

CONTRATO A FAVOR DE TERCEIRO

DR. GONDIM FILHO

1.º — Contrato a favor de terceiro, no sentido técnico que lhe dá a doutrina moderna, é aquele em que se estipula uma prestação para quem não foi parte no mesmo contrato, nem pessoalmente, nem por intermédio de representante, mas que apesar disso, adquire o direito de exigir o cumprimento de tal prestação, como ocorre no seguro de vida, que todos conhecemos.

Ordinariamente chama-se promitente ao contratante que se obriga á prestação, estipulante ao outro contratante que recebe a promessa e beneficiário ao terceiro a quem se destina a referida prestação.

Ao contrato em favor de terceiro opõem alguns escritores o contrato com encargo de terceiro, isto é, em que o contratante promete o ato de outra pessoa, hipótese de que cogita o art. 929 do código civil: "Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar".

Mas é bem de vêr que opposição verdadeira só haveria no contrato com encargo de terceiro se ele tivesse obrigação de cumprir a prestação, pois que no contrato a favor de terceiro este, o beneficiário, tem direito a exigi-la.

2.º — No direito romano, onde imperava o indisciplinado egoismo de que fala Ihering, e que Unger mais de uma vez recorda em seu pequeno livro, Os contratos a favor de terceiros, não se permitia a ninguem estipular uma obrigação em benefício de outrem.

Alteri stipulari nemo potest é a regra da L. 38, § 17, D. 45, 1, consoante a outros textos indicados por Vangerow no vol. 3.º, § 608, do Tratado das Pandectas.

A convenção que em tal sentido se fizesse seria ineficaz quanto ao contratante porque não estipulára para si, e em referência ao terceiro porque não poderia, em face da disposição proibitiva, adquirir o direito, como ainda o decidiu Justiniano na L. 26, C. 5, 12.

Eram porém admitidas várias excepções que Windscheid enumera no Direito das Pandectas, vol. 2.º, § 316.

Passo em silencio sobre elas para não ampliar inutilmente meu despretencioso escrito.

No século dezeseis o grande *Donellus* aprovava a regra do direito romano, afirmando, nos *Commentari de jure civili*, vol. 7.º pag. 154, da ed. Bucher, que *nulla justa causa est, cur concedatur cuicumque alium obligare, quo det alteri, ubi alium onerat sine ullo commodo suo*.

Mas Pothier, que é do século dezoito, sustentava no Tratado das obrigações, n.º 55, que a estipulação em favor de terceiro obriga o promitente, se não civilmente, em vista do direito positivo pelo menos no foro da consciência, criando uma obrigação natural, ainda que o estipulante não tenha interesse econômico, porque *hominis enim interest alterum hominem beneficio affici*.

Adota a doutrina de *Grotius*, a quem apenas cita, mas conheço a respectiva passagem do celebrado livro, *De jure belli ac pacis*, do jurisconsulto holandês, pela transcrição de Buchka, na Teoria da representação, paga. 163 e 164, e de Gareis, em Os contratos a favor de terceiro, pag. 70.

3.º — As obras de Pothier, como ninguem ignora, foram a fonte principal do Código de Napoleão que, não raro, lhe repete as palavras.

Daí o dizer Laurent, nos Princípios de direito civil, vol. 15, n.º 420, que Pothier e Domat são os verdadeiros autores do título das Obrigações. E' pois de admirar que o código, neste assunto, não se inspirasse nas idéias altruistas de Pothier, aferrando-se antes ao direito romano, quando dispõe

no art. 1.119: "On ne peut, en general, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-meme". Não aproveitaram também os autores oficiais do código o exemplo de Landrecht prussiano, que permitia o contrato a favor de terceiro, embora tornasse os efeitos dependentes da ulterior aprovação do beneficiário, como o expõe Foerster no Direito privado, vol. 1.º, § 75, da 6.ª ed. de Eccius. É mais admirável é que se conserve o referido art. 1.119 em sua forma original.

Comentando-o, no vol. 1.º, pag. 101, da Teoria e prática das obrigações, explica Larombière que o terceiro não tem ação porque não foi parte na convenção, e tão pouco o estipulante porque não tem interesse.

São os mesmos fundamentos de Justiniano na L. 26, C. 5, 12, a que me referi.

Para evitar esta consequencia sugere Demolombe, no vol. 24, n.º 240, do Curso de Código Napoleão, "daccord avec la raison e le bon sens", que, quando alguém estipula em seu próprio nome em favor de terceiro, deve presumir-se que agiu como gestor de negócios, admitindo-se assim a validade da convenção. A' objeção que as regras do art. 1.119 se tornariam letras mortas, responde: "Il se pourrait; mais il ne faut ni s'étonner, ni se plaindre du sort qui leur advient dans les mœurs de nos sociétés modernes.

