

42
1672
2012
v. 16

Pontes de Miranda

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XLVI

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Contrato de seguro (continuação).
Seguro de vida. Seguros de acidentes pessoais.
Seguro de responsabilidade. Seguro de crédito.
Seguros de riscos especiais e de universalidade.
Seguros mútuos. Resseguro. Contrato de comodato.
Contrato de doação. Contrato de hospedagem

Atualizado por
Bruno Miragem

EDITORA  100 anos
REVISTA DOS TRIBUNAIS

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PONTES DE MIRANDA

PARTE ESPECIAL

TOMO XLVI

Direito das obrigações: contrato de seguro (continuação). Seguro de vida. Seguros de acidentes pessoais. Seguro de responsabilidade. Seguro de crédito. seguros de riscos especiais e de universalidade. Seguros mútuos. Resseguro. Contrato de comodato. Contrato de doação. Contrato de hospedagem

BRUNO MIRAGEM
Atualizador

© Originais do Tratado de Direito Privado – 60 Tomos:

PONTES DE MIRANDA

© Desta Atualização [2012]:

00791

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

GISELLE DE MELLO BRAGA TAPAI
Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso site: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [10.2012]

Profissional

Fechamento desta edição [01.10.2012]



ISBN 978-85-203-4550-4
ISBN da Coleção 978-85-203-4321-0

CAPÍTULO I
CONCEITO E NATUREZA
DA DOAÇÃO

§ 5.009. CONCEITO DO CONTRATO DE DOAÇÃO

1. CONCEITO. – *Donum* é dom, o que se recebe, sem contraprestação. O *dare* contém ato mais simples, porque se abstrai de causa e, pois, serve a qualquer causa de atribuição. O que vende e adimple – dá; o que paga – dá; o que empresta – dá; o que faz apenas tradição – dá. E dá o que doa. Mas o próprio doar tem dois sentidos: um largo, que abrange qualquer liberalidade; outro, estreito, que só se refere a liberalidade com a coisa. Nos Comentários de SABINO, o título *de donationibus* foi incluído como um dos modos de aquisição da propriedade, mas o intuito era apenas prático. Falava-se de *donationis causa mancipare*, *donationis causa tradere*, *donationis causa promittere*. Era o sentido largo da *causa donandi*. Na lex Cincia (204 a.C.), segundo CÍCERO (*de Senect.*, 4, 10), também chamada *muneralis*, tratou-se de *dona* e de *munera*. O *donum* era a doação, provavelmente, pela primeira vez, considerado à parte dos outros atos jurídicos. O *munus*, conceito de direito público e de direito privado, aí só privado (MARCIANO, L. 214, D., *de verborum significatione*, 50, 16: *munus*, cargo), às vezes era empregado no sentido de espécie de doação, o que se doa por dever de costume ou decoro, donde aparecerem nos textos juntos *donum* (vel) *munus*, *donum* (et) *munus* (sobre isso, F. SENN, *Leges perfectae*, 17 s., e LUDWIG MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, 154).

No direito romano, a doação e a promessa de doação foram, a princípio, pactos que ficavam no mundo fático. A entrada no mundo jurídico, posteriormente, foi para a doação e para a promessa de doação.

Diz o Código Civil, art. 1.165: “Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita”. Alude-se à *oferta* e à *aceitação*, à transmissão da propriedade, em sentido amplo, que excede, em compreensão, ao de domínio. Doa-se o domínio, doa-se a enfiteuse, doa-se o usufruto, doa-se o uso, doa-se o direito de habitação, doa-se o título de crédito, doa-se a hipoteca ou qualquer outro direito real de garantia.

O doador – se eliminamos, como devemos, a referência aos *motivos* – obra sem interesse, porque somente considera (*causa*) o benefício do donatário. Não o seu, que existe, sim, mas subestá. Não se compreenderia que ficasse sujeito às responsabilidades contratuais ordinárias. Se há dolo, muda de figura a razão de ser responsável. *E. g.*, no caso de doação manual, se falta o título, se o ocultou de má fé, e adveio dano ao donatário, uma vez que o dano foi oriundo da sua omissão. Não se trata de indenização do valor do objeto, mas sim do dano resultante do ato de má fé.

No direito romano e no direito comum, o conceito de doação atendia à variedade de elementos do suporte fático, de modo que tinha de haver regras jurídicas gerais e regras jurídicas especiais precisas (HUGO BURCKHARD, *Zum Begriff der Schenkung*, *Festgabe für ERNST IMMANUEL BEKKER*, 71 s.).

Quando se analisa o que, em cada caso, se transfere de um patrimônio a outro, sem ser o uso *inseparável* do bem, que faria de comodato, e não de doação o contrato, justifica-se certa perplexidade diante do conceito de doação. Alguns especificam, e evitam generalizar. Outros exprimem a excitação diante da variedade de elementos fáticos (*e. g.*, MAX STOLTE, *Der Begriff der Schenkung*, 5; ALBERT MERZBACH, *Begriff und rechtliche Natur der Schenkung*, 15). A linha de limites com o comodato não basta: ali, dispõe-se do uso inesperado; aqui, do bem (= da propriedade, ou da posse, ou de ambas, ou da simples titularidade do direito pessoal). A atividade, que há na disposição, pode ser positiva ou negativa, e nem sempre a disposição, por si só, é negócio jurídico, como a alguns pareceu (*e. g.*, KONRAD COSACK, *Lehrbuch*, I, 6.ª ed., 563), confundindo o *ato de disposição* e o *negócio jurídico da doação*. Há o negócio jurídico de disposição, mas há, também, a disposição em ato. Na doação de bem imóvel, precisa-se do acôrdo de transmissão, que é negócio jurídico, e é o que se registra. O que importa é o enriquecimento do outro figurante (cf. P SIMÉON, *Recht und Rechtsgang*, 386; HERMANN HORN, *Begriff und rechtliche Natur der Schenkung*, 18). O ato pode não ser *ativo* (sem razão, VICTOR UNGNAD, *Der Schenkungsbegriff*, 6). Ativo é o doar, o elemento-efeito do contrato

real: o enriquecimento de um figurante, com diminuição patrimonial do outro, alterações que poderão ser iguais em valor, porém, no doar, não pode uma existir sem que a outra exista (sem razão, por exemplo, O. PHILLER, *Vorlesungen über das BGB.*, 126).

O propósito de enriquecer não é essencial. O que é essencial é a intenção de doar. Se A transfere a B as ações que tem na companhia em liquidação e sem valor no mercado, porque B as deseja ter, há doação. Idem, se A pensa que C morreu sem bens e entrega a B a nota promissória de C, a quem D, herdeiro de C, com bens sitos no estrangeiro, paga o título.

Há a *doação de cartaz*, que é a que A faz à sociedade de caridade ou de cultura, ou de beneficência, para entrar em determinada ordem ou obter determinado título. É a chamada “schreiende Schenkung”, doação gritante, de que falam juristas alemães. Tem-na como verdadeira doação MARTIN SCHERER (*Recht der Schuldverhältnisse*, 631, e H. NEUMANN); contra, J. MEISNER (*Das Bürgerliche Gesetzbuch*, II, 471 s.), que zurzia o fim egoístico, estranho à doação. De regra, há doação; as circunstâncias podem estabelecer, embora dificilmente, a bilateralidade.

Quem renuncia à herança não doa (sem razão, VICTOR UNGNAD, *Der Schenkungsbegriff*, 27). Não, porém, quem renuncia à percepção de juros futuros, porque já há o direito a esses juros futuros (sem razão, HUGO BURCKHARD, *Zum Begriff der Schenkung, Festgabe für E. I. BEKKER*, 36; HERMANN HORN, *Begriff und rechtliche Natur der Schenkung*, 68 s.; e HUMANN ORTLOFF, *Die Schenkung, Archiv für Bürgerliches Recht*, 21, 291). Se aos juros ainda não está vinculado o devedor (não se pense em ainda não existir a pretensão, porque nem só após sobrevém), não há doação.

