

# *Superior Tribunal de Justiça*

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 125.859 - RJ  
(2001/0098572-2)

RELATOR : MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR  
EMBARGANTE : GILBERTO CARNEIRO DA CUNHA  
ADVOGADO : LUIZ EDUARDO ALMEIDA SANTOS  
EMBARGADO : FABIANA CARNEIRO DA CUNHA GUIMARÃES E  
OUTROS  
ADVOGADO : ADILSON GUIMARÃES JUNIOR

## EMENTA

DOAÇÃO. Promessa de doação. Dissolução da sociedade conjugal. Eficácia. Exigibilidade. Ação cominatória. O acordo celebrado quando do desquite amigável, homologado por sentença, que contém promessa de doação de bens do casal aos filhos, é exigível em ação cominatória. Embargos de divergência rejeitados.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer dos embargos e, por maioria, vencido o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, os rejeitar, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, Aldir Passarinho Junior, Nancy Andrichi, Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 26 de junho de 2002(Data do Julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator

# Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 125.859 - RJ  
(2001/0098572-2)

EMBARGANTE : GILBERTO CARNEIRO DA CUNHA  
ADVOGADO : LUIZ EDUARDO ALMEIDA SANTOS  
EMBARGADO : FABIANA CARNEIRO DA CUNHA GUIMARÃES E  
OUTROS  
ADVOGADO : ADILSON GUIMARÃES JUNIOR

## RELATÓRIO

O MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR:

Recolho do relatório do em. Ministro Ari Pargendler:

*"Fabiana Ribeiro Carneiro da Cunha e Outros, filhos de Gilberto Carneiro da Cunha, ajuizaram-lhe 'execução de obrigação de fazer', para ver cumprida cláusula homologada em desquite amigável em que este se obrigou a transferir-lhes os bens do casal (fl. 02/05).*

*O MM. Juiz de Direito Dr. Fabiano Martins Manzini julgou Fabiana Ribeiro Carneiro da Cunha e Outros carecedores de ação, destacando-se na sentença os seguintes trechos:*

*'No entender da maioria dos doutrinadores pátrios, 'a promessa de doação, quando pura, não é vinculativa, vez que até a formalização é lícito o arrependimento do promitente doador' ou, como diz Agostinho Alvim, 'a natureza do negócio de doação é incompatível com o seu aperfeiçoamento sem o animus donandi atual' (Da Doação, comentário nº 6 do art. 1.166, 3ª ed., S. Paulo, 1980).*

*Nesse sentido, assevera o eminente Prof. Caio Mário da Silva Pereira, 'a doação pura não pode ser objeto de contrato preliminar' (Inst. de Dir. Civil, 5ª ed., Rio, 1981, vol. IV, p. 225).*

*Com acerto a promoção ministerial de fl. 104/105, ao enfatizar ser impossível exigir coativamente a doação, ante a liberalidade que é a essência desse tipo de contrato, a teor do art. 1.165, do Código Civil.*

*Diante disso, podemos afirmar que os exequentes, apesar de instruírem a inicial com o título executivo, esse não seria estendido àquela cláusula referente à 'promessa de doação' ante a impossibilidade de exigir-se sua formalização coativamente, por tratar-se de liberalidade, cujo aperfeiçoamento, segundo o mestre Agostinho Alvim*

# Superior Tribunal de Justiça

... 'carece de animus donandi atual' (fl. 166/167).

*A Egrégia Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relator o eminente Desembargador Gustavo Itabaiana, manteve a sentença nos termos do acórdão assim ementado:*

*'Execução de obrigação de fazer. Doação. Inexistência de título próprio. Impropriedade da manifestação executória. Carecimento. Extinção mantida' (fl. 222).*

*Daí o presente recurso especial, interposto por Fabiana Carneiro da Cunha Guimarães e Outros, com base no artigo 105, inciso III, letra 'c', da Constituição Federal (fl. 225/230)" (fls. 282/283).*

A egrégia Terceira Turma, por unanimidade, assim decidiu:

*"Civil. Desquite. Promessa de que os bens do casal seriam doados aos filhos. A promessa de doação obriga, se não foi feita por liberalidade, mas como condição do desquite. Recurso especial conhecido e provido" (fl. 294).*

O recorrido ingressou com embargos de divergência, que assim despachei:

*"1. Gilberto Carneiro da Cunha opôs embargos de divergência contra os acórdãos da eg. Terceira Turma, assim ementados:*

