

## Notas sobre a promessa de doação\*

Maria Celina BODIN DE MORAES\*\*

*Io ho quel che ho donato.*

- Gabriele D'ANNUNZIO

SUMÁRIO: Introdução; 1. O valor atual do *animus donandi*; 2. A causa do contrato de doação; 3. Promessa de doação no âmbito de separação judicial; 4. Promessa de doação pura: exigibilidade?; 5. Conclusão.

RESUMO: Sob os argumentos mais diversos, tem-se afirmado não se ver razão para se excluir o preliminar de doação, como se a repugnância antes fortemente sentida não fosse mais, em nossos dias, tão perceptível. De fato, dar guarida a promessas descumpridas, quando sua configuração é toda ela contratual, não parece, na atualidade, um comportamento eticamente adequado ou moralmente sustentável. O presente artigo visa a examinar o problema da promessa de doação e de sua exigibilidade à luz dos valores do direito civil contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Promessa de doação. 2. Contrato preliminar. 3. Contrato gratuito. 4. Doação. 5. Boa-fé objetiva.

*ABSTRACT: Under various arguments, it has been affirmed that there would be no reason for not admitting the preliminary contract of donation, as if the repugnance that it has arisen in the past wasn't, nowadays, so conspicuous. In fact, admitting unfulfilled promises, when their configuration is fully contractual, doesn't seem, in current days, an ethically adequate or morally sustainable behavior. This article seeks to examine the problem of the promise of donation and its mandatory effects in the light of the values of contemporary private law.*

*KEYWORDS: 1. Promise of donation. 3. Preliminary contract. 3. Gratuitous contract. 4. Donation. 5. Objective good-faith.*

### 1. Introdução

A doação, contrato previsto nos arts. 538 e seguintes do Código Civil, representa em termos absolutos um dos negócios jurídicos mais frequentemente realizados; todavia,

---

\* Publicado na *RTDC - Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, v. 24, out.-dez. 2005, p. 3-22.

\*\* Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ e Professora Associada do Departamento de Direito da PUC-Rio.

enseja ainda controvérsias jurídicas árduas, que continuam a desafiar a doutrina e a jurisprudência nos ordenamentos de tradição romano-germânica.<sup>1</sup>

Um desses problemas diz respeito à possibilidade de sua promessa. Será admissível a promessa de doação? A maior parte dos juristas brasileiros respondia negativamente à questão, com fundamento na elaboração sintetizada por Agostinho Alvim, para quem “a persistência do *animus donandi* é dogma fundamental em matéria de doação”, entendendo-se, em consequência, impossível que se “obrigue” alguém a doar.<sup>2</sup> Segundo este raciocínio, o requisito da vontade livre, no âmbito do contrato de doação, alcança uma conotação tão fundamental que a ausência de sua manifestação, no momento da contratação definitiva, impede a configuração jurídica do preliminar.

O problema, contudo, merece ser reexaminado. Os nossos são tempos em que a autonomia da vontade e a concepção liberalista cederam a posição de centralidade no direito civil, dando lugar a princípios tais como a boa-fé, a confiança e a solidariedade, quer em virtude da aplicação direta da Constituição às relações intersubjetivas,<sup>3</sup> quer pela renovação da disciplina codicista. Será preciso verificar, então, se, à luz dos novos paradigmas, a promessa de doar deve continuar a ser inadmitida, por configurar verdadeira e injustificável “doação coativa”,<sup>4</sup> ou se, neste novo sistema, será razoável aceitá-la.

Cumprido lembrar que, mesmo no âmbito do direito civil anterior, parte da doutrina, embora minoritária, defendia a possibilidade jurídica da promessa. Assim, Pontes de Miranda sustentava que “se houve *pacto de donando*, e não doação, e o outorgante não doa, isto é, não conclui o contrato de doação, tem o outorgado a pretensão ao cumprimento”,<sup>5</sup> salientando caber ação de indenização pelo descumprimento do contrato preliminar. Também favorável ao preliminar de doação manifestava-se, de

---

<sup>1</sup> Sobre as dificuldades que envolvem o contrato de doação, ver a sagaz observação de Biondo BIONDI: “Praticamente todos compreendem que coisa significa dar ou receber uma doação, enquanto juristas e legisladores permanecem perplexos. Esta incerteza ocorre em todos os institutos jurídicos, quando as relações humanas entram na órbita do Direito para tornarem-se relações jurídicas, já que a intuição comum deve se traduzir em uma formulação precisa, mas talvez em nenhum outro instituto se note tanta incerteza e tanta discrepância entre a simplicidade da noção prática e a difícil formulação jurídica”. *Trattato di diritto civile italiano*: diretto da F. Vassali. Torino: Utet, 1961, p. 84-85). Para que se dê o devido valor à afirmação, cabe mencionar que a doutrina italiana se inclui entre as que mais se destacaram, tanto em qualidade como em quantidade, no estudo da doação.

<sup>2</sup> Agostinho ALVIM. *Da doação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 42.

<sup>3</sup> Para a proposta de leitura civil-constitucional dos institutos jurídicos civilistas, ver, por todos, Pietro PERLINGIERI. *Perfis do direito civil*, cit., 1999, *passim*.

<sup>4</sup> A expressão é de Caio Mário da Silva PEREIRA. *Instituições de direito civil*, v. III. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 257.

<sup>5</sup> *Tratado de direito privado*, t. XLVI. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 261.

maneira ainda mais incisiva, Washington de Barros Monteiro, para quem tal promessa “não contraria qualquer princípio de ordem pública e dispositivo algum a proíbe”.<sup>6</sup>

Situação diversa é a que se refere à promessa de doação no âmbito de um acordo de separação conjugal.<sup>7</sup> Neste caso, o próprio Supremo Tribunal Federal concluiu que “promessa de doação, aos filhos do casal, inserida em acordo de separação judicial, já ratificado, não pode ser unilateralmente retratado por um dos cônjuges”.<sup>8</sup> No voto condutor, o ministro Octávio Gallotti pontuou que “a obrigação estipulada insere-se no conjunto das demais que integram a transação realizada com a separação consensual e sua execução só poderia ser modificada se ambos os cônjuges anuissem à dispensa do encargo”. O ponto fulcral da decisão está na irretratabilidade do acordo de separação, o qual, depois de ratificado, não mais admite manifestação individual de vontade.<sup>9</sup>

O Min. Relator, entretanto, afastou, expressamente, qualquer semelhança com a promessa de doação pura, ao fazer referência a recurso extraordinário<sup>10</sup> que excluía a mencionada exigibilidade:

Penso, todavia, que a ineficácia da promessa da doação, ali reconhecida, está intimamente ligada ao caráter de pura liberalidade do contrato. Essa virtude não anima o pacto ora apreciado, onde a causa da doação corresponde a uma vantagem simultaneamente alcançada, qual seja a contrapartida consistente na aquiescência do outro cônjuge à dissolução da sociedade conjugal.<sup>11</sup>

## 2. O valor atual do *animus donandi*

O problema maior para a admissibilidade da promessa de doar sempre foi a suposta ausência, neste caso, do chamado “*animus donandi*”. De fato, diz-se que o art. 538 considera essencial tal *animus* ao prevê-lo expressamente na definição do contrato de doação. Ali se afirma que a doação é o “contrato em que uma pessoa, *por liberalidade*, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.<sup>12</sup>

<sup>6</sup> *Curso de direito civil*, v. 5. 2. parte. 34. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 137.

