

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
Departamento de Direito Civil
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*

Disciplina: DCV5939-1 Fronteiras do Direito Contratual I

Responsável: Professor Doutor e Livre Docente Cristiano de Sousa Zanetti

Professor Assistente: Paulo Doron Rehder de Araújo

Alunos: Eliana Buonocore Baraldi (ME) No. USP: 393740

Rafael Francisco Alves (DO) No. USP: 3330904

Viviane Alves de Moraes (ME) No. USP: 3494365

Seminário V – Estipulação em Favor de Terceiro e Promessa de Fato de Terceiro

Questão 13 – Âmbito de aplicação do art. 437. A existência da pretensão do terceiro afasta a possibilidade de exoneração? A aceitação do terceiro altera a solução do problema?

Natureza da norma e âmbito de aplicação. A estipulação em favor de terceiro é regulada pelos artigos 436 a 438 do Código Civil. Dada a sua natureza dispositiva¹, prevalecerá apenas no silêncio das partes. Da doutrina brasileira decorre que se trata de exceção ao princípio da relatividade dos contratos (*res inter alios acta*)²: uma das partes (promissário ou estipulante) atribui vantagem pecuniária gratuita em favor de um terceiro (ou beneficiário) estranho ao contrato, vantagem essa a ser prestada diretamente ao terceiro pela outra parte (promitente ou devedor)³. Da doutrina se extraem, ainda, três requisitos de validade: (i) o terceiro deve ser estranho à relação contratual entre promitente e promissário; (ii) partes devem pactuar o benefício a esse terceiro; (iii) o benefício deve ser gratuito⁴.

¹ Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. V (Coord: ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza), Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 244. FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. *Estipulação em Favor de Terceiro*. Teoria Geral dos Contratos (Coord.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. Atlas, São Paulo, 2011, pág. 466. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XXVI, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1959, pág. 211.

² Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. V (Coord: ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza), Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 244 e 267; GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 2007, pág. 197. FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. *Estipulação em Favor de Terceiro*. Teoria Geral dos Contratos (Coord.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. Atlas, São Paulo, 2011, p. 471; ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Breves apontamentos sobre a estipulação em favor de terceiro no Novo Código Civil*. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9730-9729-1-PB.pdf>; acesso em 18.5.2014.

³ Em conjunto, as partes e o terceiro serão também referidas neste trabalho por “figurantes”, dado que a doutrina assim a eles também alude.

⁴ Segundo Clóvis Bevilacqua, “dá-se estipulação em favor de terceiro, todas as vezes que uma pessoa, o estipulante, convencionou com outra, o promitente, para conferir um direito a terceiro, que se denomina beneficiário” (*Direito das Obrigações*. Red Livros. Campinas, 2000, pág. 269). No mesmo sentido, Orlando Gomes, *Contratos*. Rio de Janeiro, Forense, 2007, pág. 197).

Ainda, segundo Cristiano de Sousa Zanetti: “Desse modo, em síntese, pode-se afirmar que a possibilidade de terceiro exigir o cumprimento de contrato está condicionada à existência de pretensão que lhe seja exclusivamente favorável, sem que haja, portanto, qualquer prestação que lhe caiba. Para o terceiro, portanto, a estipulação é um negócio jurídico benéfico e não sinalagmático.” (Breves apontamentos sobre a estipulação em favor de terceiro no Novo Código Civil. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9730-9729-1-PB.pdf>; acesso em 18.5.2014).

Segundo autores portugueses⁵, entre promitente e estipulante existe (i) uma relação de cobertura ou provisão⁶; e (ii) entre o estipulante e o beneficiário, uma relação de *valuta*. Entre beneficiário e promitente, também existe uma relação direta, independentemente de intermediação do estipulante, na medida em que o próprio artigo 436, parágrafo único do Código Civil faculta ao terceiro o direito de exigir a obrigação que se lhe prometeram⁷. Feitas estas ponderações iniciais, passamos ao exame das questões.

Direito do estipulante a exonerar o promitente de forma unilateral. Da interpretação conjunta dos artigos 436 a 438 do Código Civil, muito bem sintetizada por Custódio Miranda, conclui-se que o estipulante poderá exonerar o promitente desde que: (i) o beneficiário ainda não tenha adquirido o direito de exigir a pretensão material⁸ ou (ii) o estipulante tenha se reservado expressamente o direito substituir o beneficiário nos termos do artigo 438 do Código Civil.

Quando o beneficiário adquire o direito de exigir a pretensão material? Faz-se necessário perquirir a respeito de dois momentos: (i) o da aquisição da pretensão material pelo beneficiário e (ii) aquele em que o beneficiário se torna efetivamente titular do exercício do direito estipulado em seu favor. Isto porque a maioria doutrina brasileira entende que, uma vez adquirido pelo beneficiário o direito de exercer a pretensão, cessa para o estipulante eventual direito de exonerar unilateralmente o promitente.

Aquisição da pretensão material. A doutrina brasileira adota a teoria da aquisição imediata da pretensão material pelo terceiro, segundo a qual, nada dispondo em contrário o contrato⁹, ocorre quando da celebração do contrato entre promitente e estipulante. É o que defende, por exemplo, Pontes de Miranda: “*Com a conclusão do negócio jurídico bilateral, o terceiro adquire, pelo simples fato da vontade das partes, o direito e a pretensão à prestação prometida.*”¹⁰ A esse respeito, vale conferir que o direito alemão, italiano e português positivam a mesma regra¹¹. No silêncio das partes, para a doutrina brasileira, a anuência, a

⁵ VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, v.I, 10ªed., Coimbra: Almedina, 2008, p.419. Ver também FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. *Estipulação em Favor de Terceiro. Teoria Geral dos Contratos* (Coord.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. Atlas, São Paulo, 2011, pág. 469

⁶ ASSIS, Araken; ANDRADE, Ronaldo Alves de e ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Do Direito das Obrigações*. Vol. V (Coord.) ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza. Forense, Rio de Janeiro, 2007, pág.255

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial*, Tomo XXVI, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1959, pág. 217: “*A eficácia da estipulação a favor de terceiro consiste em que o terceiro adquire o direito e a pretensão, que um dos figurantes prometeu, sem ser preciso que a prestação vá do promitente ao promissário e desse ao terceiro. A transferência é entre o patrimônio do promitente e o patrimônio do terceiro, sem qualquer intermediariedade.*” É de se enfatizar a figura do estipulante como o “*inútil intermediário*” entre beneficiário e promitente, assim referida pela doutrina e em precedentes jurisprudenciais, de modo a sustentar a existência de relação contratual entre promitente e beneficiário, inclusive a garantir legitimidade exclusiva deste contra aquele. É esse o entendimento manifestado no REsp 401.718 – PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 3.9.2002, bem como no REsp 1.245.618, Rel. Min. Nancy Andrighi. Há hipóteses em que o STJ reconheceu a legitimidade concorrente de promissário e beneficiário para a exigência do cumprimento da obrigação pelo promitente. Confira-se AgRg no REsp 1.336.758, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 20.11.2012.

