Droit F. Roth & Cie, 1945.

<sup>203</sup> PLANIOL, Marcel et RIPERT, Georges. *Traité Pratique de Droit Civil Français*, 2.ed., t. X, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, p. 251.

O instituto foi bastante utilizado, na denominada venda sob reserva de *declaratiòn de command*, instituição puramente costumeira cuja origem remonta ao séc. XIV. Surgiu pela necessidade de facilitar as transações comerciais. A legislação francesa, elaborada a partir de 1790, objetivou primordialmente a organização das conseqüências tributárias dessa modalidade contratual. A primeira delas, por exemplo, determinou o prazo de 06 meses para a efetivação da *declaratiòn de command*. Outra lei lembrada é a Lei 22 *frimaire, an VII*, de 12.12.1798, que determinou a tributação das declarações de *command* com uma taxa fixa, exigindo que a *facultas amicum eligendi* tivesse sido expressamente reservada no ato de adjudicação ou no contrato de venda<sup>204</sup>.

Dentre as normatizações previstas para o tema do contrato com pessoa a declarar, apontamos a Lei de 28 de abril de 1816, que passou para o Código Geral de Impostos, e determinou a tributação da declaração de nomeação. Além disso, o Código de Processo Civil francês concedeu prazo de 24 horas para o adjudicatário promover sua declaração, com o intuito de evitar que a transferência do domínio do estipulante para a pessoa a nomear se prolongasse e o estipulante pudesse exercer a condição de *animus domini* sem que tenha regularizado a transferência de propriedade.

Ao final do século XVIII, a venda para a pessoa a declarar era conhecida em toda a Europa e havia dado lugar a numerosas teorias, que divergem apenas quanto aos pormenores sobre pontos não fixados em textos positivos, mas deixados à apreciação dos juristas.

No Direito Moderno, essa modalidade contratual foi especificada no Código de Processo Civil francês e no da Sardenha, de 1859, bem como em algumas leis especiais, visando tutelar, especialmente, os interesses do Estado, que limita os interesses privados e com o intuito de evitar fraudes por meio da utilização dessa modalidade contratual. Em qualquer dos casos, a figura jurídica em questão permanece útil, pois a intervenção do Estado para tornar o conceito mais adequado aos princípios que regulam o ordenamento jurídico pode ser necessária para corrigir distorções e determinar um negócio mais vantajoso para todos os que dele participam, e não maléfico para os terceiros que podem sofrer os efeitos decorrentes desse mesmo negócio.

---

<sup>204</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 64.

Foi na doutrina italiana que o contrato com pessoa a declarar encontrou seu campo de desenvolvimento mais fecundo. Essa figura jurídica foi construída ao longo do Direito Comum, fortemente influenciada pelas lições de juristas e praxistas, consolidando-se sua elaboração doutrinária pelos estudos dos juristas da Idade Moderna.

Conforme nos ensina Luiz Roldão de Freitas Gomes<sup>205</sup>, o contrato com pessoa a declarar foi, pela primeira vez, regulado mediante disciplina completa e orgânica no Código Civil italiano de 1942, como fruto de longa e aprofundada elaboração doutrinária. Antes, havia sido objeto de previsão em leis especiais, nos anteriores e revogados Códigos de Processo Civil e de Comércio.

Todavia, o contrato com pessoa a declarar não foi disciplinado pelo Código Civil italiano de 1865. Uma das razões para isso seria o interesse fiscal do Estado em não fornecer um tempo demasiadamente alongado para a nomeação, a fim de evitar que o estipulante pudesse desfrutar do domínio do bem objeto do contrato antes da transferência da posição contratual sem o pagamento dos impostos pelo uso do domínio, pois não se configuraria uma aquisição *stricto sensu* caso houvesse a declaração da pessoa nomeada em momento posterior.

No entanto, o contrato com pessoa a declarar figurou nos artigos 627 e 628 do antigo Código de Processo Civil, bem como fora previsto em lei da Sardenha acerca de licitações, e em lei de 1828, do reino das duas Sicílias, sobre expropriações forçadas<sup>206</sup>.

O Código de Comércio italiano, de 1882, cujas normas foram mantidas no código que o substituiu, dispunham sobre o seqüestro, a penhora e a venda judicial de navios. O escopo dessa norma era restringir, por motivos de ordem pública, no caso de venda perante os tribunais, um direito que outras disposições reconhecem de modo geral, admitindo, ainda quando falte a qualidade de procurador, a faculdade de oferecer lances em leilões e de arrematar validamente por conta de pessoa a declarar.

Antes mesmo disso, em 1867, o Decreto Real nº 3.852 aprovou regulamento para a execução da lei sobre liquidação do patrimônio eclesiástico, prevendo que o procurador que

---

<sup>205</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 73

<sup>206</sup> ENRIETTI, Enrico. “Contrato per persona da nominare”, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. 4., Torino, Utet, 1968, p. 665 e seguintes.

licitasse seria garante solidário da pessoa que viesse a declarar. Além disso, o Decreto Real nº 3.269, de 1923, aprovou regulamento sobre as taxas de registro, prescrevendo que as declarações ou nomeações puras ou simples da pessoa para a qual foi realizada uma aquisição ou outro contrato são sujeitas à taxa fixa estabelecida em tarifa anexada, toda vez que a faculdade de proceder à declaração ou nomeação derive da lei ou foi reservada no ato de aquisição ou outro contrato e seja feita em três dias.

Na exposição de motivos do projeto de Código Civil italiano, de 1936, e que resultaria, posteriormente, no Código Civil italiano de 1942, o então Ministro Guardasigilli justificou que aquele projeto não podia permanecer indiferente perante o contrato regulado em razão de sua frequência estatística e de seu caráter de instrumento de agilização da circulação de bens, principalmente em decorrência da origem genuinamente italiana da reserva de nomeação<sup>207</sup>. A redação restou definida nos artigos 1.401 a 1405 do Código Civil italiano.

O contrato com pessoa a declarar insere-se hoje em plano mais amplo, do dinamismo que penetra o Direito das Obrigações, exigindo possam estas e o contrato circular pela forma mais rápida possível, procurando conciliar esta flexibilidade, de interesse geral, com a segurança das transações. A segurança jurídica, aliás, parece estar intrinsecamente relacionada ao conceito de utilidade do contrato com pessoa a declarar<sup>208</sup>, pois os mecanismos inseridos nessa modalidade contratual e criados pelo legislador para regular esse contrato ora em exame visam a assegurar o fiel cumprimento das prestações determinadas no contrato.

Nessa mesma linha, veja-se que na acepção do Direito Italiano se denota que o contrato com pessoa a declarar exerce uma função mais voltada a assegurar a realização das práticas comerciais<sup>209</sup>. Ademais, a própria localização dessa figura jurídica na geografia do respectivo código, confinado na área da circulação das relações contratuais, denota sua função precípua de favorecer o comércio jurídico<sup>210</sup>.

---

<sup>207</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 77.

<sup>208</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 70.

<sup>209</sup> ENRIETTI, Enrico, “Contratto per persona da nominare”, in *Novissimo Digesto Italiano*, t. IV, Torino, Utet, 1962, p. 671.

<sup>210</sup> VISALLI, Nicòlo, “Contratto per persona da nominare e preliminare”, in *Il Foro Italiano*, vol. LXXXIII, 1960, p. 361.

A longa experiência jurídica pela utilização dessa modalidade contratual na Europa Ocidental demonstra que essa figura jurídica pode apresentar algumas controvérsias quanto à possibilidade de extensão de sua utilidade. Note-se, exemplificativamente, que há diversos renomados autores (como Antunes Varela, Almeida Costa, Enrietti, e outros) que não admitem a utilização do contrato com pessoa a declarar quando não seja possível a representação do contratante originário<sup>211</sup>.

Na Alemanha, o contrato com pessoa a declarar não foi disciplinado, mas tão somente serviu como objeto de estudo de sua doutrina. Alguns doutrinadores<sup>212</sup>, aliás, dedicaram-se a pontar as diferenças entre o “*Anfgabe des Käufers vorbehalten*” (“declaração do comprador reservado”), previsto no § 95 do HGB (Código Comercial alemão), e o contrato em exame. Ocorre que a figura prevista no HGB é um contrato necessariamente representativo, e se aproxima mais de uma venda estipulada em favor de terceiro. Todavia, a estrutura, mecanismos e finalidades entre ambos os institutos revelaram-se similares, razão pela qual foi necessária a distinção promovida pelos doutrinadores.

O contrato com pessoa a declarar também foi cogitado em outros países europeus, decorrentes do quadro evolutivo do conceito do contrato com pessoa a declarar, como a Espanha e a Holanda. Todavia, não houve uma tentativa de normatização desse contrato em exame nos ordenamentos desses países.

No que tange ao Direito português, admitiam os juristas lusos a realização do contrato com pessoa a declarar antes mesmo do Código Civil vigente nesse país atualmente, pois prevista essa figura jurídica no artigo 465 do Código Comercial<sup>213</sup>, prescrevendo que pode o contrato de compra e venda de coisa móvel ser feito para pessoa a nomear depois<sup>214</sup>. Inexistindo proibição para se admitir a validade do contrato com pessoa a declarar nesse

---

<sup>211</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, 1994, p. 34.

<sup>212</sup> No ponto, veja-se BANDARSCH, Georg, *Kommentar zum HGB*, Darmstadt, Herman Luchterhand Verlag, 1960, p. 311; e SCHLEGELBERG, Franz, *HGB*, 4.Auflage, Frankfurt, Franz Vahlen Verlag, 1960, p. 960.

<sup>213</sup> Art. 465. O contrato de compra e venda mercantil de coisa móvel pode ser feito, ainda que directamente, para pessoas que depois hajam de nomear-se.

<sup>214</sup> VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 79, p. 163-198

sistema jurídico, incorporou o legislador o conceito ao atual Código Civil, nos termos dos artigos 452 a 456<sup>215</sup>.

Para Vaz Serra, há outras situações mais sofisticadas em que entende não ser adequado o contrato com pessoa a declarar. Segundo seu entendimento, não se admite um contrato com pessoa a declarar a) nos contratos em que seja indispensável a determinação da pessoa com quem se contrai a obrigação, *e.g.*, na doação, porque, nos atos de liberalidade, deve determinar-se logo o beneficiário; b) nos negócios de direito de família, de direito hereditário e nos *intuitu personae* (adoção, emancipação, aceitação de herança), porque neles é inarredável a qualidade das pessoas que os praticam; c) nos contratos que regulem ou dissolvam relação jurídica, assim na transação, porque não se pode ter por indeterminado o sujeito da relação jurídica já constituída<sup>216</sup>.

Já para Antunes Varela, o contrato com pessoa a declarar deve ser restringido àqueles com prestações correspectivas, não sendo de se admitir nos que só atribuam vantagem

---

<sup>215</sup> Artigo 452.º

(Noção)

1. Ao celebrar o contrato, pode uma das partes reservar o direito de nomear um terceiro que adquira os direitos e assumas as obrigações provenientes desse contrato.

2. A reserva de nomeação não é possível nos casos em que não é admitida a representação ou é indispensável a determinação dos contraentes.

Artigo 453.º

(Nomeação)

1. A nomeação deve ser feita mediante declaração por escrito ao outro contraente, dentro do prazo convencionado ou, na falta de convenção, dentro dos cinco dias posteriores à celebração do contrato.

2. A declaração de nomeação deve ser acompanhada, sob pena de ineficácia, do instrumento de ratificação do contrato ou de procuração anterior à celebração deste.

Artigo 454.º

(Forma da ratificação)

1. A ratificação deve constar de documento escrito.

2. Se, porém, o contrato tiver sido celebrado por meio de documento de maior força probatória, necessita a ratificação de revestir igual forma.

Artigo 455.º

(Efeitos)

1. Sendo a declaração de nomeação feita nos termos do artigo 453.º, a pessoa nomeada adquire os direitos e assume as obrigações provenientes do contrato a partir da celebração dele.

2. Não sendo feita a declaração de nomeação nos termos legais, o contrato produz os seus efeitos relativamente ao contraente originário, desde que não haja estipulação em contrário.

Artigo 456.º

(Publicidade)

1. Se o contrato estiver sujeito a registo, pode este ser feito em nome do contraente originário, com indicação da cláusula para pessoa a nomear, fazendo-se posteriormente os necessários averbamentos.

2. O disposto no número anterior é extensivo a qualquer outra forma de publicidade a que o contrato esteja sujeito.

<sup>216</sup> VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva, *Boletim do Ministério da Justiça*, p. 172-173.

a uma das partes. Esse entendimento foi obtido a partir da interpretação do Código português e da utilização dessa figura jurídica após o período das codificações<sup>217</sup>.

Além disso, o pré-citado doutrinador aponta para a inconciliabilidade, em regra, do contrato com pessoa a declarar com os negócios em que, basicamente, se revele insubstituível a pessoa de um de seus sujeitos, seja pela determinação que o negócio dela exija, sejam em função da própria prestação devida<sup>218</sup>. No entanto, essa seria uma conclusão até mesmo lógica, pois o contrato utilizado nessas condições não se revelaria útil às partes e tampouco atenderia ao interesse social tutelado.