<sup>7</sup> Sobre o tema, ver item 4, *infra*.

<sup>8</sup> STF, RE 109.097, Rel. Min. Octávio Gallotti, julg. em 09.09.1986, publ. DJ 10.10.1986.

<sup>9</sup> Assim também se manifesta a doutrina majoritária.

<sup>10</sup> RE 105.862, relatado pelo ministro Oscar Correa: ver, a propósito, o item 5, *infra*.

<sup>11</sup> Mas, para uma conceituação diversa da causa da doação ver, *infra*, item 3.

<sup>12</sup> Grifou-se. A expressão é adotada também por diplomas legais de outros países do sistema civilista. Assim, no art. 940 do Código português, “doação é o contrato pelo qual uma pessoa, *por espírito de liberalidade* e à custa do seu patrimônio, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício do outro contraente”; no art. 618 do Código espanhol, “*la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta*”; e no art. 769 Código italiano, “*la donazione è il contratto (782, 1321 ss.) col quale, per spirito di*

A prescindir da falha legislativa no uso do termo “transfere”, quando na verdade deveria ter adotado a expressão composta “se obriga a transferir”<sup>13</sup> — como fizera na previsão da compra e venda (Código Civil, art. 481) —, salienta-se em doutrina, a propósito da doação, que é absolutamente indispensável à sua caracterização a presença do elemento subjetivo do *animus donandi*, isto é, a intenção de praticar o ato de liberalidade.<sup>14</sup> O doador deve ter a vontade de enriquecer o donatário, às próprias expensas, tanto assim que não será doação o contrato a que faltar este propósito. Não basta a gratuidade, afirma-se, a liberalidade é o traço decisivo da doação, ou seja, a *vontade desinteressada* de fazer benefício a alguém, empobrecendo-se ao proporcionar à outra parte uma aquisição lucrativa.<sup>15</sup> Entende-se, pois, que o *animus donandi*, o intuito de realizar a liberalidade, enriquecendo o donatário por vontade desinteressada do doador, está a qualificar o contrato. Sem ele não haveria doação.

A partir daí, deduziu-se que, uma vez que a doação tem como movente principal e essencial o espírito de liberalidade do doador, esta ideia implicaria necessariamente a espontaneidade, oposta a qualquer previsão de necessidade ou dever. O *animus donandi*, elemento caracterizador do contrato, deve sempre dar-se espontaneamente, sem nenhuma obrigação, *nullo iure cogente*, e só com o fim de beneficiar o donatário.<sup>16</sup>

Este é o maior entrave para a admissão da promessa de doação: o *animus donandi* deve ser espontâneo<sup>17</sup> e, portanto, atual,<sup>18</sup> manifestado no momento da celebração do contrato. Na promessa, diversamente, afirma-se que a liberalidade se realizaria “por determinação da Justiça, por imposição do juiz e ao arrepio da vontade do doador (...), o que deve ser ontologicamente negado”.<sup>19</sup> Haveria, então, uma incompatibilidade

---

*liberalità (770), una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto (1376) o assumendo verso la stessa una obbligazione (1173 ss.)”.*

<sup>13</sup> Para uma diversa interpretação do novo dispositivo legal, Arnaldo WALD. *Obrigações e contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 378.

<sup>14</sup> Assim, dentre tantos, Orlando GOMES. *Contratos*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 213.

<sup>15</sup> Orlando GOMES, o.l.u.c.

<sup>16</sup> Pires de LIMA; e, Antunes VARELA. *Noções fundamentais de direito civil*, v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1954, p. 448.

<sup>17</sup> O requisito da espontaneidade era expressamente exigido pelo Código Civil italiano de 1865 (art. 1.050), tendo desaparecido da dicção do correspondente artigo no Código de 1942 (art. 769). Nas Ordenações, havia um processo judicial — denominado “insinuação” — para apurar a espontaneidade do doador: ver Arnaldo WALD. *Obrigações e contratos*, cit., p. 387, nota 3.

<sup>18</sup> Com relação à atualidade, o requisito, mencionado por grande parte da doutrina nacional, parece ter sido engendrado a partir do disposto no Código Civil francês, o único a lhe fazer expressa referência (art. 894); tal diploma legal, porém, como se sabe, sequer atribui à doação natureza contratual. Diversamente, menciona-se desde logo, posiciona-se o Código Civil suíço, o qual expressamente admite, no art. 243, 1, a promessa de doação. Neste último sentido, também, o parágrafo 2.301 do BGB.

<sup>19</sup> Caio Mário da Silva PEREIRA. *Instituições de direito civil*, III, cit., p. 257-258. O autor distingue a doação pura da doação com encargo, considerando a promessa possível neste último caso.

lógico-jurídica entre o *animus donandi*, essencial à doação, e o *animus solvendi*, ínsito em qualquer contrato-promessa.<sup>20</sup>

O *animus donandi* é elemento que teve origem, como é notório, no direito romano, e a sua importância há de ser redimensionada na contemporaneidade,<sup>21</sup> por força do imprescindível cuidado — para dizer o mínimo — na transposição de institutos jurídicos de tempos tão antigos.<sup>22</sup>

Além disso, e mais importante: de acordo com o ordenamento jurídico nacional a doação tem natureza contratual, de modo que ao requisito do *animus* não se pode atribuir o qualificativo de intenção comum às partes, na medida em que não se encontra presente no donatário, a quem incumbe, ao contrário, *aceitar* a liberalidade.<sup>23</sup> Exige-se, pois, mais do que o *animus donandi* para se realizar o contrato; exige-se também o *animus donum accipiendi*.

Por outro lado, a presença deste elemento subjetivo, como vontade livre e desinteressada de doar, excluiria do âmbito das doações as que tivessem caráter remuneratório, de claro propósito retributivo, as decorrentes de merecimento (Código Civil, art. 540), as que visassem ao pagamento de obrigações naturais (Código Civil, art. 564, III) ou, ainda, as doações mútuas. Não é suficiente a intenção donativa, como se vê, para definir o contrato de doação, como pressupõem a doutrina e a jurisprudência.<sup>24</sup>

Tampouco caberia, ou seria possível, ao direito investigar a vontade interna do declarante, buscando verificar a existência de um elemento interno, psicológico, próprio do espírito do doador. Talvez o doador não queira doar desinteressadamente;

---

<sup>20</sup> Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO. *Direito das obrigações*, v. III. Coimbra: Almedina, 2002, p. 213-214.

<sup>21</sup> Na doutrina italiana, ver Guido ALPA. Atto di liberalità e motivi dell'attribuzione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, p. 358. No Brasil, ver Arnaldo WALD. *Obrigações e contratos*, cit., p. 380-381.