Ce sont là, de notre temps, des règles abstraites, qui ne pouvant guère s'expliquer que par l'histoire d'ou elles procedent, et qui sont bien déchues aujourd'hui de l'importance, un peu scolastique peut-être, qu'elles ont pu avoir autrefois".

A interpretação de Demolombe é arbitrária e confunde o que um jurista como ele não devera confundir; a gestão de negócios e o contrato em favor de terceiro.

Na gestão de negócios, semelhante ao mandato, motivo pelo qual se considera quasi-contrato, há representação, e esta é incompativel com o contrato a favor de terceiro.

Terceiro é o que não foi parte no ato, quer diretamente por si, quer indiretamente por intermédio de representante. Conquanto esta verdade possa dizer-se axiomática na ciência

jurídica eminentes escritores têm concebido, como ele, a gestão de negócios nos contratos a favor de terceiro.

Vangerow chega mesmo a afirmar no cit. vol. 3.º pag. 296, que para explicar os contratos a favor de terceiro só há dois caminhos a seguir: ou admitir a teoria da gestão, ou que o estipulante, adquire o direito e o cede ao terceiro — o que também não é aceitavel porque exporia o terceiro a ações dos credores do estipulante, burlando-se assim a precípua vantagem a que visam semelhantes contratos que é conferir ao terceiro direito independente, originário.

Esta outra teoria, chamada da cessão porque imagina uma cessão real ou mesmo ficta do direito, está hoje completamente abandonada.

Contra ela militam ainda as razões que Hasenoechl invoca em seu direito austríaco das obrigações, vol. 1.º, pag. 455.

4.º — O imponderado acolhimento no Código Napoleão da regra individualista do direito romano, que vedava o contrato a favor de terceiro, veio trazer ingentes dificuldades aos tribunais francezes, a propósito das questões sobre seguro de vida, contrato hoje usual e universal, mas que quando foi elaborado o mesmo código Portalis nos seguintes termos condenava:

“L’homme est hors de prix: sa vie ne saurait être un objet de commerce; sa mort ne peut devenir la matière d’une speculation mercantile.

Ces espèces de pactes sur la vie ou sur la mort d’un homme sont odieux, et ils peuvent n’être pas sans danger.

Lá cupidité qui spéculé sur les jours d’un citoyen est souvent bien voisine du crime que peut les abrégé”.

Estas palavras, algumas vezes memoradas, são de uma exposição de motivos, reproduzidas no vol. 1.º pag. 589, da Coleção Favard de Langlade, edição Poncelet, de onde trasladei-as e estavam de acôrdo com as idéias do tempo, salvo na Inglaterra, onde desde 1706 existia a Amicable Society, instituto de seguro de vida que a rainha Anna autorizara. Nosso código do comércio, promulgado em 1850, ainda proi-

bia no art. 686 este contrato, já entretanto defendido por Ferreira Borges, no Dicionário jurídico-comercial, adotado no antigo código português, e elogiado pelo ilustre brasileiro José da Silva Lisboa, (Visconde de Cayrú), em seus valiosos Princípios de direito mercantil, modelo de clareza e de veracidade.

Mas, se o seguro de vida é contrato a favor de terceiro, como reconhecer a sua validade em face do art. 1.119 do Código Napoleão que não permite, em nome próprio, estipular para terceiro?

Eis o grave problema que a jurisprudência franceza tinha a enfrentar, e vejamos como ela o resolveu. Deitando á margem particularidades de importância secundária, quero dizer, a divergência e a variação, que precederam a sua fixação, a jurisprudência atual, apesar do mencionado art. 1.119, reconhece a validade do seguro de vida a favor de terceiro, fundando-se no art. 1.121, que admite o benefício quando "é a condição de uma estipulação que se faz a um outro".

Em seu novo Tratado de seguro sobre a vida, vol. 1.º, pag. 189, escreve Lefort:

Aujourd'hui, le débat n'existe plus: la doctrine e la jurisprudence s'accordent à considerer le contrat d'assurance sur la vie au profit d'un tiers bénéficiaire comme une des nombreuses applications de la stipulation pour autrui, régie par l'art. 1121 du Cod. civil".

Vejase ainda Dupuich, Tratado prático do seguro sobre a vida, números 13, 14 e 47.

O estipulante ou segurado dizem eles, tratando para o beneficiário, trata também para si mesmo, ao menos pelo interesse moral que tem no contrato, o que é bastante.