Ainda na seara da experiência estrangeira, denota-se a interessante inclusão da modalidade do contrato em exame no Direito peruano. Esse ordenamento jurídico absorveu o conceito do contrato com pessoa a declarar para justificar uma ausência legislativa de outra figura contratual, no caso, o problema prático do mandato sem representação – pois, em consonância com o disposto no artigo 1810 do Código Civil peruano<sup>219</sup>, para cumprir a obrigação de retransmitir ao mandante o que adquiriu em nome próprio, porém, por conta deste, é necessário que promova o mandatário uma nova transferência. Assim, o contrato com pessoa a declarar é visto, nesse ordenamento, como uma forma de representação que não exige o mandato para ser executado<sup>220</sup>, e torna-se o contrato em exame útil para a finalidade pretendida pelo legislador peruano.

Para Roppo, o contrato com pessoa a declarar não é uma espécie de representação. Já em sua obra clássica, o doutrinador aponta que não a faculdade conferida ao estipulante não apresenta os mesmos efeitos do fenômeno da representação<sup>221</sup>. Há tão somente uma transmissão de uma declaração e os efeitos daí decorrentes.

---

<sup>217</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1991, p. 312-314.

<sup>218</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1991, p. 312-314.

<sup>219</sup> Art. 1810. El mandatario queda automaticamente obligado en virtud del mandato a transferir al mandante los bienes adquiridos en ejecucion del contrato, quedando a salvo los derechos adquiridos por los terceros de buena fe.

<sup>220</sup> Conforme anotação de GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, 1994, p. 85.

<sup>221</sup> Segundo ROPPO, Enzo. *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 112.

Segundo o autor, é requisito na representação que, ao concluir o contrato, o representado declare não agir para si, mas em nome e por conta do representado (chamada *utilização do nome*), ou, pelo menos, que este fato resulte das circunstâncias. A não ser assim, a representação não opera e os efeitos do contrato produzem-se em relação a quem o estipulou. Admite-se, porém que quem celebra um contrato possa, declarando não negociar para si, reservar-se o direito de indicar em seguida, dentro de certo prazo, o destinatário dos efeitos daquele (*contrato com pessoa a nomear*). Feita a declaração de nomeação por parte do autor do contrato, “a pessoa nomeada adquire os direitos e assume as obrigações derivadas do contrato, com efeitos desde o momento em que este foi estipulado”, sempre que esta manifeste sua aceitação ou tenha anteriormente conferido, a quem celebrou o contrato, o poder de representá-lo, e que a mesma declaração respeite os necessários requisitos de forma; se este conjunto de condições não se verifica, “o contrato produz seus efeitos entre os contraentes originários”<sup>222</sup>.

## 1.2. Experiência no direito brasileiro

A ainda recente introdução do conceito da figura jurídica ora em estudo no ordenamento jurídico brasileiro não permite uma caracterização perfunctória acerca das raízes e das funções desenvolvidas pelo contrato em exame no Direito brasileiro. Veja-se que são poucas as experiências conhecidas nas quais os operadores do Direito optaram pela utilização do contrato com pessoa a declarar no país<sup>223</sup>.

---

<sup>222</sup> ROPPO, Enzo, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 111-112.

<sup>223</sup> Importa referir que, em pesquisa jurisprudencial realizada nos mais ativos tribunais de justiça do país (dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Pernambuco), tendo por período base o ano de 2002 até a conclusão deste texto, não foi localizada uma só decisão envolvendo um contrato com pessoa a declarar sob essa denominação.

Esse dado permite refletir sobre a efetiva utilidade do contrato com pessoa a declarar em relação ao ordenamento jurídico brasileiro. A ausência de utilização do contrato em exame pode ser o resultado de um completo desconhecimento da figura jurídica, das vantagens e desvantagens de sua utilização, das hipóteses mais propícias para ser sugerido e, até mesmo, pela insegurança jurídica decorrente da falta de conhecimento da comunidade jurídica quanto às características desse contrato e, em especial, pela inexistência de decisões recentes dos tribunais acerca do tratamento fornecido a esse modelo contratual, em contraste com a estabilidade procurada pelas partes em suas relações econômicas, traduzidas sob a veste jurídica de contratos para proteger seus interesses inclusos nos negócios jurídicos firmados.

No entanto, a ausência de utilização do contrato com pessoa a declarar pode refletir um vício desenvolvido por vários operadores do Direito frente a inovações legislativas. No caso, a introdução do conceito de uma nova figura contratual encontra resistência na existência de outros mecanismos jurídicos que atendem, há muitos anos, os operadores do Direito e, portanto, já estão com essas antigas figuras jurídicas habituados. Assim, pode o contrato com pessoa a declarar ainda não ter sido utilizado largamente pelos operadores do Direito porque estes desconhecem os meandros dessa figura contratual, e o desconhecido não fomenta o espírito daqueles que buscam a solução mais segura para seus negócios no universo jurídico.

Assim, a experiência jurídica brasileira deve ser analisada, em um primeiro momento, sob a ótica da consolidação do conceito no sistema jurídico brasileiro – o que supera o processo de positivação pelo qual já passou o contrato ora em exame. É necessário demonstrar que o operador do Direito no Brasil compreende as diferenças entre as figuras jurídicas contratuais que se assemelham a um contrato com pessoa a declarar e distinguem as divergentes utilidades que cada figura contratual apresenta, tornando lógica a razão pela qual a opção pela utilização do contrato com pessoa a declarar corresponde a uma escolha mais adequada para transações comerciais futuras visando à transferência de propriedade, e não se confunde com as utilidades fornecidas por outras opções contratuais tradicionais.

Consoante já referido em seção anterior, diversos foram os eminentes doutrinadores que trataram do tema relacionado ao contrato com pessoa a declarar antes mesmo de sua introdução em nosso ordenamento jurídico pátrio, a fim de demonstrar, por

meio de suas monografias, quais os efeitos decorrentes da utilização dessa figura jurídica, bem como para diferenciá-lo de outras figuras jurídicas presentes no ordenamento. Além disso, em algumas decisões judiciais era possível vislumbrar a tentativa de equiparação do contrato com pessoa a declarar com negócios jurídicos atípicos firmados no Brasil sob outra nomenclatura.

Desse modo, cumpre inicialmente demonstrar as razões pelas quais esses doutrinadores se dedicaram a diferenciar o contrato com pessoa a declarar de outras figuras jurídicas usualmente conhecidas pelos operadores do Direito em nosso país, no caso, o mandato; a representação; a comissão; a corretagem; a gestão de negócios; a estipulação em favor de terceiros; a promessa de fato de outro e a cessão de direitos. E, posteriormente, apontar a utilidade prática do contrato ora exame frente aos desafios vislumbrados no processo de tradução da operação econômica em signos jurídicos.

No Brasil, a ausência de uma evolução histórica do conceito não permitiu a sua compreensão pela ampla maioria dos juristas que com ele se depararam. Em regra, a concreção de determinados signos jurídicos depende de um período de adaptação do operador do Direito, que necessita entender a função exercida por determinado instituto, avaliar os seus efeitos, os eventuais conflitos com outras normas, sua utilidade, enfim, uma série de fatores que façam com que a compreensão de determinado conceito torne-se lógica para quem pretenda utilizá-lo. E essa etapa ainda não foi superada. Antes pelo contrário. A introdução do conceito no ordenamento jurídico brasileiro foi o início de um processo de amadurecimento do conceito em nosso sistema jurídico.

A inclusão do conceito do contrato com pessoa a declarar não foi diferente no direito brasileiro. Trata-se de uma inovação oriunda do legislador, e não a consolidação de um ato que era praticado nas atividades mercantis no Brasil. Assim, nada mais justo do que esperar que os operadores do Direito conheçam essa figura jurídica e reflitam sobre sua utilização, verificando as razões pelas quais os autores do anteprojeto optaram pela inclusão desse conceito em nosso ordenamento e avaliando se, no atual contexto sócio-econômico vivenciado pelo Brasil, há alguma utilidade ou função a ser desempenhada por essa modalidade contratual.

A inclusão do contrato com pessoa a declarar no sistema brasileiro foi uma inovação que, até hoje, poucos compreenderam – e, por isso, mesmo, proporcionalmente pouco utilizada. No entanto, a experiência de outros sistemas jurídicos com o aproveitamento desse conceito, e o intuito do legislador brasileiro ao inserir uma nova modalidade contratual em nossa compilação de leis civis demonstra uma possibilidade de assegurar a inserção de uma figura jurídica que, embora não fosse conhecida dos brasileiros com esse nome, já era de certa forma praticada, e poderia servir para auxiliar no desenvolvimento econômico pelo qual passa o país nos últimos anos, e que também era vislumbrado à época da formulação do anteprojeto do atual Código Civil brasileiro.

O contrato com pessoa a declarar foi introduzido no direito brasileiro para ser desenvolvido de acordo com as idiossincrasias de nosso sistema jurídico e para enfrentar as peripécias comumente vislumbradas nas relações jurídicas cujas fontes obrigacionais são os contratos. E são essas situações que irão delinear e moldar os efeitos do contrato com pessoa a declarar e como ele se comporta frente ao paradoxal universo jurídico brasileiro (que, por vezes parece consolidado e, em outras, está em mutação) – até mesmo diante da possibilidade de sua releitura para determinar, com maior precisão, a sua real definição e utilização.

Compreendendo a figura jurídica do contrato com pessoa a declarar e as características jurídicas que delimitam sua significação e inserção no modelo jurídico nacional, é possível avaliar a função que essa modalidade contratual passa a exercer no cenário jurídico brasileiro. Além disso, a observação das mudanças no cenário sócio-econômico brasileiro permite lançar-se do contrato com pessoa a declarar como um instrumento de dinamização da economia nacional, a partir da celebração de contratos futuros e com maior celeridade, esquivando-se da alegada segurança jurídica informada por regimes menos liberais.

Ademais, importante revisitar os estudos pioneiros acerca do tema, a fim de compreender o interesse dos juristas brasileiros no assunto e desvelar se, em dado contexto histórico, vislumbrou-se utilizar o contrato com pessoa a declarar como um instrumento contratual válido no Brasil, antes mesmo do processo de positivação do atual Código Civil brasileiro – em especial pelas menções a essa figura contratual já na década de 1940 em determinadas construções jurisprudenciais de grandes juristas, embora não amparados por uma normatização – sequer incipiente – no ordenamento jurídico brasileiro.

Diferentemente de outros sistemas jurídicos, o contrato com pessoa a declarar não era vislumbrado nem mesmo em leis esparsas<sup>224</sup>. Assim, a ausência de normatização, aliada ao desconhecimento acerca do instituto, tornaram o contrato com pessoa a declarar uma figura jurídica estranha a nossa legislação. E, mesmo com a inclusão do conceito atualmente, permanece esse instituto de forma periférica em nosso ordenamento e no sistema jurídico. Por isso a relevância em compreender o que se pode aproveitar com a exploração dessa modalidade contratual.

O contrato com pessoa a declarar foi, por muito tempo, associado ao mandato. Isso decorre da formação histórica dessa figura jurídica, pois era exigido, inicialmente, que o estipulante possuísse mandato do eleito, a fim de poder celebrar o negócio e transferir para seu nome o bem objeto do negócio jurídico. Com o passar do tempo, deixou de se verificar a exigência de mandato do estipulante, pois esse instrumento passou a ser presumido, de acordo com os atos praticados pelas partes. Com o advento dos sistemas contemporâneos, a exigência do mandato para a celebração dos contratos com pessoa a declarar deixou de existir, consoante se percebe da legislação positivada no ordenamento jurídico brasileiro.

De qualquer sorte, o contrato com pessoa a declarar difere do mandato porquanto este pressupõe a declaração do mandante sempre, enquanto naquele a pessoa a nomear pode ser incerta à época da estipulação, pois o negócio pode ser de exclusiva e livre iniciativa de quem o pactuou<sup>225</sup>. Assim, pode-se dizer que o estipulante age por *motu proprio*, podendo até desconhecer, no momento da celebração do contrato, qual será a pessoa a declarar. Já o mandante é sempre conhecido, pois o mandato é conferido a pessoa certa e determinada, e em geral se pressupõe existir antes do ato para o qual foi outorgado. Se o mandatário omite o nome do mandante, o negócio é nulo.

---

<sup>224</sup> Há uma discussão, acerca da qual retomaremos mais adiante, acerca da caracterização do contrato de locação com sociedade ainda não constituída, nos termos do artigo 51, § 2º, da Lei 8.245/1991. No entanto, parece que essa menção normativa somente foi comparada a um contrato com pessoa a declarar por analogia e posteriormente à introdução do conceito no ordenamento brasileiro, pois não há nenhum tratamento diferenciado quanto à regulamentação desse modelo contratual de locação – diferentemente do que se percebe quanto aos contratos com pessoa a declarar.

<sup>225</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 169.

Ademais, o prazo para indicação do eleito no contrato com pessoa a nomear é fixado pelas partes, por convenção, ou é aquele apontado no artigo 469 do Código Civil<sup>226</sup>, na hipótese de nenhum prazo ter sido fixado previamente. E caso o estipulante deixe de apontar o nome da pessoa a ser nomeada, deverá assumir integralmente os direitos e obrigações decorrentes do contrato. Já no mandato, nenhum prazo é fixado para a designação do mandante, e se este não é designado, o mandatário nunca ficará adquirente da coisa.

Além disso, na declaração de nomeação há retroatividade dos direitos adquiridos pelo estipulante, enquanto isso não ocorre no mandato. Veja-se, portanto, a inexistência de elementos que permitam a confusão técnica entre o mandato e o contrato com pessoa a declarar, pois as características de ambas as figuras jurídicas revelam-se atualmente bastante distintas, além de não se verificar a necessidade de mandato para a utilização do contrato ora em exame.

