

Resolvendo-se o contrato por mútuo consenso, ou impossibilitando-se a prestação sem culpa de qualquer das partes, dar-se-á a devolução das arras simples, e não em dobro, porque teriam perdido a sua finalidade.¹⁹

O nosso Código Civil, art. 1.095, admite que tenham as arras esta função penitencial, a que se devem atribuir estes efeitos que a tal caráter se atribuem. Mas é bem de ver que a regra, para nós, é a confirmatória, o que os modernos doutrinadores afirmam ser a sua função natural,²⁰ resultante da aplicação pura da regra, independentemente de eleição das partes. Para que se lhe atribua o efeito penitencial — *arrha quae ad ius poenitendi pertinet* — é necessária a estipulação expressa.²¹

Não obstante isto, processa-se nos costumes e na vida dos negócios uma transformação de conceitos, segundo a qual a natureza penitencial vai assumindo foros de predominância em tão alto grau que aos poucos o sentido confirmatório do sinal vai passando a segundo plano.

O Projeto de Código Civil de 1975 admite que a parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como mínimo de indenização.

Capítulo XLI

RELATIVIDADE DOS CONTRATOS

- SUMÁRIO: 204. Contratos em favor de terceiros. Generalidades.
205. Efeitos.
206. Prestação de fato de terceiro.

BIBLIOGRAFIA: SERPA LOPES, *Curso*, vol. III, n.º 105; DEMOGUE, *Obligations*, vol. VII, ns. 759 e segs.; GIORGI, *Obbligazioni*, vol. III, ns. 412 e segs.; BARASSI, *La Teoria Generale delle Obligazioni*, vol. II, págs. 450 e segs.; ORLANDO GOMES, *Contratos*, n.º 129; DE PAGE, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. II, parte I, ns. 552 e segs.; GAUDEMET, *Théorie Générale des Obligations*, págs. 235 e segs.; FRANCESCO MESSINEO, *Dottrina Generale del Contratto*, págs. 404 e segs.; COLIN et CAPITANT, *Cours de Droit Français*, volume II, ns. 121 e segs.; MAZEAUD et MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, vol. II, ns. 766 e segs.; TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, n.º 286; RENATO SCOGNAMIGLIO, *Contratti in Generale*, n.º 58; PACCHIONI, *I Contratti a Favore di Terzi, passim*; LÚCIO FONTE DE RESENDA, *Promessa de Fato de Terceiro*; ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado, Derecho de Obligaciones*, §§ 34 e 35.

204. Contratos em favor de terceiros. Generalidades

Dá-se o contrato em favor de terceiro quando uma pessoa (o estipulante) convencionar com outra (o promitente) uma obrigação, em que a prestação será cumprida em favor de outra pessoa (o beneficiário).

Muito se tem debatido em doutrina a propósito da caracterização jurídica deste ato negocial, que por seu aspecto exterior, por sua estrutura e por seus efeitos se diversifica dos negócios jurídicos ordinários, pelo fato de ostentar algo diferente, com o comparecimento das declarações de vontade de duas pessoas na celebração de um ajuste, o qual beneficiará um estranho à relação jurídica. A extraneidade cresce, atentando-se em que este terceiro, embora não participante da formação do ato, adquira as qualidades de sujeito da relação obrigacional.

¹⁹ GIORGI, ob. cit., n.º 469; SALEILLES, ob. cit., n.º 249.

²⁰ TRABUCCHI, ob. cit., pág. 596.

²¹ CLÓVIS BEVILÁQUA, comentário ao art. 1.096 do Cód. go Civil; RUGGIERO e MAROL, *Istituzioni*, pág. 76.

Eis por que os autores não se harmonizam na sua conceituação, havendo nada menos de cinco explicações teóricas ou cinco posições doutrinárias diferentes na sua caracterização: ¹

A — Uns pretendem que a estipulação em favor de terceiro não passa de uma *oferta* à espera de aceitação, resultando o contrato formado quando o beneficiário manifesta a vontade de receber a prestação a que o promitente está obrigado. Não satisfaz a teoria, se se observa que o promitente não é mero polícitante, mas verdadeiramente obrigado ou vinculado.