Resumo interessante, com apreciação das principais teorias que têm sido apresentadas para explicar a natureza das estipulações para outrem, dá-nos Planiol no 2.º vol. do Tratado elementar de direito civil.

Ele que se inclina para a da gestão de negócios, chega em o n.º 1.234, á conclusão que a regra — não se pode estipular para outrem — "não passa de uma fórmula morta e

vazia de sentido, e sua manutenção nas leis deve ser considerada um fenômeno de sobrevivência histórica”.

5.º — Contrato a favor de terceiro, em sentido técnico ou especial não é qualquer contrato em que se estipule prestação a terceiro.

Em outros termos: Todo contrato a favor de terceiro é de prestação a terceiro, mas todo contrato de prestação a terceiro não é contrato a favor de terceiro, no sentido especial que lhe reserva a doutrina.

Quem, por exemplo, estipula em interesse próprio o pagamento a seu credor, sem autorizá-lo a exigir tal pagamento da pessoa que, contratando com ele devedor ao pagamento se obrigou, não realiza um contrato a favor de terceiro porque o credor não adquiriu nenhum direito em consequência do contrato, cujos efeitos se limitam às pessoas que nele foram partes.

O devedor poderá exigir que o outro contratante cumpra a assumida obrigação de pagar ao credor, mas este, que não adquiriu direito algum com o contrato alheio, conservará apenas a ação que tinha e unicamente tem contra o devedor.

Em seu Direito privado, vol. 3.º, pag. 378, dá Gierke a estes contratos, de efeito limitado às partes, a denominação de contratos simples com prestação a terceiro, para distingui-los dos verdadeiros contratos a favor de terceiro.

Se porém na hipótese figurada se tivesse conferido ao credor direito a exigir do promitente a estipulada prestação, haveria na realidade contrato a favor de terceiro, mas o primeiro devedor continuaria com o novo sujeito ao pagamento, como o ensinam Unger, em seu cit. livro, pag. 88 Gareis, nos Contratos a favor de terceiros, pag. 290, e Kipp, em sua edição do referido Direito das Pandectas de Windscheid, vol. 2.º, § 338, nota 6, *in fine*.

Para que o primeiro devedor ficasse exonerado da responsabilidade, que o outro assumisse, seria indispensável o assentimento do credor, que assim não é terceiro.

6.º — Os autores alemães, como Arndts, nas Pandectas,

§ 254, e Windscheid, no mencionado § 338, cogitavam da substituição do devedor sem a imediata intervenção do credor, doutrina que passou, pela influência deste último jurista, ao art. 415 do código civil germânico, sob uma das formas da Schulduebernahme, que em tradução literal significa assunção de dívida. O devedor acorda com outra pessoa que esta o substitua, assumindo a responsabilidade da obrigação, e ficando ele exonerado da mesma.

Depois, qualquer dos contratantes fará a necessária comunicação ao credor que aprovará ou não a convenção.

Se a aprova ficará ela em inteiro vigor, mas, se ao contrário desaprova, o devedor não se livrará da obrigação, podendo entretanto ele e só ele exigir do outro contratante que pague a dívida, como na hipótese que figurei em o número precedente.

Diz-se que este contrato é a antítese da cessão de crédito: o credor transfere a terceiro seu crédito, e aqui, ao inverso, o devedor passa a outrem o seu débito.

Barde que com Saleilles e Planiol o intitula de cessão de dívida, expressão que me parece muito imprópria, dá-lhe grande importância e dele se ocupa especialmente no Tratado das obrigações, vol. 3.º n.º 1.766, em apêndice ao estudo da novação. Não vejo porém vantagem nem desvantagem nesta construção que, como informa Dernburg, no vol. 2.º, nota 2 ao § 156 de seu Direito civil tem encontrado forte oposição entre os próprios escritores alemães.

Como explicar cientificamente tal contrato?

Entendem alguns que é uma proposta ao credor que a aprovará, aderindo ao contrato, ou lhe negará aprovação, ficando estranho a ele. E' a opinião do citado Dernburg, de Hellwig, nos Contratos de prestação a terceiro, § 26, e dos que Siber menciona no vol. 2.º, pag. 599, do Comentário de Planck ao código civil.

Outros, entre os quais Windscheid, no referido § 338 nota 6, e Regelsberger, em diversos lugares, nomeadamente no vol. 2.º pag. 535, do Manual de direito comercial, de Endemann, descobrem neste contrato uma disposição de bem

alheio, sendo a aprovação do credor, não aceitação de proposta, mas um ato unilateral como o do proprietário que aprova a venda de uma coisa sua que alguém sem autorização efetuou.