Por outro lado, tampouco se pode confundir o contrato com pessoa a declarar com a figura jurídica da representação. Embora a representação se assemelhe ao mandato, com ele não pode ser confundida. A representação é, na realidade, o instituto por meio do qual alguém pratica um ato jurídico em lugar de outra pessoa com a intenção de que esse ato valha como se fosse praticado por essa outra pessoa e produzindo seus efeitos para ela<sup>227</sup>.

Em face da exigibilidade inicial de apresentação do mandato para a efetivação da eleição da pessoa a nomear, os praxistas atraíram a representação para explicar e justificar o mecanismo do contrato com pessoa a declarar. Por isso, a eleição da pessoa a nomear era vislumbrada como a representação de um *dominus* que viria a ser determinado em seguida.

Assim, considerar-se-ia que o estipulante era um verdadeiro e próprio representante do eleito, e a relação de gestão que dá vida à representação derivaria da própria existência de um precedente mandato ou de sua posterior ratificação pessoa nomeada.

Entretanto, o negócio representativo produz seus efeitos exclusivamente na pessoa do nomeado, ao passo que o contrato com pessoa a nomear gera seus efeitos para a pessoa

---

<sup>226</sup> Art. 469. A pessoa, nomeada de conformidade com os artigos antecedentes, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes do contrato, a partir do momento em que este foi celebrado.

<sup>227</sup> RUGGIERO, Roberto de, *Instituições de Direito Civil*, v. I, São Paulo, Saraiva, 1971, p. 241.

nomeada ou para o estipulante. Além disso, a representação não admite posteriores modificações, apresentando elementos objetivos e subjetivos bem definidos. Já o contrato ora em exame deve ainda se concretizar que o negócio produza todas as suas conseqüências, dependendo do elemento pessoal, que é fundamental para a certeza do negócio<sup>228</sup>.

Também não pode se confundir o contrato com pessoa a declarar com a comissão. Esta é modalidade contratual por meio da qual alguém se obriga a vender ou a comprar bens em seu próprio nome por conta de outrem, em troca de certa remuneração<sup>229</sup>.

A modalidade contratual da comissão ilustra, portanto, situação distinta daquela verificada no contrato com pessoa a declarar, pois o comissário contrata em seu próprio nome, e não age em nome de um anônimo. Não há no contrato de comissão, diferentemente do que ocorre no contrato com pessoa a declarar, um propósito de transmissão dos efeitos do negócio ao comitente. Entretanto, o comissário está vinculado a outra pessoa por conta da qual age, de modo que gere os interesses do comitente e transmite-lhe o resultado dessa gestão. Não é por menos que essa modalidade contratual é também conhecida por ser uma espécie de representação imperfeita<sup>230</sup>.

Por outro lado, no contrato com pessoa a declarar não há nenhuma espécie de representação, pois os efeitos do negócio celebrado entre os contratantes originários são integralmente transmitidos à pessoa nomeada, em decorrência do efeito *ex tunc* da aceitação da nomeação realizada.

Além disso, o estipulante não pode nomear a si mesmo para o contrato, tendo em vista o uso da expressão “outra pessoa” no artigo 470, II, do Código Civil brasileiro<sup>231</sup>, embora tenha a faculdade de fazer a nomeação e valer-se da condição de contratante originário. Ainda, o promitente não interfere na escolha do eleito em momento posterior à

---

<sup>228</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 173-178.

<sup>229</sup> Conforme artigo 693 do Código Civil: O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente.

<sup>230</sup> Essa é a lição de GOMES, Orlando, *Contratos*, 26 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 439.

<sup>231</sup> Art. 470. O contrato será eficaz somente entre os contratantes originários:  
I - se não houver indicação de pessoa, ou se o nomeado se recusar a aceitá-la;  
II - se a pessoa nomeada era insolvente, e a outra pessoa o desconhecia no momento da indicação.

celebração do contrato, cabendo exclusivamente ao estipulante – ou a terceiro indicado pelos contratantes originários no momento da celebração do negócio jurídico – definir quem será a pessoa a nomear. Não há, no contrato ora em exame, uma parte que determine, de forma unilateral ou exclusiva, as condições do contrato. Assim, não há como assemelhar-se o contrato com pessoa a declarar com o contrato de comissão.

O contrato com pessoa a declarar tampouco pode ser confundido com o contrato de corretagem. Antes da vigência do atual Código Civil brasileiro, havia alguns autores que entendiam que o contrato com pessoa a declarar se assemelhava a essa outra modalidade contratual, tendo em vista a ausência de conhecimento prévio de uma das partes contratantes e pela desnecessidade de revelar-se o nome das partes que estavam envolvidas na negociação. Entretanto, os modelos contratuais em questão não apresentam semelhanças do ponto de vista de seu funcionamento e de sua classificação.

Nos termos do artigo 722 do Código Civil<sup>232</sup>, o contrato de corretagem consiste no acordo pelo qual uma parte, no caso, o corretor, obriga-se a obter um ou mais negócios para a outra (o cliente), consoante as instruções dela recebidas, sem que haja entre as partes vínculo de mandato, prestação de serviços ou qualquer relação de dependência. O contrato de corretagem pode ser até mesmo unilateral, quando a remuneração do corretor seja a contraprestação do serviço que presta, não se obrigando ele a cuidar do negócio e a levá-lo a bom termo, inexistindo interdependência ente o pagamento da comissão e a conclusão do contrato entre as partes que aproximou<sup>233</sup>.

A corretagem é, além disso, uma prática amplamente conhecida e utilizada ao longo de muitos anos, e envolve a participação de terceiros na relação jurídica entre entes privados<sup>234</sup>. Há uma série de requisitos exigidos para que a corretagem seja feita de forma adequada, como, por exemplo, a inexistência de obrigação de revelar os nomes dos adquirentes a fim de evitar o alto custo decorrente dessa informação.

---

<sup>232</sup> Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.

<sup>233</sup> GOMES, Orlando, *Contratos*, 26. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 472.

<sup>234</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 157.

O contrato de corretagem é diferente do contrato com pessoa a declarar porque nenhuma dessas qualidades exigidas para a caracterização do contrato de corretagem se verifica para o reconhecimento do contrato com pessoa a declarar. Veja-se, apenas a título exemplificativo, que na corretagem o mandatário não é obrigado a revelar o nome dos comitentes ou do comprador. Segundo Arnoldo Wald<sup>235</sup>, quando o corretor já tem cliente e não quer revelar o nome, utiliza-se do contrato com pessoa a declarar. O corretor é um simples intermediário, e sua atuação faz com que a primeira etapa da negociação esteja isenta de tributação – pois, dessa forma, evitaria uma dupla transferência de domínio do bem e, por conseguinte uma dupla tributação.

Ainda, veja-se que o contrato com pessoa a declarar é, por natureza, contrato bilateral, em que os contratantes originários ficam vinculados aos direitos e obrigações estipulados no negócio jurídico, ainda que haja a possibilidade de transmissão desses direitos e obrigações, com efeitos *ex tunc*, pelo estipulante. Já no contrato de corretagem, que pode apresentar-se como contrato unilateral, o corretor jamais será visto como um dos contratantes, até mesmo porque não se apresenta dessa forma para a conclusão do negócio.

O contrato com pessoa a declarar também deve ser diferenciado da figura jurídica da gestão de negócios. A primeira – e quiçá mais relevante – distinção que se deve fazer é que não há no contrato com pessoa a declarar disposição acerca de negócio de terceiros; as declarações de vontade manifestadas pelas partes contratantes são vinculantes desde o momento em que emanadas, pois esse modelo contratual faculta, e tão apenas confere essa opção, ao estipulante a possibilidade de nomear outro para substituí-lo, assumindo os efeitos do contrato original retroativamente. No entanto, caso essa faculdade não seja exercida, o contrato permanece produzindo efeitos entre os contratantes originários. Assim, não se pode falar em negócio de outrem, mas apenas em negócio próprio.

Outro motivo para diferenciar o contrato com pessoa a declarar da figura da gestão de negócios é a ausência, neste, de revelação do nome do *dominus*, não se excluindo que o estipulante contrate por si. Essa situação difere dos efeitos conexos à ratificação do *dominus*, como ocorre na gestão de negócios. Assim, tem-se que, no contrato com pessoa a

---

<sup>235</sup> WALD, Arnoldo. “O contrato com pessoa a declarar e o Direito Fiscal”, in *Revista do Serviço Público*, vol. III, n. 1, 1952, p. 100-102.

declarar, os atos são perfeitos e válidos entre pessoas determinadas desde o momento de sua celebração, ao passo que, na gestão de negócios, é necessária uma ratificação do ato praticado por outrem para que possa ter eficácia no universo jurídico.

Além disso, tampouco se pode confundir o contrato com pessoa a declarar com a figura da estipulação em favor de terceiro. Embora a estipulação em favor de terceiro apresente alguns elementos em comum com a modalidade contratual ora em exame, os figurantes envolvidos na estipulação jamais se desvinculam do negócio; já no contrato com pessoa a nomear, pode o estipulante nem conhecer, no momento da conclusão do contrato, o eleito<sup>236</sup>.

Além disso, na estipulação em favor de terceiro, seus efeitos atingem o estipulante e o terceiro, embora este não faça parte do contrato. Portanto, a obrigação contraída pelo promitente pode ser exigida pelo estipulante ou pelo beneficiário, em que pese o direito deste em reclamar a execução do contrato dependa das condições estabelecidas no próprio contrato<sup>237</sup>. Por isso, pode-se dizer que na estipulação em favor de terceiro há sempre três titulares de direito: o contratante ou promitente, o estipulante e o terceiro ou beneficiário.

Segundo Diogo Leites de Campos<sup>238</sup>, no contrato a favor de terceiro o estipulante e o promitente são, durante toda a vida da relação contratual, os únicos contraentes; sobre eles impendem as obrigações e a maioria dos direitos correspondentes, salvo um que é atribuído a um terceiro. Este, mesmo depois de sua adesão, mantém-se estranho ao contrato. Por outro lado, no contrato com pessoa a nomear, uma vez ratificada a nomeação, um dos contraentes desaparece, sendo-lhe substituído pelo nomeado, que passa a figurar no contrato como se tivesse sido contraente desde a sua celebração. Com isso, não há como equiparar a estipulação em favor de terceiro com o contrato com pessoa a declarar.

---

<sup>236</sup> Conforme lição de ASSIS, Araken. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do Direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 505-506.

<sup>237</sup> Essa é a lição de GOMES, Orlando, *Contratos*, 26.ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 197.

<sup>238</sup> CAMPOS, Diogo Leite de, *Contrato em favor de terceiro*, Coimbra, Almedina, 1980, p. 75-76.

Poderiam alguns relacionar o contrato com pessoa a declarar à figura jurídica da promessa de fato de terceiro, constante nos artigos 439 e 440 do atual Código Civil<sup>239</sup>. Todavia, a promessa de fato de terceiro está fundamentada na premissa de que o estipulante promete um fato de terceiro estranho à relação para a obtenção de uma prestação, respondendo por eventual inadimplemento desse terceiro. Já no contrato com pessoa a declarar, o estipulante promete fato próprio ou, eventual e alternativamente, fato de terceiro, desde que os efeitos daí decorrentes sejam aplicáveis à pessoa nomeada e que essa nomeação tenha sido realizada de forma válida<sup>240</sup>. Desse modo, o fundamento de sustentação dessas figuras jurídicas é diverso e, portanto, não há como confundi-las.

Ainda, há quem relacione o contrato com pessoa a declarar ao mecanismo da cessão do contrato. Todavia, a diversidade das respectivas estruturas e funções não permite essa comparação.

A cessão contratual, ao menos em tese, se assemelha ao mecanismo do contrato com pessoa a declarar, pois consiste na substituição de um dos contratantes originários por outra pessoa que passa a figurar na relação jurídica como se fora a parte de quem tomou o lugar. Assim, representa a transferência negocial a um terceiro do conjunto de posições contratuais<sup>241</sup>.

Entretanto, a cessão de contrato se apresenta como um caso de sucessão a título particular no contrato, pois os direitos e obrigações surgem de fato para o estipulante e, quando ele é substituído por um terceiro, este ingressa na relação jurídica, produzindo esse ato efeitos *ex nunc*. Ademais, por se tratar de ato que necessita de consentimento previamente outorgado pelo outro contratante, a substituição produz efeitos desde o momento em que a

---

<sup>239</sup> Art. 439. Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar.

Parágrafo único. Tal responsabilidade não existirá se o terceiro for o cônjuge do promitente, dependendo da sua anuência o ato a ser praticado, e desde que, pelo regime do casamento, a indenização, de algum modo, venha a recair sobre os seus bens.

Art. 440. Nenhuma obrigação haverá para quem se comprometer por outrem, se este, depois de se ter obrigado, faltar à prestação.

<sup>240</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 198.

<sup>241</sup> GOMES, Orlando, *Contratos*, 26.ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 175.

cessão lhe foi comunicada ou por ele aceita<sup>242</sup>. Há, aqui, uma substancial diferença em relação ao contrato com pessoa a declarar, pois nesta modalidade contratual inexistente necessidade de consentimento prévio do promitente para promover a nomeação do terceiro, eleito pelo estipulante. A cláusula de eleição, aliás, com todas as suas idiossincrasias, é que determina a diferença entre os modelos contratuais.

Ademais, não há no contrato com pessoa a declarar um fenômeno de sucessão, típico da cessão contratual<sup>243</sup>. Para que pudesse assim ser vislumbrado, seria necessário que o eleito, os direitos e obrigações do negócio fossem derivados do estipulante, e não do promitente.

