

João Carlos Mettlach-Pinter

Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo
Procurador do Estado de São Paulo

***SUMMA DIVISIO* DO DIREITO
CIVIL PATRIMONIAL**

**Estrutura, Sistematização e Sentido da
Distinção Entre Direitos Reais e Obrigacionais**

Curitiba
Juruá Editora
2023

plo da *subscrição* e da *integralização*. Com isso, ganha-se a noção correta do que significa postular a existência de uma estrutura profunda. Por fim, analisa-se a relação do *registro* do título translativo com os negócios de obrigação e os dispositivos, uma vez que o registro une, de certa maneira, ambos.

3.3.2 Doação

Semelhantemente ao que se verificou acima, a análise dos estudos que se fizeram sobre doação no Brasil demonstra uma perda constante da clareza conceitual do instituto, até que se chegou ao ponto de não saber mais identificar, com precisão, o que é *doação*, o que é *contrato preliminar de doação* e o que é *transmissão de propriedade*. Mesmo autores abalizados confundem os conceitos, mal influenciados que foram seja por uma redação enganosa seja por uma leitura servil do artigo que contém a definição do contrato.

Tal confusão leva, em certa medida, a resultados semelhantes ao que se viu com a compra e venda: em vez de reconhecer que a doação, tal como a compra e venda, é negócio obrigacional, cujo adimplemento se dará por negócio dispositivo, *passou-se a ver dentro da doação o próprio ato de transmissão da propriedade, obrigando os juristas a recorrer à promessa de doação sempre que este efeito ulterior não coexistisse*.¹¹²⁶ Apesar disso, os tribunais brasileiros têm sabido conter os efeitos do mal-entendido, posto não saibam explicar a razão pela qual assim agem: bom exemplo é a afirmação genérica da inexigibilidade das promessas de doação seguida da observação de uma exceção pontual quando tais contratos constituam cláusulas de partilhas de bens.¹¹²⁷

Seja no direito comum, seja na tradição luso-brasileira, o contrato de doação sempre foi tido como contrato consensual (em oposição aos contratos reais), de forma que, uma vez verificado o consenso das partes – em geral, submetido a requisitos especiais de forma –, formava-se o contrato, nascendo em favor do donatário pretensão obrigacional para obter o bem doado. Tomando-se o principal autor luso-brasileiro sobre doações, Portugal afirmava haver uma grande distinção entre a doação que ocorria “*rei invertentu*” – isto é, com a entrega da coisa – e a iniciada pela promessa, “que se diz ser perfeita apenas quanto à obrigação”. Se aquela já produzia todos os efeitos, nesta última faltava ainda a transmissão da propriedade, que configurava verdadeira obrigação, já que a doação “não pode mais ser revogada”: “aquele que prometeu é obrigado a entregar”.¹¹²⁸

Na verdade, Portugal apenas sistematizava opinião trazida da *Glosa* que, por sua vez, já ingressara na tradição luso-brasileira. Segundo um *casus* adicionado à glosa, uma vez perfeita a doação, não se admite revogação; o crité-

¹¹²⁶ Um texto que reúne todos esses erros, e alçados a categorias gerais, é o de VILLELA, J. B. Contrato de doação. In: PEREIRA JR., A. J.; JABUR, G. H. (coord.). **Direito dos contratos**, p. 261ss.

¹¹²⁷ Cf., por todos, BODIN DE MORAES, M. C. Notas sobre a promessa de doação. In: **civillistica.com** 2 (2013), p. 9ss.

¹¹²⁸ PORTUGAL, D. A. **Tractatus de donationibus I** (prael. I, nn. 4-9), p. 2.

rio para estabelecer o perfazimento da doação é analisado sob analogia com a compra e venda, de modo que a obrigação de realizar a tradição nasce assim que se alcança o consentimento.¹¹²⁹ Noutra parte, afirma-se que pouco importa o tempo gramatical do verbo empregado, equiparando-se o presente (“do”, “dono”) ao o futuro (“dabo”, “donabo”)¹¹³⁰ – o que, por sua vez, mostra tanto a equiparação entre a doação manual e a consensual como a possibilidade de a modalidade consensual ser feita por verbos conjugados no tempo presente. Bártolo, por sua vez, equipará o *pactum de donando* à *donatio*, uma vez que aquele passou a produzir ação mesmo sem solenidade específica.¹¹³¹ Essa tese foi recebida em Portugal já pelo quinhentista Aires Pinhel que, mesmo ponderando os argumentos contrários, afirmava que “parece haver verdadeira doação na promessa, de forma que o emprego de palavras no futuro não a torna menos doação”¹¹³².

No direito comum, toda a questão se passou à margem do trecho C.8.53.35, que dotou de exigibilidade as doações desprovidas seja de tradição incontinenti, seja de *stipulatio*.¹¹³³ Baldo a explica sucintamente da seguinte forma: “aqui diz o Imperador que se admite a doação não protegida (*vallata*) pela *stipulatio* ou pela tradição, mas por mero pacto nu”.¹¹³⁴ Punham os doutores a questão da seguinte forma: sendo pacífico que a l. *si quis argentum* se aplicava às doações, caberia também sua aplicação aos *pacta de donando*? A formulação dessa questão já pressupõe logicamente a distinção entre *donatio* e *pactum de donando* que, como se viu, era negada pela *Glosa*. Tais argumentos contrários nasceram sobretudo entre os comentadores posteriores a Bártolo. João de Ímola¹¹³⁵, debatendo-se em longas refutações a Bártolo e à *Glosa*, negou, em primeiro lugar, a equiparação entre pacto de doação e doação: haveria uma distinção sistemática entre ambos, o que mostra por meio da distinção entre o pacto de venda e o contrato de venda. Uma vez distintos, foi-lhe possível negar que do *pactum de donando* nascesse alguma ação, dizendo que não se tratava de verdadeiro contrato nominado. Semelhantemente, Bartolomeu de Saliceto¹¹³⁶ apontava, no caso de uso de verbos no futuro, a existência de uma “*conventio de donando in futuro*”, que não produzia nenhuma ação. A nova orientação logo começou de espalhar-se pelos autores, sendo possível vê-la defendida em Alexandre Tartagno.¹¹³⁷

¹¹²⁹ Casus *alia autem*, ad I.2.7.2, col. 174.

¹¹³⁰ Gl. *manifestaverit*, ad I.2.7.2, col. 175.

¹¹³¹ BÁRTOLO. *Commentaria in digestum vetus I* (ad D.2.14.7, n. 2), p. 271.

¹¹³² PINHEL, A. *De rescindenda venditione* (part. 2, lib. 2, cap. 3, n. 30), p. 327.

¹¹³³ Cf. a interpretação dada a esse fragmento ao final do período do direito comum: VERING, F. H. *Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen gemeinen Privatrechts*, § 218.III.5, p. 611, esp. n. 38; COHEN, A. *Die Lehre des römischen Rechtes von der Schenkung von Todeswegen*, § 15, p. 41; BREMER, J. *Zur Lehre von der Insinuation der Schenkung*. In: *JahrDog* 13 (1874), p. 105.

¹¹³⁴ BALDO. *Commentaria in codicem* (ad C. 8.53.35.5), fol. 187v.

¹¹³⁵ ÍMOLA, J. *Commentaria in digestum novum I* (ad D.39.5.9), fols. 41v, 42r.

¹¹³⁶ SALICETO, B. *Commentaria in codicem* (ad C.4.6.2, n. 5), fol. 102v.

¹¹³⁷ TARTAGNO, A. *Commentaria in digestum vetus I* (ad D.2.14.7, nn. 10-11), fol. 105r.

Para entender precisamente a razão do surgimento dessa categoria, é preciso lembrar que juristas ligados à praxe lidavam diariamente com documentos judiciais e extrajudiciais que, por sua vez, compunham um gênero jurídico específico, muitas vezes recolhido em formulários voltados a advogados e tabeliães. É necessário, portanto, que a análise enfoque o nível da praxe, mostrando como esses documentos tiveram o condão de fundir ou separar conceitos no discurso prático que, ao nível da teoria, organizavam-se diferentemente. Tais documentos, constituindo um gênero da literatura jurídica, não são individualidades, isto é, redigidos para cada ocasião: antes, cada redação toma emprestado estruturas fixas, sempre presentes, que se moldam à situação real que diante do prático se apresenta. É, aliás, o que se conserva até hoje na praxe sob o nome de *modelos*.