⁸ MIRANDA, Custódio da Penha Ubaldino. *Comentários ao Código Civil. Dos Contratos em Geral*. Vol. 5. (Coord.) AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Saraiva, São Paulo, 2013, pág. 212 e 216

⁹ Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. V (Coord: ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza), Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 275.

¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial*, Tomo XXVI, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1959, pág. 249. Ver também: MIRANDA, Custódio da Penha Ubaldino. *Comentários ao Código Civil. Dos Contratos em Geral*. Vol. 5. (Coord.) AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Saraiva, São Paulo, 2013, pág. 212; Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. V (Coord: ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza), Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 242; ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Breves apontamentos sobre a estipulação em favor de terceiro no Novo Código Civil*. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9730-9729-1-PB.pdf>; acesso em 18.5.2014

¹¹ Artigos 328 do BGB (Código civil alemão), 443 do código civil português e 1411 a 1413 do código civil italiano.

aceitação e até o conhecimento do beneficiário seriam irrelevantes para a aquisição do direito à estipulação feita em seu favor¹². Assim ensina Arnaldo Rizzardo: “*Não se reclama o consentimento do beneficiário à constituição do contrato, e, por conseguinte, à criação de vantagens em seu proveito, da mesma forma como o herdeiro adquire a herança no momento da abertura da sucessão, independentemente de sua aceitação, e até de sua ciência*”¹³.

Para Orlando Gomes, no entanto, a eficácia (não a aquisição) do direito material dependeria da aceitação do beneficiário, que, uma vez que acede com o contrato, faz retroagir os efeitos da aquisição da pretensão material à data da celebração do contrato. “*Não obstante ser o terceiro pessoa estranha ao contrato, necessário se torna a aceitação do benefício (sic). O direito que se lhe atribui não entra automaticamente em seu patrimônio. Se não o quer, o efeito do contrato não se realiza. Daí não se segue porém que a validade do contrato dependa de sua vontade. Mas sem dúvida, a eficácia fica nessa dependência. Manifestada a anuência do beneficiário, o direito considera-se adquirido desde o momento em que o contrato se tronou perfeito e acabado*”¹⁴.

Parece pertinente a interpretação de Orlando Gomes, dado que a qualquer tempo será dado ao terceiro recusar o benefício. Nesse caso, não haverá que se falar quer em aquisição do direito, quer em eficácia do direito (para o beneficiário, pois o direito do promissário remanescerá incólume em caso de recusa do beneficiário, como a seguir se verá). No entanto, Custódio Miranda manifesta entendimento contrário ao de Pontes de Miranda, no sentido de que é despidendo ao terceiro aceitar expressa e previamente o benefício, pois quando vier a exercer o direito de executá-lo contra o promitente, ele o estará aceitando tácita e inequivocamente¹⁵. De todo modo, silente o contrato, uma vez perfeito e acabado, não pode o estipulante exonerar o promitente sem o consentimento do beneficiário.

Aquisição pelo beneficiário do direito a exigir a pretensão material. Custódio Miranda não defende o posicionamento, mas pondera que a aceitação pode ser relevante para por fim ao direito do estipulante de exonerar unilateralmente o promitente: Segundo o autor, a doutrina atribuiria um duplo efeito à aceitação: (i) o de fazer com que a pretensão ingresse efetivamente no patrimônio do terceiro e (ii) o de fazer cessar a pretensão do estipulante de revogar/resolver a estipulação: “*a aceitação é o ato pelo qual o direito do terceiro ingressa definitivamente no seu patrimônio, assumindo, até então, a natureza de um direito meramente provisório*”. E vai além, defendendo que “*é a partir desse momento que o estipulante não mais pode revogar a estipulação, exonerando o devedor, nem substituir a pessoa do beneficiário*” No entanto, conclui que não é o caso de condicionar o exercício da pretensão do beneficiário a qualquer forma de aceitação, dado que a lei brasileira não faz tal exigência, muito menos prevê forma ou prazo para tal¹⁶. Clóvis Bevilacqua sustenta que, apenas com a aceitação do terceiro, nasceria para ele o direito de executar a obrigação que se lhe prometeram: “*Quando chegar o momento da execução, em vez de operar-se um*

¹² Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. V (Coord: ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza), Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 244. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 3º volume, Saraiva, São Paulo, 2005, pág. 211

¹³ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Forense, Rio de Janeiro, 2001, pág. 467. Ver também PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XXVI, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1959, pág. 244 e Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. V (Coord: ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza), Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 267.

¹⁴ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 2007, pág. 197

¹⁵ MIRANDA, Custódio da Penha Ubaldino. Comentários ao Código Civil. Dos Contratos em Geral. Vol. 5. (Coord.) AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Saraiva, São Paulo, 2013, pág. 217

¹⁶ MIRANDA, Custódio da Penha Ubaldino. Comentários ao Código Civil. Dos Contratos em Geral. Vol. 5. (Coord.) AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Saraiva, São Paulo, 2013, pp. 213/214

movimento de refluxo sobre o estipulante, opera-se um de propulsão, de projeção, em direção ao beneficiário. Este, firmado nas prestações do estipulante, que chama a si, por sua aceitação, adquire o direito de exigir a execução do prometido". Nessa linha, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra da I. Min. Nancy Andrighi¹⁷: *"Na estipulação em favor de terceiro, tanto o estipulante quanto o beneficiário podem exigir do devedor o cumprimento da obrigação (art. 436, par. Único, do CC/02 ou art. 1098, par único, do CC/1916) Com isso, o terceiro, até então estranho à relação obrigacional originária, com ela consente e passa efetivamente a ter direito material à prestação que lhe foi prometida. Nessas situações, nem mesmo o estipulante pode lhe retirar o direito de pleitear a execução do contrato (art. 437 do CC/02). O terceiro tem, portanto, legitimidade para exigir em juízo a prestação que lhe foi prometida"*. Essas ponderações são relevantes para o caso dos contratos sob condição, termo ou encargo. Como já visto, nestes casos nasce para o beneficiário o direito à estipulação, independentemente da aceitação, devendo incidir a teoria da aceitação imediata. O fato de o direito estar suspenso por condição, termo ou encargo não retira do beneficiário o direito quem embora resolúvel, impede o estipulante de exonerar o promitente sem o consentimento do beneficiário.