<sup>22</sup> Sobre a utilidade e o papel do direito romano em relação ao direito civil atual, cumpre citar António Manuel HESPANHA: “Ora o direito romano é, justamente, um bom exemplo de uma cultura jurídica diferente. Nos seus pressupostos culturais, na sua técnica de lidar com os problemas jurídicos, nos seus conceitos e princípios, nas suas instituições e, finalmente, na forma de organizar a prática jurídica. As melhores exposições de direito romano são, por isso, aquelas que, soltando-se das categorias jurídicas actuais, conseguem dar uma visão, historicamente mais autêntica, do direito romano como um sistema jurídico dominado por uma lógica alternativa, ou mesmo oposta, à do actual” (*Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Sintra (Mem Martins): Publicações Europa-América, 1997, p. 76).

<sup>23</sup> É o chamado *animus donum accipiendi*. Ver, sobre o argumento, Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito civil*, cit., p. 231, e, na doutrina estrangeira, Guido BISCONTINI. *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti: il problema della donazione mista*. Camerino-Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, p. 139.

<sup>24</sup> No sentido do texto, cf. a interessante e oportuna tese de Luciano de Camargo PENTEADO. *Doação com encargo e a causa contratual*. Campinas: Millennium Editora, 2003.

talvez queira doar por medo ou por remorso e o donatário represente apenas um destinatário como outro qualquer. É como afirma, com grande humor, Arturo Jemolo:

... não se pode nem mesmo imaginar o que aconteceria se o juiz devesse proceder a impossíveis investigações no ânimo interior do doador, para examinar se ele doou porque assediado por um remorso, por um *metus ab intrinseco* de que o irmão, empobrecido, se suicidasse se não lhe fosse restituído o patrimônio, porque não podia mais suportar o fato de que aquele primo, amigo de infância, lhe virava as costas por ter o doador, e não ele, se tornado herdeiro de um ascendente comum. (...) ... pode-se doar para entrar nas graças de alguém, ligando-se com vínculos de reconhecimento, e propondo-se depois a roubar a mulher ou a filha do outro.<sup>25</sup>

O BGB excluiu da definição de doação, estabelecida pelo parágrafo 516, qualquer referência ao *animus donandi* e mesmo a algum espírito de liberalidade, mencionando apenas o enriquecimento gratuito do donatário à custa do doador. Mas, ainda que se considere a presença do *animus donandi* como um efeito natural e comum nas doações, isto não significa que deva o elemento vir a constituir parte da causa do contrato, entendida esta como a razão jurídica justificadora do negócio.

Parece necessário, portanto, repensar o critério subjetivo do *animus donandi* como elemento qualificador, único e absoluto, quando se trata de analisar a causa da doação.

### 3. A causa do contrato de doação

A qualificação de um contrato dá-se através da noção de causa.<sup>26</sup> A causa é a função econômico-social do contrato — função que se configura como a síntese de seus efeitos essenciais. A causa da compra e venda é a transferência da coisa *versus* preço; tal permutação é a sua função econômica e social, e é, também, o seu efeito essencial. Cada

<sup>25</sup> No original: “... non si può nemmeno immaginare cosa avverrebbe se il giudice dovesse scendere a impossibili indagini interiori dell'animo del donante, per ricercare s'egli donò perché assillato da un rimorso, per un *metus ab intrinseco* che il fratello divenuto povero si suicidasse se non gli venisse ricostituito il patrimonio, perché non poteva sopportare il fatto che quel cugino, amico della prima infanzia, gli voltava le spalle per ciò che un comune ascendente aveva lasciato erede il donante e non lui. (...) Si può donare per entrare nelle grazie di alcuno, per vincolare con i legami della riconoscenza alcuno, proponendosi poi di rubargli la moglie o la figlia” (Arturo JEMOLO, Lo ‘spirito di liberalità’: riflessioni su una nozione istituzionale. In: *Scritti giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, v. II. Torino: Utet, 1960, p. 979-980).

<sup>26</sup> Sobre o tema, ver o meu artigo A causa dos contratos, ora neste volume.

contrato típico tem uma causa típica julgada merecedora de proteção por parte do legislador. O contrato atípico, ao contrário, necessita ser examinado em cada caso, no que se refere ao merecimento de tutela.

O entendimento majoritário é o de que na quase totalidade das *fattispecie* típicas o caráter oneroso ou gratuito resulta imediatamente da natureza de sua causa. O contrato de compra e venda, por exemplo, diz-se “essencialmente” oneroso; a doação, “essencialmente” gratuita. Assim também quanto à locação e ao comodato etc. Nesses casos, afirma-se, em ausência de prestação onerosa, ou vice-versa, de gratuidade, ou o contrato se altera transformando-se em outro (*rectius*, as partes contrataram um tipo diverso) ou é nulo.

Como se sabe, são onerosos os contratos quando geram vantagens e sacrifícios para ambas as partes e gratuitos quando uma das partes concede à outra vantagens sem contraprestação, como na doação, no comodato, na fiança, entre outros. Assim, diz-se a título oneroso o contrato quando uma das partes sofre um sacrifício patrimonial, ao qual corresponde uma vantagem que pleiteia; a título gratuito, quando somente uma das partes sofre o sacrifício patrimonial, enquanto a outra obtém um benefício. O exemplo considerado típico de contrato gratuito é a doação sem encargo.

Diz-se ainda que o critério causal é, na verdade, o critério da intenção objetivado; assim, onde se verifique, concretamente, que o escopo do contrato foi o de troca entre as prestações, o ato é oneroso; se por liberalidade, gratuito.<sup>27</sup> Para a doutrina clássica, a atribuição patrimonial teria caráter oneroso quando em presença da correspectividade, isto é, a relação de interdependência que une as atribuições patrimoniais ligadas por um nexo de causalidade, de modo que uma atribuição é a razão (causa) justificativa da outra. Gratuito seria, então, o contrato pelo qual a atribuição não encontra correspectivo.

Mas os conceitos de onerosidade e correspectividade não se superpõem. O nexo de sinalagmaticidade tem o mérito de poder ser objeto de um juízo concreto e objetivo e de ser aplicável a todos os contratos. Refere-se, porém, à coligação jurídica existente entre

---

<sup>27</sup> Existem, porém, alguns tipos contratuais, como o mútuo, o depósito e os negócios de garantia, que não obedecem a esta regra. Podem ser gratuitos ou onerosos, sem que alterada ou viciada seja a causa. Para sustentar, do ponto de vista lógico, a teoria, a doutrina foi obrigada, então, a optar entre dois caminhos: ou admitir a existência de negócios, sob este aspecto, “neutros”, ou considerar que a causa de tais negócios ora é onerosa ora é gratuita, raciocínio, este último, que não se concilia com a noção objetiva de causa, elemento imutável do negócio, que serve a qualificá-lo. Logicamente mais elaborada parece a afirmação de que a onerosidade ou gratuidade, nestes negócios, se encontra desvinculada da causa típica, como pensa Rosario NICOLÒ (Azione revocatoria. In: Scialoja e Branca. *Commentario del codice civile*, v. VI. Bologna-Roma: Zanichelli-Foro Italiano, 1957, p. 239).