Nada melhor para alcançar esse objetivo que a análise detida de um parecer dado por outro praxista italiano, Hipólito Riminaldo¹¹³⁸, muito citado pelos doutores. Analisando uma escritura em que teria havido uma promessa de doação da posse, o jurista faz diversas ponderações que deixam entrever as situações paradigmáticas com que os praxistas lidavam. Assim, mesmo aceitando que o uso do verbo *promitto* leva à aplicação, nas escrituras públicas ou privadas, dos efeitos típicos da *stipulatio* romana, o jurista não considerou tal tese aplicável à situação fática em razão de não ter sido descrita, no documento, a ordem precisa entre a realização da pergunta, que ofertava a doação, e a manifestação do aceitante, que nela aquiescia; em vez disso, houve mera declaração de “promessa”, aceita por um terceiro, presente à redação do instrumento, que sequer era procurador ou mandatário. Em segundo lugar, o documento não podia ser efetivamente de doação, pois as partes tinham prometido realizar a doação “na forma correta” – isto é, em escritura pública –, o que levou o autor a classificar o negócio analisado como preparatório. Em terceiro lugar, o autor afirma ser impossível que alguém doe bem alheio, o que levaria a doação a ser nula. Em quarto lugar, o donatário estava ausente, o que impedia seja a aceitação, seja a aquisição da posse.

Em relação ao primeiro e ao quarto argumento, oculto sob o problema da aplicabilidade da forma romana da *stipulatio*, está na verdade outra questão, de caráter teórico: a unilateralidade ou a bilateralidade da promessa. Os doutores não costumam deixar claro se consideram o *pactum de donando* – que também chamam com *promissio de donando*, em que *promissio* parece apontar para a unilateralidade – um negócio unilateral ou bilateral. É digno de nota que o jurista aplica uma forma bastante rigorosa da *stipulatio* que, como se sabe, não foi formalmente uniforme ao longo do período do direito romano. Aqui, há uma inversão de ordem na *stipulatio* e a praxe documental do direito comum: naquela, o doador se manifestava em segundo lugar, ao passo que, nesta última, ele se manifesta primeiro. Naquela, o doador *respondia*; nesta, ele *oferece*. Por sua vez, o donatário provocava a *stipulatio* por meio da pergunta, ao passo que, na prática do direito comum, o donatário meramente aceitava. A considerar a praxe comum

¹¹³⁸ RIMINALDO, H. *Consiliorum seu responsorum* (cons. 521), p. 148ss.

e a inflexibilidade do jurista, seria difícil que a *stipulatio* romana não se tornasse letra morta no direito comum. Além disso, vê-se mais uma projeção do formalismo da *stipulatio* na exigência de que ambos estejam presentes, formando espécie de *unitas actus*. O *pactum* funcionava, então, como instituto subsidiário para abranger situações desprovidas da bilateralidade necessária para uma *stipulatio*, mas dotadas de declaração negocial de difícil classificação. A questão ligada à aquisição da posse já foi mencionada acima, neste capítulo, quando se tratou da impossibilidade de constituto possessório *inter ausentes*.

Já o segundo e terceiro argumento tomam a doação como negócio dispositivo, relegando o momento obrigacional para uma espécie de pré-contrato. Se as partes queriam realizar posteriormente a doação por instrumento público, isso dizia respeito sobretudo à transmissão da propriedade; no momento do negócio jurídico concluído com o documento analisado pelo jurista, o que elas parecem querer é criar a obrigação de transmissão, isto é, realizar um negócio de obrigação. Pouco importa se a propriedade já é do doador, pois sempre se lhe abre a possibilidade, tal como na compra e venda obrigacional, de adquiri-la até o momento do adimplemento. Já se nota, porém, na argumentação do jurista, uma distinção artificiosa entre o ato de doar presentemente de forma consensual e o ato de prometer a doação, por reportar-se a momento futuro. Não se nega que, do ponto de vista dogmático, possa haver quem queira fazer pré-contrato de negócio consensual em vez de fazer diretamente o negócio consensual; do ponto de vista prático, porém, o interesse em tal distinção é absolutamente diminuto e excepcional, especialmente por haver mecanismos próprios, passíveis de inserção no negócio de obrigação, que controlem sua eficácia; é o caso da condição.

A questão da uni ou bilateralidade não é problema peculiar à promessa de doação: já a doação, no direito brasileiro contemporâneo, pode ter a aceitação suprida pela lei, como ocorre na doação pura a absolutamente incapaz (art. 543), a *propter nuptias* (art. 546) e à entidade futura (art. 554). Dizer que a aceitação é suprida configura, em verdade, expediente teórico para explicar como uma declaração jurídico-negocial unilateral pode fundamentar um contrato. Fato é que esse problema atravessou a história e chegou ao direito brasileiro contemporâneo. No luso-brasileiro, admitia-se a doação por mera declaração jurídica unilateral, empregando-se o expediente da aceitação da doação pelo tabelião, que a redigia; este, então, figurava como espécie de gestor de negócios, abrindo-se a possibilidade de ratificação pelo donatário. A prática persistiu: o TJ-SP permitiu a aceitação da doação pelo tabelião ainda em 1918.¹¹³⁹ O problema que isso gerava estava ligado à impossibilidade de constituto possessório – que, tal como na compra e venda, era naturalmente incluído nas escrituras de doação – *inter ausentes*, problema a que Portugal dedicou longos comentários.¹¹⁴⁰ Ainda em 1955, o STF aceitou como válida a

¹¹³⁹ Cf. GAMA, A. D. **Teoria e prática dos contratos I**, p. 218.

¹¹⁴⁰ PORTUGAL, D. A. **Tractatus de donationibus I** (prael. I, nn. 20ss.), p. 3ss. Note-se que, para o autor, é a presença ou a ausência da *clausula constituti* que define se a doação é feita *traditione* ou *promissione*, distinção principal das doações, que ele antepõe a todas as outras.

declaração unilateral de doação, aposta a uma escritura de compra e venda, em que se designava a donatária, tendo-se por bastante aceitação o fato de a donatária ter passado a residir no local.¹¹⁴¹ A confusão a respeito da uni ou bilateralidade se manifesta ainda em Washington de Barros¹¹⁴², que admitia a exigibilidade do *pactum de donando* no direito brasileiro, baseando-se na *Schuldversprechen* alemã, que cria erroneamente tratar-se de “contrato preliminar unilateral” – o que, como se lê do próprio § 518 (1), não é verdade.¹¹⁴³

Mesmo autores que não aderiram à tese da inexigibilidade dos *pacta de donando* empregaram argumentação que mostra uma profunda confusão entre o momento obrigacional e o momento dispositivo, causa comum para o surgimento da tese combatida. Estéfano Graciano¹¹⁴⁴, autor bastante ligado à praxe da Rota da Marca¹¹⁴⁵, tratava do *pactum de donando* afirmando que se estabelecia aí algo semelhante ao pacto de venda, “de locação, cessão, redibição, comodato, mútuo (...)”, sem perceber que, ao fazê-lo, equiparava-os todos, como se apresentassem um momento obrigacional e outro dispositivo. Os contratos reais, como se sabe, unem os dois momentos, ao passo que os consensuais os distinguem. Por outro lado, ao ter o pacto de venda e de locação como momento obrigacional, sobra para o contrato de compra e venda e para o contrato de locação exclusivamente o momento dispositivo. Isso é claramente perceptível pela insistência de tais autores em repisar que pelos *pacta nuda* não se adquire senão “*ius personale*”. Trata-se, com efeito, de uma verdadeira vertente do direito comum¹¹⁴⁶, que, acertando ou não a tese da exigibilidade do *pactum de donando*, se confunde na justificação de tal maneira que distorce a oposição sistemática.¹¹⁴⁷

No direito luso-brasileiro, a tese, já referida por Aires Pinel, também se manifesta em P. Barbosa, que, apesar de não se demorar demasiado em expô-la, refere a que a inexigibilidade do *pactum de donando* é opinião majoritária entre os doutores. Menciona-a, porém, apenas para afastar a possível objeção à sua tese da exigibilidade do *pactum de dotando*, afirmando proceder-se com mais favor nas questões dotais.¹¹⁴⁸ Tal tese, porém, não frutificou: já Melo Freire¹¹⁴⁹

¹¹⁴¹ AJ 118 (1956), 276.

¹¹⁴² MONTEIRO, W. B. **Curso de direito civil II**, p. 118-9.

¹¹⁴³ Com profundidade, cf. VON TUHR, A. **Der Allgemeine Teil II/2**, § 75.I.2, p. 157; *MüKo/KOCH*, ad § 518, n. 2, p. 1125.

¹¹⁴⁴ GRACIANO, E. **Disceptationum forensium iudiciorum V** (cap. 887, nn. 27-32), p. 241.

¹¹⁴⁵ CABRAL, G. **Os decisionistas portugueses entre o direito comum e o direito pátrio**, p. 95.

¹¹⁴⁶ Para maiores referências, cf. VIVIO, F. **Sylvae communium opinionum doctorum I** (op. 12, n. 1), p. 11-2.