B — Outros enxergam na estipulação em favor de terceiro uma *gestão de negócios*, empreendida pelo estipulante, como representante oficioso do terceiro, entabulando negócio que permanece na expectativa de aprovação deste, na qualidade de *dominus*. Também esta explicação não pode satisfazer, pelo fato de agirem em seu próprio nome o estipulante e o promitente, e não *nomine alieno*, o que desfigura inteiramente a hipótese de *negotiorum gestio*.

C — Uma terceira corrente vai buscar na expressão vinculativa da *declaração unilateral de vontade* a sua estruturação. Mas não logra convencer, já que a estipulação em favor de terceiro requer o concurso de duas vontades para ter nascimento, e é portanto um ato tipicamente convencional.

D — Em quarto lugar aparece uma justificativa já mais próxima da realidade, defendida como exceção à regra *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*. Admitem que o terceiro, não participante de um negócio jurídico, receba a repercussão de seus efeitos. Falta-lhe, no entanto, a complementação, consistente na determinação precisa de sua natureza jurídica.

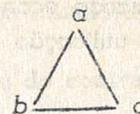
E — Finalmente vem a sua configuração como *contrato*. Não um contrato como todos os outros, porém *sui generis*, visto como nasce, firma-se, desenvolve-se e vive como os demais contratos, porém se executa de maneira peculiar, com a *solutio* em favor de um estranho à relação criada. Como nota CLÓVIS BEVILÁQUA, que é defensor de seu caráter contratual, existe uma despersonalização do vínculo, ao contrário da generalidade dos contratos, criando o que ele denomina "relação contratual dupla".² Buscando materialização gráfica para este ato, figuramo-lo como um triângulo, cujo vértice *a* é ocupado pelo estipulante,

¹ Cf. COLIN et CAPITANT, *Droit Civil*, vol. II, n° 132; SERPA LOPES, *Curso*, vol. III, n° 67; DE PAGE, *Traité Élémentaire*, vol. II, parte I, n° 664; DEMOGUE, *Obligations*, vol. VII, ns. 815 e segs.

² CLÓVIS BEVILÁQUA, comentário ao art. 1.098 do Código Civil.

e os ângulos *b* e *c* da base respectivamente pelo promitente e pelo

beneficiário:



A estipulação em favor de terceiro é, com efeito, um contrato, e por isto ganha terreno a preferência pela sua nomeação como contrato em favor de terceiro. Origina-se da declaração acorde do estipulante e do promitente, com a finalidade de instituir um *iuris vinculum*, mas com a peculiaridade de estabelecer obrigação de o devedor prestar em benefício de uma terceira pessoa, a qual, não obstante ser estranha ao contrato, se torna credora do promitente. No momento da formação, o curso das manifestações de vontade estabelece-se entre o estipulante e o promitente (lado *a-b* do triângulo). O consentimento do beneficiário não é necessário à constituição do contrato, e por conseguinte à criação de vantagens em seu proveito.³ E nem se argumente contra esta consequência, porque também o herdeiro adquire a herança no momento da abertura da sucessão, independentemente de sua aceitação e até de sua ciência.⁴ Não se pode, entretanto, negar ao terceiro a faculdade de recusar a estipulação em seu favor, expressa ou tacitamente.⁵ No momento de sua execução, flui pela base ou pela linha *b-c* do triângulo, isto é, entre promitente e beneficiário. E, para fechá-lo, lado *a-c*, há faculdades reconhecidas ao estipulante quanto à revogação da estipulação, substituição do beneficiário, e mesmo revogação do benefício em caso de descumprimento de encargo eventualmente imposto ao terceiro, como tudo veremos ao tratar dos seus efeitos em o n.º 205, *infra*.