*'Civil. Desquite. Promessa de que os bens do casal seriam doados aos filhos. A promessa de doação obriga, se não foi feita por liberalidade, mas como condição do desquite. Recurso especial conhecido e provido' (fl. 294).*

*'Processo Civil. Recurso Especial. Ilegitimidade ad causam não prequestionada. Embargos de declaração rejeitados' (fl. 305).*

*Afirma divergência com o REsp 30.647-RS, cuja ementa reproduzo:*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*'Promessa de doação feita às filhas pelos ex-cônjuges em separação consensual. Retratabilidade, enquanto não formalizada a doação. Julgamento em 2ª instância. Arguição de nulidade pela participação de dois juízes de direito.*

*1. A irregularidade na composição da Turma Julgadora deve ser argüida como preliminar de julgamento da causa. Hipótese em que não alegada na oportunidade da apreciação do recurso apelatório, tampouco nos embargos de declaração opostos.*

*2. É da substância do ato (doação) a escritura pública (art. 134, II, do Código Civil).*

*3. Tratando-se de mera liberalidade, uma promessa de doação sem encargo, é ela por natureza retratável: enquanto não formalizada a doação, é lícito ao promitente-doador arrepender-se.*

*Recursos especiais interpostos por Giovana Azambuja Centeno Bocchese não conhecidos; 1º recurso especial não conhecido; 2º REsp conhecido, em parte, pelo dissídio, mas improvido' (REsp nº30647/RS, 4ª Turma, rel. o em. Min. Barros Monteiro, DJ 12/04/1999).*

*Diz estar caracterizada a divergência 'quanto a exigibilidade da promessa de doação feita quando da separação consensual (ou desquite) do casal progenitor a sua prole, divergindo a Terceira Turma, que considera que os filhos podem exigir, e o entendimento da Quarta Turma que entende que os filhos, meros destinatários, não podem exigir a promessa de doação pactuada pelo casal, entre si, ao porem termo à sociedade conjugal, a qual naturalmente não pertencem'.*

*2. O dissídio está demonstrado. Por isso, admito o processamento dos embargos" (fls. 377/378).*

Os embargados impugnaram o recurso. Sustentaram o acerto do julgado recorrido e invocaram os votos vencidos proferidos quando do julgamento do recurso indicado como paradigma.

É o relatório.

# Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 125.859 - RJ  
(2001/0098572-2)

RELATOR : MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR  
EMBARGANTE : GILBERTO CARNEIRO DA CUNHA  
ADVOGADO : LUIZ EDUARDO ALMEIDA SANTOS  
EMBARGADO : FABIANA CARNEIRO DA CUNHA GUIMARÃES E  
OUTROS  
ADVOGADO : ADILSON GUIMARÃES JUNIOR

## VOTO

O MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator):

A divergência está presente, como se pode recolher da leitura das duas decisões em confronto. Enquanto o r. acórdão embargado afirma a eficácia da promessa de doação feita quando da dissolução da sociedade conjugal, que, assim, não pode ser considerada mera liberalidade revogável pela vontade do promitente doador, o r. acórdão paradigma, da Quarta Turma, afirma que a promessa de doação feita às filhas pelos ex-cônjuges em separação consensual é mera liberalidade e por natureza retratável.

Conhecendo dos embargos, estou em rejeitá-los, nos termos do voto-vencido que proferi no mencionado acórdão da Quarta Turma:

*"Quanto à questão central, da eficácia daquele acordo na separação do casal, tenho alguma dificuldade em acompanhar o Eminentíssimo Ministro-Relator.*

*Houve, na oportunidade da separação, um acordo de vontades entre os cônjuges, titulares do patrimônio, e em razão disso foram tomadas algumas disposições. A cláusula referente à doação de um certo bem por um ou pelos dois dos separandos não pode, a meu juízo, se equiparar a uma mera promessa de liberalidade. Não se trata da hipótese de alguém que, no futuro, eventualmente, possa vir a doar este bem a terceiro. Aqui se trata da promessa de um fato futuro que entrou na composição do acordo de partilha dos bens do casal. Daí por que, em princípio, ele é exigível. Aliás, foi acentuado nos autos, se não estou enganado, no voto do Eminentíssimo Desembargador Rizzardo, que a doação era uma retribuição ao acordado na separação.*

