

negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente (Cód. Civil de 2002, art. 114); compreendem exclusivamente aquilo a que o devedor de modo expresso se obrigou; f) o mesmo com a transação (art. 843); g) as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Por fim, embora a convenção produza entre as partes efeitos iguais aos da lei, a hermenêutica contratual não enseja recurso especial, porque a indagação da vontade dos contratantes é pura questão de fato<sup>16</sup>.

*Da impossibilidade da prestação* — A impossibilidade da prestação resolve o contrato. A impossibilidade pode ser *física*, como no caso de perecimento da coisa, ou *jurídica*, como, por exemplo, se a coisa é posta fora do comércio<sup>17</sup>.

Pode ser ainda *contemporânea* ou *superveniente* ao contrato; esta última, por sua vez, pode provir de caso fortuito ou de força maior (por exemplo, se decorre de exigência do poder público)<sup>18</sup>, ou então de culpa do devedor; naquele caso, resolve-se o contrato (Cód. Civil de 2002, arts. 234, 238, 248, primeira parte, e 393); neste, não se verifica a resolução, respondendo o culpado por perdas e danos (arts. 248, segunda parte, e 399).

Finalmente, a impossibilidade pode ser *absoluta* ou *objetiva e relativa* ou *subjéctiva*; a primeira existe para todos os homens, indistintamente; a segunda só ocorre em relação ao devedor. Apenas aquela tem efeito liberatório, resolvendo o contrato.

16. *Revista Forense*, 118/390-122/134-131/105-139/170-141/184; *Arquivo Judiciário*, 106/281-109/453-110/157-120/337; DE PAGE, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, v. 2, n. 566; Súmula n. 454 do Supremo Tribunal Federal.

17. JOÃO LUIS ALVES, *Código Civil*, 2/170.

18. *Revista Forense*, 87/422.

## DA ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO E DA PROMESSA DE FATO DE TERCEIRO

NOTÍCIA HISTÓRICA. NATUREZA JURÍDICA. DEFINIÇÃO E ELEMENTOS. PRECEITOS LEGAIS SOBRE A ESTIPULAÇÃO. PROMESSA DE FATO DE TERCEIRO.

*Notícia histórica* — O direito romano negava eficácia às estipulações em relação a terceiros. A máxima então vigente era esta: *alteri stipulari nemo potest*, cujo fundamento residia no poder exclusivo da vontade individual na regulamentação das relações jurídicas da pessoa. Ineficazes teriam de ser, portanto, por impossibilidade lógica, negócios em favor dela, acaso concluídos por outrem, sem a necessária representação. Por outras palavras, não se concebia que um acordo de vontades pudesse produzir efeitos em relação a terceiros.

Posteriormente, porém, o próprio direito romano abrandou o rigor daquele princípio, como sucedeu no caso de constituição de dote, em que se convencionasse sua restituição a terceiro após a dissolução da sociedade conjugal, no caso de doação modal em favor de terceiro, e ainda no caso em que se tornasse patente o interesse do estipulante. Fora desses casos excepcionais, entretanto, o direito romano considerava ineficazes os contratos e estipulações que alguém não houvesse realizado por si próprio ou por intermédio de pessoas sujeitas ao seu poder.

Graças a POTHIER, manteve-se o direito francês fiel à tradição romana, tanto que o Código Napoleão, num dos dois únicos artigos que dedicou ao assunto, preceituou que “não se pode, em geral, obrigar-se ou estipular senão por si mesmo e em seu próprio nome” (art. 1.119). De modo idêntico, dispunha o Código Civil italiano de 1865 (art. 1.128).

Essa orientação, obediente à dogmática romana, não resistiu, todavia, à tendência germânica, favorável à estipulação em favor

de terceiro sempre que houvesse interesse econômico ou moral por parte do estipulante.

Nesse último sentido, pronunciaram-se os Códigos mais modernos, como o alemão (art. 328) e o suíço (art. 112), os quais admitem, sem reserva, a validade do *pactum in favorem tertii*, como exigência imposta pelas necessidades práticas e pelo desenvolvimento do direito. A estipulação em favor de terceiro projetou-se assim, como anota CLÓVIS<sup>1</sup>, com a firmeza de linhas e amplitude de conceitos que havia mister.