¹¹⁴⁷ Cf., para a perspectiva sistemática, TOSCHI, D. **Practicarum conclusionum iuris VI** (conc. 21), p. 13.

¹¹⁴⁸ BARBOSA, P. **De matrimonio I** (part. 3, lib. 1, nn. 3-4), p. 128-9. Já a *Rota Romana*, analisando o *pactum de donando* no contexto das doações antenupciais, considerava-as dotadas de exigibilidade, mas com argumentações distintas. Cf. COCCINO, G. B. **Decisionum S. rotae romanae IV** (dec. 1895), p. 295; RUBEO, P. **Sacrae rotae romanae decisionum recentiorum** (dec. 48, n. 20ss.), p. 81.

¹¹⁴⁹ MELO FREIRE, P. **Institutiones juris civilis lusitani IV**, p. 15.

afirmava que, se é de livre e espontânea vontade a promessa de um contrato de benefício, seu cumprimento, que pode ser exigido judicialmente, se faz por necessidade. Em geral, é possível dizer que o direito luso-brasileiro se acautelou excepcionalmente bem contra a recepção dessa tese.

Já no Brasil, Teixeira de Freitas não tinha dúvida a respeito da exigibilidade da promessa de doação no direito que então consolidava¹¹⁵⁰: além de afirmar que a doação “só produz para o doador a obrigação de entregar ao beneficiário a coisa doada” e “não depende da entrega da coisa doada para produzir seus efeitos”, o autor retoma os mais antigos autores para afirmar que a doação pode tanto começar pela promessa como pela tradição. Não há novidade a respeito no *Esboço*¹¹⁵¹: além de definir a doação com base na situação em que “uma das partes se tiver obrigado a entregar gratuitamente à outra” (art. 2.119), regula a forma que concede a exigibilidade à doação (art. 2.155, II). A mesma regra se encontra na acomodação ao foro brasileiro a que sujeitou a obra de Correia Teles.¹¹⁵² Na verdade, quando o autor quis tirar a exigibilidade a um contrato, fê-lo expressamente, tal como se vê no art. 2.142, que trata da constituição de renda perpétua.

Não parece terem tido os redatores do CC/16 intenção alguma em modificar o estado das coisas com a nova codificação. Não se encontra, nos trabalhos preliminares, indício de tal mudança. Na verdade, comentando outro dispositivo, Coelho Rodrigues usa o caso do contrato de doação para esclarecer certa classificação dos contratos, ao apontar “o direito do donatário de exigir a coisa doada, e o dever do doador lha entregar”¹¹⁵³. Já a redação do futuro art. 1.165, CC/16, que empregava, como seu correspondente atual, o termo “transfere” em vez de *promete transferir*, levantou a objeção de Torres Neto¹¹⁵⁴, para quem “[e]squeceu-se o Projeto que a doação é um contrato consensual, e que por ela, assim como pela compra e venda, uma das partes obriga-se, para transferir o domínio, a entregar a outra uma coisa”. Já sobre a regra a respeito da solenidade exigida para o contrato, afirma que “[o] projeto só regula por modo expresso as promessas de doação”, com que o autor parece definir as doações consensuais. Esse era o ambiente intelectual à época da codificação.

Em geral, a doutrina brasileira aceitava pacificamente ser a doação contrato consensual, não dando grande importância à figura do *pactum de donando*, como se fora figura autônoma nessa época.¹¹⁵⁵ No entanto, desde o início do século XX, via-se, como foi demonstrado acima por ocasião do estudo do compromisso de compra e venda, uma constante importação do conceito de pré-

¹¹⁵⁰ TEIXEIRA DE FREITAS, A. **Consolidação das leis civis**, p. 284-95.

¹¹⁵¹ TEIXEIRA DE FREITAS, A. **Código civil**: esboço (*ad arts.* 2.119ss.), p. 832ss.

¹¹⁵² CORREIA TELES, J. H.; TEIXEIRA DE FREITAS, A. **Doutrinas das acções**, § 120, p. 279ss.

¹¹⁵³ **Código civil brasileiro**: trabalhos relativos à sua elaboração III, p. 264.

¹¹⁵⁴ TORRES NETO, A. J. Observação ao projecto do Código Civil do sr. dr. Clovis Bevilacqua, *In: Revista de Jurisprudência* 10 (1900), p. 323-6.

¹¹⁵⁵ Assim, BEVILAQUA, C. **Direito das obrigações**, p. 217-8; GAMA, A. D. **Teoria e prática dos contratos I**, p. 216ss.

contrato tirado aos autores italianos, no qual *o pré-contrato faz as vezes de um negócio obrigacional puro*, já que os contratos obrigacionais tradicionais se mesclaram, por influência do direito francês, com os negócios dispositivos a que vinham tão frequentemente apostos na praxe. Os praxistas, porém, leem os estrangeiros buscando sempre soluções para os problemas que os atormentam e, como tal, descaram da análise rigorosa dos passos argumentativos. Como resultado, não verificam a coesão das construções jurídicas importadas a outro sistema de direito privado. No caso da doação, ocorreu algo absolutamente semelhante: influenciados pela leitura de autores italianos e de alguns brasileiros que os mencionavam, os tribunais passaram, a partir dos anos 50, a ver no que sempre fora doação consensual um *pactum de donando*.

A vedação de um *preliminare di donazione* em um sistema que, como o italiano, força a reunião num único ato do momento obrigacional e do momento dispositivo, exerce função completamente distinta da que um contrato preliminar de doação exerceria no direito brasileiro. No sistema de direito civil italiano, o *preliminare di donazione* pode ocupar o lugar da doação consensual (negócio obrigacional), na medida em que a compra e venda, na qualidade de contrato consensual de alienação por excelência, traz em seu bojo a união do momento obrigacional e dispositivo querida pelo sistema. É exatamente o que ocorre na relação entre *preliminare di vendita* e o *contratto di vendita*: aquela corresponde à compra e venda obrigacional, ao passo que este último equivale à escritura pública de compra e venda do direito brasileiro (negócio dispositivo).¹¹⁵⁶ Assim, é possível dizer que, no direito italiano, a criação de contratos preliminares a contratos de alienação é expediente prático para isolar um negócio de obrigação, extirpando os efeitos dispositivos que o sistema liga ao contrato definitivo. O sistema italiano permite essa prática, mostrando-se mais flexível que o sistema francês, que considera o contrato preliminar dotado de todos os requisitos do definitivo um verdadeiro contrato definitivo.

Na Itália, doutrina majoritária e jurisprudência praticamente unânime sustentam a impossibilidade de um *preliminare di donazione* por motivos idênticos ao que se lê na doutrina e jurisprudência brasileiras. Tira-se do caráter de liberdade da doação que ela tem de ser feita *nullo iure cogente* e, por tal razão, obrigar o doador a concluir o contrato de doação seria uma contradição com a própria definição do contrato.¹¹⁵⁷ O que não se vê bem, ao argumentar dessa forma, é que, havendo oposição entre um *preliminare di donazione* e de uma *donazione*, todo elemento consensual já se perfaz no primeiro ato, ficando o segundo exclusivamente ligado à transmissão da propriedade. Nesse sentido, obriga-se o doador exclusivamente a entregar aquilo que se comprometera a dar – algo que pode perfeitamente acontecer na doação consensual ou obrigatória (em oposição à real, em que a coisa se transmite junto com a conclusão do contrato) – e que os mesmos autores que vedam o *preliminare di donazione* admitem.

¹¹⁵⁶ Cf. GABRIELLI, G. **Il contratto preliminare**, p. 95, n. 125 (que nega a existência da doação consensual afirmando que a compra e venda consensual não seria admitida no direito italiano).

¹¹⁵⁷ Nesse sentido, cf. TORRENTE, A. **La donazione**, § 114, p. 242-4; BIANCA, C. M. **Diritto civile III**, § 85, p. 182, esp. n. 4; ROPPO, V. **Diritto privato**, p. 980.

Por essa razão, certa parcela da doutrina tem questionado fortemente tal conclusão, admitindo já alguns autores a exigibilidade do *preliminare di donazione*.¹¹⁵⁸ Quando se examina a questão mais a fundo, tem-se a impressão de que, apesar de os modernos autores não o dizerem tão claramente quanto soíam os velhos praxistas, toda a questão está ligada ao problema da forma do negócio jurídico: considerar o *preliminare* já uma doação faria com que se dispensasse a forma pública exigida para esta última. Nota-se, nesse ponto, como a distinção entre a vontade presente e vontade futura de realizar a doação, herança direta dos praxistas daquele país – assim como a proibição de doação de bens futuros, que tantas vezes era repisada por tais autores – é artificiosa. Com essa breve exposição do direito italiano, que, no cerne, retoma a inadequação da importação da categoria dos contratos preliminares do direito italiano tal como visto no compromisso de compra e venda, deve ficar claro ao leitor em quão grande erro andaram os juristas que não atentaram à diferença havida entre os sistemas jurídicos.