A *repudiatio hereditatis* torna inexistente qualquer efeito que a lei estabeleceu entre a morte e a aceitação da herança. Uma vez que não houve aceitação pela pessoa a que, *ex lege*, ou por disposição testamentária, se tinham de transferir a propriedade e a posse da herança ou do legado, *houve* com a pessoa que veio a aceitar, por ter a outra pessoa repudiado. Dá-se o mesmo com a *repudiatio legati*. A figura não é bem a de herdeiro provisório, ou de legatário provisório, como pretendia KONRAD HELLWIG (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, I, 296 s.). O que se passa é que se tem por inexistente, quanto ao repudiante, o que se teve por existente, e por existido aquilo mesmo que, a respeito do aceitante, não se tinha como existente.

2. ATRIBUIÇÃO PATRIMONIAL AO DONATÁRIO. — A doação é atribuição patrimonial. Se não há atribuição ao donatário, não há doação. Não importa

o que se doa, desde que com isso se enriqueça o donatário. Doa-se, com a transmissão da propriedade de qualquer bem móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo, fungível ou infungível, consumível ou inconsumível. Doa-se, com a transmissão ou a constituição de qualquer direito real limitado. Doa-se, com a constituição de crédito, irradiado de negócio jurídico causal ou de negócio jurídico abstrato. Doa-se, reunindo-se créditos, renunciando-se a direitos, como ocorre se alguém renuncia à hipoteca (Código Civil, art. 849, III), ou a outro direito real de garantia (arts. 802, III), ou à servidão (art. 709, I). Doa-se cedendo-se créditos. O que se exige, basicamente, é que o direito seja alienável e transmissível à pessoa a quem se doa.

Com o aumento do patrimônio do donatário diminui-se o do doador. Se não há causalidade entre essa diminuição e aquele aumento, não há doação. Se A era chamado à herança de C e renuncia à herança, e a aceita B, não houve doação de A a B, porque, segundo o conceito de repúdio da herança, A não herdou. Para que do seu patrimônio houvesse saído o que B herdou, seria preciso que A tivesse aceito, e A não aceitou.

Se A apenas atribui uso do bem ou promete serviços gratuitos seus ou de outrem, não doa, salvo se B ia pagar despesas e tais despesas A afastou, com o seu ato. Mas, para que tal se dê, é preciso que haja atribuição patrimonial, e não só dação de uso. Não doou A se ordenou, em acôrdo com B, ao sem motorista que dirigisse o carro de B, e não recebeu pagamento.

Quem paga obrigação natural não doa. Quem dá garantia a C, para que empreste ou venda algum bem a B, não doa, se A se fez fiador de B perante C, ou empenha ou hipoteca em garantia de dívida de B, e não cobrou o que pagou, com o consentimento de B, doou. Aí, B acordou na gratuidade.

No patrimônio inclui-se qualquer valor econômico e qualquer elemento que o diminua. Não poderia ser só o ativo. Trata-se, portanto, de expressão de valor. O que é de alguém e ainda não tem vida, figura, embora como interrogação, no cômputo patrimonial. Na L. 49, D., *de verborum significatione*, 50, 16, só se considerava o ativo. Isso levou K. BIRKMEYER (*Über das Vermögen im juristischen Sinn*, 25) e E. I. BEKKER (*System des heutigen Pandektenrechts*, I, 7. s.) às afirmações de se não levar em consideração o passivo. Sobre patrimônio, *ex extenso*, Tomos V, §§ 595-602, e XIX, §§ 2.305-2.309. No direito civil alemão, há emprêgo dos dois sentidos, o que não se justifica (Código Civil alemão, §§ 419, 719 e 733, ativo; § 1.981, ativo e passivo).

O patrimônio do outorgado tem de algo receber, para que se possa pensar em doação. A simples transmissão fiduciária não enriquece. Nem

a fiança que se dá à dívida de outrem; nem a hipoteca, ou o penhor. Salvo se, com isso, o credor renuncia ao direito de cobrar ao devedor, ou se o garante renuncia ao direito de regresso. O empréstimo gratuito de dinheiro, ou de outro bem fungível, não é doação. Quando se atribui a trabalhador mensalidade ou qualquer quantia de festas, conforme o salário, retribui-se; não se doa.

3. DIMINUIÇÃO DO PATRIMÔNIO DO DOADOR. – A atribuição patrimonial a que não corresponda diminuição do patrimônio do doador não é doação. Quem doa sofre com a doação. Quem dá, sem que aumente o patrimônio de outrem, não doa. Nem doa quem faz aumentar o patrimônio de outrem, sem que, com isso, diminua o seu. Se A, com as obras que está fazendo de muralhas do rio, aumentou a margem que tinha o terreno do vizinho, com perda, ou não, de extensão do terreno de outro vizinho (Código Civil, arts. 538 e 541), não doou. Se o possuidor de má fé construiu no sítio ou na fazenda de outrem, ou se aplainou o terreno de outrem, a benfeitoria é adquirida pelo dono da área (Código Civil, art. 517), sem que haja, aí, contrato de doação.

Se quem emprestou determinada quantia a juros a cada mês, ou no mês do aniversário do devedor, remete o recibo e diz ao portador que não traga a importância, doou.

O que acima dissemos não corresponde ao conceito largo de doação no direito romano. Tentou HUGO BURCKHARD (Zum Begriff der Schenkung, *Festgabe für* E. I. BEKKER, 1 s.) sustentar tal sentido, que F. VON SAVIGNY (*System*, IV, 4) combatera. No direito comum, foi o sentido estrito que dominou; e o Código Civil segue a mesma esteira.

A atribuição patrimonial tem de ser sem restituição; portanto, por transmissão sem ser só do uso ou proveito futuro que *resulte* do objeto. O comodato não é doação. Nem é doação o ato de A se, para que B aceite, o que é do interesse de B, deixa de aceitar oferta de C. Nem o é a renúncia a *direito de preferência*. Discute-se se os *direitos expectativos* podem ser objeto de doação (sobre direitos expectativos, Tomo V, §§ 576-578). Preliminarmente, não se confundam com os *direitos formativos*. Entendem que são doáveis os direitos expectativos A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, III, 159) e WOLFGANG SIEBERT, em *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch* de FRANZ SCHLEGELBERGER, VI, 147). Contra, com razão, a opinião dominante. Quem rompe o título de crédito, para extinguir, gratuitamente, a dívida de alguém, doa. Quem deixa, com vontade de alienar, que o líqui-

do se despeje no tanque de outrem, com intenção de doar, doa. Se o dono do bem permite que outrem o apanhe para si, doa. Não doa quem ajuda a outrem, ou faz sôzinho para outrem, gratuitamente, a cópia a máquina, ou presta outro trabalho.

Há, todavia, um ponto que precisa ser esclarecido. Fala-se de enriquecimento de um e correspondente empobrecimento de outrem. O objeto, que A entende doar a B, pode não ter valor venal, nem ser, sequer, útil a A. Ora, o não ser útil a A pode acontecer, também, com objeto de valor venal, que não justifique levá-lo à cidade para que alguém o compre, tanto mais quanto pode bem ser que A, sem resultado, haja pôsto anúncio nos jornais. Se B dá valor (= acha que lhe é útil) o que A reputa inútil, há doação. Porque A tinha a propriedade e a atribuiu a B, que recebeu o objeto. Bem relativo, portanto, o conceito de empobrecimento de um e enriquecimento do outro. Acrescente-se que A pode pensar que o objeto nada valha, e seja de valor, ou, até mesmo, valiosíssimo, e B, que aceita a doação, creia que tem valor o que A lhe doa e, para os outros, ou talvez para todos, incluído B, nada valha.