Reserva pelo estipulante do direito de substituição do beneficiário (438). É nosso entendimento que a regra da aquisição imediata prevaleceria apenas no silêncio das partes ou em caso de condição, termo ou encargo¹⁸, pois no caso de o estipulante efetuar a reserva à substituição do beneficiário no contrato, é certo que o beneficiário aderirá à avença já com a ressalva e ficará *"sujeito às condições e normas do contrato"* (art. 436 do Código Civil). Logo, adquirirá um direito sob ressalva, revogável ou resolúvel, e não poderá se insurgir contra o estipulante caso ele exerça o direito de substituir o beneficiário, direito esse a que expressamente se reservou. Nessa hipótese, a aceitação do beneficiário é irrelevante e o direito do estipulante a revogar ou resolver a estipulação exonerando o promitente remanesce intacto. A única exceção em que o estipulante poderia substituir o beneficiário mesmo que não ressalve esse direito vem prevista pelo art. 791 do Código Civil, e diz respeito ao contrato de seguro de pessoa. Portanto, nascido o direito de o beneficiário executar a obrigação (que pode coincidir com o momento da aquisição da pretensão do direito material, mas com ele, neste caso, não se confunde), não mais pode o estipulante exonerar unilateralmente o promitente. No caso de ter sido feita pelo estipulante a reserva de substituir o beneficiário nos termos do artigo 438 do Código Civil, não nos parece que haja qualquer óbice a que o estipulante exonere o promitente, quer pela substituição do beneficiário, quer pelo término do contrato em si, sem necessidade de aquiescência do beneficiário (dado que o tanto o término do contrato quanto a substituição do beneficiário operariam idênticos efeitos sobre o último). Ensina Araken de Assis que nesse caso a própria aquisição do direito material restaria diferida (ou suspensa) quando o estipulante reservar-se o direito de substituir o beneficiário (438) ou impuser condição ou termo ao benefício¹⁹.

Direito do beneficiário à exoneração do proponente. A recusa do beneficiário ao benefício não importará exoneração do promitente. Como visto, o artigo 436 atribui ao estipulante e ao terceiro direito distintos e autônomos de exigir o cumprimento da obrigação estabelecida em favor do terceiro. A doutrina brasileira, na voz de Araken de Assis,

¹⁷ RESP 979.679, Rel Min. Nancy Andrighi, julgado em 8.9.2009

¹⁸ Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. V (Coord: ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza), Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 267 e 295.

¹⁹ Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. V (Coord: ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza), Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 267-268.

estabelece a distinção dos direitos: “o terceiro tem pretensão a que o promitente preste; o estipulante, a que o promitente preste ao terceiro”²⁰. Segundo Pontes de Miranda, na recusa do beneficiário, remanesce incólume o direito do estipulante de exigir do promitente o cumprimento da obrigação, ainda que o beneficiário tenha manifestado a sua recusa. Esse é, também, o entendimento do STJ em diversos julgados²¹.

No entanto, em caso de o estipulante expressamente renunciar ao direito de exigir a prestação, a manifestação de vontade do beneficiário exonerará o promitente.

Conclusão. No silêncio dos contratos, quer parecer que o momento em que o beneficiário adquire o direito a exigir do promitente a pretensão coincide com o da aquisição do direito à própria pretensão, mesmo que condição, termo ou encargo lhe tenham sido impostos. O direito à pretensão nasce com a assinatura do contrato (plano da existência) e ficará suspenso até que se implemente eventual condição ou termo ou até que se cumpra o encargo. Segundo Araken de Assis, nessa hipótese, o direito do beneficiário terá caráter temporário e resolúvel²²: “Se há contrato a favor de terceiro, ou o direito lhe nasce imediatamente à conclusão do contrato, ou vai nascer quando se implir a condição, ou se vai munir de pretensão se atingir o termo.” (...) “A atribuição pode ser condicional ou a termo; de modo que só nasça o efeito atributivo ao se dar a condição, ou ao atingir-se o termo.”²³

Nessa hipótese, não pode o estipulante exonerar o promitente sem a anuência do beneficiário²⁴. Em caso de o estipulante ressaltar o direito de substituição do beneficiário, poderá unilateralmente exonerar o promitente, sendo irrelevante a aceitação do beneficiário, dado que o artigo 436 o sujeita às condições do contrato. Permitida a exoneração unilateral do promitente pelo estipulante, não há forma prevista para a sua ultimação – que poderá decorrer de ato unilateral do estipulante. Parte da doutrina brasileira entenderá como revogação²⁵ e parte como resolução²⁶.

Questão 14 - Regime das objeções e exceções. Quais são oponíveis pelo estipulante, pelo promitente e pelo terceiro?

Exceções e objeções são meios de defesa. Há controvérsia a respeito de sua conceituação no direito brasileiro. Há quem entenda que exceção (em sentido lato) contempla a objeção e a exceção (em sentido estrito)²⁷. Na terminologia de Pontes de Miranda, a exceção *encobre*, ao passo que a objeção *nega* a eficácia do negócio jurídico²⁸. Há também a distinção

²⁰ Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. V (Coord: ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza), Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 261.

²¹ “Se o direito do terceiro, por nulidade ou ineficácia da estipulação a favor de terceiro, não se produziu, ou se foi desfeito, inclusive em virtude da renúncia ou recusa do terceiro, é de entender-se que o direito do promissário ficou incólume”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial*, Tomo XXVI, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1959, pág. 245

²² Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. V (Coord: ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza), Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 267/268.

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial*, Tomo XXVI, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1959, pág. 244 e 249

²⁴ MIRANDA, Custódio da Penha Ubalino. *Comentários ao Código Civil. Dos Contratos em Geral. Vol. 5.* (Coord.) AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Saraiva, São Paulo, 2013, pág. 212

²⁵ Artigo 328 do BGB (código civil alemão), artigo 443 do código civil português e artigo 1411/1413 do código civil italiano

²⁶ Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. V (Coord: ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza), Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 244. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. 3º volume*, Saraiva, São Paulo, 2005, pp. 288/289

²⁷ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial*, t. XXXIV, atualizado por Raquel Sztajn, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, ¶ 3868, p. 249.

²⁸ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial*, t. XXII, atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, ¶ 3868, p.82.

entre exceções substanciais e exceções processuais²⁹. No campo processual, parte da doutrina entende que a exceção encerra matérias que devem ser alegadas pela parte para serem conhecidas pelo juiz, ao passo que objeções são cognoscíveis *ex officio*³⁰. Para os propósitos deste trabalho, o conceito de exceção será empregado em sentido amplo, para abarcar exceções e objeções, sejam materiais, sejam processuais.