A conceituação contratualista da estipulação, que é a sua verdadeira caracterização jurídica, não pode sofrer entre nós a menor dúvida, uma vez que é doutrina legal, perfilhada e consagrada no Código Civil. Por outro lado, não vigora em nosso direito a concepção da estipulação como negócio jurídico acessório. Mesmo onde assim se entendia, como se dava no direito francês, a elaboração jurisprudencial e o trabalho hermenêutico rejeitaram este caráter, tratando-a como principal.⁶ A doutrina moderna está assente em que o fato só da estipulação, independentemente da intervenção ou anuência do terceiro, é que dá origem aos direitos a este destinados.⁷

³ DE PAGE, ob. cit., n° 663.

⁴ COLIN et CAPITANT, ob. cit., n° 130.

⁵ DEMOGUE, ob. cit., n° 829.

⁶ MAZEAUD et MAZEAUD, *Leçons*, n° 782.

⁷ DE PAGE, ob. cit., n° 677.

Se não há harmonia entre os doutores na sua caracterização jurídica, aprovação da doutrina não lhe falta à caracterização econômica, apontando TITO FULGÊNCIO várias hipóteses de sua utilização no comércio jurídico:

1 — *Constituição de renda* em que o promitente recebe do estipulante um capital, e obriga-se a pagar ao beneficiário uma renda por tempo certo ou pela vida toda.

2 — *Seguro*, em várias de suas modalidades (de vida, contra acidentes pessoais, contra acidentes do trabalho, dotal), em que o segurado (estipulante) contrata com o segurador (promitente) pagar ao beneficiário (terceiro) o valor ajustado, em caso de sinistro.

3 — *Doações modais*, quando o donatário se obriga para com o doador a executar o encargo a benefício de pessoa determinada ou indeterminada.

4 — *Contratos com o Poder Público*, concessão de *serviço público* etc. em que o contratante (promitente) convencionou com a Administração (estipulante) a prestação de serviços aos usuários (terceiros indeterminados).

Para a formação da estipulação em favor de terceiro exigem-se os requisitos necessários à validade dos contratos em geral — subjetivos, objetivos e formais, convindo tão-somente fazer algumas alusões a peculiaridades deste contrato. Começando pelo último observamos que se trata de contrato consensual, sendo livre a sua *forma*; ⁸ é muito freqüente neste campo o contrato-tipo, como o por adesão. A liceidade e a possibilidade do objeto merecem encarecidas, pois que não muda os termos da equação jurídica o fato de ser o credor um elemento estranho à criação do vínculo. No tocante ao requisito subjetivo, é claro que o estipulante e o promitente não de ter aptidão para contratar. Não se requer, porém, a capacidade do terceiro, já que ele não intervém na celebração do contrato. ⁹ Outro aspecto a considerar reside na indagação formulada pela doutrina (COLIN et CAPITANT, MAZEAUD et MAZEAUD, DE PAGE) se é válida a estipulação em favor de pessoa indeterminada e futura. Pelo nosso direito não padece dúvida. Somente a indeterminação absoluta do credor invalida o contrato. Se o terceiro é momentaneamente indeterminado, mas suscetível de identificação (determinável), o ato é válido. O mesmo dir-se-á da futuridade, desde que ligada a fatores positivos de caracteriza-

ção, como a referência aos herdeiros do estipulante ou de pessoa conhecida, ou alusão à prole de certo casal etc.

205. Efeitos do contrato em favor de terceiros

O Direito Romano, que levava ao extremo a personalização do vínculo obrigacional, repelia a princípio totalmente a hipótese de uma relação contratual estabelecer-se entre duas pessoas para ser cumprida em mãos de uma terceira. Mas a idéia não foi de todo repugnante àquele sistema, onde se construiu a figura da *donatio sub modo*, que implicava na execução do encargo a benefício de outrem, e ainda da *restituição do dote* a um terceiro que não o dotador. Estes casos tinham contudo caráter puramente excepcional. A regra era contida na *parêmia alteri stipulari nemo potest*, enumerada nas *Institutas* de JUSTINIANO, como no *Digesto*.¹⁰ Mais tarde, dentro mesmo do Direito Romano, chegou-se a admitir a justaposição de cláusula sub-rogatória na *stipulatio*, pela qual se chegava indiretamente à consecução de resultado benéfico a terceiro (*Spon-desne mihi aut Titio?*). Já no Baixo Império chegou-se a conceder a *actio* a terceiro, naquelas hipóteses de doação modal e restituição de dote, depois estendida à restituição da coisa dada em depósito ou comodato.¹¹

