

PROMESSA DE FATO DE TERCEIRO

DR. EDUARDO GIRÃO

Talvez rara na pratica, resai, entretanto, e avulta pelo seu relevo teorico, essa interessante figura do direito obrigacional.

Bem merece, por isso, seja lembrada.

I — Toda a obrigação se concretiza no seu objeto e é velha e trivial a regra que determina seja esse objeto *pessoal ao devedor*.

Porque?

Responde PLANIOL:

“E’ o efeito do estado natural que a lei se limita a reconhecer: *a independencia reciproca dos particulares, um a respeito dos outros* (1).

Realmente, si não a impõe a lei, só do consentimento do devedor pode resultar a obrigação, o que bem salienta ainda o mesmo autor, concluindo:

“A pessoa que promete alguma cousa não pode prometer senão *facto seu, pessoal*; deve, como diziam os Romanos — *promittere de se* — (2).

Sob este prisma, tomada na sua apparencia, a promessa de fato de terceiro seria de considerar-se ofensiva desse antigo canon juridico. No direito romano, sobretudo, onde tão extremadamente personalista era o conceito da obrigação.

Não admira, pois, assim raciocinasse Pothier:

“Ela não pode obrigar o terceiro, porque não está em meu poder obrigar

a outrem, *sem facto seu*.

Não me obriga a mim, porque não consenti em obrigar-me, tendo prometido por outro, e não por mim proprio (3).

Ainda uma vez, porém, a apparencia ilude.

Já naquele direito tal rigor se abrandou, dispondo as Institutas de Justiniano:

“Si alguém prometer que outrem dará ou fará alguma cousa, v. g. que Ticio dará cinco moedas, *não ficará obrigado*.

Porém, si prometer fazer com que Ticio dê, *fica*”. — L. 3, 19 § 3.

E’ que não ha na promessa em apreço quebra ao principio de que a prestação obrigacional caiba sempre ao devedor.

Realmente. Prometendo fato de terceiro, o promitente não deixa de se obrigar *por si*, sendo claro que o objeto dessa obrigação *lhe é pessoal* (4).

Sem duvida alguma o é.

II — No direito patrio é dita promessa o contrato pelo qual alguem se compromete

(1)—M. PLANIOL, *Traité de Droit Civil*, n. 1017.

(2)—M. PLANIOL, *obr. e loc. cit.*

(3)—POTHIER, *Traité des Oblig.* n. 56; VAN VETTER, *Droit Romain*, n. 393.

(4)—M. PLANIOL, *obr. cit.*, n. 1020 — Giorgio Giorgi, *Teoria delle Obblig.* n. 303; Achille Giovene, *Il Negozio Giuridico*, n. 48; Francesco Ricci, *Obblig.* n. 201; M. I. Carvalho de Mendonça, *Doutr. e Prat. das Obrigs.* numero 221.

nente militar — nos oferece o todo de que necessitamos, a fonte eterna e sempre nova que dá água fresca aos viandantes de cada século e de cada crise, a convicção de segurança das próprias posições e, na peleja, o puro ardor que não se confunde com o ódio nem se mescla de baixos interesses materiais”.

Encaminhemos a mocidade conterranea para a identidade da fé, que a Igreja nos deu, no seu glorioso ministério de catequese, do extremo norte ao extremo sul, para que o bloco inteiriço resista impassivel á mistica tumultuária e á ação demolidora do ateismo oriental.

te a obter de terceiro um determinado fato, consistente em *dar, fazer ou não fazer alguma coisa*.

Nessa relação obrigacional ha dois sujeitos apenas: a) o promitente — devedor; b) o estipulante — credor.

Não figura o terceiro como participe do vinculo; a promessa lhe é *res inter alios*; não o favorece, nem o prejudica. Visa, entretanto, ulteriormente, um ato seu, posto não seja esse ato o que constitue o objeto do contrato.

Consiste esse objeto, ao revez, num ato pessoal e direto do promitente, cujo conteúdo é sempre um facere, pois o a que se obriga é realizar o possível para conseguir que o terceiro execute o fato desejado (5).