A doutrina civilista mais moderna manifesta-se no sentido de possibilitar ou facilitar, cada vez mais, a realização dessas convenções.

O Código Civil brasileiro de 2002, fiel à mesma orientação, admite a validade e eficácia da estipulação em favor de terceiro, disciplinando-as nos arts. 436 a 438.

*Natureza jurídica* — Várias as teorias propostas para explicar-lhes a natureza jurídica. A primeira e a mais simples é a da *oferta*, preconizada por LAURENT<sup>2</sup>. Segundo ela, a estipulação em favor de terceiro é mera oferta, ou proposta, que, aceita pelo beneficiário, o torna credor. Para essa teoria, o contrato apenas surge com a anuência do terceiro, em cujo favor se faz a estipulação e que retroage ao dia em que esta se faz, convertendo o terceiro em credor do promitente.

Segunda teoria funda-a na *gestão de negócios*; aquele que, sem mandato, estipula em favor de terceiro é gestor de negócios, porque realiza, para esse terceiro, operação que poderia ter também efetuado, em nome dele, na qualidade de procurador. A posterior aceitação do beneficiário equivale à ratificação, emprestando-lhe a indispensável eficácia e validade (*ratihabitio mandato aequiparatur*).

Terceira corrente, sustentada, dentre outros, por COLIN ET CAPITANT (nas primeiras edições de seu *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*), vislumbra na estipulação em favor de terceiro uma *declaração unilateral da vontade*. Esse ponto de vista não merece acolhida, porque a promessa unilateral é indeterminada e anônima, ao passo que a estipulação em favor de terceiro é contraída em benefício de alguém, nominalmente indicado, e, pois, de pessoa certa e determinada. Aliás, aqueles autores, na última edição de sua obra, abandonaram a primitiva orientação<sup>3</sup>.

1. Código Civil, 4/265.

2. *Principes de Droit Civil*, v. XV, n. 559.

3. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, 10. ed., posta em dia por JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 2<sup>a</sup> v., p. 158.

Outra teoria é a do *direito direto*, geralmente adotada pela moderna doutrina francesa; segundo ela, a estipulação em favor de terceiro transpõe os círculos contratuais, caracterizando-se como *contrato* entre estipulante e promitente, tendo como *accessório* o benefício prometido ao terceiro<sup>4</sup>.

A verdadeira concepção é a que lobriga na estipulação uma relação contratual *sui generis*, em que a prestação, em vez de ser realizada em favor do próprio estipulante, como seria natural, há de sê-lo em benefício de outrem, que se torna, pois, credor do promitente. Só se aperfeiçoa e se completa no momento em que o terceiro manifesta o propósito de aceitar o benefício prometido<sup>5</sup>.

Esse o ponto de vista do nosso legislador, que, em dois dispositivos (arts. 436, parágrafo único, e 437 do Cód. Civil de 2002), referindo-se à estipulação em favor de terceiro, chama-a de *contrato*.

*Definição e elementos* — Segundo CLÓVIS, há estipulação em favor de terceiro quando uma pessoa convencionou com outra certa vantagem em benefício de terceiro, que não toma parte no contrato<sup>6</sup>.

Três as pessoas que figuram nessa relação jurídica: o estipulante, o devedor ou promitente e o terceiro. Na convenção propriamente dita só aparecem as duas primeiras, enquanto a última se conserva alheia; para esta, o instrumento da estipulação é, por assim dizer, *res inter alios*. É da essência do instituto que o terceiro beneficiado seja realmente estranho ao contrato<sup>7</sup>.

A lei não estabelece restrições; qualquer pessoa pode ser contemplada com a estipulação; assim, o fato de ser alguém filho adúltero não lhe tira a capacidade geral, nem o impede de ser favorecido por convenção dessa ordem<sup>8</sup>.

Não se pode, outrossim, falar em estipulação em favor de terceiro onde não exista esse terceiro, destinatário de determinada vantagem, mas apenas o titular de um crédito que o devedor resolve satisfazer, entregando a outrem, para tal fim, o numerário preciso<sup>9</sup>.