4. ESPÉCIES DE ATRIBUIÇÃO PATRIMONIAIS GRATUITAS. – O contrato de doação tem como figurantes o *doador* e o *donatário*, mas a atribuição patrimonial pode ser feita, diretamente, pelo doador ao donatário (*e. g.*, se aquele transfere a êsse a propriedade ou se constitui, a favor dêsse, direito real ou pessoal), como pode ser em virtude de ato jurídico (nem sempre negócio jurídico) com terceiro, cujo ato-fato, ou ato jurídico *stricto sensu*, ou negócio jurídico, aumente o patrimônio do donatário (*e. g.*, pagamento da dívida do donatário, construção de casa em terreno do donatário, assunção de dívida pelo terceiro).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 5.009. A – Legislação

A doação é disciplinada pelos arts. 538 a 564 do CC/2002. A definição legal do contrato de doação encontra-se no art. 538 do CC/2002, que reproduz o art. 1.165 do CC/1916, apenas com a supressão de sua parte final, que referia à aceitação do donatário. Essa supressão serviu para fomentar ainda mais debate doutrinário quanto a necessidade da doação e seu caráter contratual. Todavia, na linha que Pontes de Miranda sustenta para o tema, não se cogita da doação que

não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

§ 5.012. PROMESSA DE DOAÇÃO (PRÉ-CONTRATO DE DOAÇÃO E DOAÇÃO CONSENSUAL)

1. PRECISÕES. – As falarmos de promessa de doação, o que mais importa é o advertir-se quanto à duplicidade de emprêgo: *a*) promessa da doação é promessa de contrato de doação; *b*) promessa de doação é contrato consensual de doação. Há esforços para se alijar o passado, que resiste, na concepção da doação contrato real, mas há a regra jurídica que se lê no art. 1.165 do Código Civil: “Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita”. Em todo o caso, há o art. 1.172 do Código Civil, que nos merece exame atento.

2. ESPÉCIES DE DOAÇÃO. – Espécies de doação são a *doação real* e a *doação consensual*. (Não é espécie de doação o pré-contrato de doação, que até pode ser oneroso, como se A pré-contrata com B que êsse doe a C a casa de campo.) Na primeira espécie, transfere-se, desde logo, a titularidade. Na segunda, promete-se tal transferência. No pré-contrato de doação promete-se o contrato real ou o contrato consensual de doação. A *doação em cumprimento de dever moral* ou *de decoro* (Código Civil, art. 1.187, III) não é espécie; é caso especial de doação. Acontece o mesmo com a doação entre cônjuges ou noivos, a dotação como doação, a doação a causa de morte e a doação modal. Cf. EMIL STÜTZEL (*Schenkung und Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnis zum Vorteil eines Anderen*, 12).

Se se trata de contrato consensual de doação, no que não só o art. 1.172 do Código Civil permite pensar-se, nasce ao doador dívida do *direito* doado. Se se trata de pré-contrato de doação, o que se deve é o contrato de doação.

A 4.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 7 de dezembro de 1951 (*D. da J.* de 15 de abril de 1952), entendeu que nenhuma dívida surge de promessa de doação: não vale a declaração de vontade que não se fêz. (Sobre o pacto *de donando*, Tomo III, 251, 5 e 7.) Essas afirmações, sem estudo do assunto, afeiam a estrada dos julgados;

depõem contra a justiça. A doação é atribuição patrimonial que enriquece o outorgado, com diminuição do patrimônio do doador. A promessa de doação *mortis causa* pode infringir o art. 1.089 do Código Civil; mas essa é outra questão.

A promessa de doação é tratada, no concurso de credores, como a doação (cf. ARNOLD COHN, *Das Schenkungsversprechen im Konkurse des Schuldners*, 30; MAX OPPENHEIM, *Das Schenkungsversprechen des BGB.*, 56).

Outro êrro, que se tem de repelir, é o de se dizer que a doação, no direito brasileiro, é contrato *consensual*. Não o é, pôsto que excepcionalmente o possa ser.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 5.012. A – Legislação

O art. 1.187, III, do CC/1916, que se refere à impossibilidade de revogação por ingratidão das doações celebradas em pagamento de obrigações naturais, corresponde ao art. 564, III, do CC/2002.

O art. 1.172 do CC/1916 que dispõe sobre a doação sob a forma e subvenção periódica, corresponde ao art. 545 do CC/2002.

§ 5.012. B – Doutrina

A promessa de doação segundo entendimento prevalente, não gera efeito de permitir a execução, considerando que a liberalidade que caracteriza a doação seria insuscetível de se exigir coativamente. Será admitida eficácia à promessa de doação, contudo – segundo a doutrina – quando seja compreendida como parte de uma série de obrigações celebradas com uma finalidade comum, como é o caso da promessa de doação aos filhos no âmbito de um acordo já ratificado, de separação judicial (SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Contratos nominados II*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 86; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 216).

§ 5.012. C – Jurisprudência

Consolidou entendimento, a jurisprudência, de que a promessa de doação aos filhos em decorrência de partilha de bens admite execução específica (STJ, EREsp 125.859/RJ, 2.^a Seção, j. 26.06.2002, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar,

nesse caso a aceitação será dispensada. No caso da doação feita ao nascituro, a aceitação feita pelos pais a que se referia o art. 1.169 do CC/1916, foi reproduzido com melhor técnica pelo art. 542 do CC/2002 que faz referência à aceitação pelo seu representante legal.

§ 5.016. B – Doutrina

A dispensa de aceitação na doação feita a absolutamente incapaz resolve questão objeto de acoso debate, que era a possibilidade de reconhecer-se a vontade daquele a quem o direito interdita a eficácia de sua manifestação, em face da natureza negocial reconhecida à doação. Para o que a doutrina desenvolveu criativa solução ao identificar uma aceitação ficta (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. III, p. 211-212). Sob o novo entendimento, contudo, há quem entenda que a desnecessidade de aceitação converte a conduta do donatário em ato-fato jurídico (NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 286). O substrato lógico da dispensa de aceitação, todavia, é o de que se tratando de ato que só pode vir a trazer vantagens ao que recebe em doação pura, não há porque se exigir a aceitação.

§ 5.016. C – Jurisprudência

A doação entre cônjuges casados em comunhão universal de bens é nula, por impossibilidade jurídica do seu objeto (STJ, AR 310/PI, 2.ª Seção, j. 26.05.1993, rel. Min. Dias Trindade, *DJ* 18.10.1993). Não é o caso, todavia, em relação aos cônjuges casados em regime de separação total (STJ, REsp 471.958/RS, 3.ª T., j. 18.12.2008, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 18.02.2009).

§ 5.017. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE

1. PRECISÕES. – A manifestação de vontade do outorgante, na doação, não é a de contrair dever e obrigação de prestar ao outorgado; portanto, não é a de atribuir a esse direito a exigir o objeto. Apenas consiste na própria dádiva. Quem doa não promete dar: dá. Não há pretensão do outorgado por inadimplemento por parte do outorgante. Quis dar, deu. Por isso mesmo, somente por dolo responderia em caso de vício do direito ou do objeto. Se há promessa de doar, há pré-contrato. Tal a solução do direito brasileiro, que não afasta a doação consensual, mas promessa de doação, no direito brasileiro, é promessa de contrato de doação.

Tanto o outorgante quanto o outorgado têm de manifestar-se sobre a gratuidade da atribuição patrimonial. A doação remuneratória só é remuneratória no *motivo*; daí, a unilateralidade do contrato. Se o outorgado conta (ou contava) com a remuneração, não há doação. Mas, aí, “contar com” é o mesmo que considerar devedor, desde já, ou no futuro, o outorgante. A *gorjeta* não é doação, salvo se nada tem com a prestação do serviço pelo que a recebe, como a gorjeta ao empregado da empresa de cofres (Tomo XLII, § 4.661, 5).