Mas o preconceito sobreviveu no ânimo dos juristas a tal ponto que quase chegou a nossos dias, como ainda se observa em POTHIER.¹² Coube ao direito moderno, especialmente em razão do desenvolvimento econômico, que multiplicou situações, em que a despersonalização do vínculo obrigacional ganha maior extensão, abrir campo a esta figura peculiar de negócio jurídico. Outras hipóteses já eram tradicionalmente consagradas, de repercussão do ato em quem dele não participa (pagamento ao credor putativo; oponibilidade de contrato constitutivo de direitos reais; condição resolutiva em direitos transferidos a terceiros etc.). Mas em todos esses casos, quem recebe a repercussão do fenômeno não é propriamente um terceiro, que, em sentido técnico preciso, é aquele que permanece substancialmente estranho ao contrato.¹³ Desenvolvendo-se a adoção do contrato a favor de terceiro, entrou em Códigos, às vezes, a contragosto, como foi o caso do francês ou do italiano de 1865; outras vezes mais desembaraçadamente, como é o do brasileiro ou italiano de 1942.

¹⁰ Cf. *Institutiones*, liv. III, tit. XX, § 19; *Digesto*, liv. 44, tit. VII, fr. 11.

¹¹ COLIN et CAPITANT, ob. cit., n° 125.

¹² Cf. POTHIER, *Œuvres*, vol. II, n° 87.

¹³ TRABUCCHI, *Istituzioni*, n° 286.

⁸ MAZEAUD et MAZEAUD, ob. cit., n° 776.

⁹ DE PAGE, ob. cit., n° 671.

Uma boa sistematização dos seus efeitos deverá distribuí-los em três grupos, em função das três ordens de relações jurídicas criadas: entre estipulante e promitente, entre promitente e beneficiário, e entre estipulante e beneficiário.

A — *Relações entre o estipulante e o promitente.* Na formação do contrato, o estipulante e o promitente agem como quaisquer contratantes. E se o promitente fica obrigado a prestar a um terceiro, nem por isto se desobriga em relação ao estipulante. Ao contrário, enquanto não realiza a *solutio*, permanece vinculado a este, que conserva o direito de exigir o cumprimento do contrato (Código Civil, art. 1.098). Isto não significa que ele seja obrigado a agir neste sentido,¹⁴ senão que tem esta faculdade. Pode ainda reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independentemente de consentimento do promitente, que deverá cumprir a determinação recebida. Basta, para isto, a declaração unilateral de vontade do estipulante, por ato *inter vivos* ou *causa mortis* (Código Civil, art. 1.100). Neste contrato a prestação é devida a um terceiro, e para o promitente trata-se de negócio normalmente não celebrado *intuitu personae creditoris*. A substituição faz-se livremente, e a prática dos negócios mostra com que frequência ocorre: nos seguros de vida, mediante simples endosso da apólice ou por testamento; nos seguros contra acidentes no trabalho a substituição é a regra, por serem beneficiários os empregados da empresa, cuja relação nominal é periodicamente enviada ao segurador, com substituição, dos que se retiram, pelos novos admitidos. Outra faculdade reconhecida ao estipulante é a sua revogação, caso em que o promitente se exonera em relação ao terceiro, passando em consequência a ser devida a prestação ao estipulante, salvo se o contrário resultar da vontade das partes, ou da natureza do contrato, ou do pouco comum caráter personalíssimo do terceiro.¹⁵ A faculdade de revogar a estipulação, como a de substituir o beneficiário, cessa, como se verá logo abaixo. Cessa, ainda, se houver renúncia a ela, uma vez que não constitui matéria de ordem pública.¹⁶

B — *Relações entre promitente e terceiro.* Não aparecem na fase de celebração do contrato. Na de execução, o terceiro assume as vezes do credor, e, por isto, tem a faculdade de exigir a *solutio*. Dúvida não se suscita, em nosso direito, em que o terceiro é titular de ação direta para este efeito. Muito embora não seja parte na sua formação, pode intervir nele com a sua anuência, e, então, é sujeito às condições normais do

¹⁴ DEMOGUE, *Obligations*, VII, n° 782.