Além do elemento subjetivo já mencionado (estipulante, devedor e beneficiário), para que se configure o *pactum in favorem tertii*,

4. PLANIOL-RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, 6/489; JOSSEAND, *Cours*, 2/147; COLIN ET CAPITANT, ob. cit., 2/158.

5. PACCHIONI, *I Contratti a Favore di Terzi*, 3. ed., p. 202.

6. Ob. cit., 4/265.

7. *Revista dos Tribunais*, 204/156-207/106.

8. *Revista dos Tribunais*, 103/210.

9. *Arquivo Judiciário*, 110/312.

necessário é ainda um elemento objetivo, que vem a ser a vantagem de que se beneficiará a terceira pessoa, estranha à convenção.

Se não existe esse benefício em favor de outrem, não há estipulação, no sentido do art. 436 do Código Civil de 2002<sup>10</sup>.

A lei não exige que a vantagem seja inteiramente gratuita: permitem-se condições. Assim, se o proprietário de um bem no valor de R\$ 100.000,00 convencionou com outrem transferi-lo a terceiro, mediante pagamento que este fará de R\$ 10.000,00, ninguém poderá negar a existência da vantagem legal, e, portanto, da estipulação em favor de terceiro, embora não seja esta gratuita<sup>11</sup>.

*Preceitos legais sobre a estipulação* — O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação (Cód. Civil de 2002, art. 436). Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438 do Código Civil de 2002 (art. 436, parágrafo único).

Vê-se, portanto, que a exigibilidade pertence tanto ao estipulante como ao beneficiário; na estipulação em favor de terceiro a ação para reclamar o cumprimento da obrigação transfere-se ao beneficiário, sem aliás perdê-la o próprio estipulante<sup>12</sup>.

Conseqüentemente, não é só o estipulante que tem ação para compelir o devedor ao cumprimento da prestação<sup>13</sup>; também pode intentá-la o beneficiário, para constranger o promitente a satisfazer a obrigação<sup>14</sup>.

Esclarece ainda o art. 437 que, “se ao terceiro, em favor de quem se fez o contrato, se deixar o direito de reclamar-lhe a execução, não poderá o estipulante exonerar o devedor”. Por outras palavras, a estipulação será irrevogável se se deixar ao terceiro a faculdade de

reclamar a execução; se não se lhe outorgar tal direito, a estipulação poderá ser revogada<sup>15</sup>. Se vários os estipulantes, a oposição de um deles não impede a revogação<sup>16</sup>.

O estipulante pode reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independentemente da sua anuência e da do outro contraente (art. 438 do Cód. Civil de 2002).

Aquela substituição pode ser feita por ato entre vivos ou por disposição de última vontade (art. 438, parágrafo único, do Cód. Civil de 2002).

A estipulação em favor de terceiro conta com variadas aplicações, como na constituição de renda, quando há um terceiro beneficiado (arts. 803 e 804 do Cód. Civil de 2002), no seguro de vida (art. 760, parágrafo único), nas fundações (art. 62), nas doações modais (art. 553) e nos contratos com a administração pública em que se incluam cláusulas em favor de certas pessoas ou de habitantes de determinado lugar, ou dos empregados das empresas concessionárias.

Já se decidiu, todavia, que não há estipulação em favor de terceiro na venda de estabelecimento comercial em que o adquirente assume a responsabilidade pelas dívidas do vendedor<sup>17</sup>.

Acentue-se, por fim, que, se freqüentes as estipulações em favor de terceiros, muito raros são os contratos em prejuízo desses terceiros.

*Promessa de fato de terceiro* — Prescreve o art. 439 do Código Civil de 2002: “Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar”. Trata-se de obrigação de fazer, que, não cumprida, se resolve em perdas e danos, consoante a regra geral.

Por exemplo, se alguém prometer levar um artista famoso a determinado evento, sem ter obtido, previamente, sua anuência, responderá por perdas e danos perante os promotores do espetáculo se não ocorrer a prometida apresentação na ocasião anunciada. Na hipótese, o agente não agiu como mandatário do artista, que não anuiu de nenhuma forma.