Existe já a promessa, mas até esse momento nenhuma obrigação creou, ainda, ao terceiro, conforme é doutrina corrente e bem o acentua Achille Giovene:

“... Enquanto o terceiro, por uma adequada declaração de vontade não se houver obrigado, nenhuma efficacia, perante ele, surgirá do negocio juridico concluído entre o promitente e o estipulante” (6).

De modo que, — eis um ponto liquido — a promessa de fato de terceiro é uma obrigação de fazer que tem objeto próprio e especifico, como o indica a sua finalidade; e outro não é, sinão — obter determinada ação alheia.

Consubstancia-se nisso a divida do promitente, e porque se trata de uma obrigação de fazer, o sujeita a lei a pagar perdas e danos, si se torna inadimplente, faltando a essa obrigação.

Dispõe a lei:

“Aquele que tiver prometido fato de terceiro, responderá por perdas e danos, quando este o não executar” (7).

O dispositivo não abrange o terceiro, extranho que é ao vinculo da promessa: — de vez que não é devedor, não se lhe pode imputar culpa contratual.

Assim, pela sua propria formação, a promessa comprova que o terceiro ainda não está obrigado pelo fato pretendido. Aliás se lhe impendesse obrigação preexistente de prestá-lo, o caso não seria de promessa, por incabível e inutil, mas de cessão, mediante a qual ao cessionario passaria imediatamente o direito transferido (8).

III — Mas, de futuro?

Grave e interessante questão, no nosso direito, é saber como se resolve o caso esperado de tomar o terceiro a si, posteriormente, por ato seu válido e inequívoco, a obrigação de executar o fato cogitado na promessa, com o acordo, também esperado, do respectivo credor.

No direito francês, nenhuma duvida: — a regra é que o promitente somente responde por perdas e danos, si o terceiro não ratifica, ou recusa assumir a obrigação (9).

Lê-se em PLANIOL:

“O promitente vinculou-se por uma obrigação de fazer; si consegue obter o consentimento do outro (o terceiro), fica liberado; si não o consegue, falta á sua obrigação e deve pagar as perdas e danos” (10).

Resalva-se, contudo, a hipotese de haver o promitente pactuado cousa diferente (10-a).

No direito italiano ha preceito muito semelhante, mas não rigorosamente identico ao da lei francesa; em consequencia, fazem-se distinções, segundo as quais subsistirá ou não a responsabilidade do promitente, após a ratificação da promessa.

Si, v. g., o promitente quis representar

(5)—M. PLANIOL, obr. cit. n. 1020; CLOVIS BEVILAQUA, Cod. Civ., obs. ao art. 929 e autores cits. na nota 4.

(6)—ACHILLE GIOVENE, obr. e loc. cits.

(7)—Cod. Civil, art. 129.

(8)—Cod. Civil, art. 1065

(9)—Cod. Civ. fr. art. 1120.

(10)—M. PLANIOL, obr. cit. n. 1020, Concordam Braudry-Lacantinerie, Precis de Droit Civil, 2, n. 47; Hodelot & Metman, Des Obligations, n. 69.

(10-a)—F. Mourlan, Rep. Escrip. sur le Cod. Civ., numero 1069.

o terceiro, a ratificação será liberatória. Ha que se atender a intenção das partes, diz o citado A. GIOVENE (11).

Ferindo o ponto, afirma Francisco Ricci:

“O terceiro pode ratificar a promessa feita por outro e, neste caso, por efeito da ratificação, *contrai uma obrigação* com aquele a quem se faz a promessa” (12).

Todavia, acrescenta: a ratificação não trás a exoneração do promitente.

De qualquer modo, nesses sistemas juridicos é sempre da maior relevancia o ato ratificatorio.

IV — Aceita, pelo terceiro com assentimento do estipulante, a obrigação de prestar o fato, não pode deixar isso de repercutir na situação antes creada entre o promitente e o estipulante.

Ficará, perante a lei patria, o promitente desobrigado, como no direito francês?

Comenta CLOVIS BEVILAQUA, mestre inexcédível:

“Essa promessa, em sua essencia, é uma obrigação de fazer, que, não sendo executada, resolve-se em perdas e danos. E sob o ponto de vista da relação que prepara, é uma fiança.

Aquele que promete fato de terceiro, é um fiador que assegura a prestação prometida (13).

