



**Contrato de Doação:
Pouca Luz e Muita
Sombra**

João Baptista Villela

*Professor Titular na Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Minas Gerais*

1998

1. DOAÇÃO: UM ESTUÁRIO DE TEMAS E ENIGMAS

A pouco trecho de começada sua notável lição sobre a irrevocabilidade das doações, publicada nos estudos em honra de Luigi Sturzo, observava Maroi que a doação "é um dos institutos jurídicos que em todos os tempos tem mais freqüentemente oferecido matéria de observação, de pesquisa e de levantamentos que interessam à etnologia, à história das religiões, à sociologia, ao folclore"¹. Conhecida de todos os povos, indaga-se como é que surge na prática das sociedades, como se desenvolve, que funções cumpre, que tonalidades culturais assume e que valores promove ou reprime.

Em direito, tudo na doação é, a bem dizer, controverso. Inclui-se a qualificação que recebe no presente texto, que se designa por "Contrato de Doação". Será a doação verdadeiramente um contrato?

Savigny o negava, de certo modo. Para Savigny a doação não seria um negócio específico, tal como é ordinariamente tratada, senão uma categoria de caráter geral, que pode assumir a forma dos mais diversos negócios jurídicos. Uma única diferença separaria o contrato, como tal, da doação. É que, enquanto o contrato pode exprimir-se por quaisquer relações jurídicas, a doação sempre se manifestava por uma relação de natureza patrimonial. Doação e contrato seriam, entretanto, institutos de mesma natureza (*gleichartig*), cujo teor de generalidade o conduzia, como autor, a tratar de uma ao lado de outro na Parte Geral. Em nota, advertia, porém, que se se quisesse proceder com verdadeiro refinamento (*recht subtil verfahren*) não se deveria deixá-los propriamente juntos: a doação figuraria não na parte geral de todo o direito privado, senão em uma parte geral que se constituisse só para o direito patrimonial². O pensamento de Savigny retomava, assim, a posição de Puchta e se veria continuado por Sintenis, Vangerow, Keller, Brinz, Unger para chegar até Windscheid³.

Entre nós, a contestação pode ter alcançado seu ponto máximo em tese para cátedra de Direito Civil, cujo título era a própria negação do caráter contratual da doação: *Doação não é Contrato*⁴.

Bussi não recusava adesão ao pensamento de Rosshirt quando dizia este não haver negócio jurídico, já no próprio conceito, que fosse tão incerto como a doação. E acrescentava Bussi que a própria glosa canônica reforçava a idéia. A evolução do instituto, com efeito, teria sido influenciada em todo o período do direito comum pela doutrina canônica, tanto na formação do dogma como na constituição do sistema. Como consequência, os conceitos romanos, já de si um tanto obscuros, resultavam profundamente subvertidos. A própria *sedes materiae* do instituto no Código Civil Italiano, que situava a doação atrás das sucessões, traía a influência do direito canônico, que tratava juntos o direito hereditário e as doações, dado que, na sua lógica, só com a morte ganhavam estas o selo da validade definitiva. Ou seja, toda doação acabava sendo uma *donatio mortis causa*⁵.

Quanto ao mundo grego, embora seja certo que a propriedade se transferisse por efeito do mero consenso, a doação definia um modo todo particular de aquisição, segundo informa Biscardi⁶. Não é de estranhar se isso resultasse de um déficit em autonomia privada. Em rigor, no que respeita ao poder sobre os bens materiais, o indivíduo, na Grécia, era uma espécie de fiduciário que os guardava a serviço dos interesses grupais. Ao tempo de Sólon, enquanto a democracia prosperava no espaço público, a liberdade civil "estava ainda na infância", como observou Troplong⁷.

Ruggiero foi ao ponto de dizer que tanto tem a doação de simplicidade na primeira aparência quanto de complexo e delicado na sua noção jurídica⁸.

4 Publicada, sem indicação de editor, em Recite no ano de 1947, foi seu autor o magistrado Nestor Diogenes, desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

5 Cf. BUSSI, Emilio. *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune: Contratti, Successioni, Diritti di famiglia*. Padova: CEDAM, 1939, p. 183-184. Bussi, está-se vendo, escrevia no regime do Código Civil Pisanelli, de 1865. No atual Código Civil Italiano, de 1942, a proximidade entre a doação e as sucessões é ainda maior, pois, ambos fazem parte do mesmo livro, o II do Código. Sobre a influência do direito canônico no direito comum, cf. também ERMINI, Giuseppe. *Corso di diritto comune*. [V.] 1, 2. ed., Milano: Giuffrè, 1946, p. 142-143.

6 Cf. BISCARDI, Arnaldo. *Diritto greco antico*. Varese: Giuffrè, 1982, p. 196.

7 TROP LONG, [Raymond Théodore]. *Des donations entre-vifs et des testaments*. T. 1, Bruxelles: Labrousse et Compagnie, 1855, p. VIII.

8 Cf. RUCCIERO, Roberto de. *Istituzioni di diritto civile*. V. 3. 7. ed., Messina Milano: Principato, 1935, p. 431.

1 MAROI, Fulvio. *Una sopravvivenza arcaica: l'irrevocabilità della donazione*. Estratto da Scritti in onore di Luigi Sturzo. v. 2, Bologna: Zanichelli, 1953, p. 3. 1

2 Cf. SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Bd. 4, Berlin: Veit und Comp., 1841, S. 3.

3 Cf. WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. 2, 8. Aufl. bearb. v. Theodor Kipp, Frankfurt a.M.: Rütten & Loening, 1900, S. 511.

Entre nós, sentenciou Agostinho Alvim:

"Não nos ocorre nenhum outro contrato que apresente tantas particularidades, ou originalidades, como a doação"⁹.

Não é só quanto à natureza geral, contudo, que se pode disputar acerca da doação, enquanto instituto jurídico. Admitindo que seja contrato, como a trata o direito brasileiro, em que grupos se há de inscrevê-la? Negócio de liberdade ou negócio de interesse? Contrato consensual ou contrato real?

2. AS LIBERALIDADES ENTRE A JUSTIÇA E A AÇAPÉ

Reconhecer que a doação é uma figura embaraçosa para o direito pode ser o primeiro passo para se iniciar na sua intimidade. O analista se sentirá menos seguro em classificá-la e mais predisposto a aceitar os desconcertos que cercam a sua teoria geral e o seu regime dogmático.

Desde logo impressiona que nela esteja ausente um dos mais universais arquétipos do direito, que é o princípio da igualdade. A igualdade, dizia Radbruch, "constitui o cerne da justiça"¹⁰. De tão imanente ao direito, a igualdade entra na composição de sua simbólica. Expressa-se, por representação inmemorial, na balança e se garante pela espada. Ora, balança não combina com doação. Nem se realiza pela espada. A doação é tudo, menos equilíbrio e não se sente confortável diante da força. Desdenha o sinalagma e tem horror à violência. É tudo, menos constrangimento ou imposição. Equilíbrio e poder são de uma ordem, doação pertence a outra. Compreende-se que os romanos a vissem com desconfiança. Não que lhes faltasse o sentimento da *pietas*, ou fossem insensíveis uns em relação aos outros. Kaser explica o fenômeno precisamente com base no racionalismo, pois aos romanos não lhes parecia natural que a propriedade fosse transferida com base em motivos a que faltassem base lógica¹¹.

Escrevendo sobre o tema no direito romano, observou Carvalho de Mendonça:

"A noção de corresponsividade do dar e do receber parecia ser o fundamento exclusivo da regulamentação dos contratos.

Eis porque a doação se nos apresenta, nos primeiros tempos do direito clássico, sob a forma de uma permuta"¹².

Dernburg sentenciava na abertura de capítulo sobre a doação:

"A regra da circulação é *do ut des, facio ut facias*. Doações quebram esta regra e apartam-se, assim, econômica e juridicamente dos negócios de circulação [*Verkehrsgeschäften*]"¹³.

Mostra o quanto a doação serve a fins escusos: corrupção, suborno, exploração dos incapazes, etc. e o quanto familiares e credores se expõem a perdas e prejuízos em consequências de atos perulários.

Depois louva a resistência dos romanos à doação. Mais sábios teriam sido ainda os legisladores do *Allgemeines Landrecht der preussischen Staaten*, o famoso Código Prussiano, de 1794: estes, sim, "conheciam os homens e a espécie humana"¹⁴.

Dernburg parece pouco sensível não apenas a resultados nobres que podem ser associados às doações, mas até mesmo às pressões sociais, que os costumes exercem na direção de atos de cortesia simbólica expressa em presentes e dádivas, a que Jhering chamou de *Liberalitätszwang der Sitte*, isto é, *coação de liberalidade dos costumes*. Mas Jhering, que não tem dos presentes que se costumam fazer uma visão ingênua e romântica, tampouco lhes nega uma função positiva: a de polir e adoçar a vida, patrocinar as inclinações de simpatia, etc. Assim, acabam por poderem reclamar para si um "valor moral"¹⁵.

Mas seria a contraprestação efetivamente um imperativo natural dos contratos?

Künssberg, em interessante estudo envolvendo costumes jurídicos e jogos de crianças, observa que, nas práticas infantis, os dons que não são retribuídos imediatamente levantam o pensamento de ser necessária a contraprestação em todos os contratos. E informa que em Lütrich [Liege] as crianças tocam em um objeto de ferro para não serem obrigadas a restituir o

12 CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. *Contratos no Direito Civil Brasileiro*. T. 1, Rio de Janeiro, S. Paulo: Belo Horizonte: Francoo Alves; Paris: Lethos; Alliaud, Alves & Cia., 1911, p. 39.

13 DERNBURG, Heinrich. *Die Schulverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens*. Bd. 2, 2. Abt., 1. u. 2. Teil. Aufl., Halle a.S.: Verl. d. Buchh. d. Weisenhauses, 1901, S. 116.

14 *Die Schulverhältnisse*, ... cit., S. 117.

15 JHERING, Rudolph von. *Der Zweck im Recht*. Bd. 2, Leipzig: Breitkopf u. Härtel, 1905, S. 222.

9 *Das Recht der Verträge*, ... cit., S. 20.

10 *Die Doação*, São Paulo: Ed. Rev. Trib., 1963, p. 2.

10 RA DBRUCH, Gursaw. *Rechtphilosophie*, 6. Aufl., bei V. Erik Wolf, Stuttgart: Koehler, 1963, S. 353.

11 KASER, Max. *Das römische Privatrecht*, Abschn. 1, 2. neubearb. Aufl., München: Beck, 1971, S. 602.

presente que hajam recebido. Estariam – segundo Künssberg – se servindo do “poder mágico do ferro”¹⁶.