Foi sobretudo nos anos 50 que começaram a surgir os primeiros julgados que viam promessa de doação em negócios jurídicos que sempre haviam sido classificados como doações consensuais. Anteriormente, o aparecimento dos *pacta de donando* na doutrina ou jurisprudência eram absolutamente raros, sendo feitos sobretudo em *obiter dicta* meramente argumentativos, desligados de posicionamento a respeito de sua exigibilidade. Na verdade, parece que não chegava aos tribunais o problema de cobrar uma doação consentida, mas ainda não realizada – o que prova, mais uma vez, que a prática de aposição da *cláusula constituti*, já feita ao tempo do direito comum, não feneceu na praxe tabelioa nacional, sobre cujos resultados os tribunais se debruçavam.

Tal como já se fazia na praxística italiana, fala-se, em julgado de 1889, em promessa de doação no contexto de promessa de dote, sem, todavia, tomar posição clara a respeito da exigibilidade.¹¹⁵⁹ É excepcional a afirmação que se encontra em julgado de 1897 a respeito da inexigibilidade da “promessa de doação”. Mas a afirmação, no caso, é aceitável: entendeu-se ser promessa de doação a doação consensual que não tinha obedecido à forma estipulada em lei.¹¹⁶⁰ Com efeito, parece que a primeira discussão sobre a exigibilidade da promessa de doação se dá numa reprodução publicada em 1921 em periódico nacional. Resumindo um julgado francês que lidava também com questões ligadas ao direito internacional privado, o texto comparava a classificação de certa situação fática que, se sob a lei suíça poderia ser considerada promessa de doação, sob a lei francesa foi vista como doação manual¹¹⁶¹. Há ainda outro julgado, publicado em 1922, que, tratando de questão de direito público, usa, como parte da fundamentação do acórdão, doutrina italiana calcada em Gabba e Giorgi a

¹¹⁵⁸ MESSINEO, F. **Il contratto in genere I**, p. 539; BIONDI, B. **Le donazioni**, p. 1004 (atribuindo eficácia dispositiva ao *preliminare di donazione*); SACCO, R. **Il contratto II**, p. 274 (afirmando que o *preliminare di donazione* deve ser requalificado como doação, sendo que esta última funcionaria apenas como ato solutório).

¹¹⁵⁹ OD 107 (1908), 104.

¹¹⁶⁰ RMTJSP 5 (1897), 184.

¹¹⁶¹ RT 40 (1921), 369.

respeito de “promessas bilaterais de contrato”¹¹⁶². Há julgados de 1926 e 1939 que levam em consideração a figura da promessa de doação, mas não a empregam para a solução pela existência de questões prejudiciais que, levando à nulidade, impediram a análise da figura.¹¹⁶³ No entanto, quando se trata de doação, o que se vê prevalecer, em geral, é uma afirmação bastante clara do seu caráter obrigacional e vinculativo, admitindo-se até mesmo doação *a non domino*, já que os bens poderiam ser adquiridos supervenientemente.¹¹⁶⁴

Com o aumento do número dos desquites, surgiu uma nova situação: como compreender a situação em que os cônjuges fazem partilha amigável dos bens? De início, não se teve dúvida: tratava-se, ao menos a princípio, de doação. Mas os julgadores percebiam o problema, que toma toda clareza em julgado de 1936¹¹⁶⁵, em que se afirma, a respeito da escritura de doação apresentada, que “[s]ob o título de doação e com fundamento na liberalidade, característica do instituto, o que a mulher então recebeu foi, realmente, a sua parte, estimada por acordo, na comunhão da sociedade conjugal, dada por dissolvida”. Nem sempre eram claras as tentativas de classificação desse negócio. Em julgado de 1951, afirmou-se que “a atribuição dos bens dos pais aos filhos, no acordo de desquite” não traduz doação, mas “um negócio misto com doação”, com o objetivo de evitar que fossem os bens levados à colação. No entanto, no mesmo julgado, afirma-se tratar de transação, posto que nada impede que a divisão de bens do casal se dê de forma desigual, já que sempre há a possibilidade de dispor do patrimônio¹¹⁶⁶. Nos casos em que um dos cônjuges desquitando cedia a totalidade dos bens em divisão, os tribunais aplicavam corretamente a vedação da doação universal, porque, em tais casos, não se viam mais concessões mútuas.¹¹⁶⁷

Por algum tempo, mesmo nos anos 50, os tribunais resistiram à ideia de uma promessa de doação. Pelo que se lê dos acórdãos, a impressão que se tem é que a categoria, sempre tão útil ao discurso prático, era empregada por advogados como forma de confundir a classificação jurídica dos documentos analisados pelo tribunal, na medida em que inseria no discurso teórico uma categoria com ele incompatível. Há importante julgado de 1952 que, após classificar como doação – e não como promessa de doação – a declaração de transmissão de bens havida em partilha, afirmou que as controvérsias sobre o tema “não podem ser resolvidas com a remissão pura e simples aos tratadistas franceses, dada a diferença existente em nosso direito quanto ao tratamento da propriedade imobiliária e ao sistema de tradição”.¹¹⁶⁸ Feriu-se o ponto. Em julgado de 1956, uma “promessa de doar” é interpretada como doação a termo, para salvá-la do limbo em

¹¹⁶² RT 44 (1922), 324.

¹¹⁶³ RT 60 (1926), 144 (nulidade de toda a transação por falta de poderes específicos do procurador); RT 122 (1939), 606 (nulidade de promessa de doação para vida em concubinato).

¹¹⁶⁴ AJ 5 (1928), 499 (caráter obrigacional); RT 26 (1918), 63 (caráter vinculativo).

¹¹⁶⁵ AJ 39 (1936), 469.

¹¹⁶⁶ AJ 98 (1951), 363.

¹¹⁶⁷ AJ 99 (1951), 130; AJ 103 (1952), 391.

¹¹⁶⁸ AJ 103 (1952), 321.

que se encontraria caso fosse tida por doação *mortis causa*; argumentou-se ainda pela exigibilidade da promessa de doar, desde que feito com a solenidade correta.¹¹⁶⁹ Por vezes, mesmo aparecendo em *obiter dictum*, a promessa de doação é plenamente aceita.¹¹⁷⁰

Em 1946, todavia, já se encontra um acórdão, no TJ-SP, que nega parcialmente exigibilidade à promessa de doação. Diz-se parcialmente, pois o acórdão nega a possibilidade de a sentença judicial substituir a declaração negocial do doador com o fito de constituir a doação, admitindo, porém, sua condenação em perdas e danos (isto é, execução genérica). O mérito da decisão, porém, está em já reconhecer que, em tais situações, é costumeiro haver estipulação em favor de terceiro.¹¹⁷¹ Em 1953, surge uma decisão do STF que nitidamente nega a exigibilidade da promessa de doação. Trata-se, todavia, de decisão difícil de compreender. No caso, a escritura pública que se questionava no julgado, feita entre irmãos e herdeiros da mesma genitora, usava o termo “promessa de doação”, abrangendo dinheiro e bens imóveis. Fazia-o, contudo, como forma de pagamento pela cessão do quinhão hereditário. Diante dessas informações, é evidente que o termo “promessa de doação” está aí apenas como forma de tentar qualificar tipicamente o negócio jurídico que fará o adimplemento futuro – isto é, a escritura de doação –, o que é fundamental diante do caráter de *numerus clausus* dos negócios jurídicos cujo registro se admite para a transmissão da propriedade. Parece, portanto, que a decisão tomou a expressão “promessa de doação” demasiadamente a sério, sem verificar a correção da qualificação jurídica feita pelo tabelião. De qualquer forma, entendeu o STF não caber ação cominatória para obrigar o doador a fazer a escritura, havendo votos que empregam doutrina estrangeira para embasar a tese.¹¹⁷²

Em 1971, o STF também considerou inexigível “promessa de doação não formalizada”, distorcendo então uma citação de Agostinho Alvim. Segundo a decisão, “é dogma fundamental, em matéria de doação, a persistência do *animus donandi*, sendo sempre possível o arrependimento ou revogação do ato”.¹¹⁷³ Esse fundamento, cuja falsidade será demonstrada abaixo, será repetido inúmeras vezes nas decisões posteriores, que, sob a aparência de manter seja a estabilidade da jurisprudência do tribunal, seja a obediência à jurisprudência dos tribunais superiores, recebeu acriticamente a fundamentação e a decisão do STF. Com o passar do tempo, STF continuou aplicando tal tese jurídica¹¹⁷⁴, que logo passou ao STJ.¹¹⁷⁵

¹¹⁶⁹ AJ 118 (1956), 276.