Vai mais longe M. I. CARVALHO DE MENDONÇA:

“Claro está que as regras do direito francês e do italiano a respeito da ratificação, bem se enquadram no sistema do direito civil patrio. Apesar disso, nosso direito é mais amplo.

O promitente responde pela execução e, ao nosso ver, tão completamente que, se ela não se verifica, mesmo por fato exclusivo da vontade do terceiro, o promitente deve indenizar ao estipulante.

E’ a consequencia extrema, porém irrecusavel, de uma obrigação que deve ser mais ponderada, ao ser contrai-da do que a do proprio fato” (14).

Na lei patria — Cod. Civil, art. 929, não se fala da ratificação ou aceitação da promessa pelo terceiro, nem isso lhe é pedido. Mas, é obvio, nada impede que ele se vincule por tal modo.

Será um ato licito, perfeitamente compativel com a liberdade de contratar.

E porque valida — é tambem obvio — não pode deixar de surtir efeito quanto á promessa, atingindo-lhe a propria substancia.

Ficou exposto, e é hoje incontroverso, que o objeto da promessa é um ato pessoal do promitente — o seu esforço ou diligencia por conseguir a execução do fato alheio, e não esse fato (15).

Aceita a promessa, vinculado assim o terceiro, esse objeto deixa de ser o mesmo e o seu devedor tambem já é outro.

Com efeito, enquanto o objeto da promessa é sempre um *facere*, o da aceitação tanto pode ser uma prestação de fazer, como de dar, ou não fazer.

Depende isso somente da natureza do fato a cuja execução o terceiro se haja comprometido.

Ilustre um exemplo: Mucio promete a Fabio que Decio lhe entregará determinada joia de familia. No caso, para Mucio, o objeto do vinculo é empenhar-se por conseguir essa entrega — um *facere*. Motivo ocasional impede que Decio faça, de pronto, a entrega e se obriga, então, perante Fabio, a restituir a joia mais tarde: o objeto dessa obrigação é um *dare* — a tradição de cousa certa, e não um serviço como no outro caso.

Tambem os sujeitos passivos de cada obrigação deixaram de ser os mesmos. Na primeira hipotese, o devedor de Fabio era Mucio; na segunda, é Decio que, agora despedido de sua antiga qualidade de terceiro, se tornou responsavel immediato, em virtude de ato seu.

Parece imperativa essa conclusão.

Diante, porém, desse resultado, o que

(11)—Obr. cit., n. 48.

(12)—Francesco Ricci, obbligs. e Contrs., n. 201.

(13)—CLOVIS BEVILAQUA, Cod. Civil, obs. ao artigo 929.

(14)—M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, Doutr. e Prat. das Obrigs., 2.^a ed. n. 221; Concorda CARVALHO SANTOS, Cod. Civil Interp. com. 2 ao art. 929.

(15)—Auts. cits. not. 4.

resalta juridicamente é a extinção da promessa, mediante novação mixta — objetiva e subjetiva — resultante da diferença de objeto e da substituição de um dos sujeitos da obrigação.

Elucida LACERDA DE ALMEIDA:

“Como, porém, não é a satisfação do credor pela nova obrigação o que opera a extinção da obrigação antiga, mas o próprio fato de *formar-se uma nova*, pouco importa, para o efeito extintivo da novação, que a nova obrigação produza aquele resultado, *contanto que tenha validade*.

A novação acarreta a extinção da dívida antiga, não transformando-a, mas *aniquilando-a*.

A nova dívida, é portanto, criação nova, *pode ter objeto diferente*, cláusulas e seguranças diversas, e só se prende á antiga por *tê-la como causa da obrigação* (16).

Pode-se objetar que a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira, salvo *animus novandi* (17).

Mera questão de fato, a solucionar segundo a intenção expressa ou presumida das partes.

Todavia, o que se afigura razoável é supor, *da parte do estipulante*, a intenção de conseguir diretamente do terceiro a obrigação de executar o fato, havendo-se dado a intervenção do promitente, devido a algum obstáculo que impediu ou dificultou esse resultado imediato, e *do lado do promitente*, presumir que se obrigou na crença de lhe honrar o terceiro a palavra, com a realização do fato que ele pessoalmente não podia, ou lhe não convinha executar.

De si mesma a promessa está assim a mostrar que, ao ajustarem-na, os contratantes tiveram em vista principalmente a ação do terceiro.