Não nos interessando a controvérsia, quero apenas observar que não se trata no caso, de contrato a favor de terceiro, que evidentemente se daria se o promitente se obrigasse a pagar ao credor do estipulante, e ao mesmo credor fôsse concedido direito a exigir o pagamento, sem a sua intervenção no contrato, como bem o salienta Windscheid no § 316, nota 15.

7.º — A teoria da proposta que não discuti ao tratar da assunção da dívida porque, como disse, não nos interessava, tem importância em sua aplicação ao contrato a favor de terceiro, motivo pelo qual não deixarei agora de considerá-la.

Acreditou-se durante muito tempo que este contrato encerrava uma promessa, proposta, ou oferta cuja aceitação pelo terceiro tornava perfeito o mesmo contrato. Era esta a doutrina de *Grotius*, conforme a interpretação de *Gareis*, na pag. 71 de seu citado livro.

Ainda em 1850, *Platner*, que foi professor de *Marburg*, afirmava no vol. 50, pag. 223, do Arquivo da prática civil que “tanto o promitente como o estipulante (*Promissar*), concluindo o contrato, têm convidado tacitamente o terceiro a aderir a ele”.

No mesmo sentido da proposta e da aceitação se pronuncia *Rudorif* em nota ao § 276 das *Pandectas* de *Puchta*, conservada na edição da *Schirmer* de 1877.

Esta teoria, com a aparência de veracidade e o prestígio da tradição, influuiu nas já antigas codificações, como o expõe minuciosamente *Stobbe* no vol. 3.º, pag. 113, do *Manual de direito privado*, conforme a segunda edição do próprio autor.

Nem desta influência se resguardou o Código Napoleão nos casos em que admite a estipulação para terceiro, o que não é entretanto de extranhar porque só nas últimas décadas do século dezenove foi este assunto convenientemente

elucidado. Invocando a última parte do art. 1.121 do referido código, sustenta Laurent no indicado vol. 15, n.º 559, dos Princípios de direito civil, de acôrdo com vários autores francezes, que a estipulação para terceiro é uma oferta que deve ser aceita para a formação do contrato, apesar de que outros escritores mais recentes, presumindo o contrato já formado, admitem desde logo o direito do terceiro, com a possibilidade porém de ser revogado antes que este declare a vontade de aproveitar-se da estipulação.

Veja-se neste sentido o Tratado das obrigações de Barde, vol. 1.º, n.º 154 e seguintes, onde se encontram informações particularizadas sobre a doutrina e a jurisprudência. Nota Huc, no vol. 7, n.º 49, do seu Comentário ao código civil, que o art. 1.121 fala apenas em uma declaração de querer aproveitar-se da estipulação, e não em aceitação.

Mas desconheço, se houvesse de dar nome a tal declaração, qual outro que melhor lhe quadre que aceitação.

8.º — Nosso código civil regula as estipulações a favor de terceiro nos artigos 1.098, 1.099 e 1.100, seguindo o exemplo do código alemão e do suíço das obrigações, que, ao revez do direito romano, adotaram francamente semelhantes estipulações.

O austríaco não as permitia, mas foi nesta parte reformado pela Novela de 1916, que deu nova redação ao art. 881, modelando-o pelos mesmos códigos como adverte Ehrenzweig no vol. 2.º, § 319, da 6.ª edição do Sistema do direito privado de Krainz. Qual porém a doutrina do código brasileiro no que concerne á aceitação?

Diz ele no parágrafo único do art. 1.098 que o terceiro em favor de quem se estipular a prestação *fica sujeito ás condições e normas do contrato se a ele anuir* e o estipulante o não inovar nos termos do art. 1.100, isto é, se não substituir o beneficiário por outra pessoa.

Esta disposição não devera ser inserida no código civil.

Primeiramente desperta dúvida sôbre a questão da aceitação porque fala em *anuir*, e depois resguarda de responsabilidades pelas condições e normas do contrato quem já

estava *ipso facto* resguardado pela substituição, isento em absoluto de tais condições e normas do contrato, que só ao substituto pode interessar. A disposição é assim inconveniente, na primeira parte, e na totalidade inútil.

Bem se compreende que o terceiro nunca poderia, mesmo sem a disposição, exigir o cumprimento do contrato no que unicamente lhe aproveita e refugá-lo no que lhe não convem, separando arbitrariamente as cláusulas que somente congregadas constituem o contrato.

O que o código quer dizer é que o terceiro fica sujeito às condições e normas do contrato se lhe reclama a execução, se aceita o benefício, como um herdeiro testamentário que, aceitando a herança, responde também pelos encargos.