¹¹⁷⁰ AJ 80 (1946), 24.

¹¹⁷¹ RT 159 (1946), 203.

¹¹⁷² AJ 106 (1953), 295, em que consta só do ementário. Trata-se do RE 20.807. É OROSIMBO NONATO que traz a autoridade de PLANIOL para repisar na inexigibilidade da promessa de doação.

¹¹⁷³ RE 71.742.

¹¹⁷⁴ RE 122.054 (1993); RE 105.682 (1985); RE 94.278 (1981).

¹¹⁷⁵ AgInt-REsp 1.394.870 (2018); REsp 730.626 (2006); REsp 92.787 (1997). Ainda, admitindo a possibilidade de arrependimento enquanto não lavrada a escritura pública, cf. REsp 30.647 (1998).

Com o tempo, no entanto, a situação fática da chamada promessa de doação em acordo de transação adquiriu paulatinamente certa autonomia. Os tribunais, entendendo que se tratava de doação sem liberalidade – o que, como já se apontou na doutrina, é uma patente contradição – passaram a conceder exigibilidade a tais promessas de doação, distinguindo-as das restantes do gênero apenas por uma característica a elas externa, a saber: o fato de serem feitas por ocasião da divisão dos bens. Tal inovação prática foi resultado sobretudo da observação dos efeitos assistemáticos que a tese da inexigibilidade da promessa de doação provocava. No entanto, sob a suposta correção desta inovação, ocultam-se dois problemas: em primeiro lugar, a inconsistência dogmático-sistemática da tese; e, em segundo, a dificuldade de qualificação jurídica.

A tese da exigibilidade das promessas de doação havidas em juízo de divisão de bens surgiu no STF nos anos 80¹¹⁷⁶, espraiando-se, na década seguinte, para o STJ.¹¹⁷⁷ A especialidade de tal suporte fático nasceu em um contexto social em que se verificava aumento de desquites, divórcios e separações, de forma que tal situação jurídica, sempre existente no discurso teórico, passou a ganhar relevância empírica e, como tal, foi enquadrada dentro de um conceito do discurso prático – a *promessa de doação*. Para entendê-la melhor, é preciso examinar quais são os traços fundamentais desse conceito da praxe.

No direito brasileiro, tornou-se comum que o fomento à autocomposição das partes processuais, aliado à mudança da percepção social a respeito da extinção do casamento, levasse à chamada partilha amigável, em que as próprias partes decidem com que bens pertencentes ao regime de bens matrimonial preferem elas aquinhoar-se reciprocamente. Nessas partilhas amigáveis, duas cláusulas problemáticas são comuns: em primeiro lugar, aquelas em que um cônjuge se compromete a transmitir futura e gratuitamente certo bem ao outro cônjuge, o que, em geral, se realiza como forma de equilibrar as atribuições patrimoniais; em segundo lugar, a obrigação de transmitir futura e gratuitamente certo bem, frequentemente imóvel, a um filho comum das partes.

A dificuldade da qualificação dessas figuras surgiu para a jurisprudência diante do caso de inexecução de tais obrigações, pois, para saber como tutelá-las, era preciso antes entender a que conceito jurídico se subsumem. Com efeito, a forma mais comum de qualificação de tais cláusulas se deu por meio do contrato de doação. Atente-se: não por meio do contrato definitivo de doação, mas por meio de um contrato preliminar de doação, cuja origem praxística já se demonstrou, muitas vezes chamado *promessa de doação*. Há duas razões para se falar em doação preliminar; e uma razão para se falar em doação.

Em primeiro lugar, fala-se em doação preliminar, em vez de doação *tout court*, por o conceito da praxe estar sempre ligado à transmissão de bens imóveis, que, em geral, depende de escritura pública. Tal forma não é obedecida:

¹¹⁷⁶ STF, RE 105.862 (1985); RE 109.097 (1986).

¹¹⁷⁷ STJ, REsp 220.608 (2001); REsp 32.895 (2002); EREsp 125.859 (2003); REsp 742.048 (2009); REsp 883.232 (2013); REsp 1.537.287 (2016); REsp 1.634.954 (2017); ED-REsp 1.355.007 (2017) (contexto de pacto antenupcial); AgInt-ED-REsp 1.580.631 (2019).

em geral, a partilha amigável é feita por meio de instrumento privado, posteriormente homologado pelo juiz. Há, então, uma questão formal que impede o reconhecimento da doação tal como prevista no CC. Em segundo lugar, há ainda a noção de que a doação é contrato real e, por conseguinte, só há verdadeira doação se o objeto for entregue conjuntamente com a emissão da declaração jurídico-negocial. No caso dos bens imóveis, isso se faz pela escritura de doação, em que, à semelhança do que já se viu com a compra e venda, se declara o negócio de obrigação (doação) e o negócio de disposição (acordo de transmissão da propriedade). É, aliás, essa a forma que todas as escrituras de doação assumem nos formulários da praxe.¹¹⁷⁸

Vistas as razões pelas quais se fala em contrato preliminar, deve-se explicar por qual razão se fala em doação em tais casos. De fato, diversos acordãos supõem, em maior ou menor grau de explicitude, não haver doação em tais casos; muitos afirmam não haver liberalidade¹¹⁷⁹, o que, como se sabe, exclui, no direito brasileiro, a caracterização da doação. A razão para tal escolha é a incompatibilidade sistemática entre o *regime de atipicidade dos negócios de obrigação do CC e o regime de tipicidade dos negócios jurídicos que servem de causa à transmissão da propriedade na LRP*.¹¹⁸⁰ Com efeito, quando se veem obrigadas a realizar o instrumento público que será posteriormente submetido a registro, se as partes escolherem intitular a escritura *transação*, por exemplo, ela não poderá ser registrada na matrícula do imóvel – condição para a produção dos efeitos dispositivos – por não constar do rol fechado do art. 167, I, LRP. A falta de sistematicidade havida na relação dos regimes contratual e registrário obriga a que, na prática, as partes tentem aproximar a operação jurídica concreta de um negócio jurídico típico e previsto no rol mencionado.

No caso das partilhas amigáveis, havendo inadimplemento, a parte prejudicada pode pedir em juízo sentença que, substituindo a vontade do doador e do donatário, perfaça por si só o contrato definitivo, que, na praxe, vem sempre acompanhado da *clausula constituti*. Nesse caso, é necessário classificar o preliminar como promessa de doação para que, obtendo-se uma sentença que substitua a escritura pública de doação, se possa encaixá-la na previsão do art. 167, I, 33, LRP. Analisando-se com cautela o rol mencionado, vê-se que não há grande oferta de negócios jurídicos *inter vivos* verdadeiramente gratuitos, isto é, em que há efetivamente liberalidade.

Não é à toa, portanto, que se veem os tribunais reconhecendo doação mesmo nos casos em que falta liberalidade, o que é absolutamente criticável.¹¹⁸¹

¹¹⁷⁸ Para um exemplo moderno, cf. FERRARI, C. M.; FARIA, D. M.; SILVA, W. P. **Peças fundamentais notariais e registrais**, p. 300: “transmitindo dessa forma, o domínio, direitos e ação que sobre referido imóvel vinha exercendo”.

¹¹⁷⁹ Sobre o conceito de liberalidade na doação, cf. STANICIA, S. **Liberalidade e gratuidade no âmbito da doação**, p. 173ss.

¹¹⁸⁰ Sobre a questão, cf. OLIVA, M. D. Transmissão da propriedade imobiliária por meio de contratos atípicos. *In: RF* 418 (2013), p. 455ss.

¹¹⁸¹ Neste sentido, BODIN DE MORAES, M. C. Notas sobre a promessa de doação. *In: civilistica.com* 3 (2013), p. 11.