Poder-se-ia ver aqui, quem sabe, a manifestação de um choque entre natureza e cultura. O impulso natural da autoconservação levaria à resistência ao dom. É a cultura, com efeito, que transmite ao homem a lição da solidariedade. Um passo adiante estaria na substituição do caráter lógico da evolução – que explica a passagem do egocentrismo à solidariedade – pelo caráter transcendente, que, em estágio final, dissolve por completo a necessidade da retribuição.

Parece caber aqui algo ou muito da observação de Marafioti no seu amplo ensaio sobre o *De spiritu et littera*, de Santo Agostinho:

“Toda composição meramente lógica entre a graça de Deus e a liberdade do homem é, pois, ilusória e improvável”¹⁷.

Algo ou muito, ainda no sentido estritamente profano: A lógica é insuficiente para explicar a idéia de uma doação verdadeira e absolutamente incondicionada.

Foi só a partir do cristianismo, com efeito, que se chegou a uma perfeita acomodação dos atos desinteressados no âmbito do direito. Pelo menos no nível da elaboração teórica. A mensagem evangélica, fundada no amor radical, no desapego aos bens materiais, na realização plena através da renúncia, ultrapassava todos os limites que o cálculo e a racionalidade impunham nas relações sociais e acabava por debilitar o direito enquanto metro do bem, na medida mesma em que acima da justiça propunha a misericórdia.

É no conceito de *agapê* que a doação desenvolve o seu curso íntimo: da gênese às formas técnicas de transferência da propriedade. Na filosofia de Plotino foi que, talvez, a contraposição entre *agapê* e *eros* tenha encontrado sua mais nítida distinção na antiguidade. Enquanto em *eros* é o impulso que nasce de uma base construída para promover o interesse do *self*, *agapê* se orienta para o serviço do outro e o esquecimento de si próprio¹⁸.

O concernir à ordem da *agapê* e não à de *eros* faz a doação ainda mais um estranho no ninho das obrigações. Kasirer notou, com razão, que o “direito das obrigações não é talvez o meio propício a constringer os homens a serem bons nem de lhes impor uma liberdade positiva que eles não queiram”¹⁹. Entretanto, como demonstrou o mesmo Kasirer, são tudo menos desprezíveis os esforços de fundamentação em favor de uma leitura humanística da responsabilidade civil, em que se reconheça, tal como na parábola do bom samaritano (Lucas, 10, 25-37), um dever latente de socorro. Os fios da reflexão que nascem das liberalidades ou, ao contrário, da responsabilidade civil, acabam por se encontrar, finalmente, no substrato comum da *agapê*. Não por acaso, Kasirer abre seu ensaio sobre a *agapê* nos quadros da responsabilidade civil, se perguntando por um suposto *dever jurídico de dar*²⁰.

Outra aporia que a doação suscita nos confins entre justiça e *agapê* reside em que o *ethos* do auto-regramento de interesses tende para a superação de todos os limites, ao mesmo tempo que, nessa mesma medida, põe em causa a virtude da prudência e provoca as balizas da justiça comutativa. Ora, aquelas e estas são também partes componentes do direito e não convivem bem com a renúncia, que é a fonte seminal das liberalidades. Daí que, enquanto a autonomia tende para a expansão pelo exercício criador do poder de renúncia, os contrafortes da segurança lhe opõem foroz resistência. O resultado é uma tensão permanente entre liberdade e autoridade, em meio à qual os atos de disposição gratuita tentam garantir espaços e abrir fronteiras.

Ocorre que a realização da pessoa humana no direito e pelo direito não se dá apenas pela atribuição ou reconhecimento de novos poderes, senão também pela garantia da renúncia onde e sempre ela for um imperativo de afirmação da autonomia individual. O direito de propriedade, por exemplo, e sua tão decantrada função social não são senão *meio-direito* e *meia-função*, se não incluírem expressões abdicativas, que são, finalmente, seu modo mais radical de ser e de existir. Troplong teve o mérito de sugerir que o poder de dispor gratui-

16 KÜNSSBERG, Eberhard Fth. v. *Rechtsbrauch und Kinderspiel: Untersuchungen zur deutschen Rechtsgeschichte und Volkskunde*. 2. (erg.) Aufl., Heidelberg: Carl Winter, 1952, S. 52-53.

17 MARAFIOTI, Domenico. *L'uomo tra legge e grazia*. Napoli: Morcelliana, 1983, p. 227.

18 Sobre a distinção, que remonta aos termos gregos *agapê*, de um lado, e *erôs* e *philia*, de outro, cf. NYGREN, A. *Eros et agapê: Invention chrétienne de l'amour et ses transformations*. Paris: Aubier, 1944; KIRCHNER, Friedrich & MICHAELIS, Carl (begl.). *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*. Hrg. v. Armin Regenbogen u. Uwe Meyer, Hamburg: Meiner, 2005 ©. Stichw. *agapê*. Um

desenvolvimento muito mais amplo do conceito de *eros*, mas surpreendentemente sem paralelo

com *agapê*, pode ser visto em PETERS, F. E. *Terminos Filosóficos Gregos: Um Léxico Histórico* [Greek Philosophical Terms: A Historical Lexicon]. 2. ed., trad. de Beatriz Rodrigues Barbosa, Lisboa: Gulbenkian, 1983, vb. *erôs*. O presente texto já ia avançado quando foi divulgada, em 25 de janeiro de 2006, a Carta Encíclica *Deus Caritas est*, de Bento XVI, cuja pertinência a matéria que aqui se examina não padecesse qualquer reserva.

19 KASIRER, Nicholas. *Agapê. Revue internationale de droit comparé*, Paris, juill.-sept. 2001, p. 599.

20 *Agapê* cit., p. 576.

tamente de seus bens é tanto do direito de propriedade quanto o de os guardar, "um é consequência do outro"²¹. De resto, a disposição das coisas próprias como expressão da equidade natural já aparecia, muito antes, nas *Institutas* do Imperador Justiniano:

"[...] nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, natam habere" (I., 2, 1, 40).

Qual seja o índice de efetividade dos direitos em uma sociedade, qualquer que ela seja, depende, mais ainda que de sua positivação, do quanto largo seja o espectro que vai de sua titularidade à garantia de seu exercício, aí incluídas todas as formas abdicativas. Por isso, quanto maior a autonomia que a ordem jurídica puder reconhecer ao indivíduo e aos grupos, tanto mais próxima da perfeição estará. Não por outra razão é que se situa na renúncia em que todo ato gratuito importa a mais radical expressão do direito, enquanto instrumento da liberdade:

"A renúncia é a expressão verdadeiramente emblemática da autonomia da vontade. Mais do que na ideia do auto-regramento de interesses, que não supõe necessariamente perdas, na renúncia o titular do direito simplesmente dele abdicar, sem que se lhe atribua, a título de compensação ou contraprestação, qualquer vantagem econômica. Poder renunciar é, portanto, a faculdade que denota o mais elevado grau de afirmação da pessoa no ordenamento jurídico, pois faz dela juiz soberano de si mesma, livre de intromissões exógenas, senhor do próprio destino. Pode-se dizer, de um modo geral, que uma sociedade é tanto mais livre e desenvolvida quanto mais se reconhece a cada um o direito à autodeterminação de si mesmo e de seu patrimônio. Portanto, quanto mais extenso for o seu poder de renunciar. Basta lembrar que, em sentido mais amplo, porém não totalmente diverso, sem renúncia não há generosidade, e sem generosidade ninguém se realiza plenamente como ser social e humano"²².

Em síntese: no regime positivo da doação convivem ingredientes de liberdade e ingredientes de repressão. Com respeito a uns e a outros, convém não se demitir do juízo crítico, sob o risco de fazer do instituto uma leitura pobre e aguada.

3. NO CAMINHO DA APROXIMAÇÃO CONCEITUAL: EM BUSCA DO OBJETO

Deve-se a Vering um recorte de notável simplicidade para situar a doação no quadro geral dos negócios de atribuição. Tem-se uma doação em sentido amplo, para Vering, quando alguém atribui algo a outrem sem que o faça *solvendi causa nem credendi causa*²³. Ou seja, a transferência se produz sem que haja entre os intervenientes a intenção de constituir ou solver um crédito.

O Código Civil Brasileiro precisa esta ideia geral ao dizer que o algo de que se está falando pode consistir amplamente em "bens ou vantagens" (art. 538).

Portanto, o objeto do negócio é inespecífico. A única exigência é que importe proveito para o destinatário. Pode ser, por conseguinte, coisas ou direitos. Assim, pratica doação quem transfere a outrem, sem contraprestação, o que quer que seja, tangível ou intangível, capaz de proporcionar alguma expressão de benefício: dinheiro, jóias, livros, peças de vestuário, obras de arte, etc. Ou créditos, direitos de propriedade intelectual, ações, cotas, etc., ainda que alguns de tais atos possam ter um *nomen juris* específico, como *renúncia*²⁴, *cessão*, *assunção de dívida* e assim por diante.

Luciano de Camargo Pentecado observa, a propósito, que a doação "muitas vezes é objeto de um tipo de estudo semelhante ao de um entomólogo, dada a elasticidade da figura e também as diferentes hipóteses e a variedade de fins nos quais pode ser utilizada"²⁵.

Ao dizer que a transferência há de ser de patrimônio a patrimônio, o art. 538 começa por excluir bens que não sejam coisas, quer materiais, quer imateriais. Reflete, no particular, uma orientação geral dos direitos inscritos na família romano-germânica, mas não uma nota essencial do conceito de doação. Liebisch observou, com efeito e com razão, que a patrimonialidade da doação

23 Cf. VERING, Friedrich H. *Geschichte und Pandekten des Römischen und Heutigen gemeinen Privatrechts*. Mainz: Kirchheim, 1875, S. 183.

24 *Renúncia transitória*, evidentemente, pois a renúncia simplesmente abdicativa, não envolvendo transferência de um patrimônio a outro, é negócio jurídico unilateral e, portanto, não pode ser objeto de doação. O tema tem relevância também quando se discute a natureza jurídica do *jacrum missilium* (cf. *infra*, nº 11).

25 *Doação com Encargo e Causa Contratual*. Campinas: Millenium, 2004, p. 208-209. O autor especifica, a seguir, sobre se seriam doação variadas figuras jurídicas, como diferentes formas de renúncia, presentes, esmolas, gorjetas, etc.

21 *Das donations*, cit. p. 9.

22 VIL ELA, João Baptista. Sobre Renúncia e Transação no Direito do Trabalho. In: MONTIÉRO DE BARROS, Alice (coord.). *Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Celso Coyatá*. V. 1, 2. ed., rev., at. e ampl., São Paulo: ITJ, 1994, p. 149-150.