O contrato, ao contrário da doutrina francesa a que me referi no final do número que precede, já irrevogável e está perfeito pelo consentimento dos contraentes, como o está igualmente o testamento pela exclusiva vontade do testador.

Se o contrato a favor de terceiro é uma proposta que tem de ser aceita para complemento do ato, o testamento também é proposta e para completar-se necessita da aceitação do herdeiro, o que ninguém deve admitir.

Cumpra não confundir a perfeição do ato com a sua eficácia.

O ato jurídico pode ser perfeito, isto é, completo, e ser eficaz ou ineficaz pela aceitação ou pela recusa do benefício, emanadas do terceiro nas estipulações para outrem, e do herdeiro ou legatário, nas disposições de última vontade. Sustentou entretanto um ousado jurista italiano, Cimbali, no intitulado livro — Da capacidade para contratar — que o testamento é “um vero e próprio contrato”. Na pag. 348 escreve ele: “Il testamento, semplice atto unilaterale finché il testatore é in vita, diviene contratto quando dopo la morte del testatore é accettato dall'erede o legatario”.

Não encontrou sectários, que eu saiba, pois nunca vi consignada esta singular conversão em livro de outro autor.

Com a renúncia da herança o testamento se torna ineficaz, mas, com a aceitação da mesma, o direito do herdeiro

decorre só do testamento que ainda é, como dantes, ato unilateral, conforme a explicação de Boecking, nas Pandectas vol. 1.º, e 103, nota 12.

Simples anaiogias, que alguns já têm notado, não dão cunho de realidade á fantasia de Cimbali que com a aceitação da herança o testamento se converte em contrato.

Veja-se sôbre estas analogias Steinlechner no vol. 1.º, pag. 391, de sua obra: A herança pendente e a sucessão imediata.

9.º — O código civil não exige uma declaração do terceiro de que aprova o ato ou aceita a pretensa proposta.

Pelo contrário, no princípio do questionado parágrafo único do art. 1.122 confere ao terceiro beneficiário o direito de reclamar o cumprimento da obrigação, vindo somente depois o — anuir — quando trata da sujeição ás condições e normas do contrato, disposição inteiramente inútil, como acabamos de ver, porque o terceiro não poderia nunca aproveitar-se do comodo e refugar o incomodo, cindindo o contrato, ato perfeito que revela a vontade exclusiva e indivisível dos que nele figuraram.

O terceiro, salvo intenção contrária das partes, expressa ou deduzida das circunstâncias, adquire logo o direito desde a conclusão do contrato, independentemente de aceitação ou anuência, não requeridas para a perfeição do contrato, que, como muito bem observa Gareis, na pag. 35 da referida monografia, “e só dos dois contraentes, mas em favor do terceiro”.

Os comentadores do nosso código, Clovis Bevilacqua e João Luis Alves, estão, entre si, em divergência.

O primeiro, concordando comigo, diz em sua escassa observação ao art. 1.099: “A anuência do beneficiário não é necessária para a perfeição do acôrdo, mas se se der, o beneficiário, implicitamente, aceita as condições e as normas da convenção”. Comentando porém o mesmo artigo, sustenta o Dr. Alves, em opposição ao que pesamos, que “o direito do terceiro nasce com a sua aceitação”.

Antes desta, entende ele, não ha nexo obrigacional entre

o promitente e o terceiro, e funda-se nas palavras — se anuir — que se encontram no parágrafo único do art. 1.098 cujo sentido já deixei bem acentuado.

Nosso código civil inspirou-se no alemão que acolheu o doutrina mais adiantada acêrca do contrato a favor de terceiro .

Afirma Hellwig, na pag. 261 da obra acima mencionada, que o terceiro adquire o direito, mesmo sem sua ciência, ainda que lhe seja facultado renunciá-lo, como acontece com o legado, comparação que já se encontra em Karlowa, pag. 72 do Ato jurídico, e da qual ultimamente também se serve Planck, no vol. 2.º, pag. 427, e Crome, no vol. 2.º, pag. 228, do Sistêma do direito civil alemão.

10.º — Do que precede não se segue que os contratantes estejam inibidos de fazer restrições, estabelecer regras especiais atinentes ao direito do terceiro, de impor, em suma, algumas das chamadas modalidades dos atos jurídicos, como também acontece nos legados.

Comp. o § 316 a, número 3, do Tratado de Windscheid, e as páginas 155 a 159 do opúsculo — A promessa como causa de obrigação — de Siegel, que a propósito julga existir contradição no trabalho de Unger.