¹⁵ BARASSI, *Obbligazioni*, vol. II, n° 146.

¹⁶ DEMOGUE, *Obligations*, vol. VII, n° 794.

contrato (Código Civil, art. 1.098), enquanto o estipulante o mantiver sem inovações. Os encargos e deveres que lhe resultem têm de ser atendidos, ainda que não haja ele anuído na fase de formação, pela razão simples de que se apresenta como credor condicional, que tem o poder de exigir e a faculdade de receber *sub conditione*, de realizar determinado fato para com outrem (*modus*).

C — *Relações entre estipulante e terceiro.* Formado o contrato entre estipulante e promitente para beneficiar o terceiro, fica o primeiro com o poder de substituí-lo, como visto acima. Cabe-lhe, também, a faculdade de exonerar o promitente, salvo se o terceiro ficar com o poder de exigir a prestação (Código Civil, art. 1.099), valendo a aceitação do terceiro para consolidar o direito, tornando-o irrevogável e definitivo.¹⁷ Quando a estipulação for acompanhada de encargo imposto ao terceiro, tem o estipulante a faculdade de exigir que o cumpra. E, em certos casos, como na *donatio sub modo*, conserva o poder personalíssimo, intransferível, de revogá-la por inexecução do encargo (Código Civil, art. 1.181, parágrafo único). O fundamento da revogabilidade, como da exigibilidade de cumprimento, é o mesmo: a aceitação do benefício pelo terceiro, desnecessária à formação do contrato, porém necessária à incorporação do bem ou vantagem ao seu patrimônio, dá-se condicionada, ou vinculada à imposição do encargo.

206. Prestação de fato de terceiro

Outro aspecto dos efeitos dos contratos em relação a terceiros está naquele caso da pessoa que se compromete com outra a obter uma prestação de fato de um terceiro. É o chamado *contrato por outrem*.

Também aqui há uma relação jurídica entre duas pessoas capazes e aptas a criar direitos e obrigações, as quais ajustam um negócio jurídico tendo por objeto a prestação de um fato a ser cumprido por outra pessoa, não participante dele. A doutrina¹⁸ igualmente controverte na sua caracterização jurídica:

a) *Gestão de negócios:* com a qual guarda sem dúvida remota semelhança, mas de que vivamente difere, pelo fato de o promitente não se pôr na defesa dos interesses do terceiro, oficiosamente; ao contrário, o objetivo a que visa é tornar o terceiro devedor de uma prestação, no interesse do estipulante.

¹⁷ DE PAGE, *Traité Élémentaire*, vol. II, parte I, n° 680.

¹⁸ Cf. SERPA LOPES, *Curso*, vol. III, n° 75.

b) *Mandato*: desassiste razão aos que aproximam ao mandato esta figura contratual, por faltar a representação, que em nosso direito lhe é essencial (v. n.º 271, *infra*).

c) *Fiança*: a aproximação com esta é também resultante de um desvio de perspectiva. A garantia fidejussória é contrato acessório, ao passo que o contrato por terceiro é principal.

Tal qual ocorre na estipulação em favor de terceiro, aqui também há duas fases a considerar:

I — Uma primeira, da formação, em que comparecem dois contratantes, e concluem um negócio jurídico no qual somente eles são partes e são interessados.

II — Uma segunda fase, da execução, em que surge uma terceira pessoa, e, dando a sua anuência, obriga-se a uma prestação, para com o credor, segundo o que fora estipulado com o devedor na primeira fase. Este ato negocial compreende, assim, dois devedores. O credor é sempre o mesmo, com direito oponível a seu contratante até a anuência do terceiro, e contra este a partir de então. Os dois devedores são, portanto, sucessivos, e não simultâneos. Primeiramente, o credor o é daquele que se obrigou a obter a prestação do terceiro; uma vez dê este a sua anuência, o credor passa a ter direito de obter a *solutio* contra ele. A sucessividade da relação debitória está em que o terceiro a nada é obrigado enquanto não der o seu acordo, assumindo, destarte, a obrigação de prestar.

