

O CONTRATO-PROMESSA E A DOAÇÃO CAUSA MORTIS UMA ANÁLISE DA PERSPECTIVA DO DIREITO PORTUGUÊS E DO BRASILEIRO

LEANDRO SILVA NAVEGA

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar o negócio jurídico da doação no Direito Português e no Brasileiro, especialmente em dois aspectos. O primeiro aspecto diz respeito à aferição da admissibilidade, por ambos os ordenamentos jurídicos, do contrato-promessa de doação e, o segundo, ao enfrentamento da problemática da doação *causa mortis* nos dois sistemas. Antes de iniciar o debate das duas polêmicas propostas, faz-se mister tecer algumas considerações gerais sobre o contrato de doação.

A doação, essencialmente considerada, demonstra um ato de altruísmo, uma liberalidade, por meio da qual o doador, de maneira voluntária, transfere um bem para o patrimônio do donatário, sem a necessidade, em rigor, de uma contraprestação. Em um mundo essencialmente capitalista, em que os interesses materiais preponderam, a celebração do contrato de doação denota, conforme sustenta o autor brasileiro Capanema de Souza¹, “a grandeza da alma” daquele realizador da liberalidade.

No Direito Romano, a doação não era considerada um contrato. Moreira Alves² explica que alguns romanistas da Antiguidade vislumbravam a natureza contratual desse instituto; entretanto, amparando-se nos ensinamentos de Savigny, o doutrinador brasileiro constata que essa liberalidade, no Direito Romano, não era um negócio jurídico típico, mas sim causa intrínseca a todo negócio jurídico patrimonial.

Outro problema identificado no Direito Romano refere-se à forma de distinção da doação de outros atos de liberalidade. Moreira Alves³, com arrimo em Biondi, apresenta os três traços distintivos: a) a doação se restringe à esfera patrimonial; b) a doação atribui ao donatário um direito – principal motivo pelo qual a constituição do *precarium* a alguém não é doação; c) a doação é causa que ocorre com relação a atos abstratos e não típicos – o que explica o motivo de o comodato e o testamento serem atos de liberalidade, mas não constituírem doação.

A dificuldade em caracterizar a doação como um contrato no Direito Romano reflete, com clareza, os diferentes tratamentos conferidos por alguns ordenamentos jurídicos modernos ao tema.

¹ SOUZA, Sylvio Capanema de. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. VIII, p. 82.

² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 561.

³ *Ibidem*, p. 561/562.

O artigo 940⁴ do Código Civil Português, diferente de outros ordenamentos jurídicos, conceituou a doação como sendo um contrato, conferindo ao instituto natureza negocial. Historicamente não foi essa a opção de outros sistemas jurídicos, que conferiam à doação o *status* de mero ato⁵.

O Código Civil Francês, de 1804, não atribuiu natureza contratual à doação, considerando-a um ato unilateral. Diante disso, é forçoso concluir que o sistema francês não exige a participação do donatário para o aperfeiçoamento da liberalidade, quase equiparando esse instituto ao testamento.

Luiz Roldão Freitas Gomes, autor brasileiro e profundo estudioso do direito estrangeiro, aduz que, de acordo com a legislação francesa, a doação e o testamento são tratados como modos de aquisição da propriedade. O Direito Alemão, por sua vez, tratou a doação da mesma forma que a legislação brasileira e a portuguesa, conferindo ao negócio natureza contratual⁶.

A diferença encontrada no sistema francês entre a doação e o testamento refere-se ao momento da produção dos efeitos. Na doação os efeitos se produzem em vida, ao passo que no testamento a eficácia somente é consolidada com a morte do testador.

Já o Código Civil Italiano de 1942, na visão de Paulo Luiz Netto Lôbo⁷ um dos ordenamentos mais avançados do século XX, considerou a doação uma modalidade de contrato, no entanto não a elencou no capítulo dos contratos em espécie, regulamentando tal negócio jurídico no Livro Primeiro, dedicado à pessoa e à família. O autor salienta que esse fato demonstra a permanente perplexidade sobre a real natureza desse instituto.

O Código Civil Português – no que é acompanhado pelo Código Civil Brasileiro – exige a aquiescência do donatário e, com isso, confere natureza contratual à doação. O mesmo não ocorre no ordenamento jurídico francês, pois nele a doação existe independentemente da aceitação, bastando o ato de liberalidade do doador. O ponto principal da diferença entre os dois sistemas é a necessidade da aceitação para o aperfeiçoamento da doação.

Para uma parcela dos estudiosos, há uma verdadeira crise da natureza contratual da doação. Com essa visão, esses críticos elencam alguns sistemas que qualificam esse instituto como ato ou conferem a ele, em algumas situações, características incompatíveis com um contrato, notadamente o seu caráter de manifestação de vontade unilateral, isto é, a falta da exigência de aceitação (artigo 951^o, n. 2, do Código Civil Francês).