2. ATRIBUIÇÃO PATRIMONIAL E CONTRATO REAL. – A atribuição patrimonial pode consistir em alienação da propriedade, ou de direito real limitado, em constituição de direito real limitado, em assunção de dívida própria ou alheia, em liberação de gravames, em remissão de dívida, em assunção de dívida ou de outra vinculação, em pagamento de dívida do outorgado. Se há doação, a transmissão do bem é *simultânea*, por se tratar de contrato real, que a supõe. Se há promessa de doar, o que se prometeu foi o contrato de doação. Enquanto não se opera a atribuição patrimonial não se concluiu o contrato real. A escritura pública de transmissão da propriedade imóvel e a do acôrdo de transmissão integram o contrato real, embora falte o registro. Se o doador obsta, sem razão, ao registro, já ofende o direito do donatário, tal como lhe foi transferido.

Quando se repudia a herança ou o legado, a favor de outrem, isto é, com intenção de enriquecer outra pessoa, que é aquela a quem cabe, após a repúdio, aceitar, não se doa. O direito ainda não entrou, com definitividade, no patrimônio do herdeiro ou do legatário, pela concepção mesma do repúdio. O “a favor”, “em benefício de”, ou “para que B possa herdar” (ou “receber o legado”) é apenas *motivo*, não é, de jeito nenhum, condição do repúdio; nem pode ser elevado a tal figura, mesmo em declaração de vontade por termo nos autos (cf. EMIL STÜTZEL, *Schenkung und Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächnisses zur Vorteil eines Anderen im BGB.*, 3 s.).

A designação de alguém como beneficiário de seguro de vida não é doação (cf. A. EMMINGHAUS, *Die Lebensversicherung zugunsten Dritter; Schenkung?*, *Leipziger Zeitschrift*, III, 454 s.): não é com a conclusão do contrato que se dá o enriquecimento, esse pode provir da premorte do segurador. Em todo o caso, pode ser doação o que se presta como prêmio (OTO WARNEYER, *Kommentar*, I, 843). A garantia resultante de anticrese pode ser doação, se o devedor é terceiro.

A abertura de conta correntê, ou outra conta de crédito, em nome de outrem, pode ser doação: tem de satisfazer os pressupostos de enriquecimento do terceiro e do empobrecimento do depositante.

A doação conclui-se com a observância das regras jurídicas concernentes à transferência do direito. Se se trata de título ao portador, basta a tradição. Para a doação do título endossável, são de mister o endosso e a tradição. No tocante a títulos nominativos, tem-se de observar o que a respeito da sua transferência se exige legal e estatutariamente. Se os direitos são direitos que exigem cessão, para que se transfiram, as regras jurídicas sobre cessão têm de ser atendidas.

Se a entrega de título cambiário ou cambiariforme corresponde a doação, ou a outro negócio jurídico, não é questão que se haja de responder *a priori*. Trata-se, como, também, a respeito de *promessa de dívida* e de *reconhecimento de dívida*, de negócio jurídico abstrato, e a doação ou outro negócio jurídico apenas tem a tais fatos jurídicos como elementos do suporte fático.

3. CONSENTIMENTO. – Cumpre observar-se que, no direito contemporâneo, há mais do que a exigência do *animus donandi*. O consenso há de ser quanto a essa intenção de liberalidade. Da parte do doador, há o ânimo de doar; da parte do donatário, o *animus donum accipiendi*. Os dois elementos compõem o acôrdo quanto à gratuidade, com os fatores subjetivos da doação, sem que se possa afastar o pressuposto objetivo de ser verdadeiramente gratuito o contrato. Esse pressuposto é que permite distinguir-se da onerosidade, que pré-elimina a doação, a gratuidade que não desaparece com o *modus* ou a remuneratoriedade. No art. 1.167 do Código Civil, esse ponto é da máxima importância conceptual: abstrai-se do valor econômico das qualidades ou atos do donatário (“doação feita em contemplação do merecimento do donatário”), como do valor econômico dos serviços, na doação remuneratória, ou do encargo, se modal a doação. O que importa é que, do lado do doador, êle, juridicamente, não *deve* aquilo que presta, porque então estaria contraprestando, e, do lado do outorgado, que êle, se tem de prestar, não seja em cumprimento de contraprestação.

A “doação” em cumprimento de obrigação natural não é doação. Quem solve *naturale debitum*, paga. Se esse débito existe, não existem a pretensão e a ação, ou a ação, e apenas não poderia ser constrangido a adimplir quem, em verdade, deve. No art. 1.187, III, do Código Civil, há erro de terminologia, que, ao falarmos da extensão das doações, teremos

de apontar. Quando se cogita de *naturales obligationes*, é a dívidas sem exigibilidade ou sem ação que se refere a expressão. Tal como está na paráfrase de TEÓFILO ao § 1, I., 3, 2: “naturales (obligationes) sunt quae neque actionem pariunt neque condemnationem inferunt”. “Actio”, aí, é mais do que o que hoje chamamos ação, porque pode compreender a pretensão (cf. H. A. SCHWANERT, *Die Naturalobligationen des römischen Rechts*, 7 s. e 165). Se A paga o que só deve por *obligatio naturalis*, solve, não doa.

Sem que se haja querido, não se pode adquirir doação. *Non potest liberalitas nolenti adquiri* (L. 19, § 2, D., *de donationibus*, 39, 5). É preciso que ambos os figurantes queiram que de liberalidade se trate (L. 18, pr., D., *de rebus creditis si certum petetur et de conditione*, 12, 1: “Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederò, tu quasi mutuum accipias, Iulianus scribit, donationem non esse”). Portanto, que a doação seja gratuita e com a figura da doação, de que é elemento necessário a transferência da titularidade de bem patrimonial. Trata-se da *causa*.

Se se entregam tabletes, ou cerveja, ou outro objeto, ao comprador, não se trata de doação, porque, de regra, se pré-incluiu no preço.

Em muitos casos de doação, o doador aguarda a aceitação, e fica em suspenso a composição do contrato. Exemplo freqüente é o do pagamento, *animus donandi*, de dívida alheia.

Se alguém paga a dívida de outrem, não doa, só por isso, ao devedor. Tem-se de verificar qual a vinculação jurídica entre o terceiro que paga e o devedor, cuja dívida ficou soluta. Se foi o devedor que pediu ao terceiro que fizesse o pagamento, a título gratuito, isto é, que por êle, e pois doando, solvesse a dívida, e o terceiro aceitou fazê-lo e com *animus donandi*, houve doação. Idem, se foi o terceiro que se ofereceu a pagar, como doação ao devedor, e êsse aceitou (W. KOEPPEN, *Das negotium mixtum cum donatione*, 5). Até a aceitação não há contrato, não há doação: com ela, sim.

No contrato consensual de doação, o doador deve a prestação, não a doação (contrato de doação). Ao outorgado, donatário, nasce o direito à prestação.

A atribuição patrimonial pode depender de negócio jurídico. Nada obsta a que consista em efeito de ato não-negocial ou de omissão. É o que acontece em casos de confusão, comistão e adjunção (Código Civil, arts. 615-617), de não-intimação para que se complete o prazo prescricional ou preclusivo, de se deixar de protestar título de crédito, de destruição de documento, ou de não interposição de recurso contra decisão favorável ao

outorgado (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 423 s.; H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, II, 2, 154). O que é preciso é que se caracterize enriquecimento gratuito do outorgado.

A atribuição patrimonial pode não ser direta, como é o caso do pagamento da dívida do outorgado.