A característica essencial desta espécie negocial está assentada precisamente em que não nasce nenhuma obrigação para o terceiro enquanto ele não der o seu consentimento. Pode-se prometer a prestação de fato do terceiro, mas obviamente não se pode compeli-lo a executar a prestação prometida.¹⁹ Durante a primeira fase, existe uma obrigação para quem contratou com o credor, assegurando a este que o terceiro faria a prestação. A denominação do negócio no direito francês dá bem a idéia de sua posição: *convention de porte-fort*, originária da fórmula adotada na celebração do ajuste, quando o devedor primário "*se porte-fort pour un tiers*" (Código Civil francês, art. 1.120), ou no exemplo da doutrina: "*je me porte-fort que Pierre vous paiera cent*", equivalente a "prometo que Pedro lhe pagará a soma indicada".²⁰

A análise da convenção e a sua decomposição nas duas fases esclarecem bem a sua estrutura, quanto aos seus efeitos.

No primeiro momento (*formação*), o devedor primário ajusta a constituição de uma obrigação convencional com o credor, de quem se torna devedor. O objeto da sua obrigação é conseguir que o terceiro se obrigue à prestação, isto é, que o terceiro consinta em tornar-se devedor de certa prestação.²¹ Ele não deve a prestação final, porque esta ficará a cargo do terceiro, mas é devedor de uma prestação própria, a qual consiste em obter o consentimento do terceiro. Não se desobrigaria, porém, mostrando que envidou esforços no sentido de obter a anuência, porque a sua obrigação, na terminologia que registramos em o n.º 32, *supra* (volume II), é da categoria das de resultado, e não de meios; é devedor de uma obrigação de fazer, consistente em conseguir o compromisso do terceiro.²² Se o terceiro consente, obriga-se, e com isto executa-se a obrigação do devedor primário.

Mas, se não o fizer, o devedor primário (devedor da convenção de *porte-fort*) é inadimplente. E, como se não trata de prestação fungível, porque adstrita à obtenção de compromisso de um terceiro, sua inexecução sujeita-o a perdas e danos (Código Civil, art. 929). A fixação do objeto da obrigação, como bem acentua SERPA LOPES, é essencial para que se dê substância à obrigação, e para que se caracterizem os seus efeitos. O objeto da obrigação do devedor primário não é limitado a um esforço no sentido de obter o consentimento do terceiro. É mais do que isto. Consiste em atingir um resultado: obter aquele compromisso. Assegurando que o terceiro se obrigaria a determinada prestação, haverá inadimplemento se o terceiro negar o seu consentimento. E, então, as perdas e danos são devidas. Uma vez que o terceiro anua e se obriga, o devedor primário exonera-se. Ele não é um fiador do terceiro; não é co-responsável pelo cumprimento específico da obrigação que o terceiro vem a assumir. O conteúdo da obrigação, como observa MESSINEO, não é diretamente o fato do terceiro.²³ É o compromisso do terceiro. A sua obrigação extingue-se quando o terceiro assume o compromisso de prestar. E, se não o faz, o credor tem ação contra este que se obrigou ao débito específico, e não contra aquele que se comprometeu a conseguir o compromisso. Os objetos das obrigações se não confundem. Por não atentar nisto, muitos escritores se desviam do bom curso, e nem CLÓVIS BEVILÁQUA escapou,²⁴ sustentando tese desafinada da natureza do instituto, provavelmente mal inspirado na defeituosa redação do dispositivo

²¹ SERPA LOPES, loc. cit.

²² DEMOGUE, *Obligations*, n.º 733; DE PAGE, *Traité*, vol. II, parte I, n.º 895.

²³ MESSINEO, *Dottrina Generale del Contratto*, pág. 414.

²⁴ CLÓVIS BEVILÁQUA, comentário ao art. 929 do Código Civil.

¹⁹ TRABUCCHI, *Istituzioni*, n.º 286.