*Quanto à forma do ato, penso que a disposição de*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*patrimônio imóvel, tomada perante o juiz, é um ato praticado com a formalidade e com a solenidade que se quer para os que envolvem a transferência de domínio, pois tem a mesma solenidade e importância, do ponto de vista civil, que tem a manifestação de vontade feita perante o tabelião, quando da lavratura da escritura. Assim como as partes podem chegar perante o tabelião e decidirem a respeito da disposição dos seus bens, por que não admitir que elas tomem essas decisões perante o juiz, no momento da separação ou do inventário de bens?*

*Este Tribunal já admitiu, e a situação é assemelhada, que na renúncia ou na desistência de bens ou direitos de herdeiros, seja admitida a eficácia do ato tomado no processo de inventário, independentemente de escritura.*

*Considero ser artificial dizer que os menores não podem participar desse processo porque não têm interesse. Evidentemente, eles não participaram do processo da separação, mas são os que têm interesse na execução do que foi acordado, pois são os beneficiários da doação.*

*Ouso discordar do Eminentíssimo Relator, e dos que o acompanham, por ser muito comum, nas separações ou no inventário de bens, a tomada de certas decisões, muitas vezes no interesse dos menores, ou da parte mais fraca, e depois o obrigado se desinteressa pelo cumprimento do acordo. Este não pode ser considerado ato de mera liberalidade; pelo contrário, é compromisso exigível, especialmente quando há interesse de menor, que deve ser cumprido, em respeito ao acordo de vontades e à solenidade do ato judicial.*

*Daí por que estaria em conhecer desse segundo recurso, pela divergência, e lhe dar provimento, nos termos do voto vencido na apelação; quanto ao mais, estou de acordo com o Eminentíssimo Ministro-Relator" (fls. 358/362).*

Acrescento a essa fundamentação a que foi trazida pelo em. Min.

Cesar Asfor Rocha :

*"É que não se pode debruçar sobre um acerto estabelecido em uma separação judicial consensual sob a influência apenas dos mesmos princípios que orientam o intérprete quando cuida de apreciar um contrato qualquer.*

*Na celebração desse tipo de acordo, as partes deixam-se tocar por objetivos outros e mais nobres que aqueles que, via de regra, são perseguidos nos demais.*

*Nestes outros, a motivação diz com interesses materiais a serem preservados, pelo sabor de comércio que esses negócios*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*encerram.*

*Numa simples divisão de bens, entre condôminos, por exemplo, o objetivo perseguido limita-se apenas e tão-somente às coisas que possam ser reduzidas a uma expressão monetária.*

*Já aqui tudo deve ser interpretado e compreendido dentro de um contexto muito mais amplo, que é a formalização do desfazimento do próprio casamento, que geralmente é processada, inclusive no que tange à divisão de bens, num clima em que é forte a carga de emoção e de sentimentos, pois são duas vidas que foram vividas juntas que se desgarram, com seus anseios, angústias, alegrias, tristezas, esperanças e decepções.*

*Por isso, que sobre o pacto ali firmado, seja com relação ao atinente aos filhos, seja também no que se reporta à destinação dos bens, o intérprete não pode nem deve fazer uma leitura fria e unicamente racional, como se tratasse de um mero ato negocial, pois tem que levar em conta que muitas concessões são feitas tendo por estímulo um bem maior a ser preservado que, no caso, seria, como foi, o de assegurar alguns bens para as filhas.*

*5. Postas as colocações, devo consignar que comungo com a tese segundo a qual uma promessa de doação pura e simples, sem encargo, é, por natureza, retratável; enquanto não for devida e definitivamente concretizada, ao promitente-doador é lícito arrepender-se, como anotado por Agostinho Alvim, para quem 'é dogma fundamental, em matéria de doação, a persistência do animus donandi. Assim sendo, o arrependimento, ou revogação do ato é sempre possível, antes de consumada a doação pela aceitação do donatário'.*

*Todavia, a hipótese não cuida de doação pura e simples porque a mesma se deu por acordo de ambos os separandos que só concordaram com o que o mais ficou estipulado em razão da doação prometida, tudo feito em proveito de um bem maior que é o de resguardar o interesse material dos integrantes do núcleo familiar.*