O patrimônio do doador diminui-se de algo. A simples abstenção quanto a oportunidade de adquirir não é doação (e. g., A está com B diante de joalheria e quer adquirir a jóia, mas percebe que B também o quer e lhe diz, mesmo depois de ter feito a oferta ao joalheiro: “Você quer; compre você”). O uso e os frutos de determinado bem somente são doação quando o uso e a fruição esgotam o valor econômico do bem (doação do bujão de gás, doação dos frutos pendentes).

O enriquecimento pode consistir em diminuição ou supressão de despesas (H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, II, 2, 156). Idem, em pagamento antecipado de dívida, se os juros já tinham sido pagos, ou se a dívida era sem juros (PAUL OERTMANN, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 505).

Tem de haver acôrdo de vontades sôbre todos os pontos da oferta, inclusive quanto à *gratuidade*. Não basta, portanto, que o outorgante nada tenha recebido do outorgado. O elemento subjetivo é essencial. Por isso, não é doação o que se há de considerar *suplemento de remuneração* (= retribuição suplementar), por serviços já prestados; nem a gorjeta (cf. ARNOLD LIEBISCH, *Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden*, 37 s.).

Estatui o Código Civil, art. 1.173: “A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um dêles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar”.

Se alguém estipula a favor de terceiro e êsse anui (Código Civil, art. 1.098 e parágrafo único), sem que possa o estipulante exonerar o devedor (art. 1.099), ou substituir o terceiro (art. 1.100), conclui-se o contrato de doação, se não fôra concluído antes mesmo da anuência.

Se alguém paga a dívida de outrem, por ter havido acôrdo para isso, *animo donandi*, o adimplemento conclui o contrato de doação. Se não houve acôrdo prévio e quem paga a dívida de outrem o faz com liberalidade, o contrato de doação só se conclui se o devedor, cuja dívida se extinguiu, aceita como donatária a prestação pelo terceiro.

No art. 945 do Código Civil diz-se que a entrega do título ao devedor firma a presunção de pagamento. Tal presunção é eliminável pela prova contrária, que se faça dentro de sessenta dias (art. 945, § 1.º). Se foi o credor que entregou o título sem ter recebido o que lhe era devido, ou o fêz em confiança, ou *animo donandi*. No segundo caso, conclui-se contrato de doação se o devedor não prometeu pagar (o que significaria não aceitar a doação), ou se não admite a existência da dívida.

Se o tomador ou outro endossante de título cambiário ou cambiari-forme o entrega ao endossatário sem que haja existido prestação dêsse àquele, o negócio jurídico subjacente, justajacente ou sobrejacente, que se não insere no negócio jurídico abstrato do endosso, é de doação, se não houve outro negócio jurídico. Cumpre, porém, advertir-se que, se o tomador ou outro endossante opõe exceção pessoal, a doação tem de ser alegada e provada com observância do art. 1.168 ou do parágrafo único. Se a letra de câmbio foi aceita pelo doador a favor do donatário, o aceitante tem de pagá-la à apresentação: a exceção de ter havido doação sem a forma exigida é repelida, porque o título cambiário é abstrato, e, se não houve doação válida, outra relação jurídica há de ter existido, mas relação jurídica oriunda de negócio jurídico subjacente, ou justajacente, ou sobrejacente.

A oferta de doação é, de regra, sem prazo. Se a pessoa está presente, ou é imediatamente aceita, ou não no é. Se o é, à oferta de contrato gera doação ou se segue, desde já, a tradição, integrando-se logo o suporte fático, ou se faz dentro de lapso de tempo que se haja de considerar razoável, mas, quase sempre, a oferta já contém o ato de tradição *longa manu*, ou o constituto possessório. Alguns juristas e julgados confundem a revogação da oferta de contrato de doação com revogação da doação, revogação excepcional do contrato de doação (e. g., 4.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 13 de março de 1947, *R. dos T.*, 167, 273; J. M. DE CARVALHO SANTOS, *Código Civil brasileiro interpretado*, 16, 432, ao art. 1.181). Se a oferta é de contrato consensual de doação, com a aceitação conclui-se êle. Enquanto não se aceita, é revogável a oferta. Note-se bem: a oferta. Se a oferta é de contrato real de doação, a aceitação, antes da transmissão, não o conclui, de jeito que não se precisa, sequer, revogar a oferta. Basta não se atribuir o direito que se quis doar.

Se feita com prazo a oferta de contrato real de doação, o prazo é para se aceitar, e o outorgado ou a aceita, se sujeita a encargo ou mista a doação, ou, se sem encargo e sem qualquer elemento que a faça mista, a expiração do prazo significa aceitação. O oferente já entregou o bem, ou

fêz só dependente da aceitação expressa, ou tácita, a tradição. Se a oferta de contrato consensual de doação foi com prazo, a aceitação faz concluído o contrato e o outorgante está vinculado a prestar (cf. Código Civil, arts. 1.172 e 1.179, 1.ª parte). Se o prazo expira sem que o outorgado recuse, entende-se que êsse aceitou (art. 1.166).

Quer se trate de oferta de contrato real de doação, quer de oferta de contrato consensual de doação, se a doação é para o caso de o outorgado casar-se “com certa e determinada pessoa”, o casamento torna-a irrevogável. Entende-se real o contrato se já entregue, antes do casamento, o bem; consensual, se ainda não fôra entregue.

Há trecho de CLÓVIS BEVILÁQUA (*Código Civil comentado*, IV, 333) que tem concorrido para decisões injustas. Disse êle: “Se o doador falecer antes da aceitação por parte do donatário, resolve-se a doação, porque o contrato não chegou a firmar-se”. Primeiramente, frisemos que não se trata de resolução, nem de revogação da doação, mas sim da oferta: ainda não se dera a conclusão. Depois, havemos de atender aos princípios. Ou há prazo, ou não há prazo. Se há prazo, a morte do oferente é sem relevância. Se não há prazo, é preciso que o outorgado aceite antes da revogação (aqui, revogação, no estrito sentido do art. 1.085 do Código Civil, que aliás fala de “retratação”). Se morre o oferente, os herdeiros é que teriam de revogar. Tem-se de repelir a influência que o trecho citado exerceu em julgados (*e. g.*, 5.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de maio de 1948, *R. dos T.*, 175, 247).

Nos casos do art. 1.081, I e II, do Código Civil (oferta sem prazo), a aceitação é indispensável. No caso do art. 1.081, IV, não houve conclusão do contrato. No caso do art. 1.081, III, tem-se de atender ao art. 1.166, que o altera. Se a doação foi feita “em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa” (art. 1.173), o casamento é aceitação. Se o casamento não se vai celebrar, ou o oferente tem como ineficaz a oferta, ou, para maior segurança, a retira, frisando a ineficácia. Nos casos do art. 1.170, o que se há de alegar e provar é que não houve recusa do outorgado e sim acolhimento.

Só o art. 1.170 e o art. 1.173 abrem exceção aos princípios. O art. 1.166 é mais explicitação, porque se entende prazo para aceitar e, se não responder, ter-se como feita a aceitação. Se não há qualquer das três espécies (art. 1.166, 1.170 e 1.173), tem o outorgado de alegar e provar que aceitou (3.ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 7 de março de 1939, *R. dos T.*, 118, 642), expressa ou tácitamente.

A doação com reserva de usufruto não é doação com encargo. Doou-se a nua propriedade, e a extinção do usufruto não tem outra consequência que a integralização da propriedade. Se o doador marcou o prazo do art. 1.166 do Código Civil, não precisa haver a aceitação expressa (2.ª Câmara da Côrte de Apelação de São Paulo, 12 de junho de 1936).