é um produto do direito positivo, não sendo impensável que ela se construísse de outro modo. E lembra que nos trabalhos preparatórios do BGB chegou-se a cogitar de que a doação pudesse ter por objeto bens não patrimoniais; a emenda foi expressamente rejeitada na segunda leitura²⁶. O *iter* de patrimônio a patrimônio e a equação empobrecimento/enriquecimento excluem também do conceito de doação os atos que, embora tenham custo para o doador, não importem enriquecimento para o donatário. O caso típico é o de alguém que paga a refeição de outrem. O almoço custa ao que pratica a gentileza, mas não faz mais rico quem a recebe²⁷.

Por igual fundamento, não há doação quando, por se abster do exercício de um direito potestativo, o titular provoca um qualquer benefício na esfera de interesse de outrem. Assim, aquele que deixa intencionalmente de interromper a prescrição de um crédito e, com isso, vem a ensejar a liberação do devedor, não está transferindo *vantagem* de seu próprio patrimônio²⁸. Liberação efetiva, sim, e daí dizer-se *doação liberatória*, tem-se quando o credor, agindo na gestão de seu patrimônio, renuncia, em negócio jurídico bilateral, a prestação a que tem direito, sendo esta de dar (mas não se for de fazer ou de deixar de fazer). Os direitos potestativos, contudo, são expressão da personalidade e não do patrimônio. Estará o credor, que se abstém de interromper a prescrição, apenas declinando de exercer uma faculdade, sem que haja necessariamente intenção de beneficiar²⁹. Igualmente, quando alguém paga dívida prescrita, não está doando³⁰. Mas, aqui, não pelo mesmo motivo. Neste caso, pareceria estar, sim, aquele que o faz, abrindo mão de uma vantagem já incorporada ao seu patrimônio e ampliando o ativo do credor. Portanto, fazendo a este mais rico. Mas assim não é entender. A dívida, com ser prescrita, não deixa de ser dívida, portanto de constituir um poder jurídico do credor. Não intervém a prescrição para diminuir o teor de exigibilidade do *debitum*, senão apenas para conferir ao devedor a faculdade de neutralizar a respectiva pretensão, usando

de uma exceção. Daí porque, como demonstrou Gobert, sequer é necessário ou útil o recurso à idéia de obrigação natural para explicar a irrepetibilidade do pagamento de dívida prescrita³¹.

4. NEGÓCIO JURÍDICO DE LIBERALIDADE?

Não há autor que não qualifique a doação como negócio de liberalidade. E, em certo sentido, não deixa de o ser. Mas apenas em certo sentido. A prestação econômica do doador não tem replicação de mesma natureza da parte do donatário. Só até aí vai a proclamada liberalidade da doação.

Na verdade, ao aceitar a doação, o donatário contrai obrigações de dar e de não fazer. Sujeita-se a prestar alimentos ao doador que deles necessitar (cf. Cód. Civ. Br., art. 557, IV) e deve abster-se continuamente de ações ou condutas que, a teor da lei, expressem alguma forma de ingratidão (cf. Cód. Civ. Br., art. 557, I a III). Como a lei, por outro lado, não permite a renúncia antecipada do direito de revogar a doação por conduta imprópria do donatário (Cód. Civ. Br., art. 556), a conclusão, em verdade e a rigor, é que se trata de um contrato oneroso, com a agravante de que a pretensão anulatória do doador não está submetida à prescrição. Ou seja, enquanto vivo for, o donatário estará atrelado à conduta abstentiva do que a lei caracteriza como ingratidão. Abstentiva? Tavassi chega a sugerir a existência de um dever positivo de *mostrar reconhecimento*³². A entender-se assim, o donatário, ao aceitar a oferta de doação, estaria assumindo obrigação de dar, de fazer e de não fazer! Mais ampla, impossível.

Na oportunidade, Tavassi remete a um texto verdadeiramente desconcertante de De Cupis³³.

De Cupis começa por se indagar sobre os limites de uma suposta "obrigação jurídica de gratidão". Continua bem ao notar que "a gratidão pareceria repugnar, por sua essência, ao vínculo jurídico, sendo antes um espontâneo

26 LIEBISCH, Arnold. *Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichsteuerrecht*. Leipzig: Weicher, 1927, S. 57.

27 Nesse sentido, expressamente o Código Civil do Chile, art. 1398.

28 - Contra: GUNTZ, Dieter. *Schenkungen*. In: CREIFELDS; Carl (Hrsg.). *Rechtswörterbuch*: 7. Neubearb. Aufl., München: Beck, 1983, S. 952.

29 - É solução expressa do Código Civil do Chile, art. 1399.

30 Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. T. 46, 3. ed., São Paulo: Ed. Rev. Trib., 1984, p. 195.

31

CF. COBERT, Michelle. *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*. Toulouse: Sirey, 1957, p. 15 et seq. O notável trabalho de Gobert líquida com o equívoco de entender-se a obrigação natural como obrigação civil degenerada e vê naquela o papel de "perturbar a ordem jurídica positiva" (p. 11), instaurando, por assim dizer, um canal de comunicação permanente entre a moral e o direito: Cf. especialmente p. 193-199.

32

Cf. TAVASSI, Vincenzo. Parte Seconda. In: CATAUDELLA, Antonino (coord.). *La donazione*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 362.

33

DE CUPIS, Adriano. *Brevi osservazioni sull'obbligo della gratitudine nel diritto civile*. *Diritto e giurisprudenza*. Napoli, n. 9, sett. 1961, p. 413-415.

sentimento de reconhecimento para com aquele que proporcionou um graturitativo benefício". Escorrega um pouco ao fazer repousar o sentimento de gratidão nisso que o beneficiário nada espera do beneficiário, "salvo o seu moral reconhecimento". É fazer pouco do doador presumir que haja da sua parte expectativa de reconhecimento. Pode haver, mas não necessariamente. De Cupis não trabalha com a hipótese de doador verdadeiramente desinteressado. Passa-se. O mais grave, contudo, vem depois, quando admite, no âmbito da autonomia negocial, a aposição de uma condição suspensiva potestativa, consistente em que o donatário desempenhe um ato concreto de gratidão. O donatário não estaria, então, sujeito propriamente a uma obrigação, como em qualquer outra hipótese de doação condicional e diferentemente da de natureza modal, mas se sentiria *estimulado*, tanto quanto no caso de outra qualquer condição, a desempenhar o ato concreto demonstrativo de gratidão, em razão da vantagem pessoal que daí lhe adviria (1).

O que De Cupis propõe é nada menos que uma espécie de compra e venda a contento de gratidão! Se o donatário executar bem (a juízo do doador, como é da condição potestativa) o ato concreto, positivo e exterior de gratidão, manterá o dom. Caso contrário, desfaz-se a dádiva... Decisivamente um passo inestimável no rumo da patrimonialização desenfreada das relações jurídicas. Não são necessários maiores investimentos de reflexão para se concluir que, no direito brasileiro, uma tal condição – a de mostrar-se grato – inclui-se entre as que violam os bons costumes e, portanto, invalida o negócio jurídico a que é aposta (Cód. Civ. Br., arts. 122 e 123)³⁴.

Não se trata de pôr em causa o dever moral de gratidão, um valor que todas as culturas sancionam e a que certamente nem o mais rude dos homens é insensível. O defeito na economia do negócio está em que, de um lado, a lei exige gratidão, uma atitude que deveria repousar na espontaneidade do donatário, e, de outro lado, consringe a generosidade do doador, impedindo-o de consumir o que seria um verdadeiro ato de gratuidade – aquele que nada cobra nem nada espera de quem o recebe. Poder-se-ia arguir em favor da solução vigente, que o doador a quem se nega a gratidão está livre para não exercer o direito de revo-

gar a dádiva. Esta é, entretanto, ainda uma lógica inspirada no cálculo. Implícito na lei, está o raciocínio de que a ninguém é permitido abrir mão do direito de ser pequeno ou, ao menos, do de não ser grande. Moralmente, grande não é aquele que se julga acima das fraquezas, senão aquele que, sabendo-se fraco, tem a coragem de apostar na transcendência dos próprios limites.

Certo a lei não se faz para santos ou heróis. Ou não se faz *exclusivamente* para eles, já que os homens, também no limite da *polis*, estamos todos convocados ao exercício da virtude. Menos ainda, por outro lado, deve a lei atuar para excluir os gestos de generosidade *desinteressada*, com licença do pleonasmismo.

Em síntese, parece não haver dúvida: a teoria dos contratos não se liberou ainda do atavismo da sinalagmaticidade. Luciano de Camargo Pentecado o percebe quando observa:

"O modelo contratual é tão forte na sociedade que, de certa forma, o dever de gratidão, a possibilidade de revogação, as proteções especiais garantidas por lei ao atribuinte na doação acabam por exercer uma certa função de compensação pelo seu ato liberal. Evidentemente esta função, diferentemente da juridicidade aos contratos que o sinalagma fornece, é como que uma consequência da recepção da doação no rol dos contratos"³⁵.

Na verdade, bem aprofundada a mediação, vê-se que a crise não é do modelo contratual. A contratualidade é suficientemente fecunda e flexível para comportar soluções que não sejam demarcadas pela corresponsividade. O déficit não está no contrato, enquanto tal, mas na sua imperfeição, consistente em não suportar, confortavelmente, uma atribuição patrimonial gratuita ou, para usar uma feliz imagem do mesmo Camargo Pentecado, uma atribuição que "caminha em um só sentido", isto é, que não seja "uma via de mão dupla"³⁶.

5. CONSENSUAL OU REAL?

É confusa, lacunar e imprecisa a doutrina nacional sobre o contrato de doação que se formou desde o Código Civil de 1916 e continua com o Código de 2002. No particular, de resto, carece de qualquer importância distinguir

³⁴ Sobre atividades que, sendo em si lícitas, se degradam à ilicitude quando executadas com o escopo de obter vantagem, cf. D'ANGLIO, Antonino. *La donazione remuneratoria*. Milano: Giuffrè, 1942, p. 152-153.

³⁵ Doação ..., cit., p. 96.
³⁶ Doação ..., cit., p. 96.

entre o Código antigo e o atual: o art. 538 do Código de 2002 é, em essência, o mesmo art. 1.165 do Código de 1916. A diferença está em que a caudá "que os aceita", do art. 1.165 antigo, não se reproduz no art. 538 atual. Que isso não significa uma suposta reserva ao caráter contratual da doação, encarrega-se logo de esclarecer o artigo subsequente, o de nº 539, no qual o verbo *aceitar* tem livre entrada. Ademais, só estar a figura no Título VI do Livro I da Parte Especial torna supérflua qualquer discussão sobre a intenção contratualista do legislador de 2002 quanto à doação. Portanto, é lícito concluir que os autores mantêm ou manteriam, sob o atual Código, o mesmo entendimento quanto à natureza da doação que expressaram ao tempo em que vigia o Código de 1916.