Como qualquer análise dogmática, o ponto de partida deve ser a lei. Todavia, ao contrário de outras legislações nacionais (tais como a portuguesa³¹ e a italiana³²) e de iniciativas de direito uniforme, como os princípios UNIDROIT (artigo 5.2.4)³³ e a *Draft Common Frame of Reference* [regra 9:302 (b)]³⁴, o Código Civil brasileiro não contém dispositivo específico a respeito do regime das exceções na estipulação em favor de terceiro³⁵. Na ausência de disposição legal expressa, cabe ao intérprete buscar respostas considerando: (i) o regime *geral* da estipulação em favor de terceiro, já exposta acima e (ii) os regimes *específicos* das exceções. A análise destes regimes será dividida em relação (a) àquelas oponíveis pelo estipulante-promissário, (c) pelo promitente e (c) terceiro.

a) Exceções oponíveis pelo estipulante-promissário

Analisando-se, em primeiro lugar, a posição do estipulante-promissário, é preciso investigar as exceções que este possa ter contra o promitente e o terceiro. Neste contexto, particularmente relevante são as *exceções pessoais*. Via de regra, as exceções que o estipulante-promissário eventualmente tenha em relação ao promitente (e vice-versa) não podem ser opostas contra o terceiro³⁶. Não parecer haver dissenso a esse respeito na doutrina e isso decorre do próprio regime a que estão submetidas essas exceções. Como exemplo, a compensação (que para Pontes de Miranda não seria propriamente uma exceção e sim um “*direito formativo extintivo*”), conforme o artigo 368, do Código Civil³⁷. Ademais, o estipulante pode opor contra o promitente as exceções não pessoais, derivadas do negócio jurídico, como por exemplo, a *exceptio non adimpleti contractus* e a *exceptio non rite adimpleti contractus*, a exceção de segurança.

²⁹ Distinção que também é usada por Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado – Parte Especial, t. XXXIV, atualizado por Raquel Sztajn, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, ¶ 3868, p. 249. Sobre essa distinção, ver também Fredie Didier Júnior, Teoria da exceção: a exceção e as exceções. In: Revista de Processo, vol. 116, 2004, p. 54.

³⁰ Fredie Didier Júnior, Teoria da exceção: a exceção e as exceções. In: Revista de Processo, vol. 116, 2004, p. 54. Para uma crítica a esse respeito, ver Heitor Vitor Mendonça Sica, Direito de defesa e tutela jurisdicional – estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2008, passim.

³¹ Vide artigo 449 do Código Civil português.

³² Vide artigo 1413 do Código Civil italiano.

³³ “The promisor may assert against the beneficiary all defences which the promisor could assert against the promise”. Os comentários a respeito desse artigo deixam claro que se trata de regra dispositiva: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, acesso em 19.05.2014.

³⁴ “The contracting party may assert against the third party all defences which the contracting party could assert against the other party to the contract”, disponível em http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfv_outline_edition_en.pdf, acesso em 19.05.14.

³⁵ A conveniência de uma regra a esse respeito é também discutida no âmbito do projeto de unificação do direito privado na União Europeia e no âmbito dos princípios comuns do direito privado vigente nos países europeus: “il semble opportun de prévoir une règle dont on puisse induire les effets de la stipulation pour autrui entre le promettant et le tiers bénéficiaire”. Projet de Cadre Commun de Référence, Principes Contractuels Communs, Société de Législation Comparée, v.7, 2008, p. 526-527.

³⁶ Neste sentido, Araken de Assis, Comentários ao Código Civil Brasileiro, vol. V (Coord: ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza), Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 283.

³⁷ “Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem”.

b) Oponíveis pelo promitente

Passando-se à posição do promitente, em primeiro lugar, ele não pode opor contra o terceiro as *exceções pessoais* que eventualmente possua em relação ao promissário³⁸. Em particular, não pode ser oposta, por exemplo, a compensação em razão de dívida do promissário, porque o terceiro tem direito próprio³⁹. Por outro lado, são oponíveis as exceções que o promitente tenha contra o próprio terceiro, oriundas da pessoa deste⁴⁰. Muito embora a estipulação em favor de terceiro não trate de solidariedade ativa⁴¹, há semelhança dos institutos neste ponto, conforme o artigo 273⁴².

No que diz respeito às exceções *derivadas do negócio jurídico*, a solução parece ser diversa. Tome-se como exemplo a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*). Segundo os autores pesquisados, tratando-se de contratos sinalagmáticos, o terceiro pode valer-se dessa exceção contra o promitente sempre que a prestação deste corresponder à contraprestação do promissário⁴³. O meio de defesa do terceiro, novamente, *derivaria* do negócio que originou a estipulação em seu favor⁴⁴. A despeito desse entendimento doutrinário, o artigo 476 do Código Civil brasileiro estabelece que essa exceção *somente* pode ser oposta pelos *contratantes*⁴⁵, o que *não* é o caso do terceiro beneficiário⁴⁶. Há um ônus argumentativo, portanto, para lidar com essa disposição. Por que a exceção também *derivaria* do negócio que originou a estipulação? Convém retomar aqui o regime geral da estipulação em favor de terceiro. A distinção feita acima entre *relação de cobertura* e *relação de valuta* mostra-se de todo adequada neste ponto, lembrando-se que o terceiro possui um direito *autônomo*, porém *derivado* do negócio celebrado entre promitente e promissário⁴⁷. Isso equivale a dizer que o terceiro não pode ir além da posição do estipulante. Por um lado, não pode o estipulante atribuir posição mais vantajosa do que possui, salvo estipulação em contrário. Por outro lado, não pode o promitente ter sua posição agravada para além das obrigações que assumiu. Assim, se o promitente obrigou-se a prestar (ao terceiro) *desde que* o promissário satisfizesse determinada contraprestação numa relação sinalagmática⁴⁸, podendo opor-lhe a exceção de contrato não cumprido, não poderia o terceiro simplesmente ficar

³⁸ Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado – Parte Especial, t. XXVI, atualizado por Nelson Nery Jr. e Ruy Rosado de Aguiar Júnior, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, ¶ 3159, p. 392.

³⁹ Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado – Parte Especial, t. XXVI, atualizado por Nelson Nery Jr. e Ruy Rosado de Aguiar Júnior, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, ¶ 3159, p. 392. No mesmo sentido, Araken de Assis, Comentários ao Código Civil Brasileiro, vol. V, (Coord: ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza), Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 283.