Arnoldo Wald também aponta a distinção entre a cessão do contrato e o contrato com pessoa a declarar<sup>244</sup>. Segundo o ilustre doutrinador, na cessão contratual existe uma transferência de direitos, enquanto no contrato com pessoa a declarar resta indeterminada a pessoa do contratante até ser ultrapassado o prazo para exercício da faculdade de eleição. Assim, até o momento da nomeação do terceiro, o direito não teria ingressado no patrimônio do estipulante, o que é relevante para determinar a incidência, ou não, de imposto sobre a transferência do bem objeto do negócio.

Desse modo, sob qualquer ótica que se analise, não há identidade entre essas figuras jurídicas analisadas, razão pela qual é patente a distinção entre os institutos jurídicos.

Realizada a diferenciação do contrato com pessoa a declarar de outros institutos afeitos no direito brasileiro, cumpre apontar a utilidade desse contrato em consonância com o campo de atuação que fornece melhor recepção para essa modalidade contratual.

Embora inexista restrição à utilização do contrato com pessoa a declarar, à exceção daqueles casos em que não é possível a substituição de um dos contratantes durante a execução do negócio jurídico, o contrato ora em exame apresenta-se mais receptivo no que

---

<sup>242</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 200.

<sup>243</sup> Conforme ENRIETTI, Enrico, “Contratto per persona da nominare”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV, Torino, Utet, 1968, p. 124.

<sup>244</sup> WALD, Arnoldo, “O contrato com pessoa a declarar e o direito fiscal”, in *Revista do Serviço Público*, Rio de Janeiro, DASP, v. 45, 1952.

tange à compra e venda. Nessas hipóteses, a finalidade é, por si só, suficiente à utilidade do instituto, pois a cláusula de eleição desempenha relevante papel nos contratos de mediação<sup>245</sup>.

É a natureza *intuitu personae* da coisa (ou do negócio) que torna admissível ou não a utilização do modelo contratual<sup>246</sup>. Aliás, essa é até mesmo uma conclusão lógica, pois se a natureza pessoa da coisa ou do negócio é elemento essencial para o contrato, não há como se vislumbrar sua situação sem a alteração das condições em que o contrato foi celebrado. Por outro lado, nos contratos *intuitu personae*<sup>247</sup> revela-se incompatível a celebração na modalidade do contrato com pessoa a declarar, ante a inadmissibilidade da substituição do sujeito. Também se rejeita a cláusula de eleição nos negócios que não comportam representação, conforme lição depreendida da experiência portuguesa, pois o Código lusitano é expreso ao referir no artigo 452-2, essa impossibilidade<sup>248</sup>. Assim, a arrematação ou a adjudicação, por normas de direito público, não admitem essa modalidade contratual.

No entanto, há outros campos de atuação do contrato com pessoa a declarar, tais como aplicação para os contratos de permuta, nos quais o objeto seja um bem fungível e coisa futura. Ademais, também são compatíveis com a cláusula de eleição os contratos preliminares. Nessa hipótese, o contratante obriga-se a, futuramente, celebrar o contrato definitivo com terceiro, pessoa a nomear escolhida pelo estipulante. No caso, a natureza da obrigação assumida no contrato preliminar não é compatível com o caráter *intuitu personae* que impediria essa modalidade de contratação.

É possível também, embora não usual, um contrato preliminar de contrato (definitivo) com pessoa a declarar. Essa modalidade não se revela usual, embora demonstre

---

<sup>245</sup> ASSIS, Araken. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do Direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 514.

<sup>246</sup> ASSIS, Araken. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do Direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 515.

<sup>247</sup> O contrato *intuitu personae* é aquele em que a consideração da pessoa de um dos contratantes é elemento determinante para sua conclusão pela outra parte. Assim, a uma das partes convém contratar somente com determinada pessoa, porque seu interesse é de que as obrigações contratuais sejam cumpridas por essa pessoa. (GOMES, Orlando, *Contratos*, 26.ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 97)

<sup>248</sup> Art. 452-2. A reserva de nomeação deve ser acompanhada, sob pena de ineficácia, do instrumento de ratificação do contrato ou de procuração anterior à celebração deste.

utilidade, porque não gera um ambiente seguro de contratação, em decorrência da responsabilidade advinda da promessa de contratar com pessoa desconhecida. Nessa hipótese, a cláusula de eleição somente se tornará eficaz quando e se concluído o contrato definitivo<sup>249</sup>, até mesmo para garantir a segurança no ato jurídico.

O exame jurisprudencial da matéria em debate poderia trazer à tona novos elementos de discussão acerca da aplicação desse modelo contratual no direito brasileiro. Contudo, conforme aponta Gonçalo Rollemberg Leite<sup>250</sup>, os poucos julgados acerca do assunto geram maior confusão, pois o contrato com pessoa a declarar é visto com os óculos de quem enxerga apenas as tradicionais modalidades contratuais que se assemelham à função desempenhada pelo contrato ora em exame, tais como a estipulação em favor de terceiro, a promessa por fato de outrem, a promessa de compra e venda, dentre outras.

Percebe-se, assim, que as decisões judiciais não serviram para alavancar a utilização dessa figura jurídica, e acabaram por confundir ainda mais o operador do Direito ao deixar de apontar as efetivas qualidades que o contrato com pessoa a declarar possui, comparativamente a outras figuras jurídicas analisadas e usualmente conhecidas.

Todavia, a análise superficial dos julgados localizados, permite demonstrar que a ausência de regulamentação acerca do contrato com pessoa a declarar revelou-se um obstáculo ao desenvolvimento, ainda que costumeiro, dessa figura jurídica. Em ementa da 05ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, no julgamento da Apelação nº 4.377, de 18.08.1944, tendo como relator o Desembargador Cândido Lobo, pronunciou-se o tribunal sobre o papel desempenhado pelo estipulante até o momento da nomeação do eleito<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> ASSIS, Araken. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. V: Do Direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 516.

<sup>250</sup> LEITE, Gonçalo Rollemberg, “O contrato com pessoa a declarar”, in *Revista Forense*, n. 181, p. 79-81.

<sup>251</sup> Do texto do acórdão: “No contrato por pessoa a declarar, o compromissário, enquanto não determina a pessoa que realmente deverá ser o titular efetivo da compra e venda, representa papel de mero agente neutro. Uma vez eleita a pessoa que deverá ser o verdadeiro titular, o intermediário, desde então, passa de elemento neutro a mandatário.”

Em outro julgado do mesmo órgão antes referido, na Apelação nº 2.087, de 25.02.1944, apontou a Corte para a ausência de necessidade de pagamento dúplice de imposto de transmissão de bem imóvel em contratos dessa natureza, pois não se podia confundir o contrato com pessoa a declarar com a figura da cessão de direitos<sup>252</sup>.

Esse último caso, aliás, serviu como base para a problemática apontada por Arnaldo Wald<sup>253</sup> em seu clássico artigo, indicando sobre a necessidade (ou não) de pagamento dúplice do imposto de transmissão, de acordo com o reconhecimento da transferência do domínio em duplicidade ou não pelo legislador.

Dessa forma, caso considerado que no contrato com pessoa a declarar há uma só transferência do bem (ou seja, se o estipulante não adquire direitos antes da declaração da pessoa a nomear), não há que se falar na cobrança dúplice de imposto. Entretanto, ao se tratar de estipulante que age como especulador, consignando, por exemplo, longo prazo para nomear o eleito, verificava-se possibilidade de fraude ao fisco, pois o estipulante apenas está deixando de registrar a sua propriedade para não efetuar o pagamento do imposto, e poderia lucrar com comissão decorrente da sua cessão contratual perante terceiro. Nessa hipótese, o contrato em questão não deveria ser admitido sob a veste de contrato com pessoa a declarar, pois celebrado visando a fins ilícitos reflexos – no caso, a fraude ao Fisco. Entretanto, vale anotar que o ordenamento jurídico não impede que as partes fixem um prazo deveras alongado para o exercício da faculdade de eleição, o que impediria a desqualificação da hipótese ora em estudo da condição de contrato com pessoa a declarar<sup>254</sup>.

A fim de melhor ilustrar algumas situações de aplicação prática útil para o contrato com pessoa a declarar, mencionamos casos em que se vislumbra a utilização dessa

---

<sup>252</sup> Segundo o voto do Relator da Apelação, Desembargador Mem de Vasconcelos, “a circunstância de estipular-se poder ser a escritura definitiva outorgada ao compromissário comprador ou a terceiro por ele indicado, não modifica a situação, uma vez que lícita é a aquisição para outrem, independentemente de mandato. O único efeito que poderá gerar esse fato entre as partes contratantes acima – vendedor e comprador – é de ficar obrigado com esse o terceiro que adquire em nome de outrem.”

<sup>253</sup> WALD, Arnaldo, “O contrato com pessoa a declarar e o Direito Fiscal”, in *Revista do Serviço Público*, vol. III, n. 2., p. 100-102.

<sup>254</sup> O Superior Tribunal de Justiça tem manifestado entendimento de que somente o registro constitui fato gerador para a incidência do imposto de transmissão. Exemplificativamente, veja-se o acórdão do Recurso Especial nº 1.188.655/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20.05.2010.

modalidade contratual como a que melhor atende aos interesses dos contratantes e da coletividade assim considerada.

Inicialmente, aponta-se para a situação em que o proprietário de um imóvel pretende adquirir lote do vizinho e não deseja aparecer na negociação, para que não venha a comprar em condições mais onerosas ou tenha o pedido de compra rejeitado. Em outra situação, indica-se o exemplo do proprietário de um bem que não deseja vendê-lo a determinada pessoa e esta, portanto, precisa recorrer a outra para obter esse fim.

Outra situação, já verificada em um dos arestos mencionados, é aquela em que o promitente comprador, sob a veste de estipulante, pode especular sobre o valor de imóvel objeto do negócio, retendo-o tempo suficiente para revendê-lo a melhor preço.

Situação análoga é aquela em que o estipulante celebra contrato visando a adquirir estabelecimento comercial para transferi-lo a outro e, com isso, obter vantagem comercial, ao celebrar pacto com eleito, em negociação paralela, para continuar fornecendo seu produto nesse estabelecimento comercial vendido. O contrato com pessoa a declarar também pode ser utilizado de forma vantajosa para a revenda de automóveis, uma vez que o revendedor pode celebrar contrato com pessoa a declarar e postergar a transferência de propriedade do veículo para o momento em que efetuar a venda do bem por preço que considere vantajoso.

Uma hipótese de aplicação prática bastante interessante para o contrato com pessoa a declarar é a celebração de negócios jurídicos com sociedade a constituir, o que pode facilitar na dinâmica da contratação e da circulação de riquezas preconizada pelo atual estágio do desenvolvimento econômico. Além disso, pode ser útil para quem se dedica à intermediação e sabe que encontrará comprador que desconhece, no momento da celebração.

Gustavo Tepedino<sup>255</sup> aponta, aliás, para aplicação prática em caso análogo que, segundo seu entendimento, já estava previsto no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo da inclusão do contrato com pessoa a declarar no atual Código Civil. Trata-se da situação prevista no artigo 51, §2º, da Lei 8.245/1991<sup>256</sup>. Nessa hipótese legal, é permitida a celebração

---

<sup>255</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 106.

<sup>256</sup> Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:

de contrato de locação com sociedade que ainda não esteja constituída ao tempo da conclusão do negócio.

Evidentemente, tais hipóteses são meramente exemplificativas e demonstram que a experiência jurídica brasileira com a utilização dessa modalidade contratual em exame pode ser muito mais rica do que aquela desenvolvida até o momento pelos operadores do Direito no Brasil. Basta, para tanto, visualizar o contrato com pessoa a declarar como uma forma de facilitar a circulação de riquezas em um ambiente seguro e dinâmico de contratação.

## 2. O contrato com pessoa a declarar e o desenvolvimento econômico

O Direito se revela como uma forma de sistematização de regras e princípios observados a partir de práticas sociais e econômicas. Assim, os conceitos jurídicos não são criações meramente teóricas, mas representam a efetiva consolidação e normatização dos contatos sociais e da realidade econômico-financeira<sup>257</sup>. Evidencia-se, portanto, que as inovações no campo jurídico surgem pela observação de novos fatos sociais e pelas demandas econômicas geradas de forma atual. Pode-se dizer, até mesmo, que o Direito imita a realidade.

Logicamente, não se ocupa o operador do direito em sistematizar, de forma normativa, todas as situações que podem ser objeto de discussão jurídica. Todavia, compete a esse operador utilizar-se dos instrumentos adequados para que as vestes jurídicas previstas sirvam para regular os fatos que dependem de normatização e regulamentação para que se tornem efetivos sem a violação de outras esferas. O Direito deve ser visto como um plano

---

§ 2º Quando o contrato autorizar que o locatário utilize o imóvel para as atividades de sociedade de que faça parte e que a esta passe a pertencer o fundo de comércio, o direito a renovação poderá ser exercido pelo locatário ou pela sociedade.

<sup>257</sup> Segundo a lição de ROPPO, Enzo, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 7.

onde se refletem as questões sociais e possibilita o livre desenvolvimento econômico e social dos grupos.