Há os que a consideram contrato consensual. *Simplexmente consensual* é como o qualifica Orlando Gomes, por exemplo³⁷. "Simplexmente consensual", explica, "porque não requer, para seu aperfeiçoamento, a entrega da coisa doada ao donatário. Desde que o acordo se realiza, o contrato está perfeito e acabado"³⁸. Maior contradição com o texto da lei, não se poderia achar: o art. 1.165 do Código vigente quando Orlando Gomes escreveu, tanto quanto o art. 538 do atual, não poderia ser mais peremptório no sentido oposto. Dizem: "Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere [...]". Quem diz *transfere*, não diz *se obriga a transferir* ou *promete transferir*. Portanto, antes do ato de transferência, não há contrato. Todo o contrário da compra e venda, que é a *promessa de transferir* (Cód. Civ. de 1916, art. 1.122; Cód. Civ. de 2002, art. 481). Tanto mais equivocada é a posição de Orlando Gomes, quanto afirma (de resto, sem o explicar) que a doação é também contrato *real*³⁹. Ora, contrato real é o que *re perficitur*, isto é, aperfeiçoa-se com a entrega da coisa. Um contrato não pode ser consensual, isto é, aperfeiçoar-se *solo consensu*, e real ao mesmo tempo.

37 GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed., at. e an. de Humberto Theodor Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 211. César Fluzza considera que o contrato "consensual ou formal, dependendo do valor da doação": *Direito Civil: Curso Completo*. 2. ed. rev., at. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 265. Aqui é preciso intervir com cautela para evitar armadilhas terminológicas. Consensual pode, sim, opor-se também a formal. Se consensual é o que se forma por simples consenso, formal é o que exige mais que o consenso. Exige forma especial. Neste sentido, a doação pode, de fato, ser qualificada como contrato formal. Em regra o é (cf. Cód. Civ. de 2002, art. 541). Dizê-lo formal, entretanto, não exclui que seja também real. De modo que, ainda quando não seja formal, nunca será consensual, pois a realidade exclui, em qualquer caso, a consensualidade.

38 *Contratos*..., cit., p. 211.

39 Cf. *Contratos*..., cit., p. 211.

Implicitamente, também pela consensualidade parece estar Silvío Venosa, pois escreve, a propósito da doação:

"Pela dicção do artigo transcrito [1.165 do Cód. Civ. de 1916], poder-se-ia inferir que a doação iria de encontro ao sistema geral quanto aos efeitos do contrato, isto é, teria o condão de transferir a propriedade. No entanto, apesar de a lei expressar que o contrato de doação 'transfere' o patrimônio, não existe exceção ao sistema geral segundo o qual a transcrição imobiliária e a tradição são os meios de aquisição da propriedade. Como contrato, a doação traz obrigação e não modalidade de aquisição da propriedade"⁴⁰.

No direito brasileiro, a propriedade se transfere em consonância com o princípio da tradição (*Traditionsprinzip*) e não de acordo com o princípio do consenso (*Konensprinzip*). Está filiado, portanto, à estirpe romana, segundo a qual *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (C., 2, 3, 20). Esta regra em nada sofre pelo fato de que o contrato de doação, ao contrário do de compra e venda, importe, ele mesmo, transferência da propriedade. A transferência da propriedade continuará a se dar sempre pela tradição: material, para os bens móveis de pequeno valor (Cód. Civ., arts. 541, parágrafo único e 1.267) ou, em regra, por escritura pública ou instrumento particular (Cód. Civ., art. 541, caput), seguidos obrigatoriamente de registro do título, se se tratar de bem imóvel (Cód. Civ., art. 1.245). Uma coisa são os contratos, cuja formação e efeito estão disciplinados no Livro I, Parte Especial do Código Civil, que cuida das Obrigações. Outra coisa é a aquisição da propriedade móvel ou imóvel, cuja forma está definida onde só poderia estar: no Livro III da Parte Especial, que é a sede dos direitos reais. Por outras palavras: na compra e venda, a tradição (da coisa ou do preço) é execução do contrato ou cumprimento da promessa, o que vem a dar exatamente no mesmo. Na doação, a tradição é ato formativo do contrato. Na compra e venda, formação e execução do contrato são operações sucessivas. Na doação, a formação e cumprimento são atos rigorosamente simultâneos e compreendidos um no outro. Ao transferir o bem ou vantagem (e tê-los aceitos pelo donatário) o doador está constituindo o contrato. Depois de constituído, o que mais lhe restaria prestar? Nada. Absolutamente nada.

Na verdade, a única diferença – que está longe de ser irrelevante – é que, enquanto a compra e venda é uma promessa (que pode, inclusive, ser descumprida), a doação é já uma atribuição patrimonial. Logo, não há promessa de doar, como há promessa de vender e comprar.

6. UNILATERAL A ÔNUS DE QUEM?

É geral a opinião de que a doação é um contrato *unilateral*. Unilateral, no consenso de todos, é o contrato que envolve obrigação para apenas uma das partes. Alguns esclarecem por que têm a doação como contrato unilateral. Para Caio Mário é unilateral “porque cria obrigações para uma só das partes, o doador”⁴¹.

Quase nos mesmos termos, Venosa:

“É contrato *unilateral*, porque cria obrigações unicamente para o doador”⁴².

Serpa Lopes não diverge:

“O segundo característico da doação é o de se tratar de um contrato unilateral. Diferentemente dos sinalagmáticos que contêm a *reciprocidade* das prestações, na doação, a prestação recai unicamente no doador, razão pela qual é considerada um contrato unilateral”⁴³.

Tampouco Barros Monteiro:

“*Contratos unilaterais* são aqueles em que só uma das partes se obriga em face da outra; mercê deles, um dos contratantes é exclusivamente credor, enquanto o outro é exclusivamente devedor. É o caso da doação pura e simples, em que apenas o doador contrai obrigações, ao passo que o donatário só sofre vantagens, [...]”⁴⁴.

Há quem deixe uma ponta de interrogação. Assim Costa Loures e Dóla-bela Guimarães:

41 SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. V. 3, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 152.

42 *Direito Civil*, ... cit., p. 114.

43 SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. V. 3, 2. ed., Rio de Janeiro et al.: Freitas Bastos, 1957, p. 384.

44 BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. V. 2, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1965, p. 24.

“A doação se compreende entre os contratos unilaterais, porque cria obrigações para uma só das partes”⁴⁵.

Usou perguntar: para qual delas?

A este ponto, convém pôr sob os olhos o que, no mínimo, parece constituir um inexplicável paradoxo. Se o doador contrai obrigação perante o donatário, é porque, antes de prestar o bem ou vantagem, estará sob algum outro vínculo. Portanto, cabe perguntar: qual é o título ou causa, em virtude do qual o doador deve ao donatário? Só pode ser algo que se tenha produzido antes da formação do contrato, ele mesmo: a causa antecede o efeito. Ora, se o contrato de doação se realiza com a transferência, antes dele só poderia estar uma promessa de transferir, tal qual na compra e venda, antes da entrega da coisa e do preço, está a promessa de fazê-lo. Só que a compra e venda é isso mesmo: promessa de transferir (Cód. Civ., art. 481). Mas a doação não é isso, promessa de transferir: é a transferência mesma. Segue-se daí que a única combinação capaz de ainda prestar algum socorro à idéia de que haja uma obrigação do doador em relação ao donatário é admitir o *pectum de donando*. Admitido, o seu cumprimento será a prática de um novo negócio jurídico – o negócio jurídico real de transferência (*Erbringung*) – como ocorre na compra e venda? Ou a execução mesma da transferência, isto é *Erfüllung*, e não doação (*Schenkung*), como queria Dernburg⁴⁶?

A questão parece-me rigorosamente insolúvel, posta nestes termos. Como, de fato, qualificar um ato que convém igualmente a duas idéias diferentes? Como priorizar uma qualificação sobre a outra? Se *A* promete doar a *B* e o cumpre, entregando a *B* o que prometeu, qual foi juridicamente o seu ato: execução da promessa ou execução da doação? Se a doação é a transferência de bens ou vantagens, e esta também se produziu, o ato é uma coisa e outra ao mesmo tempo, ou seja, corresponde às duas representações abstratas: execução (da promessa) e formação do acordo de transferência. Não se cumprindo, cabe então distinguir, como faz Pontes de Miranda, entre a promessa de doar e a promessa de contratar doação⁴⁷. Sempre insistindo que a promessa de doação

45 COSTA LOURES, José & DOLABELA GUIMARÃES, Tais Maria. *Novo Código Civil Comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 232.

46 Cf. *Die Schuldverhältnisse*, ... cit., §. 118.

47 Cf. *Tratado*, ... cit., p. 261.

não é possível no direito brasileiro, porque, no caso, cumprir a promessa é o mesmo que praticar o contrato e, até a consumação deste, não há estado de sujeição obrigacional do doador, guardada invariavelmente essa reserva "reposita-se", a distinção de Pontes de Miranda faz todo o sentido e se explicaria assim: Se a promessa foi de doar, o donatário, recusada a execução específica pelo doador, poderia exigir a entrega compulsória do bem ou a instauração da vantagem prometida. Neste caso, a validade da promessa suporia que o bem é de propriedade do doador ou a vantagem se inclui no seu poder de disposição. Imagine-se, por comodidade, que se trate da promessa de doar um bem. Se o bem não fosse de propriedade do doador e este não o houvesse adquirido no entretanto, a execução específica ficaria excluída e o doador responderia por perdas e danos. Se, porém, a promessa não fosse de doar, mas de contratar doação, a execução só poderia ser, em qualquer caso, pelo equivalente.

Voltemos, porém, à natureza do contrato de doação.

Não se entende nos autores que afirmam o caráter unilateral da doação, a ônus do doador, a atitude de, ao mesmo tempo, negarem a possibilidade da promessa de doação. Na lógica da qualificação de unilateral, a ônus do doador, a doação é, sim, exatamente uma promessa, um *pacto de donando*. Assim como a compra e venda é um pacto de transferir. Caio Mário, por exemplo, cujo raciocínio contrário à admissão do *pactum de donando* é irreparável, nessa mesma medida de exatidão, faz incompreensível seu entendimento que dá ao negócio jurídico doação a natureza de contrato unilateral a ônus do doador⁴⁸.

7. PACTUM DE DONANDO

Não é o caso de se incorrer no *panglossian paradigm*⁴⁹, e concluir que, se o contrato de doação é unilateral a ônus do doador, o *pactum de donando* deve existir. Ou, ao contrário, se não puder existir, então o contrato de doação também não pode ser unilateral a ônus do doador. Não é pela afirmação de um que o outro se impõe; ou, vice-versa, porque um não cabe, tampouco há de caber o outro.

É só pela busca da natureza íntima do negócio jurídico doação que a qualidade da atribuição patrimonial pode encontrar resposta. Também é dela, e só dela, que se há de partir para se chegar ao cabimento ou não de um pacto que obrigue à transferência gratuita de bens ou vantagens.