Nada obrigava ao terceiro; si, entretanto, se declarou obrigado, comprometendo-se a executar o fato prometido, semelhante desfecho corresponde, por certo, ao que na realidade queriam o promitente e o estipulante, e não fôra patuado antes

em acordo direto, diante de insuperável motivo de ocasião.

Aliás, admitido subsistissem as duas dívidas, a consequência seria que o estipulante poderia cobrá-las ambas.

E' o direito de todo o credor, em casos semelhantes.

Assim, lícito seria exigir ao terceiro, já então vinculado, o fato prometido e, ao promitente, as perdas e danos, porque ainda não prestado esse fato.

Em pura logica, nada contra essa dedução.

Nem sequer se poderia opor que é de uma obrigação alternativa que se trata.

Não é na pluralidade dos sujeitos que está o característico da obrigação alternativa, porém, na do seu objeto, que *será um ou outro* a prestar pelo *mesmo devedor*.

Ninguém confundirá o objeto da promessa — pessoal ao promitente — com o compromisso posterior do terceiro, em que se traduz a aceitação dela. Contra essa dualidade de dívidas surge, no entanto, o obstáculo invencível do princípio que veda o enriquecimento ilícito.

Incompatíveis, destarte, em simultaneidade, as duas dívidas, uma ha de ceder á outra: E só poderia ser a da promessa, substituída e novada pela da respectiva aceitação.

Na falta, pois, de inequívoca manifestação da vontade noutro sentido, bem mais aceitável é não considerar-se confirmatória da promessa, e sim novativa, a sua aceitação pelo terceiro.

Até porque não será, por ventura, erroneo ver implícita na promessa de fato de terceiro uma especie de delegação, na qual figura de delegante o promitente, como delegatário o estipulante e delegado o terceiro.

Ora, sempre se entendeu que, aceitando explicitamente a delegação, o credor delegatário opera novação de seu crédito (18).

A novação, como o pagamento, extingue a dívida.

(16)—LACERDA DE ALMEIDA, Obrigs. 305.

(17)—Cod. Civil, art. 999; LACERDA DE ALMEIDA, Efeito das Obrigações, pag. 256.

(18)—CHARLES MAYNZ, Droit Romain, 2 § 293; COELHO DA ROCHA, Dir. Civil, § 16; LACERDA DE ALMEIDA, Obrigs., § 85.

Semelhantemente, outro não deve ser o efeito da aceitação da promessa, em relação ao promitente: *ficará desobrigado*, salvo reserva contratual em contrario.

Coincide, assim, esse resultado com o que no direito francês provém da ratificação; pois que, se desta não cogitou a lei pátria, todavia não excluiu a possibilidade da novação.

V — Continuará, porém, o promitente como fiador do terceiro? Ficarão sendo um responsável de outra natureza?

Excluída a hipótese de declaração expressa, semelhante fiança ou corresponsabilidade somente na lei poderia ter a sua fonte.

Mas a lei não é positiva nesse ponto.

A fiança é obrigação acessória. A promessa, obrigação principal e autônoma, que não constitui sequer, contrato preliminar (19).

A fiança é obrigação por terceiro. A promessa, obrigação do promitente em proveito próprio. Além disso, a fiança ha de ser expressa e entende-se estritamente, não se extendendo *de re ad rem*, *de persona ad personam*, *de tempore ad tempus* (20).

A aceitação da promessa muda-lhe o objetivo e trás outro sujeito passivo ao vínculo, acarretando novação; nunca, porém, lhe poderá transformar o caráter, desclassificando-a de principal para obrigação acessória.

A novação da dívida extingue a fiança si não houver estipulação em contrario (21). Se extingue, é evidente, não é possível produzi-la.

Com justa razão, no seu notável saber, sustenta CARVALHO SANTOS:

“A promessa, em tais casos, não pode ser considerada fiança, por isso que esta presuppõe uma dívida, e a dívida do terceiro, como muito bem se expressa Laurant, é uma *hipótese* que se reduz a uma ratificação da promessa feita, o que revela que o terceiro, ao em vez de afiançado, é um ratificante do prometido, na sua ignorância (Obr. cit., n. 543).