²⁰ COLIN et CAPITANT, *Droit Civil*, vol. II, n.º 139.

por ele comentado. É preciso deixar bem certo que o promitente não é fiador do terceiro, embora nada impeça que se comprometa na dupla qualidade de porte-fort e de fiador. Quer dizer: que se obrigue pelo fato do terceiro e ao mesmo tempo assuma o encargo de substituí-lo como seu garante, no caso de faltar ele à execução do que venha a ser o objeto específico do próprio fato.²⁵

O promitente não se exonera, com fundamento nos motivos da recusa do terceiro. Este pode ter razões poderosas para isto, e mesmo assim o devedor primário está sujeito a ressarcir perdas e danos. Seu compromisso era obter o consentimento do terceiro, e não apenas conseguir os motivos da recusa do terceiro.

Exime-se, entretanto, de compor o *id quod interest*, quando a prestação do terceiro não pode ser feita por impossibilidade ou por iliceidade. No primeiro caso, a obrigação não tem objeto (obriga-se o devedor a que o terceiro lhe alugue um cavalo, e este morre); no segundo, não pode o credor fazer de um objeto ilícito fonte de obrigação jurídica (obriga-se a obter que a autoridade policial conceda licença para que o credor instale uma casa de tabolagem).

Não se exonera o promitente em razão da incapacidade do terceiro, pois nada impede que se obrigue pela prestação de fato de um menor ou de um interdito, e até de pessoa futura, como é o caso, aliás frequente, de quem assume o compromisso de obter o acordo de uma sociedade em vias de constituição.²⁶ Em todas essas hipóteses o devedor primário responde pelas perdas e danos se o acordo não é obtido, como no caso de recusá-lo o menor ao atingir a maioridade, ou da autoridade judiciária negar autorização para o ato, ou de se não constituir a sociedade, ou de seus órgãos deliberativos decidirem em contrário.

²⁵ DE PAGE, ob. cit., n.º 734.

²⁶ DEMOGUE, *Obligations*, vol. VII, n.º 896.

Capítulo XLII

VÍCIOS REDIBITÓRIOS

SUMÁRIO: 207. Conceito.
208. Efeitos.

BIBLIOGRAFIA: CLÓVIS BEVILÁQUA, *Comentários ao Código Civil*, vol. IV, aos arts. 1.101-1.106; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e Prática das Obrigações*, edição atualizada por JOSÉ DE AGUIAR DIAS, vol. II, ns. 692 e segs.; SERPA LOPES, *Curso*, vol. III, ns. 96 e segs.; COLIN et CAPITANT, *Droit Civil*, vol. II, ns. 576 e segs.; DE PAGE, *Traité Élémentaire*, vol. IV, parte I, ns. 176 e segs.; FUBINI, "Nature Juridique de la Responsabilité du Vendeur pour les Vices Cachés", in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1903, págs. 179 e segs.; CUNHA GONÇALVES, *Da Compra e Venda no Direito Comercial Brasileiro*, números 128 e segs.; MAZEAUD et MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, vol. III, ns. 977 e segs.; TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, n.º 322; RUGGIERO e MARÓI, *Istituzioni di Diritto Privato*, § 141; PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. II, ns. 2.477 e segs.

207. Conceito de vício redibitório

Vício redibitório é o defeito oculto de que portadora a coisa objeto de contrato comutativo, que a torna imprópria ao uso a que se destina, ou lhe prejudica sensivelmente o valor. É assim que, *mutatis mutandis*, todos os escritores o definem, e que o Código Civil entende no art. 1.101.

Não se aproxima ontologicamente o conceito de vício redibitório da idéia de responsabilidade civil. Não se deixa perturbar a sua noção com a indagação da conduta do contratante, ou apuração da sua culpa, que influirá contudo na graduação dos respectivos efeitos, sem aparecer como elemento de sua caracterização. O erro tem sido apontado como seu fundamento, com o argumento de que o agente não faria o contrato se conhecesse a verdadeira situação (CARVALHO DE MENDONÇA); na teoria dos riscos vai justificá-lo BRINZ; na responsabilidade do vendedor pela impossibilidade parcial da prestação assenta-o REGELSBERGER; vai WINDS-