*Daí porque adiro plenamente à colocação do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar quando considera 'ser artificial dizer que os menores não podem participar desse processo porque não têm interesse. Evidentemente, eles não participaram do processo da separação, mas são os que têm interesse na execução do que foi acordado, pois são os beneficiários da doação', isso 'por ser muito comum, nas separações ou no inventário de bens, sejam tomadas certas decisões, muitas vezes no interesse dos menores, e depois um dos cônjuges, ou um dos herdeiros, se desinteressa no cumprimento do acordo, o que me parece não pode ser considerado simples arrependimento de ato de mera liberalidade; pelo contrário, é compromisso que deve*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*insistir seja cumprido, especialmente quando há interesse de menor beneficiado pelo ato prometido, em respeito ao acordo estabelecido entre as partes, e à solenidade do ato judicial'.*

*Ainda que se queira argumentar que a promessa de doação se constituiu num ato-condição para que os cônjuges chegassem à separação pretendida, e que, por isso mesmo, seria um ato-condição com reflexo apenas entre os cônjuges, em razão do que somente eles poderiam postular o seu cumprimento, ainda assim, na hipótese, seria de ser provido o recurso de Carla.*

*É que, como já anunciado, a segunda autora foi representada pelo seu pai e o próprio r. aresto impugnado concluiu que ele 'seria o mentor da demanda, tendo agido de má-fé', tanto que 'considerou-o integrado na lide, submetendo-o aos efeitos da sucumbência solidariamente com a autora Carla'.*

*Daí se observa, sob pena de se render adoração a um formalismo exacerbado, que estaria atendido o pressuposto de se ter a iniciativa do cônjuge - ou, quando nada, a sua concordância - em postular o cumprimento da anunciada doação.*

*6. Com referência à outra questão posta, atinente à forma do ato, acosto-me ao voto proferido pelo eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar quando diz que 'a decisão que se toma em relação à alienação de patrimônio imóvel perante o juiz, é um ato praticado com a formalidade e com a solenidade que se quer para os atos que envolvam transferência de domínio, pois tem a mesma solenidade e importância, do ponto de vista civil, que tem a realização da escritura perante o tabelião. Assim como as partes podem chegar perante o tabelião e decidirem a respeito da disposição dos seus bens, por que não admitir que elas tomem essas decisões perante o juiz, no momento da separação ou do inventário de bens?'*

*Diria mais: o pacto firmado perante o Juiz e por ele homologado tem até mais foros de juridicidade que aquele realizado simplesmente perante o tabelião" (354/356).*

Lembro, ainda, o voto do Min. Ari Pargendler, amparado nos precedentes do Supremo Tribunal Federal:

*"Aqui, todavia, a promessa de doação não foi feita por liberalidade, mas como condição do acordo que possibilitou o desquite.*

*'Ora, esse aspecto' – disse o Ministro Otávio Gallotti no RE nº 109.097-9, RS – 'não pode deixar de influir decisivamente na solução da demanda e afastar a caracterização da divergência, porque a procedência da pretensão do ora Recorrente implicaria o reconhecimento da possibilidade de*



# *Superior Tribunal de Justiça*

*retratação unilateral do acordo celebrado, repudiada pela Súmula nº 305 e pela melhor doutrina' (RTJ Nº 119, p. 863).*

*'A obrigação estipulada pelo Recorrente insere-se no conjunto das demais que integram a transação realizada com a separação consensual e sua execução só poderia ser modificada se ambos os cônjuges anuíssem à dispensa do encargo' (ibid., p. 864).*

*'Embora não citado nos autos, repassei, com satisfação, o brilhante voto do eminente Ministro Oscar Corrêa, como Relator do Recurso Extraordinário nº 105.862 (RTJ 115/440).*

*Penso, todavia, que a ineficácia da promessa de doação, ali reconhecida, está intimamente ligada ao caráter de pura liberalidade do contrato. Essa virtude não anima o pacto ora apreciado, onde a causa da doação corresponde a uma vantagem simultaneamente alcançada, qual seja a contrapartida consistente na da aquiescência do outro cônjuge à dissolução da sociedade conjugal' (ibidem, p. 864).*

*Sem embargo de que a espécie não seja exatamente idêntica aos fatos versados no precedente, porque lá se tratava de ação proposta por um cônjuge, em nome próprio e em representação dos filhos menores, contra o outro, e aqui são apenas os filhos que litigam com o pai, parece que a solução deva ser a mesma" (fls. 284/285).*

Posto isso, com respeitosa vênia, conheço dos embargos, mas os rejeito.