O promitente assume uma obrigação, promete-a, enquanto que o fiador garante a eficácia e o recebimento

da prestação, objeto da obrigação.

A doutrina de que o ato do promitente não encerra uma fiança, não tem, atualmente, opositores” (22).

Si não ha fiança, outra corresponsabilidade do promitente, solidaria sobretudo, também não na estabelece a lei, nem é de presumir (23).

Resultará implícita do ato?

Ainda assim, se extinguiria pela novação, como a fiança (24).

Não pensa dessa maneira Carvalho de Mendonça, seguido por Carvalho Santos, no texto supra transcrito.

Mas é mesmo do primeiro desses insignes mestres a afirmativa de que “as regras do direito francês e italiano, a respeito da ratificação, bem se enquadram no sistema do direito civil pátrio”.

Ora, se ali a ratificação libera o promitente, outro não será aqui o efeito, *ex-vi* da novação do contrato.

Embora sem o declarar, não é de certo por outro fundamento que João Luiz Alves conclue:

“Se o terceiro ratifica a promessa, assumindo a obrigação, *desaparece a responsabilidade do promitente*; subsiste entre o terceiro e o credor da prestação prometida, uma obrigação da mesma natureza que a que fosse diretamente contraída entre um e outro (25).

VI — A obrigação de indenizar o promitente perdas e danos ao estipulante condiciona-se, como se vê, ao fato de não cumprir o terceiro a promessa, ou não a ratificar (26).

Si tal ocorre, nasce para o promiten-

(19)—ACHILLES GIOVENE, Obr. cit., n. 49.

(20)—CLOVIS BEVILAQUA, obr. cit., pbs. ao artigo 1463.

(21)—M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, obr. cit. numero 221.

(22)—Cod. Civil, art. 1063.

(23)—CARVALHO SANTOS, obr. cit. com. ao art. 929, Cfr. LACERDA DE ALMEIDA, obr. cit. pag. 35 e outros.

(24)—Cod. Civil, art. 396.

(25)—Cod. Civil, art. 900, § unico.

(26)—Cod. Civil, anot. ao art. 929.

te, *ipso facto*, o dever juridico de indenizar, salvo isenção de culpa.

Surgirá, então, a necessidade de saber como deve ser prestada a indenização devida.

Ficou esclarecido que o objeto da promessa não é o fato do terceiro, mas o empenho ou diligencia do promitente para sua obtenção.

Não ha, efetivamente, confundir essa prestação de fazer com a que se espera do terceiro, ulterior e hipotetica, sempre diferente e que pode até consistir numa obrigação de dar.

Recusada a aceitação, como o terceiro ainda não é um devedor, nem é possível obrigá-lo a ser, resulta desse presuposto que se tornou impossível para o promitente realizar a prestação devida, *id est*, a obtenção do fato alheio.

Porque não é isso realizavel, a indenização ha de ser em dinheiro.

Não pode o credor estipulante exigir a reparação em *forma especifica*, qual seria a execução do fato alheio, pela razão obvia de que não fora isso o a que o promitente se obrigára.

Nem este, tão pouco, poderia, contra a vontade do estipulante, executar o fato em vez de pagar dinheiro.

Equivaleria exigir ou dar *aliud pro alio*, e

“o credor não é obrigado a receber,

nem o devedor a prestar coisa diversa do objeto da obrigação” (27).

Ejus quod debetur, uti debetur praestatio.

Outra será, entretanto, a solução, si vencedora a opinião de que, ainda com a aceitação da promessa, continúa obrigado o promitente como fiador do terceiro, ou seu corresponsavel a outro titulo.

Mesmo nessa hipotese, forçoso será atender ás regras prescritas na lei e consagradas na doutrina, sobre a execução das obrigações de dar, fazer, ou não fazer, conforme por uma ou outra se haja vinculado o terceiro.

* * *

Não houve proposito, neste humilde trabalho, de apreciar a promessa de fato de terceiro, em todas as suas minucias.

Visou-se, principalmente, salientar o efeito novativo da aceitação dela pelo terceiro, si, sem reserva, o estipulante consentiu.

Estará certo? Será um erro?

Dicant sapientes.

Fortaleza, 30 de março de 1939.

(27)—LACERDA DE ALMEIDA, obr. cit., pag. 37.