Assim, conforme a hipótese, o direito do terceiro será condicional, a termo, e até resolúvel, pois é adquirido nos termos em que é conferido.

Siegel põe em relevo esta possibilidade a que Unger não atendeu mas incide no engano em que outros mais recentemente têm caído, como Hasenoehrl, Stammler, Barde e Planiol, de incluir os contratos a favor de terceiro entre os casos de declaração unilateral de vontade. Contra esta falsa idéia manifestam-se Gareis, pag. 224 e 245, Gierke, vol. 3.º, pag. 314, Enneccerus, Tratado do direito civil, vol. 2.º, § 258, e Matthiass, que antes a adotava, mas ultimamente a abandonou, como o confessa na pag. 217 da 5.ª edição de seu compêndio.

Saleilles, depois de algumas considerações que desenvolve no conhecido Estudo sôbre a teoria geral da obrigação,

n.º 247, chega á seguinte conclusão, referindo-se ao promittente no contrato a favor de terceiro: "Sa promesse est bien contractuelle et absolument contractuelle".

Dada a admissibilidade das restrições a que me tenho referido, o direito do terceiro pode ser revogado, ou pela exoneração do promittente, combinada entre os contratantes, se nos termos do art. 1.099, não se deixar logo ao terceiro o direito de lhe reclamar a execução, ou pela substituição do beneficiário, se ao estipulante foi reservada esta faculdade no contrato, conforme a disposição do art. 1.100 de nosso código civil.

A reserva da faculdade de substituir não é necessária em contratos de seguro de vida, nos quais a qualquer tempo é lícita ao segurado a substituição do beneficiário, se o seposto, o que não é extranhavel para quem conhece a teoria

A revogabilidade não impede a existência do direito do obrigação, como está determinado no art. 1.473.

guro não tiver por causa declarada a garantia de alguma terceiro desde a conclusão do contrato, como acima foi ex-da condigão resolutive e sabe que o código cogita até nos arts. 647 e 648 da propriedade resoluvel, de que trata Lafayette no vol. 1.º § 27, do Direito das cousas e Mueller, com amplo desenvolvimento, nas Dissertações civilistas, da pag. 253 á 330.

O que cumpre fazer é a applicação adequada destes princípios ao fim do contrato em favor de terceiro.

11.º — Porque do direito resulta a ação que o assegura, pode o terceiro em favor de quem se estipulou a obrigação exigi-la e demandar o promittente pela respectiva execução, de acordo com o prescrito no parágrafo único do art. 1.098. Mas este mesmo artigo, imitando, o 35 do código alemão tambem dispõe um pouco antes:

"O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação".

A ação não é assim privativa do terceiro porque compete igualmente ao estipulante.

Será um caso de solidariedade ativa?

Hellwig o afirma em sua monografia, pag. 311, contra a opinião dominante sustentada por Endemann, Tratado de direito civil, vol. 1.º § 127, nota 26, Crome Systema do direito civil, vol. 2.º, § 180, nota 37, e Binder, Obrigações correaes, pag. 474.

A razão está com estes que contestam a solidariedade.

Basta considerar que na solidariedade ativa cada um dos credores é autorizado a reclamar para si o cumprimento da obrigação, e que em nosso caso o estipulante tem apenas o direito de exigir que a prestação seja realizada como foi combinado em benefício do terceiro e não em seu próprio.

A obrigação, em outros termos, deve ser prestada ao terceiro e não ao estipulante, apesar de sua ação, que lhe é concedida só para este fim.

O estipulante, servindo-se da figura de Unger, semeia e terceiro colhe; o primeiro recebe a promessa e o segundo o direito prometido.

Ha ainda uma particularidade, que, por expressiva, não convém seja omitida.

O estipulante, posto que conserve a ação, não pode exonerar o promitente se conferiu ao terceiro o direito de reclamar a execução, conforme o art. 1.099, mas ao credor solidário, segundo o art. 903 do código civil, é permitido fazer até remissão da dívida, respondendo aos outros credores pela parte que lhes caiba na obrigação, o que é inteiramente inaplicavel ao caso.

A ação do estipulante, em concorrência com a do terceiro, não induz consequentemente solidariedade.

Surge, não padece dúvida, certa analogia mas é exagero afirmar que ha aqui relação muito semelhante á obrigação solidária, como o faz Stammler no Direito das obrigações, pag. 170.

12.º — O direito do terceiro existe desde logo, quer lhe tenha sido deixada, quer não a faculdade de reclamar a execução do contrato, faculdade que deve entender-se conferida,

penso eu, quando o contrário não resulta de cláusula expressa ou se deduz das circunstâncias.