As ferramentas disponibilizadas aos operadores do Direito são inúmeras, desde a utilização de práticas sociais consuetudinárias até o estabelecimento de modelos, sejam eles rígidos e pré-determinados para situações específicas, sejam eles flexíveis, que podem se amoldar às necessidades das partes envolvidas. A própria disciplina jurídica envolve um conjunto de normas formadas por regras e princípios<sup>258</sup> que não se limitam ao texto normativo, mas que abrangem, especialmente, a ponderação das práticas mais adequadas para a obtenção de soluções justas e admite, até mesmo, a criação de regras especiais para determinada situação.

A disciplina dos contratos situa-se justamente nesse interregno. É o ramo do direito que faculta aos envolvidos uma maior liberdade e desenvolvimento sócio-econômico, pois um contrato admite que as partes nele envolvidas estabeleçam regras próprias, independentemente de texto normativo positivado, desde que observados os princípios gerais que definem o sistema jurídico em que esse contrato foi estabelecido<sup>259</sup> e não se ofenda o direito de terceiros não afeitos aos termos do contrato, sendo um instrumento criado com esse fim<sup>260</sup>. Não se pode dissociar a definição de determinados tipos de contrato à efetivação de certas práticas comerciais, uma vez que o instrumento contratual foi estabelecido com a finalidade de assegurar a autonomia das partes e atribuir-lhes garantias de cumprimento das condições estipuladas. Dessa forma, diversos são os tipos de contrato que, habitualmente, verifica-se no cotidiano – muitos deles, aliás, que foram estabelecidos desde a época do Direito Romano, ainda que adaptados às formalidades hoje necessárias e à dinamicidade do mercado<sup>261</sup>.

---

<sup>258</sup> A esse respeito, veja-se DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, e também ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios*, 5.ed., São Paulo, Malheiros, 2006.

<sup>259</sup> Não se poderia, por exemplo, firmar contrato com objeto ilícito, pois eivado de nulidade absoluta.

<sup>260</sup> Conforme a lição de Enzo Roppo, para quem o contrato é uma criação do próprio operador jurídico para refletir as necessidades sócio-econômicas (*O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 7).

<sup>261</sup> Um exemplo disso é o contrato de compra e venda, que exigia determinadas formalidades para sua concretização, em especial, para a tradição da coisa. Atualmente, essa formalidade é dispensada para a maior parte das situações. Entretanto, para outras, a solenidade revela-se importante como requisito de validade. É o

Por outro lado, a flexibilidade da disciplina contratual permite avançar para a criação de ferramentas mais adequadas à realidade econômica e à dinamicidade das relações sociais. Com isso, novas situações são constatadas e levadas ao campo de conhecimento jurídico, para a adequada adaptação ao sistema legal vigente. Nessa seara se incluíram as práticas relacionadas ao comércio eletrônico, movimento ainda recente em termos históricos e que está, a cada dia, ampliando sua abrangência. Além disso, outras figuras foram tomando forma em nossa sociedade regrada pela economia de mercado, como o investimento e a especulação nas bolsas de valores, a construção de plantas industriais complexas, o estímulo a novos segmentos industriais visando a um desenvolvimento sustentável, novos modelos de exploração de riquezas naturais, dentre outros aspectos que revolucionam e impulsionam o desenvolvimento econômico das sociedades capitalistas.

As novas atividades econômicas são traduzidas por novas operações econômicas. Assim, é necessário averiguar se os modelos contratuais que outrora atendiam às necessidades observadas em outro contexto histórico servem para vestir as atuais operações econômicas. A resposta dependerá dos resultados que se pretende obter, pois cada modelo contratual apresenta uma função distinta. Para algumas novas operações econômicas, contudo, verificou-se que os modelos contratuais antes utilizados não atendiam à dinâmica das atuais necessidades de uma sociedade que visa à celeridade na contratação segura. Assim, a descoberta de outros tipos contratuais é essencial para que o direito contratual acompanhe a evolução social a que deve corresponder.

O contrato com pessoa a declarar é um tipo contratual com formação e execução que apresentam idiossincrasias às quais não possuem relação direta com os modelos tradicionais da disciplina contratual. Isso decorre do momento histórico de utilização desse tipo contratual, e reflete uma adaptação do Direito à realidade social e a noções econômicas que, por vezes, revelam-se perdidas no campo tradicional do direito positivado.

O contrato com pessoa a declarar, para além de refletir uma categoria atípica de contrato, que revela diversas possibilidades de criação (e, conseqüentemente, de problemas) no campo jurídico, denota um aspecto relevante para uma reavaliação das ferramentas

---

que ocorre, por exemplo, com o contrato de compra e venda de imóveis, ato solene e revestido de diversas formalidades, que se justificam dentro do sistema jurídico em que está inserido.

jurídicas: a aproximação com conceitos econômicos, que sempre estiveram presentes na disciplina contratual, mas que emergem nesse tipo de contrato de forma clara e objetiva. É, talvez, o contrato com pessoa a declarar, um dos instrumentos jurídicos mais didáticos para avaliar a relação entre o Direito e a Economia, que, após longa separação, com a consolidação como ramos autônomos, voltam a ser analisados como áreas de saber que complementam conceitos e auxiliam na solução de problemas que, especialmente, o operador do Direito não conseguia vislumbrar ou solucionar.

O Direito se desenvolveu a partir de uma estrita relação com a ciência econômica. Veja-se que, à época de Roma, diversos foram os conceitos que, usados na disciplina jurídica, fossem na esfera pública ou privada, continham forte conotação econômica. Era o caso, por exemplo, da propriedade e do exercício da cidadania<sup>262</sup>. Posteriormente, na época medieval, em que pese a proliferação de interpretações dotadas de moral religiosa, foi a relação econômica entre os feudos que possibilitou o desenvolvimento de algumas áreas do saber jurídico, inclusive com o pagamento pelo esforço realizado pelo servo, ou pelo gene primitivo da cobrança de tributos pela passagem forçada pelas terras do senhor feudal.

Mas é durante o período de desenvolvimento do capitalismo comercial que se verificou, efetivamente, a relação mais estreita entre Direito e Economia. Nessa época, pode-se afirmar que as trocas comerciais regulavam a sociedade, e constituíam os efetivos ditames sociais e normativos para a harmonização da população. Assim, a disciplina normativa foi estabelecida pelas práticas comerciais vigentes e era, de fato, regulada pelos próprios comerciantes, que se caracterizavam como agentes econômicos centrais da sociedade da época. Vale lembrar que o mercador representava a figura que controlava o sistema de produção, pois as ordens ao produtor eram por ele ditadas – e, por conseguinte, o produtor dependia do interesse do mercador para escoar sua produção – e, de certa forma, o sistema jurídico, pois detinha a classe mercantil o exercício do poder econômico sobre o produtor, determinando regras específicas na relação jurídica estabelecida entre as partes. Apenas a título exemplificativo, isso possibilitava ao mercador determinar a proibição de venda da produção do produtor ao mercado varejista, sob pena de determinada sanção.

---

<sup>262</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, vol. I, 3.ed., ver. e acrescentada, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

O ambiente de trocas comerciais e a geração de regras privadas entre as partes envolvidas nessas relações comerciais determinaram o desenvolvimento da *Lex mercatoria*, uma espécie de confluência entre as ciências jurídicas e econômicas, uma vez que representava um Direito criado e imposto pela classe mercantil com o propósito de unificar e universalizar o Direito<sup>263</sup> de acordo com as práticas que a classe mercantil reputava como adequadas para atender a seus interesses econômicos. Esse ambiente de trocas comerciais, aliás, revelou-se propício, em outros momentos históricos, para a evolução da normatização positivista. Exemplos clássicos disso são o Código Civil francês, de 1804, que serve como corolário da autonomia privada e da relevância dos pactos comerciais, e o Código Comercial brasileiro, de 1850, uma das primeiras compilações legislativas feitas em nosso país, e decorrente do período de elevado desenvolvimento econômico no Brasil, com a realização de diversos investimentos financeiros.

De qualquer modo, essa união entre Direito e Economia permitia ao operador jurídico depreender e lançar o conceito jurídico a partir da observação das práticas comerciais reiteradas e, mormente, pela proteção da classe mercantil, que detinha o poder econômico e, com isso, regulava a sociedade. Foi através da *Lex mercatoria*, por exemplo, que se desenvolveu a idéia da cambial, título de crédito que resiste até hoje, com os avanços necessários para sua manutenção.

No entanto, a conjuntura histórica superveniente foi determinante para definir uma mudança de paradigma, movendo-se da ausência de regulação do mercado para um cerceamento cada vez maior do Estado pelo reconhecimento de suas funções e pela assunção de mecanismos de regulação e controle do Estado por seus governantes. Isso foi observado com o advento dos Estados Nacionais, a partir do século XVIII, serviu como liame causal para definir, com linhas mais claras, o desenvolvimento da disciplina jurídica de forma independente – ao menos em parte – do regime jurídico e das práticas comerciais. O Direito passa a ser visto, na realidade, como uma forma de dominação do Estado sobre a população, e não mais do mercado e da livre-iniciativa.

---

<sup>263</sup> Conforme apontamento de GALGANO, Francesco, *La globalizacion em el espejo del derecho*, trad. De Horacio Roitman y María de la Colina, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 19-49.

Evidentemente, o surgimento do protecionismo econômico pelo Estado teve como conseqüência a absorção das normas comerciais pelo direito público, com o intuito regulatório. Há aqui, inegavelmente, relação entre as áreas de conhecimento, pois toda regulação demanda uma interferência estatal, normalmente sob a forma legislativa, para assegurar resultados que refletem na esfera econômica do Estado.

Após, com o advento do Iluminismo, o que se verifica é o efetivo distanciamento entre a esfera jurídica e a ótica econômica, que passam a justificar diferentes correntes. O Direito passa a ser utilizado como forma de dominação pelo próprio Estado, sendo, cada vez mais, internalizado conforme o interesse estatal. Já a Economia serve como fundamento para a proclamação das liberdades burguesas, como a liberdade de comércio e de indústria. Com isso, desenvolve-se também um contraponto entre a lógica liberal burguesa e as proteções que o Estado interpretava como necessárias para bloquear, quando manifestamente maléfica, a liberdade burguesa.

Posteriormente, com a Revolução Industrial, consolidou-se a mudança de paradigma, no qual o principal agente econômico das relações sociais deixou de ser o comerciante para se tornar o produtor. Houve, portanto, uma migração da maior valoração que era concedida ao capital comercial para o capital industrial. A disciplina normativa passa a ser regulada pelos interesses desse agente e pelas transformações sociais originadas do avanço tecnológico e social próprios do período.

Esse campo de inovações tecnológicas e mudanças sócio-econômicas demonstrou-se deveras fértil para o terreno do Direito, com a criação de novas ferramentas jurídicas que possibilitaram o controle de circulação de riquezas, de distribuição de renda e investimento de capitais, seja por meio de normas emanadas do próprio Estado, seja pelas normas criadas entre particulares nos pactos privados firmados e reconhecidos dentro do sistema legal interno de cada localidade. O Direito, dessa forma, passou a preencher verdadeiros vazios jurídicos deixados pela separação com a ciência econômica, e que foram descobertos pelos avanços tecnológicos, tais como a patente de inovações científicas e a criação de direitos trabalhistas.

Nesse período, considerando que o Direito estava em processo de regulação pelo Estado – que já não admitia a emissão de norma jurídica fora de sua competência – constatou-

se a mudança de uma das características que o marcou no período da *Lex mercatoria*, qual seja, a perda de sua universalidade, a partir de sua fragmentação, por meio da multiplicidade de dialetos jurídicos estabelecidos por cada Estado. Ao contrário da ciência econômica, que se desenvolveu pela utilização expressa de uma linguagem universal.

As legislações desenvolvidas por cada Estado passaram a exercer papel fundamental de instrumento de instauração da economia de mercado, baseado na troca entre iguais. Assim foi, por exemplo, um dos legados da codificação napoleônica. Essa economia de mercado, determinada pela realidade social e fundamentada em normas jurídicas emanadas pelos Estados, serviu como base para o desenvolvimento sócio-econômico do século XX, autorizando a livre-iniciativa.

Ademais, não se pode deixar de lado os fundamentos de um Estado essencialmente econômico, pois a liberdade econômica é basilar para o desenvolvimento do Estado. Não há como dissociar as figuras jurídicas presentes no Código Civil de Bevilacqua de uma sociedade cuja base da economia era essencialmente agrária e que, por essa razão, atendia aos interesses de uma elite rural. Já o anteprojeto do atual Código Civil revestiu-se de uma dinâmica econômica decorrente de uma tendente globalização de mercados, e está lidando com uma nova corrente sócio-econômica, fundamentada na expansão tecnológica.

É com base nessa construção econômica que se desenvolveram as normas jurídicas e os princípios nos quais se estende a disciplina legal vigente. Esse entrelaçamento entre a realidade social e a realidade econômica se acentuou nos últimos anos em decorrência da dinamicidade dos contatos sociais e pelo avanço no desenvolvimento autônomo de uma economia de mercado global.

As preocupações sociais presentes em cada país podem ser distintas – e, de fato, o são, pois estão estritamente relacionadas a aspectos culturais particulares. Todavia, os problemas econômicos revelam-se globais, pois afetam de sobremaneira o livre desenvolvimento dos Estados. Desse modo, não se pode negar que estamos diante de uma nova mudança de paradigma, que abarca uma sociedade globalizada e afeita a questões econômicas globais, que devem ser traduzidas em cada sistema jurídico fracionado, nessa multiplicidade de dialetos jurídicos.