⁴⁰ Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado – Parte Especial, t. XXVI, atualizado por Nelson Nery Jr. e Ruy Rosado de Aguiar Júnior, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, ¶ 3159, p. 393-394.

⁴¹ A esse respeito, Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, Comentários ao Código Civil – Dos Contratos em geral (arts. 421 a 480), v. 5, Coord. Antônio Junqueira de Azevedo, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 202.

⁴² “Art. 273. A um dos credores solidários não pode o devedor opor as exceções pessoais oponíveis aos outros”.

⁴³ Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado – Parte Especial, t. XXVI, atualizado por Nelson Nery Jr. e Ruy Rosado de Aguiar Júnior, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, ¶ 3159, p. 394. Rafael Villar Gagliardi, Exceção de contrato não cumprido, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 170.

⁴⁴ Araken de Assis, Comentários ao Código Civil Brasileiro, vol. V (Coord: ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza), Forense: Rio de Janeiro, 2007, p.282). No mesmo sentido, Gabriel Seijo Leal de Figueiredo, Estipulação em favor de terceiro, In: Teoria Geral dos Contratos, coord. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni, São Paulo: Atlas, 2011, p. 475-476.

⁴⁵ “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

⁴⁶ Em sentido contrário, Luciano de Camargo Penteado entende que o terceiro, independentemente de sua anuência, “assemelha-se à parte do negócio jurídico. Isso porque é parte na relação jurídica formada a partir do negócio, com direito próprio e independente dos direitos dos demais. Daí poder demandar em nome próprio direitos decorrentes do contrato.” (Efeitos contratuais perante terceiros, São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 130-131).

⁴⁷ Manoel Ignacio de Carvalho Mendonça, Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito, 3ª ed, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 358.

⁴⁸ J.M. de Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado, v. XV, 2ªed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 311.

alheio a essa exceção, adquirindo assim posição mais vantajosa do que o próprio promissário. A exceção de contrato não cumprido é *inerente* aos contratos bilaterais, já que o sinalagma é da *essência* destes⁴⁹. Na classificação de Antonio Junqueira de Azevedo, é “*elemento categorial natural*”, ou seja, aquele que não resulta “*da vontade das partes, mas, sim, da ordem jurídica*”⁵⁰. No mesmo sentido, Cristiano Zanetti: “*o direito de opor a exceção do contrato não cumprido, previsto no art. 476, encontra-se estreitamente relacionado à natureza de todo e qualquer contrato bilateral*”⁵¹. Os autores portugueses, analisando o artigo 449 do Código Civil português, concluem que a solução do legislador português liga-se à própria *natureza* do negócio, da *relação de cobertura* explicada acima⁵², conclusão que nos parece aplicável também ao direito brasileiro, a despeito da ausência de um dispositivo expresso a esse respeito. Portanto, conclui-se que o promitente pode opor a exceção de contrato não cumprido ao terceiro, independentemente da anuência deste ao negócio, observados os requisitos legais próprios dessa exceção. A mesma solução parece aplicável para outras exceções *derivadas* do contrato, como, por exemplo, a *non rite adimpleti contractus*⁵³.

Por fim, em relação às exceções processuais, a solução parece-nos distinta. Exemplos típicos dessas exceções são: **(i)** a incompetência relativa (por exemplo, em função de cláusula de eleição de foro, nos termos do artigo 111, do Código de Processo Civil⁵⁴) e **(ii)** a convenção de arbitragem (nos termos do artigo 301, IX, do Código de Processo Civil). Em se tratando de negócios jurídicos que produzem efeitos processuais (a teor do que dispõe o artigo 158 do CPC⁵⁵, tratando-se, portanto, de negócios jurídicos processuais⁵⁶), eles produzem efeitos perante aqueles que manifestaram o seu consentimento⁵⁷, a despeito de entendimento doutrinário em sentido diverso⁵⁸. Essa solução parece mais clara em relação à convenção de arbitragem, pois: **(i)** trata-se de uma renúncia à tutela jurisdicional estatal, que deve ser

⁴⁹ Orlando Gomes, Contratos, 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 111.

⁵⁰ Negócio jurídico – existência, validade e eficácia, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35-37.

⁵¹ Cristiano de Sousa Zanetti, Direito Contratual Contemporâneo – a liberdade contratual e sua fragmentação, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2008, p. 247.

⁵² Diz João de Matos Antunes Varela: “A relação de cobertura ou de provisão tem uma importância fundamental na fixação dos direitos e deveres recíprocos do promitente e do promissário, bem como na determinação dos meios de defesa que podem opor um ao outro. [...] E tem a mesma influência nas relações entre promitente e terceiro, visto aquele poder opor a este, nos termos do artigo 449º, todos os meios de defesa derivados do contrato” (Das obrigações em geral, v.I, 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 419. No mesmo sentido, Antonio Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil português, t. II, Coimbra: Almedina, 2010, p. 582.

⁵³ Neste sentido, Gabriel Seijo Leal de Figueiredo, Estipulação em favor de terceiro, In: Teoria Geral dos Contratos, coord. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni, São Paulo: Atlas, 2011, p. 475.

⁵⁴ “Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações. §1º O acordo, porém, só produz efeito, quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico. § 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes.”

⁵⁵ “Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”.

⁵⁶ Neste sentido, ver Carlos Alberto Carmona, Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96, São Paulo, Atlas, 2009, p. 188-190. Clóvis do Couto e Silva, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XI, Tomo II, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 564-565.

⁵⁷ Interpretando o direito italiano, GALLO, Paolo. Trattato del contratto, t. II, Torino, UTET, 2010, p. 1700-1701. Todavia, o autor também admite a possibilidade de se adotar o regime da cessão de crédito, por analogia, o que resultaria em solução diversa.

⁵⁸ Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado – Parte Especial, t. XXVI, atualizado por Nelson Nery Jr. e Ruy Rosado de Aguiar Júnior, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, ¶ 3159, p. 394. Araken de Assis parece defender também que o terceiro estaria vinculado a eventual cláusula de foro ou compromisso arbitral existente no contrato entre o promitente e o promissário, com o que não concordamos, pelos motivos expostos (Comentários ao Código Civil Brasileiro, vol. V, Coord. ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza, Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 282).

interpretada restritivamente⁵⁹ e (ii) a lei de arbitragem dispõe expressamente que a cláusula arbitral é negócio jurídico autônomo em relação ao contrato de que faz parte (artigo 8º, *caput*, da lei 9.307/96)⁶⁰.

c) Oponíveis pelo terceiro

As exceções oponíveis pelo terceiro contra o promitente ou contra o promissário também estão relacionadas com serem ou não *derivadas* do negócio celebrado, excluída a possibilidade de exceções *pessoais*, contra pessoa distinta da relação, nos mesmos moldes indicados acima. Araken de Assis explica bem essa solução: “à dívida do promitente se mostra irrelevante a hipotética relação de valuta entre o estipulante e o terceiro, em geral por ele desconhecida. Logo, nenhuma exceção e objeção decorre dessa relação. Nada obstante, inserida a causa no contrato, a exemplo do que sucede na assunção de dívida, tudo mudará de figura, pois a alegação derivará do contrato”⁶¹. De resto, como o terceiro não tem dívida, não pode opor exceção de contrato não cumprido, ou seja, nenhuma exceção decorre da relação de valuta⁶².