O código não o diz mas a interpretação que lhe dou n'esta parte, não colide com o texto do art. 1.099, que não exige declaração formal a tal respeito e está em harmonia com o art. 1.079 que assim é concebido: "A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa".

O código suíço das obrigações prescreve no art. 112 que a exoneração do promitente não é admissível quando o terceiro declara querer exercitar o seu direito.

Até este momento é permitida a exoneração mas, apesar disto, os comentadores do código helvético sustentam que o direito do terceiro já tem existência.

Em seu tratado — A parte geral do direito suíço das obrigações — escreve Andreas von Tuhr:

"O crédito de terceiro nasce com a conclusão do contrato ou, quando as partes o determinam, em um momento mais remoto...

Em falta de combinação, o direito do terceiro, segundo o art. 112, III, só se torna irrevogável quando ela adere ao contrato, isto é, declara ao devedor que quer exercer o seu direito". Vol. 2.º, § 83, pag. 634.

Explicando o mesmo art. 112, no Comentário de Wieland, vol. 5.º, pag. 346, diz o professor Hugo Oser que em dúvida o direito do terceiro se origina logo do contrato mas lhe pode ser retirado antes da aceitação, por acordo entre o promitente e o estipulante.

Nota ainda Oser que esta é também a doutrina do código francês, com a única diferença de que em França, quando as estipulações a favor de terceiro são praticáveis, o direito pode ser revogado independentemente de acordo com o promitente pela única vontade do estipulante.

Veja-se o n.º VII de meu escrito.

Julgo estas explicações desconcertadas e inaplicáveis ao nosso direito que, como tenho sustentado, não exige a accitação do terceiro.

Quem entretanto entender que é necessária, será forçado a dizer, como disse o referido dr. João Luiz Alves, no comentário ao art. 1.099, que "o direito do terceiro nasce com a aceitação".

Esta teoria atrasada que foi adaptada no código suíço por influência do francês desconhece a verdadeira noção do contrato a favor de terceiro, transformando o beneficiário em contratante.

13.º — O direito do terceiro é adquirido, salvo disposição em contrário, desde a conclusão do contrato, e é originário porque não deriva de um direito do estipulante, que o não tinha, e tão pouco o adquiriu por este ato para imediatamente transmiti-lo ao beneficiário.

A idéia da cessão real ou mesmo ficta deve ser arredada.

A cessão real não corresponde evidentemente á intenção das partes, e a ficta, que é artifício doutrinário de alguns juristas, não resolve, antes remove o problema da aquisição em sua realidade.

São pois improficuos estes esforços para ajustar o novo instituto aos velhos moldes, a certos respeitos já deficientes.

Contra Regelsberger, defensor da teoria da aquisição originária, objetava Baehr, nos Escritos colecionados, vol. 1.º, pag. 83: que isto não era direito romano nem direito germânico mas uma invenção moderna que provinha de Unger.

Fundando-se no direito romano com a interpretação que lhe dava, imaginou Baehr, que a ação do terceiro decorria de uma fingida autorização do estipulante.

Certo é porém que a oposição dele e de outros já passou, ficando a *invenção moderna* de Unger, que atualmente recebe, nesta parte, plena aprovação na doutrina e o acolhimento das legislações.

Insisto no assunto porque não se trata de simples questão escolástica, senão que de princípio de grande importância prática, e, abstendo-me de entrar em particularidades que meu limitado escrito não comporta, vou tocar em algu-

mas das mais relevantes consequências que decorrem da aquisição originária do direito do terceiro.

O promitente não pode opor ao terceiro a compensação do que lhe devia o estipulante, defesa entretanto admissível na cessão porque nesta há aquisição derivada, desde que o crédito do cedente passa para o cessionário.

Podem porém alegar qualquer exceção ou defesa referente ao próprio contrato que é fonte da pretensão ou direito do terceiro, como está previsto no art. 334 do código alemão.

Rescindindo o contrato, ou pronunciada a sua nulidade, os efeitos da sentença atingem ao terceiro, não em virtude da regra — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* — que não tem aqui nenhuma aplicação, mais porque desapparece a causa do pretendido direito, como o ensinam Hellwig, § 43, e Gierke, 3.º, pag. 400, nota 108.

Era também o que contra a opinião de Gareis sustentava Karlowa, no Ato jurídico, pag. 74; lembrando ainda este escritor que *a exceptio non adimpleti contractus* deve ser admitida, o que me parece justo.

Se o terceiro não é contratante, não deixa a exceção de ter relação com a execução do contrato, que reclama.