4. PRAZO E CONDIÇÃO. – Código Civil, art. 1.166: “O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita, ou não, a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro nêle, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não fôr sujeita a encargo”. A fonte está no Código Civil alemão, § 516, 2.ª alínea, mas, enquanto, no direito alemão, se exige a intimação com o prazo, o direito brasileiro reputa suficiente a inserção do prazo, de que tenha conhecimento o outorgado. O art. 1.166 do Código Civil brasileiro é exceção ao princípio que se estabelece no art. 1.083, 1.ª parte, mas de certo modo se ajusta ao que se enuncia no art. 1.084. O art. 1.166 não incide em se tratando de doação modal, nem se a doação é contrato misto (HANS GRAMM, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 14.ª ed., 516, nota 6).

5. CO-DONATÁRIOS. – Lê-se no Código Civil, art. 1.178: “Salvo declaração em contrário, a doação em comum a mais de uma pessoa entende-se distribuída entre elas por igual”. Acrescenta o parágrafo único: “Se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente”. Em vez de se deixar à interpretação a solução do problema que exsurge da pluralidade de outorgados, a lei, em regra jurídica dispositiva, distribui em partes iguais a doação (cf. Código Civil português, art. 1.467; argentino, art. 1.798). No art. 1.178, parágrafo único, estabelece-se o direito do cônjuge sobrevivente à totalidade da doação. Nada tem isso com a sorte da doação conforme o regime matrimonial de bens. O que o parágrafo único faz entender-se é que, se os donatários são cônjuges, a parte do cônjuge que premorre passa ao sobrevivente. Nada tem isso com a doação a um dos cônjuges, se o regime é da comunhão de bens, ou outro regime. O parágrafo único supõe pluralidade, aí duas pessoas, que foram os outorgados, e em atenção à situação jurídica entre êles estatui que tôda a doação vai ao que está vivo. Se já a haviam recebido, não há invocabilidade do parágrafo único.

6. CLÁUSULA DE DEVOLUÇÃO. – Diz o Código Civil, art. 1.174: “O doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobre-

viver ao donatário”. Trata-se de *cláusula de reversão*. Não há reversão se não foi preestabelecida. A condição resolutiva é a premorte do donatário. O doador contava com a existência do donatário durante toda a vida do doador. Todavia, previu que sobrevivesse o doador e estabeleceu a reversão. O que se atribuiu volta, então, ao patrimônio do outorgante.

Não se tire do art. 1.174 do Código Civil que só se permite a reversão ao doador. Pode ser estipulada a resolatividade a favor de terceiro, à semelhança dos fideicomissos. Por analogia, tem-se de interpretar que só se admite a transmissão a segundo outorgado (cf. Código Civil, art. 1.739). A outorga em segundo grau pode ser a um ou mais donatários. O que se veda é o terceiro grau. Se inválida a segunda outorga, incólume fica a primeira.

Nada obsta a que a cláusula seja de reversão por premorte, ou por premorte sem herdeiros legítimos, ou por premorte sem herdeiros. Não há reversão sem cláusula, e – na falta de explicitude – entende-se que a cláusula é apenas de premorte, tenha herdeiros ou não o premorto.

A reversão opera-se automaticamente. O doador torna-se titular do direito sem que precise de qualquer ato.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 5.017. A – Legislação

O art. 1.166 do CC/1916 tem o mesmo texto do vigente art. 539 do CC/2002, o qual refere que o doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. E tendo ciência o donatário do prazo para aceitar, e não o faz, entende-se o silêncio como aceitação, se a doação não for sujeita a encargo. Neste sentido, diz Pontes de Miranda que se trata de exceção à regra da aceitação das propostas com prazo (ora o art. 431 do CC/2002), assim como da regra do art. 432 do CC/2002 que estabelece se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputa-se concluído o contrato, não chegando a recusa.

O art. 1.168 do CC/1916 corresponde ao art. 541 do CC/2002, o qual refere que a doação pode ser feita por escritura pública ou instrumento particular. O parágrafo único desta disposição, a exemplo do que ocorria no direito anterior, refere que a doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir *incontinenti* a tradição.

O disposto no art. 1.170 do CC/1916 foi disciplinado com vantagem no Código Civil atual, especialmente por ter o art. 543 do CC/2002 dispensado a aceitação do absolutamente incapaz para aperfeiçoar a doação em que seja donatário.

sário (W. FRANCKE, *Das Recht der Noterben*, 505; K. ARNDTS, *Pflichtteil und Noterbenrecht*, J. WEISKE, *Rechtslexikon*, VIII, 165 s.; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, III, 9.ª ed., 397; sem razão, P. L. KRITZ, *Exegetisch-praktische Abhandlungen*, 125 s.; Fr. SCHRÖDER, *Das Noterbenrecht*, 515; H. DERNBURG, *Pandekten*, III, 7.ª ed., 303 s.).

Na L. 9, C., *de inofficiosis donationibus*, 3, 29, disseram o Imperador Constâncio, Juliano e César que a querela *inofficiosae donationis* era à semelhança da querela *inofficiosi testamenti*, quanto à causa, quanto aos termos e usanças. Portanto, a mesma seria a prescrição (cinco anos, H. DERNBURG, *Pandekten*, III, 7.ª ed., 305; salvo, ressalvamos nós, casos excepcionais, cf. L. 8, § 17, D., *de inoffidioso testamento*, 5, 2). A prescrição começava da adição da herança (L. 36, § 2, C., *de inofficioso testamento*, 3, 28, segundo opinião de ULPIANO, contra a de MODESTINO, que pretendia se contasse da morte do testador). A ação era subsidiária (L. 4, C., *de inofficiosis donationibus*, 3, 29), de modo que dependia de existir a ação do herdeiro necessário.

No direito brasileiro, o Código Civil, art. 1.176, tem, pela explicitude da regra jurídica de invalidade, ação de nulidade (*verbis* “nula é a adoção”). *De iure condendo*, poder-se-ia ter concebido a ação como de anulação, mas não foi isso o que se inseriu no art. 1.176. Haveria, por certo, inconveniente em que se tivesse como de nulidade, por serem imprescritíveis tais ações, porém, sendo, como é, ação subsidiária, cessa com a prescrição da ação do herdeiro para haver a herança em mãos de outrem.

6. DIREITO BRASILEIRO. – (a) Diz o Código Civil, no art. 1.176: “Nula é também a doação quanto à parte, que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”. Se o doador não tinha, no momento de doar, herdeiros necessários, inclusive filho concebido, ou filho concebido de descendente já falecido ao tempo da doação, válida é toda a doação, ou a soma das doações feitas. Se já existe algum filho, ou se ainda existe algum ascendente, a doação, no que exceder à metade disponível, é nula. Se houve diferentes doações, todas – desde que houve herdeiros necessários – se computam, para se saber se há violação da porção disponível. Não se levam em conta as doações que foram feitas ao tempo em que o doador não tinha herdeiros necessários; mas somam-se os valores das que se fizeram em todo o tempo em que o doador tinha herdeiros necessários. Se a doação foi remuneratória, até onde houve remuneratoriedade não se computa; bem assim, se feita para cumprir dever moral, ou onerada com encargos

que não sejam também gratuitos (art. 1.187, I-III). As feitas para determinado casamento, embora não revogáveis por ingratidão (art. 1.187, IV), são nulas no que excedem do que o doador, no momento da liberalidade, poderia deixar em testamento. Leva-se em conta o que se pagou, de mais, em prêmios de seguro, não a soma segurada (K. HELLWIG, *Die Verträge auf Leistung an Dritte*, 386); nos outros contratos a favor de terceiro, o de que gratuitamente se dispôs (R. HAHN, *Das Recht auf Ergänzung des Pflichtteils*, 25 s.). A comunhão universal de bens não se leva em conta, ainda se o outro cônjuge nada tem de seu: na lei já se tomaram as cautelas aconselháveis (arts. 258, I-IV); porém a doação por um cônjuge, no que é superior ao que êle tem na comunhão, é ineficaz. A regra jurídica do art. 1.176 incide quanto às disposições para fundações (FR. LEONHARD, *Erbrecht*, 504).