os efeitos do contrato e não se confunde com a avaliação econômica (esta, sim, relativa à onerosidade) que se possa fazer dos efeitos da relação que no contrato têm a sua causa.<sup>28</sup>

Na verdade, é a sinalagmaticidade que serve para a qualificação do ato, enquanto a onerosidade se refere, propriamente, à qualidade da aquisição, e não à qualidade do ato, e exprime considerações de ordem prevalentemente econômica a que o ordenamento jurídico precisa dar relevo para disciplinar com maior justiça as relações jurídicas, tratando com favor quem suporta adequado sacrifício em troca da prestação recebida. Do mesmo modo, a ausência de sinalagmaticidade expressa melhor o conteúdo de causa do que a noção de gratuidade.<sup>29</sup>

A causa da doação, a síntese de seus efeitos essenciais, é a transferência de um bem ou direito sem qualquer contraprestação. Mais propriamente, a doação é um contrato que se caracteriza pela falta, isto é, por não ter prestação correspectiva ou sinalagmática. Em outros contratos também pode não haver a contraprestação; assim, por exemplo, no comodato, no mútuo e no depósito gratuitos. Estes contratos diferem da doação, todavia, por terem sido tipificados pelo legislador e exigirem outros requisitos além da ausência de contraprestação. Sob esta ótica, a doação representa uma figura residual, subsidiária, de *fechamento (ipotesi di chiusura)*<sup>30</sup> do sistema: para fins de qualificação, não tendo o negócio contraprestação, nem podendo ser subsumido em outro tipo não correspectivo, de doação possivelmente se tratará.

Ao contrário do que aqui se veio sustentando, considera-se, comumente, que o espírito de liberalidade ou *animus donandi* integra a causa da doação. Todavia, o puro espírito de liberalidade não está presente, como já se mencionou, em alguns tipos de doação, como a doação remuneratória, a doação com encargo e a doação por merecimento, as quais, não obstante, estão contidas no tipo legal, assinalando-se, desta maneira, que o *animus donandi* não é efeito essencial do contrato, ao contrário do que normalmente se sustenta. Por outro lado, numa concepção objetiva da causa, como síntese de seus efeitos jurídicos essenciais, parece difícil remover o *animus donandi* da órbita dos

---

<sup>28</sup> Sobre o tema, ver, amplamente, Guido BISCONTINI. *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 11 e ss.

<sup>29</sup> Para mais detalhes sobre a distinção, ver Maria Celina BODIN DE MORAES. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do contrato de mútuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, n. 309. Rio de Janeiro, 1990, p. 33-61.

<sup>30</sup> Segundo Guido BISCONTINI, “la donazione è ipotesi residuale, di chiusura della categoria dei contratti a prestazioni non corrispettive” (Eseguibilità del contratto preliminare e preliminare di donazione. *Rassegna di diritto civile*, 1987, p. 584).



motivos, porque ele diz respeito ao elemento psicológico, de motivação,<sup>31</sup> muito mais do que ao elemento objetivamente funcional, relativo à razão jurídica justificadora do negócio.

Identifica-se, assim, mais propriamente, no *animus donandi* o motivo individual e contingente que impulsiona o doador, configurando-se como o elemento psicológico, ou seja, a finalidade prática, a razão determinante para a conclusão do contrato,<sup>32</sup> mas não para a sua qualificação. O motivo é o objetivo que faz com que o contratante realize o negócio. Normalmente, ele é irrelevante porque depende exclusivamente de questões internas do próprio contratante. Alguém pode querer doar para ser reconhecido, por estar agradecido, por visar a um interesse ulterior: não importam os seus motivos particulares. Excepcionalmente, o ordenamento atribui-lhes relevância causal como quando prevê que a remuneração e o casamento, expressos nas finalidades do contrato de doação, não permitem a sua revogação por ingratidão (Código Civil, art. 564).

Exclui-se, pois, da causa do negócio a referência ao *animus donandi*, bem como se diferencia a gratuidade da ausência de sinalagmaticidade, correspondendo esta última, justamente, ao efeito essencial do contrato. Superada a teoria voluntarista do *animus donandi*, o conceito de liberalidade, constante do art. 538 do Código Civil, deve assumir o significado de finalidade, típica e constante, de conferir a outrem uma vantagem patrimonial sem qualquer correspectivo. A causa do contrato de doação, portanto, não é o “espírito de liberalidade” ou o “*animus donandi*”, mas é a liberalidade entendida como livre atribuição de uma vantagem patrimonial sem contraprestação.

#### 4. Promessa de doação no âmbito de separação judicial<sup>33</sup>

Muitos daqueles que são contrários à validade (*rectius*, existência) de contrato preliminar de doação — em decorrência do que consideram uma intrínseca

<sup>31</sup> Assim, também, Luciano de Camargo PENTEADO. *Doação com encargo e a causa contratual*, cit., p. 97 e ss., e Mario BESSONE. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 236.

<sup>32</sup> Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*, cit., 2002, p. 365.

<sup>33</sup> A emenda constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, que deu nova redação ao § 6º do artigo 226 da Constituição da República de 1988, permitiu que o casamento civil possa ser dissolvido pelo divórcio, sem a necessidade de se socorrer à separação judicial ou aguardar o prazo de dois anos de separação de fato, antes de requerer o divórcio. Com a alteração no texto constitucional, alguns autores se posicionaram pela revogação dos dispositivos infraconstitucionais referentes à separação, anunciando a extinção deste instituto. Contudo, a discussão é acesa em relação à manutenção ou não da separação em nosso ordenamento. A V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal aprovou o enunciado n. 514 com o seguinte conteúdo: “Art. 1.571: A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial”. Tal posição parece se coadunar com os princípios constitucionais, à medida em que respeita à liberdade de crença e orientação religiosa em um Estado democrático e laico. Uma vez que se considere que subsiste o instituto da separação no nosso ordenamento, a discussão a respeito das promessas de doação no âmbito dos acordos de separação judicial se mantém atual.

impossibilidade de se exigir a promessa de uma doação pura — manifestam-se todavia favoráveis à exigibilidade de promessa feita em favor dos filhos do casal, no âmbito de um acordo de separação entre cônjuges.

A hipótese é frequente em nosso país. O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do posicionamento majoritário, consolidou o entendimento de que, no bojo da dissolução de sociedade conjugal, se o acordo de separação homologado por sentença judicial contiver uma promessa de doação, esta será exigível em ação cominatória.<sup>34</sup> No julgamento dos EREsp. 125.859, em 2002, a 2ª Seção, por ampla maioria, acentuou o caráter de retribuição ao acordado na separação, bem como a relevância da solenidade de ato praticado perante o juiz. A promessa de doação só obriga, porém, neste caso, por não se considerar ter sido feita por espírito de liberalidade.