Vejamos, pois.

Negócios jurídicos onerosos e negócios jurídicos gratuitos têm lógica própria. Uma distância radical os separa: o empobrecimento. Ausente nos primeiros, presente nos últimos. O tropismo de proteção da ordem jurídica é manifestamente mais ativo no segundo caso que no primeiro. Digamos que, no primeiro, o agente faz ativar seus mecanismos de auto-defesa, na medida em que busca na contra-prestação ou sinalagma a recuperação de sua perda. No segundo caso, os mecanismos de auto-defesa mantêm-se inativos. Por um natural expediente reequilibrador, a ordem jurídica vem em seu socorro para assegurar que a perda se dê na estrita medida do que se propõe o agente. Não mais do que na estrita medida. É aí que se encontra a explicação para o tratamento diferente que a lei dá, na fraude contra credores, aos atos gratuitos e aos onerosos. Os primeiros poderão ser desfeitos sem maiores exigências (Cód. Civ., art. 158). Já os segundos, apenas "quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contraente" (Cód. Civ., art. 159). O fenômeno recebe cabal explicação em Washington de Barros Monteiro, com apoio em Messineo e Maierini:

"Justifica-se, sem dúvida, essa diversidade de tratamento. A razão da maior severidade quanto aos atos onerosos é que nestes, quando o adquirente contesta a ação revocatória, procura subtrair-se a um dano (*certat de damno vitando*), enquanto ao adquirente a título gratuito procura apenas assegurar um ganho (*certat de lucro captando*) [...]".

Por outras palavras, se oneroso o ato, sai um valor do patrimônio do devedor, mas em seu lugar entra outro; se gratuito, não existe contra-prestação, devendo o outro contraente restituir aos credores o lucro obtido com a fraude do devedor, embora dela não haja participado [...]”⁵⁰.

Se o ato de disposição é gratuito, é natural que a lei retenha a sua consumação até o último momento. Para quê? Para que o agente esteja particular-

48 *Cf. Instituições...*, cit., p. 5160-161.

49 Termo cunhado por Stephen Jay Gould e Richard Lewontin, inspirado no personagem Pangloss, da novela *Candide*, de Voltaire, para denotar uma pré-conformação intencional das coisas criadas, por modo a que umas teriam sido feitas para servir a outras. Aqui usado em sentido metafórico.

mente seguro de sua intenção. A deliberação, especialmente por isso que é um desfazer-se, um empobrecer-se, ganha com ser mais amadurecida. Não está em jogo o risco de perder um *bom negócio*. A alea inerente aos contratos comutativos, que, de alguma forma, sempre pagam os descerços de uma opção, está ausente. E, até o instante final, as circunstâncias podem sofrer alteração que recomende ao doador conduta diversa. Imagine-se a hipótese simples de alguém tomado pelo firme propósito de custear o cruzeiro por ilhas gregas de uma filha e seu marido que acabam de contrair matrimônio. A poucos minutos de efetuar-lhes o crédito em conta bancária, é surpreendido com a perturbadora notícia de que só um caríssimo tratamento no Exterior poderá salvar um outro filho, menor, vítima de estranha enfermidade. Se os recursos não forem suficientes para o projeto de recreio e o de preservação da vida, o aflito pai certamente recuará do primeiro em favor do segundo. É bom que a lei lhe garanta ao máximo essa faculdade. Outra hipótese: um enfermo planeja, interiormente, dar um salário extra à sua enfermeira. Separa o dinheiro e o mantém em envelope ao lado da cama. Prepara-se para consumir a dívida quando a enfermeira entra e se aproxima. Neste exato momento, percebe que ela traz ao pescoço uma jóia que parece reconhecer. Sim, está quase certo disso: o valioso objeto fora tirado ao acervo de sua finada mulher. Ou será que não? De qualquer modo, prefere assen-guar-se, antes de decidir-se pela dívida ou por não mais fazê-la.

Veja-se que em um caso ou outro não havia promessa de doar. E porque não havia, a vontade do agente pôde ser preservada sem custos patrimoniais ou psicológicos. E, caso tivesse havido a promessa, os custos não iriam além dos psicológicos ou, digamos, sociais. Não se estenderiam ao patrimônio, por-que promessa de doar não obriga.

Regelsberger teve esta genial percepção, mais inspirada pelo saber da vida, que pela ciência das leis:

"Segundo a experiência, é costume que cada uma das partes alcance a plena consciência do significado de um negócio apenas no momento extremo em que deve emitir sua palavra final"⁵¹.

Quem prestar escuta às tendências gerais da contratação, irá certamente perceber uma contínua evolução no sentido de que ela se faça cada vez com

mais consciência e mais informação. Informação e consciência constituem se-guros indicadores de corresponder o ato de vinculação a uma verdadeira dis-posição da vontade. Não há exagero em dizer que a justiça fundamental do contrato está no seu teor de voluntariedade. Dai que, para melhor assegurá-la, as tendências modernas privilegiam, de certo modo, a demora na conclusão do contrato. Isso mesmo, por estranho que à primeira vista possa parecer. Contra-to justo é contrato demorado, contrato que se amadureceu com tempo da re-flexão ou se cozeu ao fogo brando do conselho. Naturalmente que os de consumo têm outra lógica e outra dinâmica. Mas, por isso mesmo, especial-mente neles, vêm-se manifestar mecanismos de desestabilização como o di-reito de resolução (*Rücktrittrecht*) e o de retratação (*Widerrufrecht*). Ainda recentemente, em cuidadosa resenha à obra de Nils Neumann, *Bedenken vor und nach Vertragsschluss* ["Tempo de Reflexão Antes e Depois da Celebração do Contrato"], Licari se referia à observação posta em relevo pelo autor, se-gundo a qual "dois instrumentos principais permitem lutar contra a formação de um contrato indesejável: o tempo e a informação"⁵².

Mais. Parece desnecessário acrescentar em favor do peso que tem o poder jurídico de retrair a conclusão do contrato.

Digamos, entretanto, que tivesse havido o *pactum de donando*. Seria razo-ável manter-se o promitente vinculado?

Introduza-se aqui a opinião de Pontes de Miranda quanto à possibili-da-de da promessa e os expedientes para o caso em que não seja espontaneamente cumprida:

"Se houve pacto *de donanda*, e não doação, e o outorgante não doa, isto é, não conclui o contrato de doação, contrato unilateral, tem o outorgado a pretensão ao cumprimento. Para exercê-lo, judicialmente, ou propõe a ação condenatória, ou a ação de preceito cominatório, com fundamento no art. 302, XII, do Código de Processo Civil. Seria escusado frisar-se que poderia exercer, apenas, a ação declaratória, para suscitar, depois, o efeito preceptual (Código de Processo Civil, art. 290 e parágrafo único).

51. Vgl. REGELSBERGER/Ferdinand "Die Vorverhandlung bei Verträgen. Weimar: Hermann Böhlau, 1868, S. 129.

52. LICARI, François-Xavier. In: Bibliographie. Nils Neumann. *Bedenken vor un nach Vertragsschluss* (Le delai de réflexion avant et après la conclusion du contrat). Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, 468 pages. *Revue internationale de droit comparé*, Paris, oct.-déc. 2005, p. 1095.

Se o outorgante não cumpre, por ter ocorrido impossibilitação culpposa, tem o outorgado a ação de indenização por inadimplemento⁵³.

O despauério é evidente e refoge ao mínimo de razoabilidade. Submeter alguém ao cumprimento, ainda pelo equivalente, de um benefício prometido, vai muito além do que o bom senso tolera.

Em resumo, portanto: de um lado, a natureza do contrato, que é de transferência e que, portanto, não se aperfeiçoa *solo consensu*, senão com um *dare* real e efetivo, repele a antecipação de um dever que a lei sequer configura; de outro lado, a admitir-se que houvesse, só poderia ter o caráter de mera intenção submetida até o momento de executar-se ao arbítrio do promitente. Não pode haver promessa de doação pela mesma razão que não pode haver promessa de comodato, promessa de mútuo gratuito ou promessa de depósito gratuito. E a razão está precisamente na gratuidade, que é insusceptível, pela sua mesma natureza, de ser imposta contra a vontade do beneficiante.

É claro que fazer da doação um contrato de natureza real, não é o único meio de preservar ao doador o respeito à superveniente alteração de sua inclinação mental. Assim, no Código Suíço das Obrigações, onde a promessa de doação (*Schenkungsversprechen*) é expressamente acolhida (CO, Art. 243), pode o promitente recusá-la, quando, por exemplo, sobrevenham deveres familiares anteriormente não existentes ou existentes apenas em proporções consideravelmente menores (CO, Art. 250, 3). O que, de resto, não é novidade: no direito romano, a promitente da doação estava protegido pelo *beneficium competentiae*, como lembram Jörs & Kunkel⁵⁴.

A soma de tudo:

No rigor de sua positividade jurídica, a doação é um contrato real e unilateral sob condição resolutória meramente potestativa⁵⁵.

8. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

A inviabilidade do *factum de donando* não significa que o beneficiante não possa vir a ser responsabilizado pela sua conduta prévia capaz de ofender a boa-fé objetiva. Assim, embora uma promessa de doação que se fizesse, não esteja dotada do poder de coerção, mesmo pelo equivalente, se feita, mesmo em caráter verbal, e gerar no promissário fundadas expectativas de que será cumprida, poderá, não o sendo, ensejar em seu favor direito a reparação por perdas e danos. Claro que se terá de levar em conta, na eventualidade, a conduta do promitente: se deixou de cumprir por levandade ou até mesmo por dolo, se invoca para se furtar à execução uma reserva mental que não era conhecida do promissário, etc. ou, se, ao contrário, foi atropelado por uma súbita e imprevisível alteração das circunstâncias, etc.

A situação aqui é em muito análoga ao que se passa em relação à promessa de casamento. É não só por um motivo. Assim como os atos de liberalidade por serem gravosos ao patrimônio do disponente pedem detida maturação, o casamento, por envolver comprometimento da liberdade pessoal, o exige em grau máximo. Tanto assim, que, suspensa a celebração por algum fato que denote não ser hígida a vontade de casar, a retratação não se poderá fazer no mesmo dia (Cód. Civ., art. 1.538, parágrafo único). Tal como a doação, o casamento também não comporta, no direito brasileiro, um pacto prévio. Os esponsais há muito que foram extintos. O que não quer dizer que as promessas de casamento não se possam mais fazer. Podem-no e o são. O noivado, conquanto não tenha um estatuto juridicamente definido, é instituição largamente praticada entre nós. Pois bem, nem os esponsais, quando existiam, comportavam execução coativa, nem, tendo eles desaparecido, deixa de produzir efeitos jurídicos a promessa de casamento que se faça. A jurisprudência a toma frequentemente em conta para assegurar indenização ao prejudicado, em caso de rompimento injustificado. Ora, ninguém dirá, só por isso, que tenha espaço no direito brasileiro, a categoria dos esponsais.