É o voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 125.859 - RJ (2001/0098572-2)**

**VOTO-VENCIDO  
(EM PARTE)**

**O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA:**

Peço vênia para divergir, na linha do voto que proferi quando do julgamento do REsp nº 30.647/RS, (DJ 12.4.1999), relator o Ministro Barros Monteiro, nestes termos:

"1. Em acordo de separação judicial, a recorrida, juntamente com seu ex-marido, prometeram doar às filhas uma fazenda de sua propriedade, reservando para aquela o usufruto vitalício. Ao registrar o formal de partilha no álbum imobiliário, não ficou constando tal obrigação, tendo a recorrida, então, prometido vender a sorte de terras a um terceiro.

Cientes de tal transação, duas das três filhas do casal, juntamente com o pai, moveram a demanda em tela visando à anulação dos registros feitos posteriormente à promessa de doação, para fazer valer o acordado quando da separação.

Tanto a sentença quanto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deram pela impossibilidade jurídica do pedido, arrimando-se na invalidade da promessa de doação, tendo a filha Giovana sido excluída do processo porque não teria manifestado interesse em ajuizar esta ação, pondo-se, ao contrário, do lado da mãe.

Interpuseram os autores recurso especial, no qual alegam negativa de prestação jurisdicional por ter o Colegiado silenciado nos declaratórios, irregularidade no

juízo da segunda instância, cerceamento de defesa, violação à autoridade da coisa julgada e validade da promessa de doação.

O Relator, Ministro **Barros Monteiro**, rejeitou as preliminares e a ofensa à autoridade da coisa julgada, tendo concluído pela impossibilidade de se exigir o cumprimento da doação estipulada. O Ministro **Cesar Asfor Rocha**, em um primeiro momento, acompanhou S. Exa. O Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**, porém, discordou, dando pela exigibilidade da doação, no que foi acompanhado pelo Ministro **Cesar Asfor Rocha**, em retificação de voto. Já o Ministro **Fontes de Alencar** se manteve na linha do Relator.

2. Da mesma forma que o em. Relator, entendo que não há como vingar as preliminares aduzidas.

No que concerne à negativa de prestação jurisdicional, ela não ocorreu, tendo em vista a expressa manifestação, no acórdão dos embargos declaratórios, das questões submetidas a julgamento pelo Tribunal gaúcho. Se houve enfrentamento das teses discutidas, descabe falar em falha da máquina judiciária, pelo que restou intacto o art. 535 do Código de Processo Civil.

3. A irregularidade na composição da Turma julgadora igualmente não se verificou.

Embora tenham os recorrentes deixado de alegar a nulidade em momento próprio, é de ver-se que a questão já se encontra decidida no Supremo Tribunal Federal, que, conforme bem lembrou o Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**, inclusive autor de precedente da Turma (REsp 53.551-SP), reputou válida regra local regulando a substituição nos tribunais estaduais, por estar revogado o inciso III, § 1º, do art. 118 da Loman.

4. Quanto ao suposto cerceamento de defesa, igualmente não se deu, haja vista tratar-se de matéria eminentemente de direito, a dispensar a produção de outras provas além das já colacionadas aos autos.

5. Não houve, outrossim, a alegada ofensa à autoridade da coisa julgada, bastando para sua rejeição a circunstância de que não existe a identidade das partes nas ações de separação ou de divórcio por conversão e nesta,

em que está envolvida uma das filhas do casal.

Não fosse por isso, como bem salientou o Ministro-Relator, nada restou decidido com relação à promessa de doação, seja na separação judicial, seja no divórcio.

6. Chega-se, assim, à questão principal, concernente à validade ou não da promessa de doação, tormentosa não só na jurisprudência como também na doutrina. De um lado, defendendo a validade, encontram-se **Washington de Barros Monteiro**(*Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*, 2ª parte, 20ª ed., p. 118), **Marco Aurélio Viana**(*Curso de Direito Civi*, v. 5 – *Direito das Obrigações*, v. 5, Del Rey, 1996, p. 261), **Arnaldo Rizzardo**(*Contratos*, v. 2, Aide, p. 511) e **Natal Nader**(*Ajuris* 16/126). Do outro, pugnando pela invalidade, **Agostinho Alvim**(*Da Doação*, RT, p. 43), **Caio Mário da Silva Pereira**(*Instituições de Direito Civil*, v. III, 10ª ed., Forense, 1997, n. 232, p. 160), **Sílvio Rodrigues**(*Direito Civil*, v. 3, 22ª ed, Saraiva, p. 200) e **Décio Erpen**(*Ajuris*, 43/239), dentre outros, igualmente.