Há muitos acórdãos que deixam claro o uso da doação como sucedâneo de outros negócios jurídicos, como em acórdão datado de 1936 que, diante da ausência de liberalidade, reconhece tratar-se de negócio jurídico próprio¹¹⁸²; como um julgado de 1950 que afirma não ser a partilha em vida verdadeira doação; como outro julgado de 1951 que considera algo como negócio misto com doação, ou transação.¹¹⁸³ Algumas decisões do STJ também dão a entender não ser possível classificar como verdadeira doação, por exemplo, a promessa de doação feita pelo pai à ex-cônjuge em benefício do filho, não sendo considerada, por conseguinte, ato passível de anulação por fraude contra credores.¹¹⁸⁴ *A doação sem liberalidade é, portanto, um conceito da praxe, sem nenhuma pretensão teórica, para resolver a falta de sistematicidade verificada: como tal, uma doação sem liberalidade permite abranger todos os negócios jurídicos cujo adimplemento implica negócio dispositivo sem que haja um correspectivo claramente ligado a tal prestação.*

A verdade, porém, é que não se trata de doação. Findo o matrimônio, cada ex-cônjuge tem, em tese, pretensão sobre parcela do patrimônio comum. A transformação dessa fração ideal em bens gera problemas. Assim, em razão de os valores nem sempre permitirem uma divisão matemática perfeita, e por a copropriedade ser evitada, convém que nessas partilhas amigáveis cada bem seja atribuído, na medida do possível, a um ex-cônjuge, servindo, muitas vezes, a criação de obrigação de transmissão de bem a terceiro – em geral, filhos – como forma de equilibrar a situação. Parece haver, nesses casos, uma transação com estipulação em favor de terceiro. Se A renuncia seu direito a 50% do imóvel X para permanecer com 100% das frações ideais da propriedade do imóvel Y – fazendo B o mesmo negócio, mas enantiomorficamente –, é possível dizer que ambas as partes fizeram *concessões mútuas*, dotadas de certa *incerteza* – ligada sobretudo aos valores de cada bem –, sobre direitos patrimoniais com o fito de pôr termo a litígio. Trata-se, com efeito, da definição de transação dos arts. 840 e ss.

De fato, a transação não transmite direito (art. 843), pois seu caráter dispositivo é puramente extintivo de certo conjunto de obrigações possivelmente existentes anteriormente. Mas nada impede que, na transação, um dos transigentes se comprometa a transmitir a propriedade de certo imóvel seja ao outro transigente, seja a um terceiro escolhido de comum acordo. Assim sendo, não há problema em a transação ter por objeto bem imóvel, caso se entenda necessária a escritura pública: o art. 842 equipara a escritura pública e o “termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz” para fins de transação sobre direitos contestados em juízo. Nessa transação, haverá a criação, para um dos transigentes, apenas da obrigação de transmitir certo imóvel, negócio obrigacional desprovido de cláusula transmissiva da propriedade – e, por isso, sua confusão com um contrato preliminar. A efetiva transmissão só terá lugar com a escri-

¹¹⁸² AJ 39 (1936), 469.

¹¹⁸³ AJ 98 (1951), 363.

¹¹⁸⁴ REsp 1.580.631 (2020); anteriormente, em sentido oposto, REsp 23.507 (1993), em que se julgou haver fraude à execução por a escritura de doação, prometida na divisão de bens, ter sido lavrada após a citação para ação de execução.

tura pública, que servirá sobretudo para, uma vez registrada, permitir a transmissão da propriedade. Note-se, porém, que a transação não consta do rol do art. 167, I, LRP.

Uma vez demonstrado que não se trata de verdadeira doação, mas de transação, não se pode mais tratar a promessa de doação como objeção à natureza puramente obrigacional da doação no direito brasileiro. No entanto, ainda não se demonstrou cabalmente tal natureza obrigacional. Com efeito, no direito brasileiro contemporâneo, há diversas razões pelas quais a doação deve ser entendida como negócio puramente obrigacional, dispensando, para sua conclusão, a transmissão da propriedade da coisa doada. Para fazê-lo, é preciso falsear a tese jurídica de que a doação é contrato real – que, aparentemente, consta do *caput* do art. 538, CC, além de ser defendida por boa parte da doutrina – mostrando que as situações paradigmáticas que subjazem às normas específicas, inclusas no capítulo da doação, não podem ser explicadas por meio desse expediente teórico adotado pela lei.

O primeiro argumento está na existência da figura da *doação por subvenções periódicas* (art. 545), na qual o doador se compromete à realização de prestações regulares por determinado período em benefício do donatário. Difere da figura mais comum por a doação se efetuar em um amplo conjunto de prestações que se projetam no tempo. Na espécie, doador e donatário entram em acordo a respeito da transmissão de titularidade de valores que ocorrerá necessariamente no futuro, isto é, posteriormente à conclusão do contrato de doação. É notório, nesse caso, o descolamento que há entre o momento do acordo de vontades e o momento do cumprimento.

A doutrina, em geral, teceu comentários delgados a respeito do dispositivo, o que, porém, não impediu a existência de teses bastante contraditórias. A primeira delas é a respeito da exigibilidade da doação por subvenções periódicas. Villela¹¹⁸⁵, ferrenho defensor da tese da natureza real do contrato de doação, não encontra meios de explicar a doação por subvenção periódica, chegando ao ponto de afirmar que, uma vez “[e]nunciada, não será uma declaração negocial”, mas “pode suscitar a expectativa de que será observada”. Quando rebaixa o contrato de doação por subvenção periódica a mero ente criador de expectativas, afirma que “[s]e, 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”. Ao afirmar não haver pretensão exigível, Villela desmonta a unidade da doação por subvenção periódica, considerando cada adimplemento como doação – o que, aliás, é natural, em se tratando de contrato real. A tese do autor poderia ser aplicada, de fato, a certas situações mais próximas à doação verbal com tradição incontinenti; mas a espécie aqui é outra. Dizer que a cada entrega há a conclusão de um novo contrato de doação ignora a possibilidade de que a inclusão de termo final certo retira, segundo as regras gerais de extinção dos contratos, a possibilidade de

¹¹⁸⁵ VILLELA, J. B. Contrato de doação. In: PEREIRA JR., A. J.; JABUR, G. H. (coord.). **Direito dos contratos**, p. 278.

denúncia vazia, tutelando-se, assim, a confiança que o donatário depositou no doador, tal como nas outras espécies de doação. Além disso, a construção jurídica unitária é mais apta à verificação da inoficiosidade da doação (art. 549), ao passo que a construção jurídica múltipla de Villela teria de levar em consideração eventuais flutuações patrimoniais que tal espécie de doação tende a minorar. Mais correto aqui parece estar Agostinho Alvim¹¹⁸⁶, ao observar que “a doação em forma de subvenção periódica não é uma sucessão de doações, ou de liberalidade, e sim uma só doação, com execução prolongada”. Não há necessidade de refutar mais detidamente a tese de Villela, pois, como já se demonstrou, ela é fruto, como já visto, de uma série de erros metodológicos e dogmáticos.

Já Paulo Lôbo¹¹⁸⁷, tomando posição mais moderada, afirma que a hipótese é “a única exceção, expressamente prevista, à natureza real da doação, no direito brasileiro”. Nota-se, no entanto, uma forte tensão na explicação dada pelo autor: de um lado, tentando entender a figura como espécie de doação, aplica-lhe a mesma ideia compartilhada pela doutrina nacional a respeito do menor grau de exigibilidade da doação, dizendo ser possível a suspensão do pagamento da subvenção “porque a liberalidade é incompatível com a compulsoriedade”, mas, ao mesmo tempo, notando que isso desprezaria o caráter consensual que expressamente reconhece, especialmente nos casos em que há uma finalidade clara, a impossibilidade de suspensão; ao cabo, adota solução casuística, afirmando que “em cada caso deve ser verificado o grau de vinculabilidade da obrigação de se subvencionar”. Isso, porém, não resolve o problema: se as declarações jurídico-negociais não perfizeram os requisitos mínimos de seriedade do negócio jurídico, não há doação; se há doação, é preciso que haja vinculação, ainda que se lhe possa aplicar a regra geral de possibilidade de denúncia vazia de contrato feito por prazo indeterminado.

Note-se que a maior parte dos autores admite a exigibilidade da doação por subvenções periódicas¹¹⁸⁸, havendo, por vezes, equiparação ou aproximação desse contrato com a constituição de renda a título gratuito.¹¹⁸⁹ É o caso de Capanema de Souza¹¹⁹⁰, que se questiona a respeito da possibilidade de aplicação da resolução por onerosidade excessiva (art. 478), uma vez que reconhece que o “contrato se equipara aos de trato sucessivo ou de execução continuada”; afinal, durante tal período, é possível que o doador empobreça e não tenha condições de adimplir. Nota-se que o autor se ressentia da falta, no direito brasileiro, de regra semelhante ao § 519, BGB, que contém uma exceção de necessidade, oponível pelo doador que perde a capacidade de adimplir a doação sem prejudicar sua própria subsistência.¹¹⁹¹ A doutrina alemã majoritária, que entende se

¹¹⁸⁶ ALVIM, A. **Da doação** (ad art. 1.172) p. 109.

¹¹⁸⁷ LÔBO, P. **Comentários VI** (ad art. 545), p. 216.

¹¹⁸⁸ ROSENWALD, N.. In: PELUSO, C. (org.). **Código civil comentado**, p. 580.

¹¹⁸⁹ TEPEDINO, G. Código civil interpretado II, p. 226; PESSOA ALVES, F. G. In: ALVIM, A.; ALVIM, T.. **Comentários ao código civil brasileiro**, p. 898-9.