Questão 15 – Âmbito de aplicação do art. 439, parágrafo único. Exemplos concretos. Qual é o âmbito de exclusão da responsabilidade? Se a responsabilidade recair sobre o cônjuge, o promitente fica inteiramente exonerado?

O parágrafo único do art. 439 institui regra de exclusão de responsabilidade civil sobre o inadimplemento de contrato de promessa de terceiro nos casos em que o estipulante-promitente é cônjuge do terceiro que deixa de realizar o fato prometido. O objetivo principal é a proteção ao patrimônio do cônjuge discordante, colocado na posição de terceiro em nome de quem se promete algo. A regra também confere eficácia ao princípio da relatividade da obrigação, pois estabelece distinção entre a vontade dos cônjuges e impede a produção de efeitos fora da relação contratual em face de propriedade condominial conjugal. Se o cônjuge-terceiro não cumprir o estipulado, ocorre o inadimplemento do contrato em favor de terceiro e a impossibilidade de obrigar-se terceiro a cumprir o fato, dada a relatividade dos contratos⁶³ como vínculo obrigacional vinculante apenas entre as partes.

A consequência direta do inadimplemento é o surgimento, para o promissário, do direito de exigir do promitente a solução do contrato pela paga de perdas e danos, transformado assim em um valor, um crédito a receber pelo descumprimento do contrato. No entanto, a depender da regra patrimonial adotada pelos cônjuges, a execução da obrigação de indenizar poderá afetar o patrimônio do cônjuge-terceiro. Em que pese a redação do dispositivo legal, não há exoneração completa o cônjuge-promitente de sua responsabilidade pela frustração do contrato: a exclusão da responsabilidade limita-se à existência de bens comunicáveis em cada um dos regimes de matrimônio.

⁵⁹ Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*, São Paulo, Atlas, 2009, p. 83.

⁶⁰ “Art. 8º. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

⁶¹ Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. V (Coord: ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza), Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 282.

⁶² Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. V (Coord: ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza), Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 283.

⁶³ Sobre o assunto, ver artigo de URBANO, Hugo Evo Magro. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. In.: *Revista de Direito Privado*. Nº 43. Editora RT, jul-set 2010.

Para verificar a existência dos mesmos, é necessário observar o regime de bens e suas soluções patrimoniais. Explique-se: caso o cônjuge-promitente tenha bens particulares ou comunicáveis, estes poderão ser executados mesmo que o mesmo tenha contraído núpcias no regime de comunhão total de bens. Neste regime a existência de (i) bens recebidos por doação ou herança com cláusula de incomunicabilidade, (ii) bens de uso pessoal, (iii) instrumentos de profissão penhoráveis, (iv) proventos do trabalho, pensões e rendas semelhantes⁶⁴ – esta parcela patrimonial pode ser objeto da execução de sentença condenatória em ação contra o promitente por perdas e danos, pois não se estará a invadir o patrimônio do cônjuge-terceiro. Isto ocorre porque a regra em comento busca proteger, única e exclusivamente, o patrimônio do cônjuge terceiro (desde que esteja de boa fé); caso as núpcias tenham sido contraídas no regime de comunhão parcial de bens, os bens comunicáveis e a meação do cônjuge-promitente poderão ser objeto da execução⁶⁵ em ação de indenização, exceto nos casos em que a execução da meação recaia sobre bem de família⁶⁶. Caso problemático será o de bem comunicável que constitua imóvel habitado pela família. Neste caso, existindo outro bem capaz de subrogá-lo, haverá substituição. Na inexistência, poderá ocorrer a penhora da meação do cônjuge-promitente, mas sua execução restará inadvertidamente obstada, a não ser nos casos em que a promessa de fato de terceiro constitua-se de fiança – caso em que a adjudicação do bem, mesmo sendo bem de família, pode ser feita pelo promissário a exigir indenização.

Exemplos concretos:

1. – Transações imobiliárias

A contar com a lição de ASSIS [2014], os casos mais comuns e problemáticos de incidência deste dispositivo envolvem transações imobiliárias, nas quais obriga-se a diferenciar dois elementos distintos: a promessa de compra e venda e o contrato preliminar.

O contrato de promessa de compra e venda de imóvel, firmado por um dos cônjuges, é promessa de terceiro por pressupor a obtenção da outorga do cônjuge quando da transação da escritura do imóvel, ou esta modalidade desnaturaliza o contrato de promessa de fato de terceiro, por nuclear-se em uma promessa de compra e venda? Neste caso, o núcleo obrigacional constitui obrigação de resultado: obter do terceiro o fato prometido. Embora o objeto do contratual seja o bem imóvel, a regra que exige a outorga uxória constitui dispositivo de direito patrimonial familiar de caráter cogente. Ao mesmo tempo, a promessa de entrega do imóvel só será adimplida em sua entrega para averbação de registro, totalmente desembaraçado de qualquer impedimento à averbação. Assim, a outorga conjugal é o requisito fundamental à realização do negócio, tornando a promessa de compra e venda ato relativo à administração do patrimônio do casal, que não confere poderes para adjudicação do imóvel⁶⁷.

⁶⁴ Art. 1668 e 1659 do Código Civil.

⁶⁵ Código de Processo Civil, art. 592, IV: “Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens: IV - do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida”; c/c art. 655-B. “ Tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem”.

⁶⁶ Neste caso, há entendimento do STJ favorável à exoneração total da penhora do bem-de-família, a fim de “evitar o desaparecimento do lar que abriga a família o devedor”.(STJ. REsp 1.105.725-RS. Min. Rel. Aldir Passarinho. DJe.: 09.08.2010) Neste caso, entendemos que a penhora do bem de família ofende o princípio da defesa da família como instituição social fundamental, e seu desrespeito ofenderia o art. 226 da Constituição Federal de 1988.