Recorde-se, a propósito, que o Código Civil do Reino da Saxônia, de 1863, embora admitisse que o comodato (*Gebrauchsleihe*) fosse passível de promessa, liberava o promitente em razão de necessidade imprevista (§ 1174). Reversamente, liberava o promissário de tomar a coisa prometida em comodato, a não ser quando o empréstimo fosse vantajoso também

53 Tratado ..., cit., p. 261.

54 Cf. JÖRS, Paul. *Römisches Privatrecht*. 2. Aufl. neu bearb. v. Wolfgang Kunkel. Berlin: Springer, 1935. S. 246.

55 Adotada aqui a distinção entre condição *puramente potestativa* e condição *meramente potestativa* ou *simplesmente potestativa*. Segundo Barros Monteiro: "as primeiras são as de mero capricho: se eu levantar o braço, se for à cidade, se vestir tal roupa. As segundas dependem da prática de algum ato por parte do contratante: na dependência, porém, do exarce de circunstâncias que escapam ao controle dele"; BARROS MONTENEGRO, Washington de. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 1976, p. 228.

para o promitente⁵⁶. Além do que, em um caso ou outro, o prazo de prescrição era breve: um ano apenas (§ 1174, *in fine*).

Caberia questionar se a indenização haveria de ser mais modesta na hipótese de ruptura injustificada de uma promessa de negócio gratuito do que na de outros? A hipótese chegou a ser considerada na Alemanha, mas foi descartada depois, ao fundamento de que o efeito benéfico na Alemanha, mas foi descartado depois, ao fundamento de que o efeito benéfico em favor do promissário não chegou a se consumar por não ter sido celebrado o contrato. Como quer que seja, Steinberg refere a tendência a um comportamento menos rigoroso de diligência (*Sorgfalt*), quando se trata de atos em benefício alheio que atos em benefício próprio⁵⁷.

9. CAPACIDADE

Negócio jurídico que é, a doação está submetida à craveira do art. 104 do Código Civil. Para ser válido tem, portanto, de ser praticado por agentes capazes.

Quanto ao donatário, estava dispensado da capacidade no regime do Código Civil de 1916, desde que a doação fosse pura (art. 1.170). A regra era, pode-se dizer, auto-explicativa. A doação pura, presume-se, só poderia trazer benefício ao donatário, pelo que não se justificaria cobrar dele maior poder de discernimento. O Código Civil acompanhava, assim, a orientação geral do BGB, cujo § 107 dispensa a intervenção do respectivo representante legal, quando o ato praticado pelo menor só lhe proporcionar vantagem.

O fundamento do § 107 do BGB faz todo o sentido. Se a restrição da incapacidade tem por fim proteger aquele que a sofre, é natural que, não havendo o que recarregar, ao contrário, só havendo vantagem a recolher, deixe a limitação de atuar. O problema está nos riscos inerentes às cláusulas gerais. O que é vantagem para o menor? Em muitos casos, não será difícil dizê-lo. Em tantos outros, pode haver dúvidas. O que o Código Civil Brasileiro de 1916

fez, foi uma aplicação tópica da regra do BGB às doações, supostamente benéficas, se não houver condição ou encargo.

A idéia vem de um tempo em que o direito de propriedade gozava de um manifesto *glamour*. Não se falava ou falava-se pouco da função social da propriedade e a responsabilidade civil ligada ao fato da coisa era pouco desenvolvida. Hoje, o quadro social, econômico e jurídico é outro. Revolução Russa de 1917, fim da I Grande Guerra Mundial: o século XX, de verdade, estava apenas começando. E, ali, na aurora de um novo tempo, a Constituição de Weimar proclamava *"Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste"* – "A propriedade obriga. Seu uso deve ser ao mesmo tempo serviço ao bem comum" (Art. 153, *in fine*). Resumia-se, ali, de forma lapidar, o longa trajetória da propriedade, de um *elbor* fundamentalmente abso-lutista para uma crescente funcionalização social. Em 1949, sobre os escombros do nacional-socialismo, a Lei Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*) despedia-se do velho regime e delineava os traços do Estado do Bem-Estar Social, mas não renunciava à fórmula de Weimar, repetindo-a quase literalmente no Art. 14 (2)⁵⁸.

Não está tanto em fazer da propriedade, em si mesma, uma obrigação, que a Constituição de Weimar a submetia a uma nova leitura. Assim parece ter entendido Scalis⁵⁹. Mas nisso não lhe assiste razão. Foi sobretudo em identificar na propriedade uma fonte acrescida de responsabilidade civil que a Constituição de Weimar lhe prenuçou um novo papel na economia e no direito do século XX em diante. A responsabilidade pelo *fato da coisa*, um fenômeno que decerto não era novo, acelerou-se de tal modo com a industrialização emergente no século XX, que, à condição de matriz produtora de riqueza, inerente à propriedade, soma-se agora, com igual peso, a de fonte de riscos e de danos.

Ora bem, o que fez o art. 1.170 do Código Civil de 1916 ia além de uma simples aplicação da cláusula geral do § 107 do BGB. O BGB expressa-se em termos de "vantagem" (*Vorteil*). O Código de 1916 elegia a *propriedade* como espécie do gênero *vantagem*. Certo, por um lado. Mas arriscado também, por outro. Passou a ser necessário buscar no sistema do Código mecanismos de

56

Siebenhaar & Pöschmann exemplificavam com o seguinte caso: A., pretendendo ausentar-se, promete deixar em poder de B. sua carruagem com os cavalos, pelo tempo que durar a viagem, com o que economiza os custos de manutenção dos animais em custódia de um "estabulário" (*Stallhalter*). Cf. SIEBENHAAR, Eduard, *Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen*, Bd. 2, bearb. v. Karl Magnus Pöschmann, 2. Aufl., Leipzig: Hinrichs'sche Buchh., 1869, S. 262. Vê-se claramente aí presente uma preocupação de tempo: a capacidade de B. não é gratuita, com exceção de não-cumprimento e vantagens indiretas em favor do beneficiário. Todo o conteúdo da construção rigorosa de Pontes de Miranda.

57

Cf. STEINBERG, Wilhelm, *Die Haftung für culpa in Contrahendo*, Bonn: Rottschneid, 1930, S. 103.

58

Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.

59

SCALISI, Vincenzo, *Categoria e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano: Giuffrè, 2005, p. 487.

controle, a fim de que a forma - *doação* - não prevalecesse sobre a finalidade - *vantagem*. Pense-se, por exemplo, em um excitante brinquedo em cuja composição entre matéria radioativa, capaz de produzir câncer na criança que o aceita como donatário. Em livros, CDs ou DVDs, cujo conteúdo possa ser altamente prejudicial a seus pequenos leitores, etc. Em bebidas ou comidas tóxicas ou indutoras de dependência. E assim por diante.

Estava-se nesse pé, ainda mal resolvido, quando o Código Civil de 2002 investe contra toda a noção de ordem e sistema na teoria dos contratos e afrouxa o regime da doação aos absolutamente incapazes, para prescindir-lhes pura e simplesmente do consentimento:

"Art. 543. Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura".

O desatino não tem precedentes no direito brasileiro, ainda que modelos diversos do contido no art. 1.170 do Código de 1916 tenham sido ensaiados.

Segundo o Esboço de Teixeira de Freitas, o mínimo que se requeria para fazer ou receber doação era a capacidade de contratar, embora nem sempre ela fosse condição suficiente (art. 2.123).

No Projeto Felício dos Santos, por exemplo, fazia-se presumir a aceitação nas doações puras (art. 2.374), o que, evidentemente, não é o mesmo que dispensá-la.

Pelo Projeto Coelho Rodrigues, não se excepcionava da capacidade a aceitação da doação, mesmo pura, mas se punha a salvo o interesse do donatário incapaz por exercício abusivo do poder de representação legal que a houvesse recusado (art. 993).

Parece que o erro tem origem no Código Civil Português de 1867. Com efeito, o seu art. 1478^o dispunha, acertadamente, no segmento inicial, que as "pessoas que não podem contratar, não podem aceitar, sem autorização das pessoas a que pertence concedê-la, doações condicionais ou onerosas". O artigo parece ter querido, em seguida, excepcionar a hipótese em que as doações não fossem condicionais ou onerosas. Como se faria corretamente a exceção? Óbvio, dispensando a autorização. E não a aceitação. Isso fica mais claro quando se tem presente que o art. 1169^o excluía da anulação as doações antenuptiais, a que, entre outras hipóteses, faltasse aceitação expressa. Ou seja, a questão girava em torno de ser expressa ou não a aceitação. E não em

torno de ser ela dispensável, o que seria, em qualquer caso, inconcebível em negócio jurídico bilateral. Entretanto, ao invés de encaminhar a exceção à regra para a aceitação tácita, o art. 1478^o acabou fazendo-o para a dispensa da aceitação:

"[...] Porém as doações puras e simples, feitas a tais pessoas, produzem efeito, independentemente de aceitação, em tudo o que aproveitar aos donatários".

A ressalva "em tudo o que aproveitar aos donatários" era, na verdade, canhestra e só fazia introduzir incerteza onde é necessária a segurança. Como distinguir efeitos que aproveitam e efeitos que não aproveitam, para liberar uns e segurar outros?

Como quer que seja, o equívoco não só perdurou como se transmitiu, quase nos mesmos e inadmissíveis termos no Código de 1967:

Art. 951^o. 1. As pessoas que não têm capacidade para contratar não podem aceitar doações com encargos senão por intermédio dos seus representantes legais.

2. Porém, as doações puras feitas a tais pessoas produzem efeitos independentemente de aceitação em tudo o que aproveitar aos donatários".

Voltando ao novo Código Civil Brasileiro:

Se o propósito é dispensar a capacidade onde ela se revela desnecessária, não haveria razão para excluir do suposto benefício o relativamente incapaz. Em relação a este menos relevante ainda seria a incapacidade. Veja-se o parágrafo: a um menor de 10 anos de idade, por exemplo, pode-se fazer doação pura; a um maior de 18, igualmente, por certo; mas não a um menor de 17 anos. Os atos deste estão submetidos a controle; os daquele, não, embora seguramente não haja riscos e ambos só teriam a ganhar.

Os despropérios não terminam por aí.

Desnecessário recordar que o consentimento é elemento essencialíssimo de qualquer contrato. Dispensando-o na doação pura ao absolutamente incapaz, o Código o submete a uma estranha sujeição: a de ser dono contra a própria vontade! Conhecia-se a figura da *expropriação*: retirar, à força, a propriedade. Agora o Código introduz o seu oposto, a *impropriação*: atribuir, também à força, a propriedade.