¹¹⁹⁰ CAPANEMA DE SOUZA, S.. In: TEIXEIRA, S. F. **Comentários ao novo código civil VIII**, p. 164-167.

¹¹⁹¹ PONTES DE MIRANDA (**TDP XLVI**, § 5019.3, p. 327) entendia aplicável ao direito brasileiro a exceção de necessidade, sem, todavia, apontar argumentos sólidos.

tratar de concretização de quebra da base do negócio jurídico, exige como requisito para a oposição da exceção o fato de a doação ainda não ter sido adimplida¹¹⁹²; logo, há aqui também descolamento entre o momento obrigacional e o momento de adimplemento. Esse descolamento também é apontado por Pontes de Miranda, que, todavia, se contradiz ao longo da obra: se, em um trecho, afirmou que “[a] doação de subsídio ou subvenção (...) é feita em contrato real de doação, ou em contrato consensual de doação” – o que não parece bem inteligível –, afirma, depois, que tal contrato “[s]upõe o contrato de doação, porque, se o contrato é real, o que se deu como renda já foi transferido”.¹¹⁹³ É esta segunda *ratio* que parece estar correta.

O segundo argumento está na existência da *doação para casamento futuro*. Apesar de ser designada por nome único, não é possível reconduzir a doação para casamento futuro a uma única construção jurídica. Característica comum é o fato de a doação ser realizada necessariamente antes do casamento¹¹⁹⁴, de forma que o doador – seja ele um dos nubentes, seja um terceiro – se compromete a transmitir um valor patrimonial àqueles que, ao tempo da doação, são ainda noivos, ou à prole eventual do futuro casal. Se o acordo de vontade entre doador e donatário se perfaz quando estes ainda são noivos, a transmissão dos bens doados, por sua vez, será feita apenas após o casamento, caso este se realize. Com efeito, o CC protege tão amplamente a figura mencionada que não apenas veda a alegação de falta de aceitação, como também afirma que a doação “só ficará sem efeito se o casamento não se realizar” (art. 546). Há aqui, novamente, um caso de descolamento entre o momento da emissão das declarações negociais e o momento de adimplemento.

É comum que os autores afirmem ser a doação para casamento futuro doação concluída sob a condição suspensiva de realização do casamento.¹¹⁹⁵ Como a condição já supõe, segundo a construção jurídica adotada pelo CC, a conclusão do negócio jurídico, limitando apenas sua eficácia, deve-se entender que, mesmo antes do casamento, a doação já está concluída (ou, dito doutra forma, já é existente e válida). Por essa razão, não está correto o raciocínio de autores como Paulo Lôbo¹¹⁹⁶ que, considerando a doação contrato real, explicam a doação a casamento futuro afirmando que a condição suspensiva suspende também “a perfeição do contrato, até que os eventos se realizem”. Ao fazê-lo, tal autor está empregando um conceito de condição existente na tradição romana e longamente discutido pela pandectística¹¹⁹⁷, a saber: a condição como ente que

¹¹⁹² Hk-BGB/SAENGER, *ad* § 519, n. 2; Palandt/WEIDENKAFF, *ad* § 519, n. 4.

¹¹⁹³ PONTES DE MIRANDA, F. C. **TDP XLVI**, § 5013.4, p. 284; § 5023.4, p. 346.

¹¹⁹⁴ CAPANEMA DE SOUZA, S. *In*: TEIXEIRA, S. F. **Comentários ao novo código civil VIII**, p. 168.

¹¹⁹⁵ TEPEDINO, G. **Código civil interpretado II**, p. 227; DINIZ, M. H. **Código civil anotado**, p. 435; ROSENVALD, N. *In*: PELUSO, C. (org.). **Código civil comentado**, p. 581; VENOSA, S. **Código civil interpretado**, p. 759.

¹¹⁹⁶ LÔBO, P. **Comentários VI** (*ad* art. 545), p. 216.

¹¹⁹⁷ Cf., retomando as raízes do problema, FLUME, W. Die Vererblichkeit der suspensiv bedingten Obligation nach klassischem römischem Recht. *In*: **TR** 19 (1936), p. 21ss.

atua na formação (e não na eficácia) do negócio jurídico. Levando-se em consideração a opção feita pelo legislador, cuja finalidade axiológica está em proteger a confiança do beneficiado contra revogações inesperadas, a construção jurídica do autor, ao mencionar a condição *tout court*, não está correta. Com efeito, uma vez feita a oferta de doação, a própria lei já supre a aceitação, tal como faz também no caso da doação ao absolutamente incapaz (art. 543) e à entidade futura (art. 554). Nesse sentido, feita a oferta e tendo dela ciência os nubentes, concluída está a doação: apenas a eficácia da pretensão para exigir a entrega dos bens doados fica submetida à verificação do casamento.

O *cumprimento* da doação, por sua vez, ocorre necessariamente *após o casamento*. A prova, porém, de que a doação funciona aqui como contrato consensual está na possibilidade de haver doação em favor dos “filhos que, de futuro, houverem um do outro”. Trata-se, aqui, da *prole eventual*, dos *nondum concepti*. A respeito destes, Pontes de Miranda¹¹⁹⁸ afirmava que a “*persona nondum concepta* não tem direitos”, mas admitia que os “*nondum concepti* podem ser contemplados em testamento, negócio jurídico unilateral, e em estipulações em favor de terceiro” – isto é, situações em que se adquire ou uma pretensão, ou, não sendo este o caso, faz-se uso de um terceiro que permanece proprietário do bem até o nascimento. Para maior correção, porém, seria preciso adicionar, aos casos arrolados pelo autor os negócios jurídicos bilaterais, inclusive aqueles em que não há estipulação em favor de terceiro, desde que, sendo o *nondum conceptus* polo contratual, supra a lei sua aceitação para formação do contrato.

Com efeito, não é possível entender que a propriedade do bem doado passe no mesmo momento da declaração jurídica que constitui a doação, pois o bem, em rigor, não seria transferido a patrimônio nenhum, uma vez que a prole eventual, não sendo equiparada ao nascituro, não tem patrimônio próprio. A conclusão seria de que o bem doado ficaria numa espécie de limbo jurídico, o que é inaceitável. Afinal, é possível atribuir posições jurídicas obrigacionais, como uma pretensão, a ente inexistente que se espera vir a existir, desde que seja possível alguma *delimitação* – como, aliás, é o caso, pois se trata da prole eventual dos nubentes; por outro lado, não se admite o mesmo raciocínio em relação às posições jurídicas ligadas aos direitos reais, que só podem ser adquiridas por aqueles que já disponham de patrimônio, sob pena de subversão da atribuição jurídica dos bens. Note-se, com efeito, que uma situação absolutamente semelhante a essa, mas que envolve a atribuição de direito real à prole eventual – isto é, o fideicomisso – tem a necessidade de pessoa interposta, o fiduciário, que permanecerá como proprietário até o nascimento do fideicomissário. O art. 1.952 é explícito a esse respeito: se o fideicomissário já tiver nascido ao tempo da morte do testado, ele adquire a nua-propriedade dos bens, ao passo que o fiduciário se torna usufrutuário; caso, porém, não tenha nascido, o fiduciário adquire a propriedade, só nascendo a relação jurídica de usufruto se e quando o fiduciário nascer. A razão dessa regra é a mesma que subjaz à construção jurídica proposta: a impossibilidade de atribuição de direito real a ente (ainda) inexistente. Fica

¹¹⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, F. C. **TDP I**, § 51.2, p. 266; § 52.3, p. 278.

provado, assim, que o cumprimento é posterior à realização do casamento e, eventualmente, do nascimento da prole eventual.

Pontes de Miranda¹¹⁹⁹ entende, a respeito da revogabilidade da doação, que é o casamento que a torna irrevogável, “[q]uer se trate de oferta de contrato real de doação, quer de oferta de contrato consensual de doação”. No entanto, não é inteligível como se daria essa oferta de contrato real de doação. Mais correto está o autor ao dizer, quando aborda a irrevogabilidade das doações para casamento, que, “enquanto se espera a celebração [do casamento], a doação é irrevogável”. Poder-se-ia buscar a causa dessa irrevogabilidade no regramento das propostas de contrato, mas isso iria contra as regras do CC a respeito da revogabilidade da oferta de contrato, uma vez que excluiria as exceções arroladas no art. 428. Deve-se entender, como sugere o contexto do trecho transcrito, que a irrevogabilidade nasce antes do casamento, já que o próprio contrato de doação, com aceitação suprida pela lei¹²⁰⁰, constituiu-se plenamente antes de tal evento. Essa construção serve, portanto, para garantir a irrevogabilidade desde logo, o que se adequa à valorização da formação patrimonial de certos entes, como o patrimônio comum dos cônjuges, o patrimônio do absolutamente incapaz e o da entidade futura; por outro lado, julga-se irrelevante, nesses casos, preocupação com a honra do beneficiado.