Essa sociedade pós-industrial permitiu, portanto, a reaproximação entre o Direito e a Economia, com o reconhecimento da sociedade do mercado financeiro e globalização de mercados. E para enfrentar essa nova mudança de paradigma, na complexa rede normativa, só uma ferramenta jurídica flexível, como o contrato, para assumir o papel inovador que cabe à ciência jurídica de se moldar à realidade.

No caso, o contrato com pessoa a declarar é a perfeita tradução do elemento inovador da sociedade pós-industrial, pois sua conceituação e compreensão exigem a análise econômica do contexto em que está inserido, e seu reconhecimento como ferramenta jurídica surge de tanto do conjunto de regras e princípios que permeiam o sistema jurídico quanto do reconhecimento da situação fática a que esse modelo contratual está submetido.

Essa construção econômica do conceito de contrato é um desafio útil a demonstrar que a ciência jurídica não está dissociada da ciência econômica, bastando analisar de forma criteriosa a relação entre os elementos econômicos e as instituições jurídicas que interagem em uma relação complexa, como encontramos diariamente. Para tanto, deve-se compreender, inicialmente, a formação desse tipo contratual, combinando elementos jurídicos com elementos econômicos, para, posteriormente, avaliar a interatividade entre esses elementos e cotejar os problemas advindos dessa interação.

## 2.1. Como operação econômica instrumentalizada

Em todo contrato celebrado, há uma expectativa de que o resultado será eficiente e vantajoso para todas as partes envolvidas. É um reflexo da melhoria de Pareto às condições criadas pelas vestes jurídicas que serviram ao tipo contratual escolhido para representar a

operação econômica<sup>264</sup>. No entanto, para que o contrato possa ser reputado como ótimo, é relevante que se reconheça o equilíbrio contratual como um requisito primordial da eficiência e garantia de deveres e direitos às contratantes. E isso não se afasta na utilização do contrato eletrônico.

Todo contrato deve visar à inclusão das condições negociais estabelecidas pelas partes após a negociação, de modo que constem no instrumento condições contratuais justas, ou seja, que não tragam onerosidade excessiva para uma das partes, ou que possibilitem a adequada alocação de custos e riscos às partes que estão em melhores condições de absorver esses custos ou riscos.

Um contrato justo e equilibrado motiva os contratantes a perfectibilizarem seu cumprimento, e diminui os riscos associados ao inadimplemento e a um comportamento oportunista.

O contrato com pessoa a declarar promove a quebra de barreiras estabelecidas pela sociedade moderna, facultando às partes a construção de condições negociais previamente ajustadas e reguladas pela legislação marginal imposta pelo ente estatal, envolvendo, ainda, a possibilidade de novos desenvolvimentos decorrentes da conjuntura externa depois de transcorrido determinado prazo, podendo ser realizada uma alteração de um dos sujeitos de direito da relação jurídica, a fim de que o contrato possa melhor adequar-se à sua finalidade. Por essa razão, é esse tipo contratual o que melhor adéqua a relação entre os interesses promovidos pelos agentes econômicos e as garantias advindas dos conceitos jurídicos.

O contrato com pessoa a declarar, por sua forma peculiar, permite diminuir a distância entre cada situação concreta vislumbrada na operação econômica e o padrão ideal, eficiente, preconizado pelo agente econômico, ou seja, sem custos relacionados. Isso é possível porque o mecanismo da cláusula de eleição permite a um dos contratantes analisar, no momento em que lhe é facultada a nomeação de um terceiro para assumir os direitos e obrigações decorrentes do contrato, quem será o melhor agente para cumprir esse papel,

---

<sup>264</sup> Segundo Guiomar Estrella Faria (*Interpretação Econômica do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994, p. 33-34), os conceitos econômicos de valor e eficiência para superar a multiplicidade de problemas jurídicos a que se aplica a teoria econômica.

gerando um contrato mais eficiente. Ora, é evidente que um melhor aproveitamento dos custos representa novas oportunidades no campo econômico, pois fornece maior eficiência às partes e realocação de recursos para outras áreas que necessitem de investimentos.

A realocação de recursos e a conduta orientada do ponto de vista da redução dos custos são fatores determinantes para a escolha de um contrato com pessoa a declarar, pois esse tipo contratual, como regra, permite que as partes contratantes realoquem o custo das negociações para outros locais, e melhoram a eficiência contratual em termos de resultado efetivo<sup>265</sup>.

A criação desse tipo de mecanismo representa a formulação de barreiras contra a adoção de condutas indesejadas pelas partes e pelo mercado, e, ao mesmo tempo, promove um melhor aproveitamento dos chamados custos de oportunidade<sup>266</sup>.

Por outro lado, um aspecto ao qual se deve ter bastante atenção no que tange aos contratos com pessoa a declarar é a divulgação adequada de informações, de modo que se possa alcançar uma simetria de informações entre as partes contratantes. Para alguns, a assimetria das informações entre as partes é característica da *alea* da modalidade contratual ora em exame, pois fica ao arbítrio do estipulante a escolha do eleito – e, portanto, terá o estipulante uma vantagem em relação ao promitente para optar e realização a transferência de sua posição contratual para um terceiro nomeado.

No entanto, essa premissa revela-se falsa frente aos mecanismos disponíveis para a celebração do contrato com pessoa a declarar. Na realidade, ao concluir o contrato, pode nenhuma das partes originárias conhecer a figura do eleito; mais do que isso, podem os contratantes originários estabelecer as diretrizes para a eleição da pessoa a nomear, qualificando-a ou caracterizando-a segundo os interesses do promitente e do estipulante, a fim de observar a finalidade do contrato e o respeito às cláusulas estabelecidas mutuamente.

Além disso, ao escolher a figura do estipulante, mediante convergência das declarações de vontade manifestadas, o promitente demonstra, ainda que implicitamente, quais são as características que vislumbra para a contratação ótima visando a celebrar o

---

<sup>265</sup> POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, 6<sup>th</sup>. ed., New York, Aspen, 2002, p. 98.

<sup>266</sup> ARAÚJO, Fernando, *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 570.

negócio. Nesse sentido, vale lembrar que o contratante originário permanece vinculado ao contrato caso não exerça o direito de escolha decorrente da cláusula de eleição ou caso a nomeação ou a aceitação seja inválida. Com isso, não há como afirmar que há assimetria de informação para qualquer das partes, pois o arbítrio do estipulante para escolher o eleito está delimitado pelos deveres anexos ao princípio da boa-fé, com que deve pautar sua conduta na execução do contrato, e às informações já manifestadas pelo promitente no momento da conclusão do negócio.

Assim, pode o contrato com pessoa a declarar servir como um instrumento eficiente para as partes traduzirem na linguagem jurídica a operação econômica a ser tutelada. Além disso, a tutela do comportamento das partes que promovem a divulgação de informações corretas e precisas é assegurada pela legislação marginal pertinente e pelos ganhos econômicos aferidos com a execução do contrato.

A verossimilhança das alegações e informações repassadas pelas partes conduz à crença em todos os dados revelados nesse contato social havido e que resultou na formulação de um contrato com pessoa a declarar. Nesse caso, como não há definição prévia acerca da manutenção dos contratantes originários para a execução do contrato, a confiança gerada pelo comportamento dos agentes imbuídos de boa-fé pode levar a discussões decorrentes de vícios de consentimento na declaração de vontade.

A solução para esses casos é fornecida de duas formas. A primeira delas, pela legislação marginal, ao determinar se a declaração de vontade, ainda que padeça de vícios, é cogente. A outra, pelo reconhecimento de que o risco é assumido por uma das partes ao escolher desfrutar desse tipo de contratação, determinando-se que honre os termos do conteúdo negocial ainda que com eles não concorde. Essa solução pode ser, do ponto de vista econômico, eficiente, pois fornece às contratantes maior segurança jurídica e validação dos pactos celebrados.

A divulgação de informações adequadas, por sinal, é também determinante para a escolha dos potenciais parceiros contratuais que estão em melhores condições de assumir as condições negociais pretendidas. A apresentação de dados claros possibilita que a dinâmica do contrato se aproxime da curva de um contrato ótimo, à medida que faculta aos parceiros contratuais analisarem as condições prévias de contratação num ambiente seguro e que

apresenta mais garantias. Não é demais lembrar que a ausência de informações claras acerca das condições do negócio pode conduzir ao afastamento desses potenciais parceiros contratuais, restando apenas a possibilidade de contratação com parceiros contratuais menos visados, ou que tendem a formar um contrato que não apresenta equilíbrio.

O equilíbrio do contrato também pode ser alcançado por intermédio da tutela da confiança no comportamento dos agentes econômicos e das condições do negócio<sup>267</sup>. Veja-se que, por vezes, buscar a manutenção da operação econômica, corrigindo as imperfeições decorrentes das variantes econômicas vislumbradas no curso da relação, propicia o resultado mais eficiente e próximo a um contrato ótimo, pois os custos relacionados à eventual rescisão ou integral inadimplemento tendem a ser maiores do que os custos relacionados à manutenção do contrato com a correção de suas imperfeições.

Essa tutela da confiança pode ser feita tanto por intermédio de acordo entre as partes envolvidas quanto pela legislação marginal, especialmente aquela que promove a restauração do equilíbrio, ou por um Tribunal<sup>268</sup>. Neste caso, os custos relacionados a eventual desequilíbrio estarão proporcionalmente vinculados à segurança jurídica promovida pelas decisões proferidas.

A vinculação das partes pelo conteúdo do pacto negocial é outro aspecto relevante para disciplinar o equilíbrio contratual. A segurança da utilização do tipo contratual com pessoa a declarar somente pode ser garantida quando há o reconhecimento de que essa ferramenta contratual é válida e o exercício da faculdade conferida na cláusula de eleição é realizado em conformidade com a vontade manifestada pelas partes, pois vinculam o promitente e o eleito ao conteúdo do negócio. E essa vinculação contratual é fonte central de obrigações, que traduz, na linguagem jurídica, a equação que se busca solucionar na operação econômica, permeada por todos os elementos já vislumbrados.

Essa vinculação gerada pelas obrigações assumidas pelas partes coloca as contratantes no mesmo plano de análise do contrato, exigindo prestações e contraprestações respectivas. Ela, ainda, torna-se uma barreira natural do contrato ao comportamento

---

<sup>267</sup> ATIYAH, P.S., *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford, Clarendon, 1979. p. 6-7.

<sup>268</sup> MASTEN, Scott, *Contractual Choice*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2000, p. 32.

oportunista dos agentes econômicos, de modo a assegurar o adequado cumprimento das cláusulas ajustadas previamente<sup>269</sup>.

Ainda assim, a segurança jurídica e o equilíbrio contratual podem ser afetados por outros fatores, que podem despertar condutas inesperadas ou oportunistas dos agentes econômicos. É o que ocorre com situações supervenientes que configuram externalidades. Nesses casos, especialmente nos tipos contratuais que envolvem adesão, é comum verificarmos um comportamento oportunista da parte, que, após o surgimento de externalidades, efetua um pedido judicial de revisão das condições negociais do pacto, a fim de restabelecer o equilíbrio contratual. De fato, se essas externalidades podem gerar uma lesão, como ocorre, exemplificativamente, na mudança abrupta da taxa de juros do cartão de crédito, deve-se adotar as medidas mais adequadas para interferir no conteúdo negocial e tutelar a parte prejudicada pelo poder econômico da outra. Todavia, em outras situações nas quais o contrato não se afasta de seu resultado ótimo, postular uma revisão contratual apenas revela a ineficácia de um sistema jurídico que deixa de aproveitar as lições da ciência econômica para seu desenvolvimento.

## 2.2. Como garantia alternativa de ambiente seguro para celebração de negócios no Brasil

A análise econômica do Direito tem por finalidade a obtenção de eficiência das soluções jurídicas sem o necessário apoio das soluções previstas no direito positivado. Isso porque as concepções centrais dessa análise econômica apóiam as práticas comerciais reiteradas, sob a perspectiva da sociedade pós-moderna, buscando soluções prévias para os problemas que já se espera enfrentar. Entretanto, a ausência de regulamentação de

---

<sup>269</sup> SHAVELL, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2004, p. 298.

determinadas situações no ordenamento jurídico pode conduzir a uma hipótese de ambiente inseguro para a celebração de negócios, desestimulando o uso da modalidade contratual não regulamentada ou, até mesmo, repelindo a celebração de novos negócios que traduzam as atuais e dinâmicas operações econômicas.

Não há como negar que toda a disciplina contratual é formada visando a solucionar os problemas que poderão advir da celebração de negócio entre as partes. É justamente pela busca da segurança – ou pela adequada distribuição dos custos relacionados aos riscos do negócio<sup>270</sup> – que as contratantes requerem a inclusão dos termos da operação econômica em um tipo contratual mais adequado para resguardar seus interesses.

O contrato com pessoa a declarar é um desses tipos contratuais, que possibilita a salvaguarda de interesses econômicos das partes sob as vestes jurídicas que promovem a proteção da economia de mercado e da livre iniciativa. O limite ético para determinar o conteúdo das cláusulas contratuais é fornecido, conforme já visto, pela liberdade concedida às partes para contratar, e a conduta das partes deve ser guiada pelos deveres anexos ao princípio da boa-fé, de modo que operem conjuntamente os interesses das partes contratantes a fim de obter-se um contrato ótimo e eficiente.