Certamente cabe aqui, desde logo, a crítica de Antunes Varela, para quem o "problema da eficácia obrigacional dos negócios unilaterais anda muito imprecisamente tratado na generalidade da doutrina"⁶⁰.

Continua Antunes Varela:

"A questão consiste em saber se os negócios *unilaterais* valem, *em regra*, como fonte autónoma de obrigações, se qualquer pessoa deve considerar obrigada perante outra, constituindo a favor desta um direito de crédito, mediante simples declaração unilateral "sem necessidade de aceitação do credor"⁶¹.

A lição de Antunes Varela seria perfeita, não fosse pela imprecisão de chamar *credor* aquele que é simplesmente *oblato*. Mas mesmo que fosse perfeita, não toca a essência do problema em causa. Uma coisa é a viabilidade dos negócios unilaterais, tema sobre que hoje não se discute. A discussão fica apenas por conta de saber se, quanto a eles, prevalece o princípio amplo da autonomia da vontade ou se estão sujeitos à limitação de *numerus clausus*, tema de que o mesmo Antunes Varela irá se ocupar no parágrafo seguinte de sua exposição. Outra coisa, e diversa, é pretender, pela via do negócio unilateral, alcançar resultados típicos dos negócios bilaterais, possibilidade que é de se repelir, preemptricamente. Nisto, sim, a palavra de Antunes Varela é definitiva:

"A melhor prova do acerto da ideia [*duorum in idem placitum consensus*] está em que, na própria doação, acto que se prestaria de modo especial à concepção de uma vinculação fundada na exclusiva vontade do obrigado (visto dele nascerem apenas benefícios para a outra parte), a lei exige, em termos expressos, a *acceptatio* do donatário como elemento constitutivo do negócio"⁶².

Mal estava começando o século XX quando Koepfen, na Alemanha, propôs uma explicação elementar para o equívoco de se conceber a possibilidade de doação sem que intervenha o consentimento do donatário. Estaria em se manter indistintos os conceitos de doação (*Schenkung*) e atribuição (*Zuwendung*). O exemplo que Koepfen retoma é o de alguém que paga dívida de terceiro, sem

a ciência do devedor, com o propósito de beneficiá-lo. Ai está, portanto, o *animus donandi*. E, como o património do devedor resulta acrescido com a baixa da dívida, pareceria ter havido uma verdadeira e própria doação. Na realidade, porém, o que houve foi uma *atribuição*, e não uma doação. Na atribuição, está contida uma oferta de doação (*Schenkungsoffer*). O devedor, na condição de oblato-donatário, fará sua escolha, aceitando (o que poderá inclusive fazer tacitamente) ou não a oferta. Se aceita, torna-se a doação *accipiendo* perfeita. Se não aceita, a atribuição *donandi animo* verá perdida sua causa. Nesta hipótese, o *solvens*, como pretendente doador, poderá então repetir a atribuição, com base na *condictio sine causa*, por assim dizer *causa finita*⁶³.

Ou seja, não basta que o doador se deixe mover pelo *animus donandi*; é necessário que este "assuma o carácter de intento comum das partes", dirá mais tarde D'Ettore⁶⁴.

Carvalho de Mendonça quis sustentar — sem razão, contudo — com base em texto de Pomponio que haveria doação na hipótese de solução de dívida de terceiro, insiente o devedor⁶⁵.

O que diz Pomponio, no comentário ao livro XXIV de Sabino, é que podemos nos liberar sem nossa ciência e até contra nossa vontade, o que é verdade. Mas não que isso seja um ato que se qualifique como doação:

"*Solutio, vel iudicium pro nobis accipiendo ei involvi, et ignorantibus liberari possumus*" (D., 46, 3, 23).

10. SUBVENÇÕES PERIÓDICAS

Se a doação se perfaz pela entrega da coisa (bem ou vantagem), como admitir que aquela assuma a forma de subvenção periódica, tal como faz o Código Civil de 2002, no art. 545, e já fazia o Código Civil de 1916, no art. 1.172? A periodicidade está em que a prestação gratuita se repetirá. Ora, se há certeza de repetição, prova isso seria de que a prestação periódica, antes de seu cumprimento

60) Cf. *Das Obligationsrecht in Germl. V. 17*, ed., rev. e act., Coimbra: Almedina, 1991, p. 420-421.

61) *Das Obligationsrecht*, cit., p. 421.

62) *Das Obligationsrecht*, cit., p. 422.

63) Cf. KOEPPEN, Wilhem. *Das negotium mixtum cum donatione nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen*. Berlin: Stroppe & Winckler, 1901, S. 5.

64) DETTORÉ, Felice Maurizio. *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*. Padova: CEDAM, 1996, p. 58.

65) Cf. *Contratos*, cit., p. 53.

to, já vincula o doador. E se vincula o doador, o contrato seria consensual e não real. Mas não é isso o que decorre do Código Civil, no art. 538: "[...] contrato em que uma pessoa [...] transfere [...]". Este é outro enigma da doação.

Para esclarecê-lo, convém começar por entender que a promessa de doação, embora destituída de exigibilidade, não é algo que se não possa fazer. Enunciada, não será uma declaração negocial, porque é inepta a criar, transferir, modificar ou extinguir direitos. Mas, enunciada expressamente ou dada a entender ao declaratório, pode suscitar a expectativa de que será observada. Sobretudo o suscitará na medida em que, efetivamente, as subvenções se repetem. Se, entretanto, o doador, por exclusivo arbítrio próprio, as suspender, estará atuando um poder legítimo, já que, a cada subvenção entregue, é uma vontade sua que se realiza, mas que não gera o dever de reiteração. A expectativa que tenha o donatário de que a subvenção se repetirá não tem a força de uma pretensão juridicamente exigível, já que a lei não lhe dá suporte. Portanto, a subvenção periódica não passa de uma seqüência de doações semelhantes, que a qualquer momento pode ser interrompida.

Ao dizer o art. 545 que a doação, nessa forma, se extingue "morrendo o doador", não está também dizendo que não se extingue, mantendo-se vivo o doador, mas não querendo continuá-la. Por que então a ressalva? A ressalva se explica em razão de seu complemento: "salvo se este outra coisa dispuser". Ou seja, o doador poderá ter interesse em que o donatário continue a se beneficiar da subvenção periódica, expediente para o qual a lei lhe fornece diferentes caminhos. Poderá, por exemplo, impô-lo como encargo a herdeiros ou legatários. Neste caso, o que era antes donatário continuará a receber as subvenções periódicas, não já a título de doação, mas como designado de uma estipulação em favor de terceiro (Cód. Civ., arts. 436 *et seq.*). O que bem mostra o acerto de Savigny quando identificava verdadeira rede de instrumentos jurídicos, através da qual se pode praticar atos benéficos. Nenhum deles, entretanto — é bom que se diga —, capaz de abrir mão do consentimento.

11. JACTUS MISSILUM: ENTRE A OFERTA DE DOAÇÃO E A

DERELICTIO

Aviões e helicópteros não sobrevoavam Roma ao tempo em que Gaio escreveu o livro II de suas *Rerum quotidianarum, sive Aureorum*. Do contrário, teria ainda mais hipóteses a considerar quando teorizou a respeito do *jactus missilium*

(D., 41, 1, 9, 7). Àquele tempo, a configuração mais proeminente da prática era o arremesso de moedas e presentes vários: tortas, frutas secas, etc. à multidão. Magistrados quando de suas investiduras, candidatos a cargos públicos e, em geral, pessoas que pretendiam captar a simpatia da plebe usavam deste recurso, mal supondo, decerto, que, assim procedendo, estavam criando uma categoria jurídica que, pelos séculos afora, suscitaria meditada e interminável ponderação dos juristas. Não que o fenômeno fosse novo. Poderá ter existido antes. Mas parece ter sido a reflexão dos romanos que abriu caminho para a atenção em comportamentos similares que se foram sucessivamente produzindo.

E como a vida nunca esperou pelo direito, o fenômeno ia-se repetindo, enquanto os juristas não o definiam com precisão e em completa harmonia. Assim, relata-se que o Imperador Ludwig, o Bávaro, durante uma fixação de fronteiras, mandou providenciar dois carros de pão para lançar seu conteúdo aos jovens. Quando os pães acabaram, o Imperador apanhou um capacete, encheu-o de moedas miúdas, e as atirou ao povo para "perpétua memória"⁶⁶. Mais próximo de nosso quotidiano, outro exemplo: o buquê de flores que a noiva, de costas, lança às amigas e que, no imaginário coletivo, identificaria naquela que o apanhasse a próxima a se casar; o toureiro vitorioso que lança a platéia a orelha ou a cauda arrancados à fera rendida; o ídolo de futebol que atira aos torcedores a camisa ou a chuteira, etc. Mas também, em ambientes menos festivos, o avião ou o helicóptero que deixam cair roupas, alimentos e remédios em áreas insuladas por conflitos ou catástrofes naturais estão sendo instrumentos de *jactus missilium*.

Qual é sua natureza jurídica? Como qualificá-lo?

Autor de um cuidadoso ensaio a respeito, Masip Acevedo não hesitou em chamar de "árdua" a questão⁶⁷.

A pergunta é: Trata-se de uma oferta de doação à pessoa indeterminada ou de um ato de derelictio?

Já no direito romano, o tema era controverso. Na verdade, a questão reenvia a uma outra: em que momento se produz exatamente a derelictio — quando o proprietário a abandona ou quando um terceiro a apreende? Diante

66

KÜNSSBERG, *Rechtsbrauch* ..., cit., S. 28.

67

MASIP ACEVEDO, Julio. *La derelictión de bienes muebles en el actual derecho civil español*. Madrid: Min. de Justicia y Cons. Sup. de Investigaciones Científicas, 1946, p. 119 et seq.

da pergunta, dividiam-se procúrianos e sabinianos. Para os primeiros, o simples abandono não bastava à derelictão, de tal modo que o demitir-se da coisa resolvia-se em uma tradição feita *in incertam personam*. Assim pensava Próculo (D., 41, 7, 2, 1). Para Juliano, da escola sabiniana, ao contrário, a *res derelicta* era uma *res nullius*, que, nesta condição, passava a poder ser adquirida pela *occupatio*⁶⁸.

Avançando, a partir daí, ter-se-ia que saber se os *missilia*, isto é, as coisas arrojadas a uma pluralidade de pessoas, perdiam, primeiro, o proprietário e só depois de apanhadas voltavam a ter donos, caso em que, então, não se trataria de doação, mas de ocupação; ou não haveria intenção de abandono e sim atribuição a pessoa incerta: aquela que recollhesse a coisa e que não o estaria fazendo como quem ocupa, mas sim como quem aceita. Ou seja, a apreensão não teria a natureza de ocupação, mas de tradição qualificada pela adesão ao *animus donandi*.