Tal entendimento vigora como prevalente para a jurisprudência do STJ até os dias atuais.<sup>35</sup> Assim, a Corte mantém sua posição de não considerar como ato de mera liberalidade ou simples promessa de doação, passível de revogação, a doação feita aos filhos por ocasião do acordo celebrado em razão de separação judicial de seus genitores e como condição para que tal se concretizasse. Portanto, no que toca à qualificação jurídica desta hipótese, trata-se de uma doação, com retribuição, a qual, portanto, e excepcionalmente, admite a promessa, que pode ser exigida por terceiros e independe da forma estabelecida em lei. Tal entendimento, na verdade, configura-se por demais híbrido, ensejando diversas perplexidades, sendo a primeira a admissibilidade de uma contrapartida em contrato de doação, e a segunda, a possibilidade de o cumprimento da promessa ser exigido por quem dela não fez parte, isto é, os filhos do casal. Mais de acordo com o sistema, parece, teria sido ater-se exclusivamente ao argumento da irretratabilidade do acordo judicial de separação, porque homologado pelo juiz, solenidade esta necessária e suficiente para o fim desejado,<sup>36</sup> qual seja, a transferência do bem prometido.

---

<sup>34</sup> STJ, 2ª Seção, EREsp 125.859, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 26.06.2002, publ. DJ 24.03.2003.

<sup>35</sup> STJ, 3ª Turma, REsp 742.048, Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. em 14.04.2009, publ. DJ 24.04.2009; STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 883232, Rel. Min. Raul Araújo, julg. em 19.02.2013, publ. DJ 26.02.2013.

<sup>36</sup> Assim entende a jurisprudência atual do STJ, no EREsp 125.859, supracitado, considerando o ministro Ruy Rosado de Aguiar, em voto vencedor: "... quanto à forma do ato, penso que a disposição de patrimônio imóvel, tomada perante o juiz, é um ato praticado com a formalidade e com a solenidade que se quer para os que envolvem a transferência de domínio, pois têm a mesma solenidade e importância, do ponto de vista civil, que tem a manifestação de vontade perante o tabelião quando da lavratura da escritura". No mesmo sentido a manifestação do ministro Cesar Asfor Rocha: "Assim como as partes podem chegar perante o tabelião e decidir a respeito da disposição de seus bens, por que não admitir que elas tomem essas decisões perante o juiz, no momento da separação ou do inventário de bens? Diria mais: o pacto firmado perante o juiz e por ele homologado tem até mais foros de juridicidade que aquele realizado simplesmente perante o tabelião".

De fato, não obstante seja boa a intenção, o resultado não colhe. A causa da doação não admite contrapartida, correspectivo ou retribuição. Aqui, das duas, uma: ou bem não há contraprestação, ou bem não se trata de doação, mas de um outro tipo contratual. Além disso, se é contrato, ele só obrigaria as partes contratantes, e os filhos do casal, embora beneficiários, não poderiam exigir o seu cumprimento.<sup>37</sup> A terceira dificuldade apresenta-se na ausência de forma legal para a doação, a escritura pública (Código Civil, art. 541 c/c art. 108).<sup>38</sup>

Se o posicionamento majoritário se coaduna perfeitamente com os fins solidaristas presentes no ordenamento civil atual, inclusive no que se refere à proteção integral dos menores, apresenta-se, do ponto de vista da dogmática, como ilógico e contraditório. A doação é contrato sem correspectivo, e exige escritura pública. A jurisprudência, ao contrário, admite o que chama de “contrapartida”. Embora prestada por quem não seja donatário, aceita a substituição da formalidade legal, que neste caso seria da substância do ato, e, enfim, dá validade ao preliminar de doação, abandonando o argumento que ela mesma sustenta em caso de doação pura, isto é, o da incompatibilidade entre liberalidade e exigibilidade.<sup>39</sup>

Por outro lado, se o que vale é a “retribuição” presente neste tipo de promessa, será coerente concluir que a *ratio* da exequibilidade deverá ser estendida a todos os casos de promessa de doação com encargo. Assim, a prescindir de qualquer interesse de menores, será logicamente necessário, para a corrente jurisprudencial mencionada,

---

<sup>37</sup> Neste sentido, aliás, fora a decisão do STJ, 4ª T., REsp 30.647, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. em 23.11.1998, v.m. Mas, contra, v. o entendimento então vencido do ministro Ruy Rosado de Aguiar, afirmando, quanto aos filhos: “Considero ser artificial dizer que os menores não podem participar deste processo porque não têm interesse. Evidentemente, eles não participaram do processo da separação, mas são os que têm interesse na execução do que foi acordado, pois são os beneficiários da doação. Ouso discordar do Eminentíssimo Relator, e dos que o acompanham, por ser muito comum, nas separações ou no inventário de bens, a tomada de certas decisões, muitas vezes no interesse dos menores, ou da parte mais fraca, e depois o obrigado se desinteressa pelo cumprimento do acordo (...)”.

<sup>38</sup> STJ, 3ª T., REsp 23.507, Rel. Min. Nilson Naves, julg. em 26.04.1993, publ. DJ 21.06.1993: “Separação judicial por mútuo consentimento. Partilha dos bens. Doação ou promessa de doação. Estabelecido que o imóvel seria doado aos filhos, com reserva de usufruto, a homologação do acordo pelo juiz não efetivou a doação, que estava na dependência de outros atos, inclusive e principalmente o registro, aqui para ter efeito *erga omnes*”. Ver, também, STJ, 4ª T., REsp 30.647, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. em 23.11.1998, v.m., segundo o qual “Conquanto altamente discutida a questão, tanto na doutrina como na jurisprudência, penso que realmente a doação às filhas não se consumara com o simples compromisso havido na separação consensual. Em primeiro lugar, porque era da substância do ato a escritura pública (art. 134, II, do CC). Aliás, vale lembrar que, sendo a doação um contrato, requer para aperfeiçoar-se não só a oferta dos doadores, mas também a outorga dos donatários, como vem expresso no art. 1.165 do aludido *Codex*. Havia, pois, mais um motivo para a outorga de escritura pública no caso, representadas ou assistidas ali as menores donatárias por curador especial (cf. RT 599/128) (...)”.

<sup>39</sup> A propósito, afirma o ministro Ruy Rosado de Aguiar, relator do EREsp 125.859, antes citado: “A cláusula referente à doação de um certo bem por um ou pelos dois separandos não pode, a meu juízo, se equiparar a uma mera promessa de liberalidade. Não se trata da hipótese de alguém que, no futuro, eventualmente, possa vir a doar este bem a terceiro. Aqui se trata da promessa de um fato futuro que entrou na composição do acordo de partilha dos bens do casal. Daí porque, em princípio, ele é exigível”.

admitir sempre a validade da promessa em caso de doação onerosa, ainda quando posta no interesse exclusivamente negocial das partes.<sup>40</sup>

## 5. Promessa de doação pura: exigibilidade?

Diz-se que, no caso da promessa de doação, embora negócio jurídico patrimonial, a qualquer um repugnaria a coação direta ou indireta. Tratar-se-ia de um “favor”, não podendo ser exigido, uma vez que benefícios não se impõem.<sup>41</sup> Nesta direção, o posicionamento reiterado do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “há inexistência de promessa de doação, como obrigação de cumprir liberalidade que não se quer ou não se pode mais praticar”.<sup>42</sup> E ainda: “... o pagamento de uma doação jamais pode ser cobrado, executado *nullo iure cogente*, porque deixaria de ser doação para se transformar em obrigação. Liberalidade e coatividade são incompatíveis”.<sup>43</sup>