Outra relevante consequência da requisição originária:

Se a favor de descendente é feito um contrato de seguro de vida, a respectiva importância que nunca esteve no patrimônio do segurado não vem á colação em seu inventário, quando ele falecer, e; porque não é parte da herança, fica também isenta do procedimento dos credores, como dispõe o código civil no art. 1.475 que é assim concebido: “A soma estipulada como benefício não está sujeita ás obrigações, ou dívidas do segurado”.

Veja-se o cit. Novo tratado de seguro sobre a vida, de Lefort, vol. 2.º, pags. 159 e 380, e Kohler que no vol. 6.º, pag. 523, do Direito civil de Dernburg dá noticia, neste sentido do direito suíço, do inglez, do americano e do italiano, a respeito do qual escreveu Vivante em diversas obras que me dispenso de nomear.

Em todas elas acentúa este conhecido commercialista que

o fim benéfico e providente do contrato facilmente falharia se a importância do seguro não fôsse preservada da ação dos credores e dos próprios herdeiros do segurado.

14.º — As expressões — beneficiário e benefício do contrato, — frequentemente empregadas para designar o terceiro e a prestação que lhe é destinada, dão a parecer que o contrato a favor de terceiro é em qualquer caso ato de generosidade e proteção.

Mas o devedor que conforme a hipótese figurada em o n.º V estipula o pagamento a seu credor, autorizando-o a reclamar do promitente a prestação, realiza incontestavelmente um contrato a favor de terceiro, para liberar-se de uma obrigação a que continúa sujeito até ser efetuado o visado o pagamento.

E' ou será devedor honesto e diligente; com o cuidar porém dos próprios interesses não se revela um bemfeitor de seu credor.

Tambem a expressão — estipulações em favor de terceiro — de que se serve o código civil não corresponde exactamente a contrato a favor de terceiro, que tem significação mais limitada.

No contrato a favor de terceiro ha estipulação para este mas a estipulação pode ser feita acessoriamente em contratos que não são a favor de terceiro e não perdem pela estipulação consignada em uma cláusula a sua individualidade.

No contrato de compra e venda, feito a crédito como quero figurar, é admissível a cláusula de que parte do preço seja paga a terceiro que se quer beneficiar, conferindo-lhe o direito de reclama-la para si, no vencimento.

Em uma doação, que é tambem contrato especial, pode igualmente ser estipulado o que nosso código nos artigos 128 e 1.180 chama encargo, e que a doutrina tambem conhece pelo nome de modo, de origem romana, o qual indica neste caso, restrição ou modificação da liberalidade pela imposição ao donatário de uma obrigação em favor do próprio doador, ou de terceiro que tem o direito de exigir a execução.

Veja-se Ribas, Curso de direito civil, 3.^a edição, pag. 437, e Aubry et Rau, Direito civil francês, vol. 7.^o, § 701.

Mas nem a compra e venda, nem a doação perdem com as mencionadas estipulações a sua natureza de contratos particulares, transformando-se em contratos a favor de terceiro.

O encargo ou modo não influe no caráter do ato, como o salienta Regelsberger, nas Pandectas, § 166; ainda que Savigny no Sistema do direito romano, vol. 4.^o, § 175; e Unger, no Direito privado austríaco, vol. 2.^o, § 99, consideram a doação com encargo um negócio misto.

Alguns autores mais modernos como Tuhr, na Parte geral do código civil, vol. 3.^o, pag. 77; falam também em doações mistas, que rigorosamente não se podem conceber.

Aceitável é porém dizer com Eck, no Dicionário jurídico de Holtzendorff, vol. 2.^o, pag. 793; que na doação *sub modo* ocorre um pacto adjecto.

E neste sentido devemos entender a L. 18, D. 39, 5.^o, quando chama á doação modal *mixtum negotium cum donatione*.

O modo era um dos casos de estipulação a favor de terceiro excepcionalmente admitidos no direito romano.

Como no direito atual o terceiro aí dispunha de ação própria, isto é, não derivada de cessão do doador, para forçar o donatário ao cumprimento da obrigação, conforme a boa doutrina do cit. Savigny, vol. 4.^o, pag. 285, de Brinz, Pandectas, vol. 4.^o, pag. 234, e de Girard, Manual de direito romano, 5.^a edição, pag. 946.

O terceiro, para terminar com as palavras de Brinz, tem ação "como se ele mesmo houvesse pactuado".

E para chegar a este resultado não é necessário nem conveniente excogitar a representação do terceiro pelo estipulante, porque é concepção falsa e retrogada que vai diretamente de encontro ao conceito técnico de contrato a favor de terceiro, como está hoje solidamente firmado na literatura jurídica.