Prossegue o parágrafo único do citado art. 439 do Código Civil de 2002: “Tal responsabilidade não existirá se o terceiro for o côn-

10. *Revista dos Tribunais*, 126/536.

11. *Revista dos Tribunais*, 143/633.

12. *Revista dos Tribunais*, 209/171; em recurso extraordinário, *Arquivo Judiciário*, 110/286.

“Ação Declaratória de Nulidade de Cláusula Contratual — Plano de saúde — Contrato subscrito pela empresa em benefício de seus funcionários — Estipulação em favor de terceiro configurada — Legitimidade do beneficiário para discutir a validade de cláusulas contratuais ajustadas em seu favor — Contrato de adesão em que não se deu ciência dos termos contratados ao beneficiário — Abusividade configurada” (*Lex — JTJ*, 213/41).

13. *Revista Forense*, 110/134.

14. *Revista dos Tribunais*, 159/202.

15. *Revista dos Tribunais*, 111/631.

16. *Diário da Justiça do Estado*, proc. n. 23.211.

17. *Revista dos Tribunais*, 99/206-107/248.

juge 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”.

A regra constante do parágrafo único do art. 439 da lei civil de 2002 impede que o cônjuge, por ter usado do seu direito de veto, venha a sofrer as conseqüências da ação de indenização que mais tarde se mova contra o cônjuge promitente. O pressuposto é que, pelo regime do casamento, a ação indenizatória venha, de algum modo, a prejudicar o cônjuge que nada prometerá.

Finalmente, o art. 440 do Código Civil de 2002 estabelece que “nenhuma obrigação haverá para quem se comprometer por outrem, se este, depois de se ter obrigado, faltar à prestação”.

Segundo JONES FIGUEIRÊDO ALVES: “o dispositivo excepciona o artigo 439, quando o terceiro se integra ao contrato, dando a sua anuência e assumindo, por conseguinte, a obrigação relativa ao ato que lhe foi atribuído pelo promitente. A obrigação resulta do seu consentimento expresso quanto à promessa do ato, não ficando mais estranho à relação jurídica contratual. A anuência implica a extinção do vínculo obrigacional em relação ao promitente, devedor primário, tornando-se o terceiro devedor da prestação assegurada por aquele. Ocorre a exceção quando a obrigação é assumida solidariamente. A inserção da norma é oportuna, acompanhando o entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema”<sup>18</sup>.

## DOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS

DEFINIÇÃO. SEU FUNDAMENTO JURÍDICO. ELEMENTOS CARACTERIZADORES. AÇÕES EDILÍCIAS E PRAZOS PRESCRITIVOS. OUTRAS DISPOSIÇÕES. O CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR.

*Definição* — Preceitua o art. 441 do Código Civil de 2002 que “a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”.

Surge assim a teoria dos vícios redibitórios, que podem ser definidos como defeitos ocultos da coisa que a tornam imprópria ao fim a que se destina, ou lhe diminuem o valor, de tal forma que o contrato não se teria realizado se esses defeitos fossem conhecidos.

Tais defeitos chamam-se *vícios redibitórios* porque, quando conhecidos, quando descobertos, produzem a redibição da coisa, isto é, tornam sem efeito o contrato, acarretam-lhe a resolução, com restituição da coisa defeituosa ao seu antigo dono.

Como observa SERPA LOPES<sup>1</sup>, a expressão é incompleta, porquanto dos vícios redibitórios não resulta sempre a redibição, já que ao contratante prejudicado é lícito optar pelo abatimento do preço, ficando com a coisa, em conformidade com o disposto no art. 442 do Código Civil de 2002.

*Seu fundamento jurídico* — Qual o fundamento jurídico dessa espécie de garantia, por que motivo responde o contratante pelos vícios redibitórios? Diversas as teorias que se propuseram a resolver tal questão<sup>2</sup>.

18. *Novo Código Civil Comentado*, Saraiva, 2002, p. 391.

1. *Curso de Direito Civil*, 3ª v., parte primeira, p. 150.

2. FUBINI, *La Teoria dei Vizi Redibitorii*, p. 110 e s.