A ação de doação ofensiva da legítima é da mesma natureza que a ação de redução das disposições testamentárias (arts. 1.726-1.728), – apenas nasce ao ser feita a doação, de modo que, de regra, nasce *antes* da abertura da sucessão. A nulidade pode ser decretada antes da morte do doador. Qualquer pessoa que interesse tenha pode suscitar a decretação da nulidade, mas êsse interesse, de regra, só o tem o que seria herdeiro necessário ao tempo da doação, ou – se, antes de existir êsse herdeiro, a doação já fôra nulamente feita – o herdeiro necessário que surgiu depois. Se já faleceu o doador, legitimados ativos à ação são apenas os herdeiros necessários ao tempo da abertura da sucessão. A ação dirige-se contra o donatário.

A pretensão não desaparece se algum dos herdeiros necessários repudia a herança, ou algum herdeiro testamentário. Se, somando-se ao que deixou o falecido o em que importaram as doações, há menos do que a soma das dívidas, legitimados ativos também são os credores, uma vez que no Código Civil, art. 1.176, se concebeu a regra jurídica como de nulidade (*aliter*, o direito alemão, TH. KIPP, *Lehrbuch*, II, 3, 17.^a-21.^a ed., 464). Os frutos não são restituídos. Restitui-se o que foi doado, mas há de interpretar-se que se pode evitar a restituição prestando-se o valor pedido, porque o art. 1.176 concerne a valores (metade disponível + metade necessária). Em vida do doador, a restituição é a êsse, e não ao que pediu a decretação da nulidade. Não importa saber-se se o donatário não mais tem consigo a coisa doada, mas importa saber-se se o enriquecimento persiste; *e. g.*, se a coisa pereceu, sem culpa do donatário, não tem de restituir o valor. A pretensão não prescreve porque o Código Civil, art. 1.176, é regra jurídica de nulidade.

Se há colações, soma-se ao que foi ou há de ser colado o que foi nulo por infração do art. 1.176. Se o donatário é herdeiro necessário, imputa-se

à legítima o que nulamente foi doado. Se a doação foi feita pelos cônjuges, casados com comunhão de bens, a terceiro, tem-se por feita por metades; salvo se a herdeiro necessário de um dêles, que o não seja do outro, caso em que o figurante não genitor nem descendente se tem como simples consentinte para se poder realizar, a despeito da comunhão, a doação ao parente do outro. Se a doação anterior não excedeu, de si só, o de que poderia dispor o testador, não é nula, embora se lhe conte o valor para se verificar se poderia ser feita a doação posterior. Se excedeu, é nula, de si mesma. Sòmente pode ser legitimado passivo da ação o donatário anterior, cuja doação de si só não excedeu a parte disponível, se a posterior não basta.

(b) O problema da determinação do momento em que se há de apreciar a disponibilidade donatária tem de ser levantado *de iure condendo* e *de iure condito*.

Como problema de técnica legislativa, haveria a conveniência de se considerar o dia da morte do doador, porque assim se uniformizaria a regra jurídica com a do direito das sucessões, pois é no momento da morte do decujo que se sabe qual a legítima (Código Civil, arts. 1.721 e 1.722), inclusive para a colação (art. 1.785-1.795). Mas há inconvenientes: a nulidade, antes de se chegar à data do falecimento, seria ignorada; não poderia haver decretação da nulidade antes de se saber qual a legítima; a doação que seria nula, por faltar ao patrimônio valor suficiente para ela, passaria a ser válida, quando o patrimônio aumentasse; a que era válida, porque o doador tinha bens bastantes para, se morresse na ocasião, dêles poder dispor em doação ou em testamento, tornar-se-ia nula, por ter diminuído, depois, o valor da herança. Nem o próprio doador poderia saber se seria válida, ou nula, a doação que fizesse. O milionário, que presenteasse com o automóvel o filho do amigo ou do parente, ou desse a alguma noiva, ou noivo, presente de núpcias, nulamente estaria presenteando porque a decretação de abertura da falência, anos depois, de uma das empresas, o empobrecera. A doação do noivo à noiva, ou da noiva ao noivo (art. 312), embora menor do que seria a parte disponível, se morresse no momento, ou enquanto se mantivesse a disponibilidade, ficaria nula, por ser menor, ao morrer, a parte disponível. Se sobreviesse desquite, ou divórcio, o empobrecimento posterior do doador atingiria a doação que fôra feita. Tudo isso sòmente ocorre porque se entendera subordinar a *inoficiosidade da doação* à *inoficiosidade do testamento*, a regra jurídica de indisponibilidade donatária à regra jurídica de indisponibilidade testamentária. Ora, a despeito da referência à legítima, com simples propósito, aliás, de remissão à fração legalmente

estabelecida, a regra jurídica de indisponibilidade donatória (Código Civil, art. 1.176) é regra jurídica de nulidade, regra jurídica que pode ser invocada pelos herdeiros legítimos necessários, mesmo antes da morte do doador.

A solução de serem verificadas, no momento da liberalidade, o valor da doação e o valor do que *seria* disponível, assenta em que se está a estabelecer sanção para contratos de doação, e não para disposições testamentárias. A doação é inoficiosa desde que excede o quanto; não se faz inoficiosa se vier a exceder o quanto.

O limite à doação segundo o Código Civil, arts. 1.176 e 312, é à semelhança do que ocorre para o testamento (arts. 1.721 e 1.576). A nulidade, no tocante ao testamento, é apreciada antes da entrega, e a própria saísa tem de atender à limitação: só se transfere o que se pode transferir. A nulidade, se o caso é de doação real, exige verificação, mas, de qualquer maneira, a excessividade fica fora da transmissão, pois a eficácia da decretação da nulidade é *ex tunc*, pela não-irradiação de efeitos do negócio jurídico nulo, ou pela irradiação só parcial se parcial a nulidade. Não se há de considerar *ex nunc* a eficácia da decisão, nem, sequer, como desconstitutiva de efeitos. É desconstitutiva do *negócio jurídico*.

(Cumpra observar-se que no rescrito de Alexandre Severo, que está na L. 87, § 3, D., *de legatis*, 2, 31, se fala de “revocari”).

A *querela inofficiosae donationis* fêz-se à imagem da *querela inofficiosi testamenti*, mas com a redução. Os Glosadores não eram acordes: havia os que não viam a redutibilidade, os que a sustentavam e os que distinguiam a inoficiosidade de má fé (que faria total a nulidade) e a inoficiosidade sem má fé (com a redução). Outros ainda tratavam diversamente a doação a estranhos e a doação a filhos.

Como problema de interpretação do Código Civil brasileiro, art. 1.176, temos de partir do exame da letra da lei. Nêle está dito que “nula... é a doação quanto à parte, que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”. Se de nada *poderia* dispor, porque, no momento, de todo o disponível já dispusera, tãda a doação é nula. A referência a testamento não tem outra finalidade que a de alusão à metade. O legislador poderia ter dito que a doação é nula se, ao morrer, não podia dispor do quanto o doador. Não no disse. O que está explícito é a ligação ao momento da conclusão (*verbis* “no momento da liberalidade”).

O valor da doação é apreciado no dia em que se concluiu o contrato, e não no dia em que falece o doador. Resta saber-se *a)* se se soma tudo que

se doou antes e *b)* se a doação que era excessiva se torna válida por ter aumentado depois dela o patrimônio do doador. Quanto a *a)*, a resposta tem de ser afirmativa: se o patrimônio de A tem o valor 5 e êle doa, hoje, 2 e, amanhã, 1, há excesso de 1/2, que se diminui à doação de 1.