Outros, ao contrário, reputam que o *animus donandi* existiria no contrato definitivo de doação da mesma maneira que a vontade (o *animus*) está presente em todo e qualquer contrato definitivo ao qual anteceda um contrato preliminar.<sup>44</sup> Na contratação definitiva, aliás, sob este ponto de vista, faltaria, sempre, a plena liberdade de se obrigar, na medida em que ela já foi exercida quando da contratação da promessa. Não por acaso, durante muito tempo, discutiu-se acerca da validade dos contratos preliminares, e as correntes chamadas negativistas repudiaram fortemente a figura porque consideravam que a vontade individual, o fundamento único da força obrigatória dos contratos, estaria ausente no momento da celebração do contrato (definitivo).<sup>45</sup>

Há, no ordenamento nacional, quatro posicionamentos principais acerca do preliminar de doação: (i) a posição ainda majoritária, daqueles que negam validade às promessas de doação em geral, com fundamentação de variado tipo mas, em essência,

---

<sup>40</sup> É a conclusão de Caio Mário da Silva PEREIRA: “... o encargo imposto ao donatário estabelece um dever exigível do doador, legitimando aquele a reclamar o cumprimento da liberalidade, e, portanto, neste campo restrito, é jurídica e moralmente defensável a promessa de doar” (*Instituições de direito civil*, cit., p. 258). No mesmo sentido, Décio Antonio ERPEN: “Tenho que a melhor solução foi a encontrada pela E. 1ª Câmara Cível de nosso Tribunal na Ap. 35.822 (RJTJRS 83/474), onde o eminente Relator Des. Túlio Medina Martins explicou, na ementa: ‘Promessa de doação. A promessa de doação retributória é exigível na medida em que representa retribuição. A promessa de doação pura e simples é inexigível’” (Da promessa de doar nas separações judiciais. *Juliana e Fernando Gontijo. Advocacia das Famílias, Sucessões e Cível*. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/tex216.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2005).

<sup>41</sup> Cunha GONÇALVES. *Tratado de direito civil*, v. VIII, t. I. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 80.

<sup>42</sup> STF, 1ª T., RE 105.862, Rel. Min. Oscar Corrêa, julg. em 30.05.1985, publ. DJ 20.09.1985.

<sup>43</sup> STF, 2ª T., RE 122.054, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. em 15.06.1993, publ. DJ 06.08.1993.

<sup>44</sup> Assim, dentre outros, Arnaldo RIZZARDO. *Contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 511.

<sup>45</sup> Ver, a propósito, Ana PRATA. *O contrato-promessa e o seu regime civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 73-76.

considerando moral e juridicamente inaceitável a configuração de uma espécie de “obrigação de doar”;<sup>46</sup> (ii) numa posição intermediária estão aqueles que admitem a promessa apenas na doação com encargo<sup>47</sup> ou, em caso de acordo de separação, como *contrapartida*,<sup>48</sup> pois nele vislumbram um correspectivo, e os que a admitem na doação pura mas entendem que seu descumprimento daria ensejo apenas a uma indenização, e não à execução forçada;<sup>49</sup> enfim, (iii) a posição minoritária, que sustenta não apenas a validade da promessa mas também a sua exequibilidade, através de ação cominatória.<sup>50</sup> Uma última posição, a ser somente lembrada por ter apelo exclusivamente no estrangeiro, é sustentada por (iv) quem entende que o contrato preliminar de doação é já contrato (definitivo) de doação, do qual decorre a obrigação de concluir um ulterior contrato.<sup>51</sup>

O lema filosófico-jurídico vigente no século XIX, seja na França, seja na Alemanha (isto é, nos países que mais influenciaram o nosso direito civil), encontrava-se expresso, segundo Alfred Rieg, no aforisma segundo o qual “a vontade é a causa primeira do direito”.<sup>52</sup> Ressalte-se que vasta gama de comportamentos que o direito liberal permitia fossem praticados ocorria por excessiva reverência ao princípio da autonomia da vontade, bem como por ignorância ou desconsideração do princípio da boa-fé objetiva.<sup>53</sup> O mesmo, porém, se pode dizer do contrário, isto é, numerosos comportamentos foram considerados inaceitáveis, ou “imorais”, justamente por oferecerem menor relevo à vontade individual. A problemática dos contratos preliminares e a dificuldade com que foram inicialmente aceitos, bem como a atual hostilidade à promessa de doação, são exemplos do que se quer salientar.

<sup>46</sup> Além de Agostinho ALVIM, já citado, e da posição reiterada do STF, ver, dentre outros, Serpa LOPES. *Curso de direito civil*, v. III. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 388, e Cunha GONÇALVES. *Tratado de direito civil*, cit., p. 80.

<sup>47</sup> Caio Mário da Silva PEREIRA. *Instituições de direito civil*, III, cit., p. 257, e diversos seguidores.

<sup>48</sup> STF, RE 109.097, Rel. Min. Octávio Gallotti, julg. em 09.09.1986, publ. DJ 10.10.1986 e STJ, 2ª S., EREsp 125.859, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 26.06.2002, publ. DJ 24.03.2003.

<sup>49</sup> Além de Pontes de MIRANDA, já citado, ver Mário Júlio de Almeida COSTA. *Contrato-promessa: uma síntese do regime vigente*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 61; Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO. *Direito das obrigações*, cit., p. 214; Sílvio de Salvo VENOSA. *Direito civil*, v. III. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 143.

<sup>50</sup> Além de Washington de BARROS MONTEIRO, já citado, ver Paulo Luiz Netto LÔBO. *Comentários ao Código Civil*, v. 6. In: A. Junqueira de AZEVEDO (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 286.; Arnaldo RIZZARDO. *Contratos*, cit., p. 511; Arnaldo WALD. *Obrigações e contratos*, cit., p. 396; Marco Aurélio Bezerra de MELO. *Novo Código Civil anotado*, v. III: Contratos, t. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 188; Natal NADER. Promessa de doação inoficiosa. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 16, 1979, p. 126; e Marco Aurélio de Sá VIANA. *Curso de direito civil*, v. 5. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 261.

<sup>51</sup> Assim, Andrea TORRENTE. La donazione. In: *Trattato di diritto civile e commerciale: a cura di Cicu e Messineo*. Milano: Giuffrè, 1956, p. 243.

<sup>52</sup> Alfred RIEG. Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX siècle. *Archives de Philosophie du Droit*, t. IV. Paris: Sirey, 1957, p. 124.

<sup>53</sup> Anderson SCHREIBER. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 84.