⁶⁷ Entendimento assentado a.p. do acórdão do STF em REExt nº 72.176/RS. Min. Rel. Antônio Neder. DJ.: 08.06.1976, vencido pelo voto do Ministro Rodrigues Alves. Entendeu o ministro divergente que o contrato de promessa de compra e

A distinção entre o contrato preliminar e o contrato de promessa de compra e venda ocorre, justamente, por ser este último mera manifestação de vontade, de um dos cônjuges, impondo ao promissário-comprador o dever de informar-se sobre o status civil e o regime de bens aplicável ao caso, bem como sobre a existência de patrimônio apto a responder pela execução sobre perdas e danos por tratar-se de obrigação pessoal adquirida pelo cônjuge promitente⁶⁸. No entanto, vale salientar que a outorga conjugal pode ser substituída pela autorização judicial. Em verdade, a letra da lei não obriga o cônjuge a justificar sua negativa em face do fato prometido. Neste ponto concordam ASSIS [2014] e DIAS [2010] que a ausência de motivação para a denegação da outorga é motivo suficiente para que o cônjuge-promitente demande autorização judicial a suprimir a ausência da manifestação do terceiro-cônjuge através do artigo 1.648 do Código Civil.

1.3 Outorga conjugal. Casos-limítrofes

Via de regra, todas as transações com bens imóveis feitas por um dos cônjuges só adquirem validade após a outorga do cônjuge, exceto no regime de separação legal, regime no qual tanto a administração dos bens quanto sua execução por responsabilidade civil dependem apenas dos atos do cônjuge proprietário (pois os bens são incomunicáveis). Isto ocorre na redação do artigo 1.647 do Código Civil, que não recepcionou a Súmula 377 do STF⁶⁹. Apesar disto, o STJ permanece a aplicar a referida súmula e exige, portanto, o consentimento do cônjuge para o negócio envolvendo bem imóvel adquirido na constância das núpcias constituídas sob o regime de separação legal⁷⁰. Entende-se que, mesmo no caso de separação legal, há contribuição indireta dos dois cônjuges para a aquisição de patrimônio durante a vigência do casamento, o que justifica o afastamento da regra contida no caput do art. 1.647 em prol da Súmula STF n. 377, anterior à redação do novo código, em prol do conceito de “comunhão de vidas” componente do instituto casamento, o qual influencia, igualmente, a possibilidade de execução de bem pertencente ao cônjuge-promitente, desde que adquirido na constância do casamento.

Se a outorga é obrigatória pela aplicação da Súmula 377, a execução que recaia sobre bem adquirido pelo promitente na constância do casamento poderá ser objeto de embargos de terceiro, desde que o cônjuge-terceiro em prol da presunção de contribuição para a aquisição de patrimônio, pois entendem os tribunais superiores existir comunhão de esforços para sua

venda é espécie diversa do contrato preliminar de compra-e-venda, opinião adotada a partir de então. O teor do voto é não deixa dúvidas: “(...) distingo o contrato preliminar (negócio jurídico do casal, que permita adjudicação compulsória) da simples promessa de venda que o marido faça, em termos meramente obrigacionais. No primeiro caso, sem o consentimento da mulher, o contrato não terá eficácia, nem permitirá adjudicação compulsória (não terá execução específica da obrigação). É indispensável para a validade desse pacto preliminar que a mulher dê seu assentimento ao negócio. Mas, quando se trata de mero compromisso assumido pelo marido, sem ensejo para a adjudicação compulsória, a obrigação pode ser assumida por ele somente. Se não cumprir, responderá por perdas e danos. Dentro da ampla liberdade de contratar, parece que o marido não está impedido de declarar que pretende vender tal ou qual bem seu, ou do casal, ou do terceiro, porque se trata apenas de uma obrigação assumida. O patrimônio familiar não sofre qualquer prejuízo porque, se a mulher não anuir, não há adjudicação compulsória, o bem não sai do patrimônio familiar. O marido responderá pelo inadimplemento.” P.420-421. Entendimento idêntico aparece no acórdão STJ em REsp nº 36.413-2/SP, Min. Rel. Eduardo Ribeiro. Dj.: 27.09.1993. Já sob a vigência do Código Civil de 2002,

⁶⁸ A caracterização da obrigação por perdas e danos como obrigação pessoal decorre, justamente, do entendimento de que o contrato de promessa de compra-e-venda é contrato de promessa de fato de terceiro, obrigação de fazer que produz efeitos apenas contra o promitente e permite, inclusive, a execução de sua meação, entendimento assentado, inclusive, pelo TJSP - 6ª. Câmara de Direito Público (Ap. nº 0012950-20.2011.8.26.0625, Des. Rel. Francisco Loureiro. Dj.:21.06.2012.

⁶⁹ A Súmula 377 do STF alterava o regime de separação legal de bens, definindo que, neste regime os bens adquiridos na constância do casamento são comunicáveis.

⁷⁰ Conforme demonstram os Recursos Especiais 1.199.790/MG, DJe 02.02.2011 (Relator Ministro Vasco Della Giustina), AgRg no REsp n. 1.008.684/RJ (Rel. Min. Antônio Carlos Ferrara), DJe 02.05.2012

aquisição. Consequentemente, presume-se que a execução do bem adquirido durante o casamento por denegação de outorga do cônjuge, não poderá ser objeto de execução por perdas e danos, em interpretação alargada do conceito de “comunhão de vidas”.

Já no caso de núpcias em regime de participação final dos aquestos, em que pese a regra geral de separação do patrimônio dos cônjuges anterior e posterior ao casamento e sua incomunicabilidade com o patrimônio comum, exige-se a outorga conjugal para dispor sobre seu patrimônio imóvel (mesmo que incomunicável)⁷¹, regra resultante do parágrafo único do art. 1.673⁷² e poderá haver a impugnação por ausência da outorga, desde que o patrimônio seja havido durante o casamento. Ora, estaria o mesmo bem disponível para execução da ação de indenização, caso a outorga seja denegada? Sim por força dos artigos 1.674 e 1.677, mas poderão ser objeto da proteção do cônjuge-terceiro, mesmo em caso de bem que não integre seu patrimônio, dado o entendimento jurisprudencial acima colocado, o que configura interpretação *contra lege*.

1.4 - União Estável.

Aplicam-se à união estável as regras referentes à comunhão parcial de bens⁷³, mas resta saber se o convivente-terceiro terá sua meação protegida GUIMARÃES (2004) ou se sofrerá a adjudicação do bem, guardando o direito de regresso contra o convivente-promitente DIAS(2010:180-181). Conflitam o direito do adquirente de boa-fé a adjudicar o bem e o direito do convivente coproprietário, não mencionado no contrato-promessa.