Os agentes econômicos desempenham papel fundamental na busca da atividade econômica ótima, pois, em uma situação ideal, visam ao equilíbrio contratual, à redução dos custos<sup>271</sup> e ao estabelecimento de garantias para os interesses das partes contratantes. O contrato com pessoa a declarar faculta aos agentes econômicos o exercício do poder econômico que lhes foi concedido na sociedade pós-moderna como meio de quebrar barreiras e permitir o desenvolvimento social pelo cumprimento dos pactos e compreensão de sua linguagem.

Em que pese o paradigma do *pacta sunt servanda* não mais subsistir, não se pode deixar de associar a idéia de que os pactos são estabelecidos para serem cumpridos. O que se deve admitir, pois, são mecanismos que facultem a adaptação dos contratos às mudanças reais a que as contratantes estão submetidas e que não poderiam ser previstas de antemão ou, então,

---

<sup>270</sup> SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Harvard University Press, p. 311.

<sup>271</sup> POSNER, Richard, *Economic analysis of Law*, 6<sup>th</sup>. ed., New York, Aspen, 2002 p. 25.

que permitam a fácil rescisão do negócio quando os termos do contrato não se manter economicamente interessante para as partes envolvidas.

Ao permitir a flexibilização do cumprimento dos contratos, estimula-se um comportamento oportunista dos agentes econômicos<sup>272</sup>, gerando, como consequência, aumento dos custos de transação e formação de barreiras para a livre circulação de riquezas.

Por isso, deve-se pensar na utilização de uma lógica deontológica para o cumprimento das obrigações contratuais, levadas a contento pelo comportamento diligente e probo das partes contratantes – uma vez que suas condutas são direcionadas pelos deveres laterais ao princípio da boa-fé.

Segundo leciona Judith Martins-Costa<sup>273</sup>, a boa-fé pode ser vista como modelo de conduta, positiva ou negativa, vista sob a ótica do direito obrigacional, pois permitirá a adequação das condutas a um modelo de comportamento, um *standard* valorativo de comportamentos humanos – pautado em certos valores socialmente significativos, como a solidariedade, a lealdade, a probidade, a cooperação e a consideração aos interesses alheios. Esse *standard* jurídico é que permite a criação de comportamentos que são esperados pelas partes contratantes na execução do contrato eletrônico.

A boa-fé deve ser avaliada, ainda, segundo sua funcionalidade. Veja-se que, apesar do papel exponencial exercido pela autonomia privada, signo lingüístico que representa o livre desenvolvimento da personalidade<sup>274</sup> e substitui a autonomia da vontade como parâmetro oitocentista sob o qual se desenvolveu a codificação napoleônica, que valorizava a relação intersubjetiva centrada na vontade humana. Essas considerações apenas reforçam a idéia de que a celebração de um contrato com pessoa a declarar implica o reconhecimento de que os comportamentos humanos constitutivos de situações jurídicas devem se amoldar a certos parâmetros ético-jurídicos, pois o ordenamento é feito segundo escolhas axiológicas traduzidas por cada sociedade em seu corpo normativo.

---

<sup>272</sup> POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, 6<sup>th</sup>. ed., New York, Aspen, 2002, p. 94.

<sup>273</sup> MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado*, São Paulo, RT, 1999.

<sup>274</sup> Segundo ensina Marcos de Campos Ludwig na obra *A reconstrução do direito privado*, org. por Judith Martins-Costa.

No entanto, esses parâmetros não são externos, mas nascem da conformação do direito subjetivo à concreta situação jurídico-subjetiva. A boa-fé objetiva dá o critério para a valorização judicial do comportamento, e não a solução prévia<sup>275</sup>. Esta é fornecida a partir da análise dos elementos econômicos da operação que constitui o núcleo do negócio jurídico.

Atuando como critério, a boa-fé tem como principais funções (i) otimizar o comportamento das partes, em vista do concreto programa contratual, a fim de possibilitar o adimplemento satisfativo; (ii) corrigir e reequilibrar o conteúdo dos negócios jurídicos; (iii) possibilitar, qualificar e mensurar o adimplemento satisfatório, inclusive impondo às partes a adstrição a deveres voluntaristas que se fazem instrumentalmente necessários ao adequado desenrolar da relação negocial, desde a fase das tratativas até o período pós-contratual; (iv) suprir eventuais lacunas, atuando como cânone de integração do contrato; (v) servir como critério de concretização dos deveres de diligências; (vi) atuar como critério de ponderação dos deveres gerais de *neminem laedere*; (vii) limitar o exercício de direitos subjetivos, direitos potestativos e posições jurídicas, gerando, por exemplo, responsabilidade pela quebra da confiança legítima, ou conduzindo à anulação de atos abusivos, ou impedindo o direito formativo se o adimplemento foi substancial.

A boa-fé, por ser um princípio, carece sempre de concreção<sup>276</sup>. Todavia, sua função é de concretizar, de forma textual e comportamental, os deveres assumidos pelas partes em consonância com os deveres laterais derivados da boa-fé. Tais deveres devem ser sopesados à vista (i) da natureza do vínculo, observado em sua substancialidade; (ii) da concreta situação subjetiva das partes e da efetiva relação de poder, seja econômico, informativo ou político, mantida; (iii) da eventual incidência e peso, naquela situação, de outros princípios e regras do ordenamento que acaso sejam colidentes ou contrastantes; e (iv) da ponderação, a ser feita objetivamente pelo intérprete, acerca dos valores que guiam o específico campo jurídico no qual se desenrola a relação.

A maior ou menor atuação da boa-fé objetiva e o maior ou menor espaço e exercício concedido à autonomia negocial estão em direta dependência da estrutura,

---

<sup>275</sup> MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado*, São Paulo, RT, 1999.

<sup>276</sup> Segundo MARTINS-COSTA, Judith, “A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 25, Rio de Janeiro, 2004, p. 229-281.

horizontalizada ou verticalizada, simétrica ou assimétrica, subjacente à relação jurídica em causa. Quanto maior o peso da horizontalidade, maior será o espaço da autonomia negocial e com menor intensidade incidirá o princípio da boa-fé objetiva em sua função limitadora de direitos subjetivos, formativos e posições jurídicas. Entretanto, a incidência da boa-fé no contrato com pessoa a declarar se dá de modo a colaborar na cooperação entre as partes, visando à destinação do contrato celebrado.

Os deveres de diligência impostos aos agentes econômicos devem possibilitar o alcance de um resultado útil e eficiente para todas as partes da relação, e não meramente à satisfação dos interesses exclusivos de um ou outro contratante. A boa-fé apresenta-se, portanto, como critério de concretização da conduta devida na relação jurídica. Essa conduta, quando realizada, importa no adimplemento, e conseqüentemente na extinção da relação, com satisfação para todas as partes envolvidas.

O princípio da boa-fé, embora flexível e dotado de amplo grau de vagueza semântica, não configura uma espécie de remédio a ser utilizado para uma infinidade de problemas jurídicos, dependente tão somente do alvedrio do intérprete. É um recurso técnico preciso (embora multifuncional em sua operatividade), que pode, num mesmo tempo e espaço, ser dotado de diferentes graus de intensidade, na ponderação, sempre necessária, com as concretas situações da vida e com os demais princípios e regras do ordenamento.

A boa-fé atua, portanto, para mensurar e qualificar a “conduta devida” que está no núcleo do adimplemento das obrigações; porém, seu papel não é o de indicar qual seja a conduta devida, mas a maneira pela qual a conduta deve ser desenvolvida com vistas ao adequado adimplemento dos deveres assumidos pelas partes e para a perfeita execução do contrato. Na formação do contrato com pessoa a declarar, portanto, avulta a valoração dos interesses regulados pela própria relação, que se define, fundamentalmente, como uma complexa relação de cooperação. A cooperação, ligada à conduta dos sujeitos, não está reduzida ao cumprimento do dever principal de prestação; ela requer a observância de outros deveres, secundários, anexos, colaterais ou instrumentais, que encontram a sua fonte ou em dispositivo legal ou em cláusula contratual, ou no princípio da boa-fé.

A cooperação, no Direito das Obrigações, está centrada na noção de prestação como conduta humana devida, pois o interesse de uma pessoa é prosseguido por meio da

conduta doutra pessoa, de modo que a colaboração entre sujeitos de ordem obrigacional é uma constante intrínseca das situações. Ademais, a cooperação possibilita o adimplemento porque, para que o adimplemento seja eficazmente atingido, é necessário que as partes atuem ambas em vista do interesse legítimo do *alter*. A necessária colaboração intersubjetiva, informada pela boa-fé, é a matiz de deveres que se põem instrumentalmente para possibilitar o adimplemento satisfatório. São os aludidos deveres instrumentais ou deveres de proteção<sup>277</sup>.

Evidentemente os deveres de cooperação não são os únicos elementos que colaboram para a conclusão do negócio e para a determinação de um ambiente seguro para a contratação, convivendo com poderes, faculdades, expectativas, sujeições, ônus, dentre outros, que não são fixos e imutáveis, podendo concorrer todos para a execução perfeita do contrato.

É justamente pela compreensão da utilização da boa-fé no contrato com pessoa a declarar que conduz a uma concepção substancial – e não meramente formal – do princípio da exatidão, consentindo na possibilidade de um critério mais elástico para o cumprimento de determinados deveres assumidos pelas partes, a ser apreciado nos limites de uma tolerabilidade considerada normal à vista da funcionalidade do prestado, de modo que possam ser reduzidos os custos da operação econômica e atingida a eficiência da relação, ou, ainda, uma melhor alocação dos riscos às contratantes de acordo com critério definido previamente (e no qual prepondera a alocação para a parte que possui melhores condições econômicas de suportá-la sem prejuízo da outra).

A execução do contrato sob o enfoque dos deveres advindos da boa-fé permite conduzir à conclusão de que as partes devem agir conforme a boa-fé a fim de que se atinja a destinação do contrato e se obtenha a utilidade econômica dele esperada.

A faculdade do exercício do direito de escolha, antes de traduzir uma situação de insegurança para as partes contratantes, deve promover uma maior certeza na realização das finalidades do contrato, pois o estipulante somente deverá realizar a nomeação que lhe é facultada se acreditar que a pessoa nomeada tenha condições de assumir efetivamente os direitos e obrigações decorrentes do negócio jurídico celebrado. Essa proteção aos interesses

---

<sup>277</sup> MARTINS-COSTA, Judith, “A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 25, Rio de Janeiro, 2004, p. 229-281.

do promitente, demonstrada igualmente pelas delimitações legais para os atos de nomeação e aceitação, revela que a execução perfeita do contrato envolve o alcance de sua finalidade, conforme estipulado inicialmente pelos contratantes originários, e a conseqüente segurança de que o ambiente de contratação é apto a observar os melhores interesses das partes contratantes.

Assim, o contrato com pessoa a declarar é um dos instrumentos que melhor supera as externalidades e as informações assimétricas que permeiam a relação jurídica subjacente ao negócio jurídico, estabelecendo o melhor ambiente de contratação em conformidade com os deveres correlatos ao princípio da boa-fé e pela tutela da confiança, manifestada nas declarações de vontade das partes quando optam por um modelo contratual que permite a substituição de um dos sujeitos da relação visando a obter o melhor resultado possível para essas mesmas partes e para a pessoa nomeada. No entanto, parece que falta ao operador do Direito ter a coragem de substituir os antigos modelos contratuais enraizados na prática forense por outros mecanismos, mais dinâmicos e adaptados para traduzir com maior precisão as operações econômicas submetidas à análise jurídica.

### Síntese conclusiva

A introdução de conceitos jurídicos em ordenamentos já sistematizados é tarefa das mais difíceis, pois se faz necessário suplantar os usos e costumes que moldaram esse ordenamento modificado para que o novo instituto jurídico passe a ser conhecido, compreendido e, por fim, bem utilizado. Embora o conceito do contrato com pessoa a declarar tenha sido introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com o advento do atual Código Civil – e, por conseguinte, juntamente com outras diversas novidades para o direito civil brasileiro – não se vislumbrou uma valorização dessa modalidade contratual examinada nesse texto.

A análise das utilidades do contrato com pessoa a declarar tampouco revela as razões pelas quais esse modelo contratual ainda não recebeu o devido destaque no sistema legal vigente. Todavia, é inegável que se trata de uma ferramenta jurídica de grande valia para solucionar diversos casos, em consonância com a dinamicidade das relações sociais que permeiam o Direito atualmente.

A construção histórica do conceito do contrato com pessoa a declarar apresenta-se como uma síntese das dificuldades da introdução desse conceito no Direito brasileiro. Em resumo, essa modalidade contratual passou, em um primeiro momento, pela clandestinidade derivada da omissão do legislador brasileiro, que optou por não incluir esse conceito largamente utilizado na prática mercantil da Europa Ocidental em um país de economia essencialmente agrária e num sistema oitocentista avançado, mas ainda insuficiente para acompanhar as inovações no campo do direito privado.

Por essa razão, o contrato com pessoa a declarar foi, ao longo de muitos anos, objeto de estudo e ilações por diversos juristas. Para alguns, aliás, limitou-se (e até hoje se limita!) a justificar sua existência para a hipótese de evitar prejuízo durante a celebração de

negócio jurídico de compra e venda, com a ausência de revelação prévia do nome da parte contratante. Isso reflete o pensamento medieval que toma conta de parte dos operadores do Direito.

Contudo, basta um pouco de reflexão para verificar que o contrato com pessoa a declarar é uma modalidade contratual que, embora esteja construída sob os auspícios de uma teoria arcaica que valorava preceitos já não mais vislumbrados pelo atual direito contratual, permite uma adaptação simples ao novo paradigma contratual. Dessa forma, o contrato com pessoa a declarar é um instrumento jurídico apto a atender as necessidades contemporâneas, traduzindo as atuais formas de operação econômica por meio de suas vestes jurídicas, gerando segurança e uma adequada avaliação de riscos pelas partes contratantes.