Pouco a pouco, ao longo do século XX, os juristas dos diversos países de *civil law*, uns antes, outros depois, foram fazendo a passagem da teoria da vontade para a teoria da declaração, e desta para a teoria da confiança, numa evolução em direção ao plano da ética social e da solidariedade contratual.<sup>54</sup> Pode-se dizer que o sistema hoje, inclusive no Brasil, se encontra fundado no princípio geral da boa-fé, ainda mais porque ela representa expressão da dignidade humana<sup>55</sup> e da solidariedade social no campo das relações privadas.<sup>56</sup> Neste campo, a concreta exigência de solidariedade, chamada de solidariedade contratual, foi construída com a finalidade de conter o exercício da autonomia privada.

A lei, em busca do equilíbrio contratual, passa a favorecer determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes. A teoria da confiança quer proteger prioritariamente as expectativas legítimas que nasceram no outro contratante, o qual confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração.<sup>57</sup> Protegem-se, pois, a boa-fé e a confiança que o contratante depositou na declaração. Assim, “a teoria da confiança atribui responsabilidade àquele que, por seu comportamento na sociedade, gera no outro contratante justificada expectativa no adimplemento de determinadas obrigações”.<sup>58</sup>

Cabe proteger a boa-fé e a confiança depositadas pelo promissário na promessa feita pelo outro contratante, inclusive em contrato de doação. Há, hoje, uma forte imposição ética que domina toda matéria contratual, vedando-se o emprego da falsidade e da deslealdade, impondo-se a observância da boa-fé e da probidade, tanto na interpretação e execução do negócio como, evidentemente, na própria celebração do negócio jurídico.

Um antigo professor de direito civil ensinava que “é ineficaz a promessa de doação pelas mesmas razões, *mutatis mutandis*, porque é ineficaz a promessa de casar”. Mas podem essas duas hipóteses de fato se equivaler?

---

<sup>54</sup> FRANZ WIEACKER. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 625.

<sup>55</sup> Ver Teresa NEGREIROS. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé, Rio de Janeiro: renovar, 1998, *passim*.

<sup>56</sup> Anderson SCHREIBER. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 79, reportando-se a C. Massimo BIANCA.

<sup>57</sup> A propósito, Claudia Lima MARQUES. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 103-104.

<sup>58</sup> TAMG, 3<sup>a</sup> C.C., Ap. Cív. n. 233177-1, Rel. Juiz Wander Marotta, julg. em 07.05.97, publ. DJ 12.08.97.



Cuida-se, num caso, de uma relação eminentemente existencial, extrapatrimonial, que diz respeito a um valor inerente à pessoa humana, qual seja, a liberdade de se casar ou não se casar; no outro caso, de uma relação patrimonial, de um contrato com todas as características próprias de negócio jurídico desta natureza. Esta distinção deve ser levada em consideração. Sabe-se que no âmbito da interpretação de matriz individualista, pouco ou nada significavam os direitos e as liberdades da pessoa humana, valorizando-se tão somente a órbita da patrimonialidade, ignorando-se distinções que hoje parecem ter a maior relevância.

Naquele ambiente era comum fazerem-se equiparações semelhantes.<sup>59</sup> Aliás, em igual linha argumentativa segue ainda hoje quem entenda que pessoas jurídicas, de fins exclusivamente econômicos, podem sofrer danos morais,<sup>60</sup> quem sustente que o sigilo bancário deva sua proteção a um suposto direito à intimidade<sup>61</sup> ou ainda quem defenda que a personalidade humana deve ser protegida exclusivamente através de direitos subjetivos — categoria elaborada para dar conta de relações patrimoniais —, e não em toda e qualquer posição jurídica em que se encontre.<sup>62</sup>

A distinção das relações jurídicas de caráter privado em relações patrimoniais e relações extrapatrimoniais, ou existenciais, é muito clara para os que adotam a perspectiva metodológica do direito civil-constitucional. São essas relações ontologicamente diferentes, esta diferença é como uma *summa divisio* do atual direito civil. O que diz respeito à pessoa humana deve ser diferenciado e ressaltado pois é protegido pela cláusula geral de tutela prevista na Constituição da República (art. 1º, III). Sob este aspecto, Pietro Perlingieri adverte: “... onde o objeto da tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar”.<sup>63</sup> Outra coisa são as relações patrimoniais que respondem a uma lógica diferente, menos relevante no atual tecido normativo. Separar as duas esferas é um dos ofícios do civilista da atualidade.

---

<sup>59</sup> No mesmo sentido, Henri DE PAGE: “*La donation est en effet un contrat solenne et la solennité y est requise pour protéger la volonté de l’agent (le donateur). Cette volonté doit donc rester intacte (comme en matière de mariage) jusqu’à l’accomplissement de l’acte lui-même*” (*Traité élémentaire de droit civil belge*, v. 1, t. VIII. Bruxelles: Bruylant, 1944, p. 452).

<sup>60</sup> STJ, Súmula 227 (1999).

<sup>61</sup> Para uma crítica, ver Pietro PERLINGIERI. *Perfis de direito civil*, cit., p. 158.

<sup>62</sup> Assim, segundo Pietro PERLINGIERI, “devem ser superadas as discussões dogmáticas sobre a categoria do direito (ou dos direitos) da personalidade. Nestas discussões controvertia-se principalmente sobre a possibilidade de assimilar a personalidade à categoria (em aparência ‘geral’ e, portanto, vista — sem razão — como ‘universal’) do direito subjetivo, como tinha sido elaborado pela tradição patrimonialista. (...) A esta categoria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do ‘ter’. Na categoria do ‘ser’ não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica” (*Perfis de direito civil*, cit., p. 155).

<sup>63</sup> Pietro PERLINGIERI. *Perfis de direito civil*, cit., p. 155.



Se deixamos de ter da doação a concepção moral, quase poética de “ato de favor”, de benemerência ou generosidade, e passamos a pensá-la em termos contratuais, ou seja, em situações nas quais o doador tem interesses concretos a realizar, será possível obter uma perspectiva diferenciada. De fato, insista-se, a doação no direito brasileiro não é ato; é contrato. São necessárias duas vontades contrapostas para pôr de pé o negócio jurídico. O doador tem, certamente, interesses relevantes na doação, tanto é verdade que só pode revogá-la em casos expressos em lei, de inexecução do encargo ou por ingratidão (Código Civil, art. 555), isto é, quando os seus interesses não estiverem sendo levados em consideração ou quando o comportamento do donatário atingir as raias de direitos fundamentais do doador ou de sua família. A revogação, como se sabe, é faculdade que acompanha determinados negócios jurídicos, e que pode vir, como se dá nos testamentos, subordinada ao mero arbítrio do agente; porém, no caso da doação, a revogação está condicionada a uma causação, prevista taxativamente na lei.

Quanto à promessa de doação, cumpre dizer que houve a manifestação da vontade em relação à promessa, ela já ocorreu, e quando se vai ao judiciário pedir a sua execução é porque foi descumprida. O respeito aos compromissos assumidos representa um objetivo do nosso ordenamento jurídico e não parece haver qualquer razão especial que justifique a possibilidade de se descumprir, sem qualquer sanção possível, uma promessa de doação feita a outrem. Seu cumprimento é essencial porque uma promessa não mantida é uma falsa promessa, e não uma promessa inexistente. O adimplemento, portanto, voluntário ou coativo, é uma consequência lógica e necessária da promessa, isto é, é a sua premissa: de fato, posta a premissa de que se prometeu algo, deduz-se que se deve manter o que se prometeu, seja voluntariamente, seja com o auxílio da força do ordenamento.