Neste sentido, projeto 276/2007, em trâmite na Câmara dos deputados, busca alterar a redação do art. 1.725, incluindo dispositivo que obrigue a declaração de convivência por parte do convivente-promitente⁷⁴, regra idêntica constara do PL 6.960/2002, rejeitada pelo relator do projeto, por considerar a união estável uma união de fato e não um estado civil⁷⁵. A questão pende, portanto, de melhor exame doutrinário mas, a observar o disposto acerca das tendências do Direito de Família e sua jurisprudência, é possível defender a aplicação da regra de outorga mesmo aos casos de conviventes de fato; no entanto, a ausência de registro público do fato promove controvérsia sobre a possibilidade de execução do bem adquirido por convivente durante o período de convivência, como já explicitado em item anterior.

⁷¹ Tornando então o contrato de promessa de compra-e-venda uma espécie atípica de contrato de promessa de terceiro.

⁷² “CAPÍTULO V - Do Regime de Participação Final nos Aquestos

Art. 1.673. *Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento.*

Parágrafo único. *A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis.*”

⁷³ Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

⁷⁴ “§ 2º Nos instrumentos que vierem a firmar com terceiros, os companheiros deverão mencionar a existência da união estável e a titularidade do bem objeto de negociação. Não o fazendo, ou sendo falsas as declarações, serão preservados os interesses dos terceiros de boa-fé, resolvendo-se os eventuais prejuízos em perdas e danos entre os companheiros e aplicando-se as sanções penais cabíveis”

⁷⁵ Inclusão feita por sugestão do prof. Álvaro Vilaça, sob o intuito de proteger as relações dos companheiros com terceiros, com o bem explica o relator do projeto, Dep. Ricardo Fiúza, em sua justificativa: “135. Art. 1.725: Para o fim de reforçar a regra de que os bens adquiridos no curso da

união estável com recursos anteriormente existentes não se comunicam ao companheiro, propõe-se a inclusão de parágrafo único no presente artigo. O parágrafo segundo, por sua vez, foi acrescentado atendendo a sugestão do professor ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO e pretende resguardar as relações dos companheiros com terceiros, a bem da segurança dos negócios jurídicos.” In: PL /2002, 75-75 . Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=50233&filename=PL+6960/2002. Data do acesso: 19/05/2014.

1.5.Fiança

Outro exemplo controverso de exoneração do promitente-cônjuge é o da fiança prestada por cônjuge e pendente de aval do cônjuge-terceiro. Nestes casos, o contrato de fiança é nulo⁷⁶. Em tais casos, o cônjuge-promitente obriga-se ao pagamento de perdas e danos ou permanece inteiramente exonerado? Neste caso, a redação da Súmula 332, aparentemente, isenta o cônjuge-promitente de toda responsabilidade, pois compreende que o ato é nulo. Porém, sendo frustrada a promessa de fato de cônjuge-terceiro (obrigação de obter a outorga da esposa), cabe pedido de indenização pela frustração da fiança e, neste caso, o cônjuge-promitente, que intentou dar fiança a outro, responderá com seus bens indisponíveis e com sua meação pela responsabilidade de indenizar o afiançado pela frustração da promessa empenhada.

BIBLIOGRAFIA

- ASSIS**, Araken, Comentário ao Código Civil, vol. V (Coord: ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza), Forense: Rio de Janeiro, 2007
- BEVILAQUA**, Clóvis. Direito das Obrigações. Red Livros. Campinas, 2000,
- CARMONA**, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96, São Paulo, Atlas, 2009
- CARVALHO DE MENDONÇA**, Manoel Ignacio. Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito, 3^a ed, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938,
- CARVALHO SANTOS**, J.M. de. Código Civil Brasileiro Interpretado, v. XV, 2^aed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938
- DIDIER Jr**, Fredie Teoria da exceção: a exceção e as exceções. In: Revista de Processo, vol. 116, 2004
- FAUVARQUE-COSSON**, Bénédicte, et al, Projet de Cadre Commun de Référence - Principes Contractuels Communs, Société de Législation Comparée, v.7, 2008
- FIGUEIREDO**, Gabriel Seijo Leal de. Estipulação em favor de terceiro, In: Teoria Geral dos Contratos, coord. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni, São Paulo: Atlas, 2011
- GAGLIARDI**, Rafael Villar. Exceção de contrato não cumprido, São Paulo: Saraiva, 2010
- GALLO**, Paolo. Trattato del contratto, t. II, Torino, UTET, 2010
- GOMES**, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 2007
- GOMES**, Orlando Gomes, Contratos, 26^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009
- MENEZES CORDEIRO**, Antonio. Tratado de Direito Civil português, t. II, Coimbra: Almedina, 2010
- MIRANDA**, Custódio da Piedade Ubaldino. Comentários ao Código Civil – Dos Contratos em geral (arts. 421 a 480), v. 5, Coord. Antônio Junqueira de Azevedo, São Paulo: Saraiva, 2013
- PENTEADO**, Luciano de Camargo. Efeitos contratuais perante terceiros, São Paulo: Quartier Latin, 2007
- PONTES DE MIRANDA**, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XXVI, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1959
- PONTES DE MIRANDA**, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado – Parte Especial, t. XXII, atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012

⁷⁶ Súmula STJ nº 332: “A anulação de fiança prestada sem outorga uxória implica a ineficácia total da garantia.”

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado – Parte Especial, t. XXVI, atualizado por Nelson Nery Jr. e Ruy Rosado de Aguiar Júnior, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado – Parte Especial, t. XXXIV, atualizado por Raquel Sztajn, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Forense, Rio de Janeiro, 2001

SICA, Heitor Vitor Mendonça, Direito de defesa e tutela jurisdicional – estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2008

SILVA, Clóvis do Couto e. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XI, Tomo II, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982

VARELA, João de Matos Antunes Das obrigações em geral, v.I, 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2008.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. Direito Contratual Contemporâneo – a liberdade contratual e sua fragmentação, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2008

Websites consultados:

“The promisor may assert against the beneficiary all defences which the promisor could assert against the promise”. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, acesso em 19.05.2014

“The contracting party may assert against the third party all defences which the contracting party could assert against the other party to the contract”, disponível em http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfv_outline_edition_en.pdf, acesso em 19.05.14

ZANETTI, Cristiano de Sousa. Breves apontamentos sobre a estipulação em favor de terceiro no Novo Código Civil. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9730-9729-1-PB.pdf>; acesso em 18.5.2014.

PL /2002, 75-75

Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=50233&filename=PL+6960/2002. Acesso em: 19/05/2014