Ademais, a regulamentação do contrato com pessoa a declarar permitiu aos operadores do Direito verificar que esse modelo contratual desempenha uma importante função integradora com outras áreas do direito – como sói ocorrer com diversos modelos contratuais. Assim, exemplificativamente, traduz-se em importante ferramenta na área tributária, a fim de evitar a dupla tributação de determinadas operações – e, por conseguinte, promover o planejamento tributário adequado para operações econômicas complexas. Por outro lado, a possibilidade de indeterminação subjetiva de um dos contratantes restringe sua utilização no campo do Direito Administrativo, pois o ente estatal exige os modelos pragmáticos de contratação para garantir a transparência e publicidade de seus atos.

A definição da natureza jurídica do contrato com pessoa a declarar, bem como a caracterização de seus elementos em conformidade com a teoria do fato jurídico é fundamental para associar o contrato com pessoa a declarar com outros elementos presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a introdução desse conceito deve passar, também, pela compreensão de suas características em consonância com as bases para o desenvolvimento de negócios e a constituição de relações sociais que tomam a forma de relações jurídicas, mediante o ingresso no universo jurídico.

Ademais, a confusão existente entre o contrato com pessoa a declarar e outros institutos jurídicos apenas serve para demonstrar que a utilização de determinados modelos jurídicos que estão presentes em nosso ordenamento e no ensino do direito privado revelam-se ultrapassados, pois não estão em conformidade com o dinamismo exigido por uma sociedade

globalizada e amplamente conectada. Além disso, o reconhecimento de valores e conceitos econômicos aos termos jurídicos amplia a necessidade de resolução dessa não-conformidade.

É a análise econômica desse contrato que permite definir suas funções e a avaliação prática, o que, por sua vez, possibilitará o aprimoramento do conceito e sua difusão dentre os operadores do Direito. A busca da eficiência econômica no contrato, da solução para os casos de contratos economicamente ineficientes e da redução de custos relacionados à descoberta dos riscos expostos em decorrência da celebração do negócio jurídico permeiam a utilidade do contrato.

Inserido nesse contexto de uma sociedade dinâmica, tecnológica, e a cada dia mais pluralizada, o contrato com pessoa a declarar permite ao Direito vestir-se de acordo com as reais necessidades dos contratantes para permitir a celebração de negócios jurídicos com maior facilidade e acompanhando esse dinamismo. Além disso, é essa modalidade contratual que autoriza a circulação de riquezas de modo justo, sem que outros interesses sociais se sobreponham aos interesses do mercado capitalista, autorizando a celebração de negócios justos e, por conseguinte, estimulando a atividade econômica e uma adequada distribuição de riquezas.

O exercício dessa função revela que o contrato com pessoa a declarar pode ser utilizado como um elemento de fundamental importância em um período no qual o país está passando por um acelerado crescimento econômico e que, a cada dia, mais negócios jurídicos são celebrados. Além disso, o contrato com pessoa a declarar, por suas características e efeitos, agiliza a celebração de negócios e possibilita que todas as oportunidades vislumbradas sejam aproveitadas. Apenas a título exemplificativo, ainda que uma determinada sociedade empresarial não esteja constituída regularmente, isso não a impedirá de tornar-se a contratada em determinada situação, pois pode outrem assumir determinada posição contratual e, posteriormente, indicar essa mesma empresa, já regularmente constituída, para participar diretamente do contrato como se contratante originária fosse.

Por outro lado, o estipulante – aquele que indica a pessoa que o substituirá, havendo a cláusula de reserva aposta no contrato – garante a execução do contrato, ainda que a pessoa a nomear não aceite o encargo ou simplesmente não seja apontada. Isso significa que aquele que assume determinado ônus inicialmente pode, também, beneficiar-se diretamente

do contrato ao qual está, inicialmente, vinculado, tendo interesse em permanecer como contratante originário caso não seja concretizada a transferência da posição contratual posteriormente. Vale recordar que o contratante apresentará, no momento da contratação, todos os requisitos exigidos pela contraparte para a negociação, razão pela qual o negócio revela-se seguro para sua concretização.

Esclarecidos esses aspectos, resta claro que o contrato com pessoa a declarar possui potencial de instrumento jurídico a ser mais amplamente utilizado no Direito brasileiro, podendo revelar-se um mecanismo de aceleração do desenvolvimento das relações jurídicas, representando um aumento da circulação das riquezas e, ao mesmo tempo, um instrumento eficaz para garantir a segurança que se espera ao celebrar um pacto.

Ademais, denota-se que o contrato com pessoa a declarar possui a flexibilidade exigida por uma sociedade global para adaptar-se a um novo paradigma contratual. Assim, a introdução desse conceito no ordenamento jurídico vigente torna-se facilitada ante as necessidades sociais hoje vislumbradas.

É justamente por essa razão que se percebe o ineditismo e a visão de futuro inseridos em alguns dos conceitos introduzidos no ordenamento jurídico com o atual Código Civil brasileiro. A utilização de signos carregados de múltiplas representações e a descoberta interpretativa em conformidade com a realidade social permitem a superação da bipolaridade entre o antigo e o atual paradigma contratual, bem como faculta ao intérprete do direito adequar o conceito ao modelo hermenêutico que mais se aproxima daquele em que a situação fática analisada está inserida.

Desse modo, o contrato com pessoa a declarar demonstra ser uma modalidade contratual com potencial para ser explorada pelos operadores do Direito no Brasil, conquanto a compreensão de suas vestes jurídicas esteja adequada à dinâmica sócio-econômica que busca a diminuição de custos e a garantia da contratação. Talvez o que falte ao operador do Direito é utilizar a criatividade típica dos brasileiros para adaptar os conceitos transplantados de outros sistemas codificados à cultura local, de modo que possam ser bem compreendidos e utilizados, transpondo essa figura jurídica à realidade cultural em que está inserida, a fim de obter a possibilidade de utilizar-se de mais uma ferramenta útil para a solução dos problemas que diariamente enfrenta no universo jurídico.

## Referências Bibliográficas

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, 4.ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra, Almedina, 2007.

ASSIS, Araken de. ANDRADE, Ronaldo Alves. ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol., V: Do Direito das Obrigações. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

ATIYAH, Patrick Selim. *The rise and fall of freedom of contract*, 1.ed., New York, Oxford Clarendon Press, 1979.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 5.ed., São Paulo, Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Alvaro Villaça de. *Contratos Inominados ou Atípicos*, São Paulo, Bushatsky, 1975.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, 4.ed., São Paulo, Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. “A boa-fé na formação dos contratos”, in *Revista de Direito do Consumidor*, n.3, São Paulo, Revista dos Tribunais, Set.-Dez. 1992, pp. 78-87.

BARROSO, Lucas Abreu. “Do contrato com pessoa a declarar”, in *Direito Contratual: Temas Atuais*, coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce, São Paulo, Método, 2008, p. 427 – 441.

BANDARSCH, Georg, *Kommentar zum HGB*, Darmstadt, Herman Luchterhand Verlag, 1960.

BECK, Ulrich. *La sociedad Del riesgo: hacia una nueva modernidad*, trad. esp. de J. Navarro, D. Gimenez e R.M. Borrás, Barcelona, Paidós, 1998.

BETTI, Emilio. *Teoria General del Negocio Juridico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Contrato em favor de terceiro*, Coimbra, Almedina, 1980.

- CANTOR, Norman F., *Civilization of the Middle Ages*, New York, HarperCollins, 1993.
- CARRESI, Franco. “Contratto per persona da nominare”, *Enciclopedia Del Diritto*, t. X, Milano, Giuffrè, 1962.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. de J. Guimarães Menegale, v. I, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1965.
- COOTER, Robert, e ULEN, Thomas. *Law & Economics*, 5.ed., Boston, Pearson, 2008.
- COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*, 9.ed., Coimbra, Almedina, 2003.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro, FGV, 2006.
- DIAS, Maria Berenice, in *O modelo de família para a nova sociedade do Século XXI*, disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/pt/entrevistas-revista-juridica-consulex-o-modelo-de-familia-para-a-nova-sociedade-do-seculo-xxi.cont>, acessado em 05.03.2011.
- DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, v. II, 5.ed., Madrid, Civitas, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- ENRIETTI, Enrico. “Contratto per persona da nominare”. *Novissimo Digesto Italiano*, t. IV, Turim, Utet, 1968.
- FARIA, Guiomar Estrella. *Interpretação Econômica do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994.
- FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos*, 1.ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985.
- GALGANO, Francesco, *La globalizacion em el espejo del derecho*, trad. De Horacio Roitman y María de la Colina, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.
- GAROUPA, Nuno, e ULEN, Thomas. The market for legal innovation: Law and economics in Europe and the United States, in *Illinois Law and Economics Working Paper Series*, Research Paper nº LE07-009, University of Illinois, College of Law.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*, trad. de Antonio Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta, 4.ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2003.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contratos com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994.
- GOMES, Orlando. *Contratos*, 26.ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 4.ed., São Paulo, Malheiros, 2006.

HART, Herbert L. A., *The Concept of Law*, 2nd. Ed., New York, Oxford University Press, 1994.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, 26ª ed., 27ª reimp., São Paulo, Companhia das Letras, 2007.

HOUAISS, Antonio. *Míni dicionário Houaiss da língua portuguesa*, 3.ed. ver. e aum., Rio de Janeiro, Objetiva, 2008

IGLESIAS, Juan. *Instituciones de Derecho Romano*, v. I, Barcelona, 1950.

IRTI, Natalino. “L’ettà della decodificazione”, in *Revista de Direito Civil*, v. 10, São Paulo, Out. – Dez. 1979, pp. 15-33.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 4.ed., São Paulo, Martins Fontes, 1994.

LEITE, Gonçalo Rollemberg, “Contrato com pessoa a declarar”, in *Revista Forense*, n. 181, Rio de Janeiro, 1959.

LISBOA, Roberto Senise. “Do contrato com pessoa a declarar”, in CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti *et alli*, *Comentários ao Código Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. “A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 25, Rio de Janeiro, 2004, p. 229-281.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 2003.

\_\_\_\_\_(org.). *A reconstrução do direito privado: reflexo dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *A boa-fé no direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. “Crise e modificação na idéia de contrato no direito brasileiro”, in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3, São Paulo, Revista dos Tribunais, Set.-Dez. 1992, pp. 127-154.

MASTEN, Scott. *Contractual Choice*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, v. III, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2000, p. 21-45.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*, 12.ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da boa-fé no Direito Civil*, t. II, Coimbra, Almedina, 1989.

MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. IV: Derecho de las obligaciones, trad. Santiago Sentis, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, v. 2., 3.ed. rev. e acrescentada, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4. ed., atualizada por Antônio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato. Novos Paradigmas*. 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

NERI, Marcelo Côrtes. *Revista Getúlio*, Ano 4, nº 21, Rio de Janeiro, FGV, maio-junho 2010.

OST, François. *Contar a lei – as fontes do imaginário jurídico*. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo, Unisinos, 2004.

PARANHOS, Amílcar. *Contrato com pessoa a declarar*, Tese (livre-docência), Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1988.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, t.1.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 6th ed., New York, Aspen Publishers, 2002.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*, 1.ed, 3ª reimpressão, São Paulo, Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo senado federal*, 2.ed., Saraiva, São Paulo, 1999.

\_\_\_\_\_. “Para uma teoria dos modelos jurídicos”, in *Estudos de Filosofia e de Ciência do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1978.

REYMOND, Jean Frédéric, *La Promesse de Vente pour soi ou pour son nommable*, Lausanne, Librairie de Droit F. Roth & Cie, 1945.

ROCHA, Clóvis Paulo da. *Perspectivas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Jornal do Commercio, 1954.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. 3, 7.ed., São Paulo, Saraiva, 1986.

ROPPO, Enzo. *O contrato*, trad. port. de Ana Coimbra e Januário Gomes, 1.ed., Coimbra, Almedina, 1988.

ROPPO, Vincenzo; IUDICA, Giovanni e ZATTI, Paolo. “Il contratto”, *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2001.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, v. I, São Paulo, Saraiva, 1971.

SCHÄFER, Hans-Bernd, und OTT, Claus. *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*. 4.Auflage. Berlin, Springer, 2005.

SCHLEGELBERG, Franz, *HGB*, 4.Auflage, Frankfurt, Franz Vahlen Verlag, 1960.

SEN, Amartya, *Desenvolvimento como liberdade*, trad. Laura Teixeira de Motta, São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. London, Harvard Press, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. 2 vol.

TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*, 4.ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1982.

TUTIKIAN, Priscila David Sansone. *O silêncio na formação dos contratos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

VANZELLA, Rafael. “De Enzo a Vincenzo”, in *Revista de Direito da GV*, vol. 1, n. 2, jun.-dez. 2005, p. 221-228.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, Coimbra, Almedina, 1998, v. I, 9.ed.

\_\_\_\_\_. *Direito das obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1977.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. “Contrato para pessoa a nomear”, *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, Imprensa Oficial, v. 76, 1958.

WALD, Arnoldo. “O contrato com pessoa a declarar e o direito fiscal”, *Revista do Serviço Público*, Rio de Janeiro, DASP, v. 45, 1952.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, trad. António M. Hespanha, 2.ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1980.