A harmonização dos interesses opostos das partes contratantes constitui o objetivo central de toda relação jurídica contratual. É comum, porém, ignorar-se o papel do promissário no ato da promessa, privilegiando o ponto de vista do promitente ou concebendo a promessa unilateralmente. Não obstante, o interesse na conclusão do contrato definitivo deve ser prospectado também para o doador, e não apenas para o donatário, como normalmente acontece. Basta pensar numa doação com encargo de particular relevo para o doador, a que o promissário-donatário não quisesse mais se ater.<sup>64</sup> Suponha-se agora que o promitente-doador tenha convencido com dificuldades o donatário, por escrito e sem previsão de cláusula de arrependimento, a não adquirir o

---

<sup>64</sup> Guido BISCONTINI. Eseguità del contratto preliminare e preliminare di donazione. *Rassegna di Diritto Civile*, 1987, p. 577 p. 594.

bem que lhe prometeu doar. São inúmeras as hipóteses em que se podem figurar interesses merecedores de tutela tanto do doador quanto do donatário, e serão, ao contrário, raros os casos em que, na relação contratualmente posta, o donatário é o único a ter benefícios, ainda que não-patrimoniais.

Enfim, um argumento legalista: o Código Civil de 2002 expressamente regulou o contrato preliminar e não excepcionou de suas regras a doação. Tal fato, sustentou-se, comprovaria que os arts. 462 a 466 se aplicam à doação assim como a qualquer outro contrato, sendo admissível, portanto, a sua promessa.<sup>65</sup> Em consequência, ao dispor que os contratos preliminares devem ser registrados (CC, art. 463, § único), permitiu-se, por essa via, que negócios outros, antes não admitidos, se tornassem passíveis de recepção no rol da Lei de Registros Públicos (art. 167, I), diploma eminentemente instrumental.

## 6. Conclusão

Na regulamentação e na interpretação da doação o legislador e o juiz oscilam. Ora propendem para incentivar as doações, negócios em que mais consistentemente se verifica um espírito de solidariedade e de generosidade; ora demonstram por elas a mais ferrenha antipatia, por serem negócios essencialmente gratuitos, que podem servir a manipulações ou manobras dolosas, em prejuízo do patrimônio do doador e de sua família.<sup>66</sup> Assim, os ordenamentos frequentemente apresentam paradoxos na tentativa de equilibrar interesses contraditórios.

A dissociação gera marcantes incoerências. Na doutrina, todos os entendimentos são possíveis e todos igualmente insuficientes: a doação é um tema que desafia as mentes mais lúcidas e os pensamentos mais serenos. Faz-se oportuno registrar, porém, que a doutrina manualista que nos últimos anos escreveu sobre a promessa de doação se manifestou, em proporção significativa, de modo favorável a ela.<sup>67</sup> Os juristas estão, em princípio, em consonância com o seu tempo. Sob os argumentos mais diversos, tem-se afirmado não se ver razão para se excluir o preliminar de doação, como se a repugnância antes fortemente sentida não fosse mais, em nossos dias, tão perceptível.

---

<sup>65</sup> Assim, Marco Aurélio Bezerra de MELO. *Novo Código Civil anotado*, cit., p. 188-189.

<sup>66</sup> Arnaldo WALD. *Obrigações e contratos*, cit., p. 378.

<sup>67</sup> Assim, Arnaldo RIZZARDO. *Contratos*, cit., p. 511; Arnaldo WALD. *Obrigações e contratos*, cit., p. 396; Carlos Roberto GONÇALVES. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*, v. III. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 260; Marco Aurélio Bezerra de MELO. *Novo Código Civil anotado*, cit., p. 188; Marco Aurélio de Sá VIANA. *Curso de direito civil*, cit., p. 261; Paulo Luiz Netto LÔBO. *Comentários ao Código Civil*, cit., p. 286; e Sílvia de Salvo VENOSA. *Direito civil*, cit., 2005, p. 143.

Ou, por outra, dar guarida a promessas descumpridas, quando sua configuração é toda ela contratual, não parece, na atualidade, um comportamento eticamente adequado ou moralmente sustentável.

Mas os argumentos a favor da promessa não são apenas morais, éticos ou culturais. Juridicamente, parecerá estranho afirmar que não há manifestação da vontade de doar quando se manifestou esta mesma vontade no momento da celebração do preliminar. Não por isso a vontade deixou de ser espontânea; ela o foi quando da declaração. Seria preciso garantir ao promitente-doador o direito ao arrependimento? Mas o contrato preliminar pode prever tal cláusula (Código Civil, art. 463). A liberalidade não seria compatível com a coatividade ínsita aos preliminares? Não houve coatividade, pois, quando o promitente-doador expressou a sua vontade; ele o fez livremente, sem nenhuma coação, *nullo iure cogente*, e de livre e espontânea vontade decidiu que o promissário-donatário deveria receber, seja pelo motivo que for, mais tarde, num momento futuro, uma atribuição patrimonial sem contraprestação.

Quis o doador, então, desistir: pensou melhor e, não obstante tenha declarado, por escrito, sua livre vontade de enriquecer o donatário, voltou atrás. Deve o ordenamento jurídico dar garantia a este seu arrependimento? Se o contrato preliminar tiver previsto a cláusula, tudo estará resolvido. Mas se não houver cláusula de arrependimento é porque as partes decidiram que ela não seria necessária, uma vez que não haveria arrependimentos. O doador é agente capaz, pessoa adulta.

De outro lado, está o donatário, confiante de que receberá o bem que lhe foi prometido. Fez planos, já decidiu o que fará com a coisa, cumprirá, se for necessário, o encargo estipulado no interesse do doador. Estará ele recebendo algo “de graça”? Dificilmente alguém recebe uma doação “à toa”, sem que algo tenha sido feito em prol do doador. Os motivos do doador podem ser os mais diversos, mas a causa da doação é sempre única, como o são as causas de cada um dos contratos: a obrigação de transferir um bem, ou um direito, por liberalidade, isto é, sem uma contraprestação patrimonial.

Do ponto de vista filosófico, tratando de promessas, Norberto Bobbio afirmou: “... è essenziale alla promessa essere mantenuta, così come è essenziale al triangolo equilatero di avere lati eguali”.<sup>68</sup> Assim, se é repugnante uma doação “coativa”, igualmente deplorável é uma promessa descumprida. Tendo a manifestação da vontade

---

<sup>68</sup> Norberto BOBBIO. Introduzione alla filosofia del diritto ad uso degli studenti. Torino: Giappichelli, 1948, p. 162.

por parte do promitente-doador se expressado livre e espontaneamente, lícita deve ser a exigibilidade da promessa.

**Como citar:** BODIN DE MORAES, Maria Celina. Notas sobre a promessa de doação. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: < <http://civilistica.com/notas-sobre-a-promessa-de-doacao/>>. Data de acesso.