O terceiro argumento é tirado à figura da *doação para entidade futura* (art. 554), isto é, entidade – em sentido amplíssimo – que ainda não adquiriu patrimônio próprio. A previsão do CC, além de autorizar tal doação – em que um dos polos nem sequer poderia aceitar a oferta contratual, tendo em vista que não está juridicamente constituído – limita a eficácia de tal oferta ao prazo de dois anos. A emissão unilateral da vontade do doador, cuja aceitação a lei supre em razão da impossibilidade de aceitação nesse momento, faz-se justamente antes da constituição da entidade; a transmissão de bens, porém, só poderá ser feita posteriormente. No momento em que a entidade se constitui, adquire ela imediatamente pretensão à entrega dos bens, e não os bens propriamente – diferença radical, aliás, entre esse instituto e o fideicomisso. À doação para entidade futura se aplicam as mesmas observações feitas para a doação para casamento futuro ou prole eventual.¹²⁰¹

O quarto argumento baseia-se no direito formativo de rescisão atribuído ao cônjuge para fazer extinguir a doação, fiança e aval com que ele não tenha assentido. Note-se, em primeiro lugar, que todos esses negócios jurídicos exigem forma específica, o que constitui exceção à regra geral da liberdade de forma; e, em segundo lugar, trata-se de negócios jurídicos que exigem sempre o assentimento do cônjuge para sua plena validade. No caso, a situação paradigmática não é de que o cônjuge que não assentiu poderá pedir o retorno ao patrimônio comum

¹¹⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, F. C. **TDP XLVI**, § 5017.3, p. 315; § 5025.5, p. 361.

¹²⁰⁰ PESSOA ALVES, F. C.. In: ALVIM, A.; ALVIM, T. **Comentários ao código civil brasileiro**, p. 900-1.

¹²⁰¹ TEPEDINO, G. **Código civil interpretado II**, p. 239 (mencionando ser a disposição simétrica à de falta de capacidade do donatário).

da coisa cuja propriedade foi transmitida sem seu assentimento, tendo em vista que essa possibilidade, no que diz respeito às coisas imóveis, já estaria dada na previsão ampla do art. 1.647, I, que rege a legitimidade dos negócios dispositivos após a instauração do regime de bens. Com efeito, o art. 1.642, IV, ao prever tal poder de rescisão, adiciona algo novo. Em tal caso, o que se quer é dar ao cônjuge que não assentiu a possibilidade de rescindir a doação, o aval e a fiança *antes* que o outro cônjuge sofra qualquer espécie de cobrança oriunda desses contratos, isto é, não se trata, na doação, de questionar o negócio dispositivo¹²⁰², cuja validade já está comprometida, mas sim de atacar o negócio de obrigação. A doutrina, ao interpretar esse artigo, não traz clareza dessa distinção.

O quinto argumento diz respeito à expressa previsão de liberação do doador ao pagamento dos juros moratórios (art. 552). A doutrina pouco auxilia na interpretação desse dispositivo: em geral, ela apenas menciona a diminuição da responsabilidade do doador em razão da liberalidade que o anima.¹²⁰³ P. Lôbo afirma que “o doador não responde por juros moratórios porque não há mora na doação real”.¹²⁰⁴ Fosse esse o caso, o legislador nada precisaria ter dito; se disse, quis excluir alguma consequência jurídica possível. Com efeito, a razão está em que, na ausência do dispositivo, aplicar-se-ia o regime geral da mora que, por sua vez, supõe a exigibilidade de um dever não cumprido no tempo, local ou modo correto. A única conclusão a que se pode chegar observando que todo o art. 552 – dedicado à diminuição da responsabilidade do doador (aplicando-se também, em geral, à evicção e ao vício redibitório) – é de que ele aponta a exigibilidade do dever de entrega dos bens doados, ressalvando apenas que a mora deixa, em tal caso, de produzir um dos seus efeitos típicos.¹²⁰⁵

A noção de liberalidade, a que tão frequentemente recorre a praxe para negar a exigibilidade da doação consensual (ou da promessa de doação), tem, na verdade, outro sentido no CC: a liberalidade serve apenas como minoração da responsabilidade do doador tanto em relação à mora como em relação à evicção e aos vícios redibitórios. *Nada se diz a respeito da exigibilidade*; na verdade, essa é pressuposta ao negar a aplicação dos juros de mora. Aí, a má compreensão dos intérpretes do CC está diretamente ligada ao caráter hermenêutico de que se falou no *Capítulo I*: como eles projetam na doação as chamadas relações de favor, objeto frequente dos sociólogos brasileiros, eles acabam por lhe tolher a exigibilidade, que as relações de favor também não têm. Afinal, tais relações, assentes em uma vinculação parajurídica, mas de forte coerção social, tiveram por efeito encaminhar a doação para uma relação havida puramente no âmbito da moralidade, tal como se se tratasse de obrigação natural.

¹²⁰² Cf., por exemplo, TEPEDINO, G. *Código civil interpretado IV*, p. 274; DINIZ, M. H. *Código civil anotado*, p. 1271-2.

¹²⁰³ Assim, por exemplo, DINIZ, M. H. *Código civil anotado*, p. 493; TEPEDINO, *Código civil interpretado II*, p. 236-7.

¹²⁰⁴ LÔBO, P. *Comentários VI*, p. 235.

¹²⁰⁵ Assim, CAPANEMA DE SOUZA, S.. *In*: TEIXEIRA, S. F. *Comentários ao novo código civil VIII*, p. 226.

Há, ainda, um argumento sistemático: a regra geral, no sistema de direito privado, é de que os negócios jurídicos sejam dotados de plena exigibilidade. Quando se lhes quer tolher a exigibilidade, tal decisão aparece explícita; não parece adequado, portanto, tirar uma inexigibilidade implícita do contrato de doação, a não ser que ela se aproxime de algum tipo contratual cuja exigibilidade fosse expressamente tolhida. São desprovidos de *exigibilidade*, no direito brasileiro, o contrato de jogo e aposta (art. 814, *caput*) e, parcialmente, o contrato de seguro de vida. No caso do *seguro de vida*, o art. 796, §, dispõe que o “(...) segurador não terá ação para cobrar o prêmio vencido (...)”, atribuindo-lhe, porém, direito formativo de resolução. Além desses exemplos, há proteções especiais ao menor, que são expressamente previstas para os casos de *mandato com menor* (art. 666) e de *mútuo a menor* (art. 588), ainda que com os temperos do art. 589. Todas elas, porém, explícitas.

De tudo o que se viu a respeito do contrato de doação, pode-se concluir que o contrato de doação é consensual e de obrigação, ao passo que a promessa de doação é um conceito desnecessário para a teoria, na medida em que não recebeu um conteúdo próprio como o compromisso de compra e venda; funciona, antes, como conceito do sistema prático para designar o momento puramente obrigacional, o que se mostra justificável, do seu ponto de vista, diante da falta de correspondência entre a atipicidade dos negócios de obrigação e a tipicidade dos títulos admitidos a registro. Por fim, note-se que o fato de a doação ser negócio de obrigação não impede que, à semelhança do que ocorre com a compra e venda, a escritura de doação contenha, no mesmo instrumento, a cláusula de transmissão da propriedade que adimple a obrigação de dar. Com isso, prova-se que a *oposição estrutural entre negócios de obrigação e de disposição mantém-se na doação*.

3.3.3 Contratos Reais

Visto que nem a compra e venda, nem a doação – nem suas respectivas *pseudopromessas* – atentam contra a tese proposta neste capítulo, é preciso agora passar à análise dos contratos reais. O estudo pormenorizado desse conceito se justifica pelo fato de os contratos tradicionalmente a ele submetidos suporem que, para a perfeição de certos negócios jurídicos de obrigação, faz-se necessária a presença de um requisito externo a tais negócios jurídicos, a saber: a *posse* ou a *propriedade* do bem objeto da prestação do negócio jurídico. Por conseguinte, ficaria maculada a pureza da oposição entre negócios de obrigação e negócios de disposição se aqueles dependessem, para ser plenamente constituídos, de aspectos dispositivos. Já se afirmou com acerto que o contrato real leva a uma “mistura do elemento dispositivo com o obrigacional”.¹²⁰⁶

O tema dos contratos reais parece nunca ter sido estudado profundamente no direito brasileiro; mesmo no direito estrangeiro, é comum que se ponha

¹²⁰⁶ ADLER, K. Realcontract und Vorvertrag. In: *JahrDog* 31 (1892), p. 199.