A jurisprudência atual é igualmente discrepante, embora o Supremo Tribunal Federal, à época em que analisava a violação do direito federal no País, tenha se caminhado para inadmiti-la.

Inclino-me também para essa última corrente.

Não obstante participe do entendimento de que a realização do ato translativo do domínio feito em Juízo poderia, em princípio, suprir a formalidade do instrumento público, na linha de precedente desta Turma, tenho por inválida a promessa de doação, por ser de natureza pura e simples, uma vez inexistente qualquer encargo da parte das donatárias, considerando que, em se tratando de promessa de doação, a retratação seria possível, pelo que impossível exigir-lhe o cumprimento.

Por oportuno, colho do RE 105.862-PE(RTJ 115/440), da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, as razões de decidir do seu relator, Ministro **Oscar Corrêa, verbis:**

"Com efeito, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal recusou, nos três casos indicados, a

promessa de doação.

No RE 71.742-SP, Relator o Exmº Ministro Barros Monteiro (RTJ 58/153-154) expressamente adotou o magistério de Agostinho Alvim, segundo o qual "é dogma fundamental, em matéria de doação, a persistência do **animus donandi**, sendo sempre possível o arrependimento ou revogação do ato" ("Da doação", pág. 43)" (fls. 154).

No RE 75.293, Relator o Exmº Ministro Thompson Flores (RTJ 68/499-500), ainda que aduzindo outros dados da causa, acolheu essa orientação.

E, por fim, ratificou-a o Exmº Ministro Soares Muñoz, nesta Primeira Turma, no RE 94.278 (RTJ 103/327-330), nos termos em que lembrado seu pronunciamento na petição de recurso.

Esta, aliás, a linha predominante na doutrina.

No "Dizionario Pratico del Diritto Privato", dirigido por Scialoja e Bonfante (vol. II, CE-E, vb. "Contratti Preliminari", já, explicitamente, Dante Caporali, autor do verbete, exclui o **pactum donationis**:

"Però è da escludersi il pactum donationis perchè la donazione, atto spontaneo, ripugna a qualunque forma di coazione diretta o indiretta: la promessa di donazione, anche rivestita di atto pubblico, sarebbe per tale ragione nulla come promessa e non potrebbe nemmeno valere come donazione, mancando l'attualità) dello spoglio".

Disso não discrepa a lição de Gabba (Nuove Questioni di Diritto Civile, Fratelle Bocca Edit. – 1905, I, pág. 171) – imperocchè ripugna al concetto di questo contratto, che il donante vi sia costretto. Ou Henri de Page (Traité Élémentaire de Droit Civil Belge, Bruxelles - 1944, VIII, v. I) n. 369, pág. 452, ao ensinar:

"Il est tout à fait certain que la promesse de

donation est nulle. Cette règle n'est pas proprement consacrée par l'article 932; mais cette disposition l'implique, car la nullité de la promesse de donation résulte des principes généraux. La donation est en effet un contrat solennel, et la solennité y est requise pour protéger la volonté de l'agent (le donateur). Cette volonté doit donc rester intacte (comme en matière de mariage) jusqu'à l'accomplissement de l'acte lui-même. Il en résulte que toute promesse de donation (sous seing privé, ou même authentique) est nulle".

Na Jurisprudência Sistemática Civil e Comercial, dirigida por Walter Bigiavi (UTET, 1967, "Le Donazioni", de Lycia Gardini Contursi Lisi", se vê:

"Inammissibilità della promessa di donazione.

Alla speciale contrattualità della donazione consegue direttamente l'inammissibilità della "promessa", consentita per ogni altro contratto: contrasta essa, invero, al fatto che l'incontro dei consensi – nel contratto donazione – è determinato dalla liberalità cioè dall'intento di beneficiare, da un lato e, dall'altro lato, dalla volontà di accettare tale liberalità: manifestazioni, dunque, assolutamente spontanee delle volontà individuali, che non possono quindi venir assoggettate neppure al vincolo della promessa (cfr. C.S. civ., 9 giugno 1941, n. 1699, parte ined., in Rep. Foro it., voce Successioni, n. 119: "la promessa di donazione è giuridicamente inammissibile". Il tema è particolarmente trattato da una rilevante pronuncia della Corte bresciana (App. Brescia, 18 luglio 1949, Magenis-Magenis, in Foro it., 1950, I, 609), che puntualizza esattamente l'indagine, facendo capo all'*animus donandi*: nota, perciò, che "in tanto non è giuridicamente ammissibile una promessa di donazione in quanto detto *animus* è elemento costitutivo della donazione e