Quanto a *b)*, em verdade a legítima só é determinável na data da morte do doador, mas o art. 1.176 do Código Civil fala de momento em que a liberalidade foi feita. B. WINDSCHEID (*Lehrbuch der Pandekten*, III, 9.^a ed., 395) frisou que a liberalidade que foi feita, sem atingir a parte legítima existente na época em que se fêz, é incólume; e não se torna inoficiosa se o patrimônio sofre posterior diminuição. Se a diminuição resulta de outra liberalidade, que somada às anteriores, atinge a legítima, a doação é inoficiosa. A doação não é válida se a soma com as anteriores excede ao valor da legítima que seria a do momento da doação, se nesse dia faleceu o doador. Com doações sucessivas não se pode dispor do que seria indisponível com um só ato.

Se, depois da conclusão da doação, nasceram filhos, ou há outros herdeiros legítimos, a doação que fôra feita ao tempo em que o doador poderia dispor, testamentariamente, de todos os bens, o fato ou a superveniência de herdeiros legítimos é sem qualquer repercussão na doação.

Se só havia pessoa que seria herdeiro necessário e a doação a ela foi de mais do que a metade disponível, têm-se de considerar adiantamento de legítima o que a essa corresponderia e o próprio excesso, de modo que, por ocasião da morte do doador, havendo outros herdeiros, há a colação. Como, porém, já se infringira o art. 1.176 do Código Civil, há a *redutibilidade* da doação. A lei não estatuiu que se atenderia, subjetivamente, ao futuro direito do herdeiro necessário, mas, objetivamente, à relação com a legítima. Uma vez que havia uma pessoa que seria herdeiro necessário, a legítima tem de ser considerada ao tempo da conclusão da doação. Não importa quem seja o donatário.

Se o doador doou a muitas pessoas ou em vêzes sucessivas, discute-se se a redução *a)* é sômente sôbre a última, ou sôbre as últimas, que excederam, ou *b)* se há de ser proporcional ao valor de cada uma. A primeira opinião é que é a certa (CHR. FR. VON GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, VII, 174; A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, § 482). A segunda, sem razão de ser, foi a de A. FABER (*Codex definitionum*, Liber III, Tit. 29, def. 7), ANTÔNIO PEREZ (*Praelectiones*, Liv. 39, Tit. 5, n. 6), e J. VOET (*Commentarius ad Pandectas*, II, 587).

A opinião certa remonta a SICHARDUS, em 1614, no comentário à L. 5, C., *de inofficioso testamento*, 3, 28, em que se apoiou CHR. FR. VON

GLÜCK. Já assim C. C. HOFACKER (*Principia iuris civilis Romano-Germanici*, II, § 1000, n. V) e J. Fr. MALBLANK (*Principia juris romani secundum ord. Digestorum*, Pars II, Sect. II, § 788).

7. DOAÇÃO DO CÔNJUGE ADÚLTERO AO SEU CÚMPLICE. – Lê-se no Código Civil, art. 1.177: “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (arts. 178, § 7.º, n. VI, e 248, n. IV)”. A sanção é de *anulabilidade*, e não de *nulidade*, devido à expressão “anulada” que aparece no texto da lei, e ao prazo prescricional de dois anos para o exercício da ação constitutiva negativa (Tomo VI, § 708, 2). Nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 66, só se cogitava da doação feita pelo marido “à barregã, ou a qualquer outra mulher, com quem tenha carnal afeição”. Também se cogitava da *fraus legis*: “E tudo isto, que temos dito na doação, feita pelo homem casado a sua barregã, haverá lugar na coisa, que por êle a ela fôr vendida, ou apenhada, ou por outro qualquer modo traspassada, ou que a barregã, fugindo-lhe, levasse furtada ou roubada, e em êstes casos a mulher a poderá demandar e haver, sem por ela pagar preço algum. Porque de presumir é que a tal alheação foi feita conluiosamente, por o marido defraudar sua mulher. A qual demanda ela poderá fazer em todo o tempo, que estiver com o marido sob seu poder; e sendo apartada dêle por morte, ou por qualquer outra maneira, a poderá fazer do dia, que o tal apartamento fôr feito, quatro anos cumpridos; e morrendo a mulher em vida do marido, e ficando-lhe filhos, ou outros descendentes, ou ascendentes, êles poderão isso mesmo demandar a dita coisa, até quatro anos contados do dia, que a mãe morreu”. O texto proveio das Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 13, que atribuiu tais regras jurídicas a costume dos Reinos. Passou às Ordenações Manuelinas, Livro IV, Título 8, já sem alusão à fonte nos costumes. Nada se diz quanto às doações que a mulher casada fizesse ao amante. Só se cogitou do marido concubinário. Mas era o que se havia de entender, pôsto que, na legislação luso-brasileira, mais se considerasse o adultério do marido do que o da mulher, tido como raro.

Legitimados a pedir a decretação da anulação são apenas o cônjuge e, morto êle, os seus herdeiros necessários (1.ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 22 de fevereiro de 1943, *R. dos T.*, 146, 168).

A lei fala em cônjuge, mas o art. 1.177 supõe, sem no dizer, a existência da sociedade conjugal. Se houve desquite e a doação foi posterior, não se pode invocar o art. 1.177 (2.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São

Paulo, 11 de novembro de 1949, *R. dos T.*, 184, 106). Se se ofendeu o art. 1.176, é outra questão.

A instituição de beneficiária de seguro não é doação, mas o art. 1.474 do Código Civil estatui: “Não se pode instituir beneficiário pessoa que fôra legalmente inibida de receber doação do segurado”. Há proibição; a sanção é a nulidade.

A doação feita à pessoa que, depois do casamento do dotador, foi sua concubina, é válida. Idem, o seguro em que a beneficiada, ao tempo em que se fêz o seguro, ou foi instituído, não era concubina do doador (cf. 4.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 12 de setembro de 1952, *D. da J.* de 24 de setembro de 1953).

Se a doação foi de dinheiro para aquisição de imóveis (2.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 18 de dezembro de 1947, *R. dos T.*, 172, 548), ou de móveis, anulável é a doação; não a compra-e-venda, ou a troca, ou qualquer outro contrato de que resultou a aquisição.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 5.019. A – Legislação

O art. 1.175 do CC/1916 que comina de nulidade a doação universal, ou seja, de todos os bens, sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador, ora é reproduzido no art. 548 do CC/2002. Da mesma forma, a doação inoficiosa, prevista no art. 1.176 do CC/1916 e caracterizada por dispor de parte que excede a de que o doador, no momento da liberalidade, pode dispor em testamento, é reproduzida no art. 549 do CC/2002. A indicação de Pontes de Miranda é precisa quanto à distinção de tratamento legislativo das duas espécies, apontando que enquanto em relação à doação universal há proibição (art. 548 do CC/2002), no tocante à doação inoficiosa há limitação (art. 549 do CC/2002).

Já em relação à doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice, a que se referia o art. 1.177 do CC/1916, o art. 550 do CC/2002 o reproduz, e reconhece a anulabilidade mediante exercício do direito potestativo de anulação do outro cônjuge, até dois anos após a dissolução da sociedade conjugal.

Aos arts. 1.726 a 1.728 do CC/1916, que dispõem sobre a redução das disposições testamentárias, correspondem aos arts. 1.966 a 1.968 do CC/2002.

Outra alteração de relevo no direito vigente diz respeito à sanção para a doação simulada. A simulação no direito anterior era disciplinada pelos arts. 102 a 105 do CC/1916, e tinha por consequência a anulabilidade (art. 147, II, do CC/1916). No direito vigente, trata-se de causa de nulidade, conforme estabelece o art. 167 do CC/2002.