Segundo Windscheid, a identificação mental daquele a quem a tradição é feita não é requisito para sua validade. Isto é: não é indispensável que o *tradens* (*der Übertragende*) saiba qual seja a pessoa a quem se está procedendo a tradição (*accipiens, transfere, der Empfänger*), nem mesmo se este a está recebendo para si ou para outrem e, a estar recebendo para outrem, se quer *adquirir* para terceiros. E evoca, na oportunidade, justamente, a condição do *jacrum missilium*⁶⁹. Seu ponto de vista favorece, portanto, a tese da irrelevância da mechauidade, pelo que a aquisição estaria ocorrendo não a título de ocupação, mas sim de doação, em-bora, na oportunidade, Windscheid não se manifeste expressamente quanto a este resultado. Sobre a opinião de Windscheid quanto à desnecessidade de o contato ser imediato, Kipp, que lhe reviu e atualizou a obra, chama a atenção para a atualidade do ensinamento com uma única palavra, em tom de advertência: *Verkaufsaufkommen*. Vale dizer, o vendedor, que põe a sua mercadoria à disposição do potencial e desconhecido comprador nas *máquinas de venda automáticas*, está, sim, fazendo-lhe tradição, pouco importa se o produto vai ser consumido pelo operador da máquina ou por terceira pessoa⁷⁰.

Parece que a solução final do problema dependerá muito ou totalmente da intenção do *jacrans*: se quis praticar um ato de abandono ou, ao contrário, se pretendeu realizar uma doação à pessoa indeterminada. Só que a vontade do *jacrans*, sendo um atributo essencialmente íntimo, terá que submeter-se aos limites de sua objetivação comportamental. Vale dizer, a conduta do *jacrans* após o ato é que indicará qual a sua intenção, raciocínio, de resto, muito bem fundamentado e ilustrado no segmento final com que Masip Acevedo fecha o seu lúcido estudo sobre a enigmática figura do *jacrum missilium*⁷¹. Na verdade, uma e outra intenção podem-se dizer essencialmente presentes. De resto, não se poderia afirmar que, na doação, qualquer que ela seja, não há também e sempre uma intenção derelictiva? Por isso, a solução tem de se orientar pela busca da vontade dominante, segundo a sábia e velha lição da Clossa: o que abandona quer principalmente desfazer-se da coisa — *principaliter vult ut alius habeat*. doar aspira a transferir a coisa — *principaliter vult ut alius habeat*.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Agostinho. *Da Doação*. São Paulo: Ed. Rev. Trib., 1963.
- ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral V. 1, 7. ed., rev. e act., Coimbra: Almedina, 1991.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. V. 2, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1965.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 1976.
- BISCARDI, Arnaldo. *Diritto greco antico*. Varese: Giuffrè, 1982.
- BUSSI, Emilio. *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune: Contratti, Successioni, Diritti di famiglia*. Padova: CEDAM, 1939.
- BUTERA, Antonio. *Dell'azione pauliana o revocatoria*. Torino: UTET, 1934.
- CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. *Contratos no Direito Civil Brasileiro*. T. 1, Rio de Janeiro - São Paulo - Belo Horizonte: Francisco Alves, Paris - Lisboa: Alilaud, Alves & Cia., 1911.
- CORNIL, Georges. *Droit romain*. Bruxelles: Impr. Médicale et Scientifique, 1921.
- COSTA LOURES, José & DOLABELA CUMARÃES, Tais Maria. *Novo Código Civil Comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- D'ANGELO, Antonino. *La donazione remuneratoria*. Milano: Giuffrè, 1942.
- DETTORE, Felice Maurizio. *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*. Padova: CEDAM, 1996.

68 Cf. CORNIL, Georges. *Droit romain*. Bruxelles: Impr. Médicale et Scientifique, 1921, p. 200.

69 Cf. WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. 1, 8. Aufl. bearb. v. Theodor Kipp, Frankfurt a.M.: Rütten & Loening, 1900, S. 785.

70 KIPP, Theodor. *Bearbeitung*. In: WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. 1, 8. Aufl. bearb. v. Theodor Kipp, Frankfurt a.M.: Rütten & Loening, 1900, S. 785.

71 Cf. *La derelictio* ..., cit., p. 123-125.

- DE CUPIS, Adriano: Brevi osservazioni sull'obbligo della gratitudine nel diritto civile. *Diritto e giurisprudenza*, Napoli, n. 9, sett. 1961.
- DERNBURG, Heinrich: *Die Schuldenbältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preussens*. Bd. 2, 2. Abr., 1. u. 2. [sic] Aufl., Halle a.S.: Verl. d. Buchh. d. Waisenhauses, 1901.
- DIOGENES, Nestor: *Doação não é Contrato*. Recife: [s.ed.], 1947.
- ERMINI, Giuseppe: *Corso di diritto comune*. [V.] 1, 2. ed., Milano: Giuffrè, 1946.
- FIUZA, César: *Diritto Civile: Curso Completo*. 2. ed. rev., at. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- GOBERT, Michelle: *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*. Toulouse: Sirey, 1957.
- GOMES, Orlando: *Contratos*. 17. ed., at. e an. de Humberto Theodor Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- GUNTZ, Dieter: Schenkung. In: CREIFELDS, Carl (hrgs.). *Rechtswörterbuch*. 7. neubearb. Aufl., München: Beck, 1983.
- JHERING, Rudolph von: *Der Zweck im Recht*. Bd. 2, Leipzig: Breitkopf u. Härtel, 1905.
- JÖRS, Paul: *Römischer Privatrecht*. 2. Aufl. neu bearb. v. Wolfgang Kunkel. Berlin: Springer, 1935.
- KASER, Max: *Das römische Privatrecht*. Abschn. 1, 2. neubearb. Aufl., München: Beck, 1971.
- KASIRER, Nicholas: *Agapé. Revue internationale de droit comparé*, Paris, juill.-sept. 2001.5
- KIPP, Theodor. [Bearbeitung]. In: WINDSCHEID, Bernhard: *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. 1, 8. Aufl. bearb. v. Theodor Kipp, Frankfurt a.M.: Rütten & Loening, 1900.
- KIRCHNER, Friedrich & MICHAÉLIS, Carl (begr.). *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*. Hrg. v. Armin Regenbogen u. Uwe Meyer, Hamburg: Meiner, 2005.
- KOEPPEL, Wilhelm: *Das negotium mixtum cum donatione nach Pandektenrecht und Reichsgesetz*. Berlin: Struppe & Winckler, 1901.
- KÜNSSBERG, Eberhard Frh. v. *Rechtsbrauch und Kinderspiel. Unternehmungen zur deutschen Rechtsgeschichte und Volkskunde*. 2. (erg.) Aufl., Heidelberg: Carl Winter, 1952.
- LICARI, François-Xavier. In: [Bibliographie]. Nils Neumann - Bedenkzeit vor un nach Vertragsschluss (Le délai de réflexion avant et après la conclusion du contrat), Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, 468 pages. *Revue internationale de droit comparé*, Paris, oct.-déc. 2005.
- LIEBISCH, Arnold: *Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht*. Leipzig: Weicher, 1927.
- MARAFIOTTI, Domenico: *Luomo tra legge e grazia*. Napoli: Morelliana, 1983.
- MAROI, Fulvio: *Una sopravvivenza arcaica: l'irrevocabilità della donazione*. Estratto da Scritti in onore di Luigi Sturzo, v. 2, Bologna: Zanichelli, 1953.
- MASIP ACEVEDO, Julio: *La derrelación de bienes muebles en el actual derecho civil español*. Madrid: Min. de Justicia y Cons. Sup. de Investigaciones Científicas, 1946.
- NYGREN, A.: *Eros et agapé: la notion chrétienne de l'amour et ses transformations*. Paris: Aubier, 1944.
- PENTEADO, Luciano de Camargo: *Doação com Encargo e Causa Contratual*. Campinas: Milenium, 2004.
- PETERS, F. E.: *Terminos Filoçóficos Gregos: Um Léxico Histórico [Greek Philosophical Terms: A Historical Lexicon]*. 2. ed., trad. de Beatriz Rodrigues Barbosa, Lisboa: Gulbenkian, 1983.
- PONTES DE MIRANDA: *Tratado de Direito Privado*. T. 46, 3. ed., São Paulo: Ed. Rev. Trib., 1984.
- RADBRUCH, Gustav: *Rechtsphilosophie*. 6. Aufl. bes. v. Erik Wolf. Stuttgart: Koehler, 1963.
- REGELSBERGER, Ferdinand: *Die Vorverhandlung bei Verträgen*. Weimar: Hermann Böhlau, 1868.
- RUGGIERO, Roberto de: *Istituzioni di diritto civile*. V. 3, 7. ed., Messina - Milano: Principato, 1935.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von: *System des heutigen Römischen Rechts*. Bd. 4, Berlin: Veit und Comp., 1841.
- SCALISI, Vincenzo: *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*. Milano: Giuffrè, 2005.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de: *Curso de Direito Civil*. V. 3, 2. ed., Rio de Janeiro et al.: Freitas Bastos, 1957.
- SIEBENHAAR, Eduard: *Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*. Bd. 2, bearb. v. Karl Magnus Pöschmann, 2. Aufl., Leipzig: Hinrichs'sche Buchh., 1869.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da: *Instituições de Direito Civil*. V. 3, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- STEINBERG, Wilhelm: *Die Haftung für Culpa in Contrahendo*. Bonn: Röhrscheid, 1930.
- TAVASSI, Vincenzo: *Parte Seconda*. In: CATAUDELLA, Antonino (coord.). *La donazione*. Milano: Giuffrè, 1996 ©.
- TROPLONG, [Raymond Théodore]: *Des donations entre-vifs et des testaments*. T. 1, Bruxelles: Labroue et Compagnie, 1855.
- VENOSA, Sílvio de Salvo: *Direito Civil*. V. 3, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- VERING, Friedrich H.: *Geschichte und Pandekten des Römischen und Heutigen gemeinen Privatrechts*. Mainz: Kirchheim, 1875.
- VILLELA, João Baptista: *Sobre Renúncia e Transação no Direito do Trabalho*. In: MONTEIRO DE BARROS, Alice (coord.). *Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Célso Goyard*. V. 1, 2. ed. rev., at. e ampl., São Paulo: LTr, 1994.
- WINDSCHEID, Bernhard: *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. 1, 8. Aufl. bearb. v. Theodor Kipp, Frankfurt a.M.: Rütten & Loening, 1900.
- WINDSCHEID, Bernhard: *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. 2, 8. Aufl. bearb. v. Theodor Kipp, Frankfurt a.M.: Rütten & Loening, 1900.