un atto de spontanea liberalità non può essere imposto, nela sua esecuzione, iussu iudicis" (la sentenza stessa richiama i lontanti precedenti intal senso: Cass. civ., 25 luglio 1935, in Foro it., 1935, I, 1306 e App. torino, 8 novembre 1946, Barbonaglia-Barbonaglia, in Foro pad., 1947, II, 16)".

Cunha Gonçalves (*Tratado de Direito Civil*, 1ª edição Brasil, vol. VIII, t. I, anotado por J. G. Rodrigues Alckmin, 1956, Max Limonad, pág. 80) preleciona:

"Não é possível, ou não tem valor algum, portanto, uma promessa de doar. A doação, ou existe, ou não existe. Sendo um favor, ela não pode ser exigida, sob pena de indenização de perdas e danos, teríamos, assim, uma doação forçada; e um benefício não se impõe. Faltaria à doação o seu caráter de espontaneidade, **nullo jure cogente**. O doador, não fazendo a doação prometida, poderá causar decepção ao pretense donatário; mas não comete acto ilícito. As promessas só são exigíveis nos contratos a título oneroso, que são negócios jurídicos, com prestações recíprocas".

Serpa Lopes (*Curso de Direito Civil*, F. Bastos, 4ª edição, rev. e anot. 1964, III, págs. 387 e seguintes) resume a matéria como transcrita no acórdão recorrido, considerando "ponto discutível o da possibilidade da doação ser objeto de um contrato preliminar, isto é, a promessa de doação" (pág. 387), como visto na citação do acórdão recorrido, invocando, além disso, outros autores e examinando outras legislações, a respeito.

Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*, III, 1970, pág. 176) repele-a, encarado o problema "sob o aspecto ontológico", como também visto no acórdão recorrido.

Este, contudo, considerando "inteiramente nova" a questão, recorreu a Pontes de Miranda para admiti-la (*Tratado de Direito Privado*, 46/261-262 e 229).

Pontes de Miranda refere-se ao tema, no v. 46, nas págs. 201/202, 229(de passagem) e 261/262, nestas mais detidamente, transcrito o trecho no acórdão recorrido.

Conclui que se o outorgante não cumpre o pacto **de donando** – não doa, não conclui o contrato de doação – "tem o outorgado a ação de indenização por inadimplemento" (pág. 261), porque considera a promessa do contrato de doação contrato unilateral: "Se bem que o contrato prometido fosse contrato real, não há a ação para a entrega do bem, pois o que se prometeu foi o contrato, e não o bem"(pág. 261).

Ora, é o próprio Pontes quem define a doação como "negócio jurídico bilateral gratuito", como toda a gente.

Não há como admitir a coexistência dos dois conceitos.

Aliás, essa a posição de Karl Larenz(*Derecho de Obligaciones*, II, Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 179/180, como se vê desta passagem:

"Otro es el caso cuando la donación no es ejecutada inmediatamente, sino que es prometida una prestación a título de donación (§ 518) Semejante contrato, por crear una obligación de cumplir una prestación, es un contrato obligacional, unilateralmente vinculante. La donación está en esta hipótesis ya en el origen del crédito, como atribución de un derecho; esta atribución tiene lugar a cargo del patrimonio del promitente, en cuanto crea una obligación que ha de cumplirse con este patrimonio. La prestación del objeto prometido no es una "donación" renovada, sino el cumplimiento de una obligación; es, no obstante, una "atribución gratuita", porque la relación de causa jurídica sobre la que se basa su validez jurídica (en el sentido de las normas sobre el enriquecimiento – injusto) es una "donación".

É o que terá levado o ilustre W. de Barros



Monteiro a admiti-la, sempre com base, como outros, no direito alemão, sobretudo (W. Barros Monteiro, "Curso", Direito das Obrigações, 2ª parte – 9ª ed. 1973 – pág. 119/120):

"Contesta-se geralmente a viabilidade jurídica da promessa de doação, isto é, a possibilidade de existir contrato preliminar unilateral, visando à constituição de liberalidade futura. Consoante magistério de **Messineo** duas são as razões, uma de ordem histórica, outra de ordem dogmática, justificativas de semelhante impossibilidade: sempre se entendeu, em todos os tempos, que não podem ser objeto de doação, bens futuros; além disso, deve esta primar pela espontaneidade, operando-se **nullo jure cogente**, o que se não compadece com o caráter vinculatorio inerente à obrigação de fazer, contida numa promessa de doação.

Inexiste, porém, razão para excluir tal promessa, cuja possibilidade jurídica é expressamente admitida pelo direito alemão (BGB, art. 2301). Ela não contraria qualquer princípio de ordem pública e dispositivo algum a proíbe".

Na Itália, assinala Cosimo Sasso (Il Contratto Preliminare nella dottrina e nella giurisprudenza – Giufrè – 1971, pág. 11/13).

"Il contratto preliminare di donazione era considerato inammissibile sotto l'impero del codice abrogato, giacché esso veniva a togliere il carattere di liberalità "spontanea" della donazione, cui faceva espresso riferimento l'art. 1.050 c.c. Anche attualmente buona parte della dottrina sostiene che un contratto preliminare di donazione costituirebbe un attentato alla spontaneità e alla liberalità della donazione, mentre la volontà del donante verrebbe coatta prima che egli effettivamente doni".

E, depois de invocar os doutores que, nessa

linha, se pronunciam, acompanhados da "escassa jurisprudência" a respeito, conclui que

"Non sussistono dunque valide ragioni per ritenere che il contratto di donazione faccia eccezione alla regola generale della applicabilità del contratto preliminare ad ogni tipo di contratto".

Não omite, porém, as dificuldades da tese que sustenta, na realidade dos fatos.

Essas anotações têm o único intuito de reavivar os contornos da discussão, que, entre nós, entretanto, e na linha da jurisprudência da Corte, se resolve de acordo com a pretensão do recorrente: da inexistência da promessa de doação, como obrigação de cumprir liberalidade que se não quer ou não se pode mais praticar.

Nem se consumou ou concretizou o contrato, senão, quando muito, contrato preliminar (a admitir-se), não obrigatoriamente sujeito a configurar-se em definitivo.

Na linha da jurisprudência do Tribunal, como salientado no parecer da Procuradoria-Geral da República, que se harmoniza com a definição do instituto do direito pátrio, conheço do recurso e dou-lhe provimento, condenado o Réu nas custas e honorários de advogado, que fixo em um salário mínimo".

Assinala-se, por fim, como bem lembrou o Ministro **Barros Monteiro**, que recentemente aquela mesma Corte, agora sob a relatoria do Ministro **Carlos Velloso**(RE 122.054-RS, RTJ 152/912), deu pela invalidade da execução de uma promessa de doação.

7. Em face do exposto, com a devida **venia** dos Srs. Ministros **Ruy Rosado de Aguiar e Cesar Asfor Rocha**, acompanho o Senhor Ministro Relator".

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 125.859 - RJ (2001/0098572-2)**

**Voto**

**O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:** Sr. Presidente, peço vênia para acompanhar o eminente Ministro-Relator na linha do voto-vista, vencido, que proferi no acórdão paradigma.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
SEGUNDA SEÇÃO**

Número Registro: 2001/0098572-2

**ERESP 125859 / RJ**

Número Origem: 199700222888

PAUTA: 22/05/2002

JULGADO: 26/06/2002

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **RUY ROSADO DE AGUIAR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BARROS MONTEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO ADALBERTO NÓBREGA**

Secretária

Bela **HELENA MARIA ANTUNES DE OLIVEIRA E SILVA**

**AUTUAÇÃO**

EMBARGANTE : GILBERTO CARNEIRO DA CUNHA  
ADVOGADO : LUIZ EDUARDO ALMEIDA SANTOS  
EMBARGADO : FABIANA CARNEIRO DA CUNHA GUIMARÃES E OUTROS  
ADVOGADO : ADILSON GUIMARÃES JUNIOR

ASSUNTO: Civil - Contratos - Doação

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos e, por maioria, vencido o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, os rejeitou, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, Aldir Passarinho Junior, Nancy Andrichi, Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 26 de junho de 2002

**HELENA MARIA ANTUNES DE OLIVEIRA E SILVA**  
Secretária