Sobre o tema, bem discorrem Pires de Lima e Antunes Varela⁸, conforme transcrição oportuna, a seguir:

⁴ Código Civil Português – Artigo 940: “1 – Doação é o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu patrimônio, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício de outro contratante.”

⁵ Cf. LEITÃO, Luiz Manuel Telles de Menezes. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 173.

⁶ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Curso de direito civil – contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 227.

⁷ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 280.

⁸ DE LIMA, Pires; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 237.

“Foi a tese tradicional da doação real – transferência de bens – que pôs mesmo em crise, em alguns países, a própria natureza contratual do negócio – a sua bilateralidade. Por se verificar que dela não resultavam obrigações (*nec obligatio nec ulla actio*), foi qualificada a doação, em algumas legislações, como acto e não como contrato (cfr. Código Francês, artigo 894; Código Italiano de 1865, arts. 710 e 1050; Código Espanhol, artigo 618; Código brasileiro, arts. 1165, 1170 e 1173 onde a doação é considerada contrato, mas onde é nítida a influência do Código napoleônico).”

A legislação portuguesa preconiza, no artigo 945º do diploma em comento, a aceitação como regra, entretanto cria algumas exceções em que o legislador presume a aceitação quando cumpridos alguns requisitos, *v.g.*, na doação pura realizada em benefício do incapaz.

Para alguns autores⁹, o fato do legislador presumir a aceitação em determinadas hipóteses não retira da doação a sua natureza contratual. O legislador teria conferido ao silêncio do donatário eficácia de manifestação de vontade e, com isso, não seria suprimida a característica contratual dessas doações.

A questão não é pacífica, visto que autores de renome sustentam posicionamento diametralmente oposto. O Professor Menezes Leitão¹⁰, *v.g.*, defende que nessas situações estar-se-ia diante de um negócio jurídico unilateral: “o caráter contratual da doação não é, no entanto, absoluto, uma vez que a lei prevê expressamente a desnecessidade da aceitação no caso de doação pura efectuada para o incapaz”. O artigo 951º, n. 2, determina de modo expresso que essas doações produzem efeitos, independentemente de aceitação, em tudo que beneficiar ao donatário. Essa assertiva implica que o negócio se forma sem aceitação, sendo, por isso, um negócio jurídico unilateral e não um contrato.

A despeito de o Direito Brasileiro possuir regra semelhante em que relativiza o ato de aceitação, a doutrina dominante não suprimiu o caráter contratual da doação. A legislação anterior, nomeadamente o artigo 1.165 do Código Civil de 1916¹¹, elencava de forma expressa, no conceito de doação, a aceitação para o seu aperfeiçoamento. O Novo Código Civil, no artigo 538¹², suprimiu a necessidade de aceitação do conceito legal, o que, obviamente, não excluiu a sua necessidade, como regra, para o aperfeiçoamento do contrato. A conclusão é extraída da exegese sistemática dos demais dispositivos que regulamentam o instituto em comento, cuja aceitação é tratada como elemento necessário, na maioria das situações, para a formação do negócio jurídico.

⁹ Esse posicionamento é defendido por Capanema de Souza, na análise da legislação brasileira que possui uma regra similar (SOUZA, Sylvio Capanema de. *Comentários ao novo Código Civil*, v. VIII).

¹⁰ LEITÃO, Luiz Manuel Telles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 176.

¹¹ Código Civil Brasileiro de 1916 – Artigo 1.165 – “Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere de seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita”.

¹² Código Civil Brasileiro de 2002 – Artigo 538 – “Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para outra”.

O Desembargador Sylvio Capanema de Souza sustenta que na doação é abrandada a exigência da aceitação em certos casos. Leciona o autor que, em conformidade com o artigo 539, no caso de doação não sujeita a encargo, o silêncio do donatário importa em aceitação, fazendo nascer o contrato. De acordo com o posicionamento do referido Desembargador:

“Isto não significa dizer que se dispensa a aceitação, o que retiraria a natureza contratual do negócio. O que se admite é que a aceitação possa ser manifestada através do silêncio, e para que não se aperfeiçoe o contrato se exige que o donatário expressamente rejeite a liberalidade.”¹³

Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁴ recorre à teoria da conduta social de Karl Larenz para explicar, em conformidade com o Código Civil de 2002, a permanência da natureza contratual da doação, uma vez que a dispensa da aceitação se tornou, praticamente, regra no cotidiano.

A teoria da conduta social de Karl Larenz tem clara aplicação ao tema tratado. As doações de pequena monta, corriqueiras nas relações sociais, são geralmente estranhas ao esquema clássico de oferta e aceitação. Nesses casos, em rigor, a aceitação nem sequer ocorre, bastando a *traditio* para aperfeiçoamento do negócio jurídico. Nesse ponto, o legislador, ao conferir eficácia a simples entrega, cumpriu uma exigência do próprio cotidiano. Assiste razão a Capanema de Souza no caso do artigo 539¹⁵ do Código Civil Brasileiro, visto que o legislador, nessa situação, conferiu efetivamente eficácia ao silêncio; no entanto, a mesma teoria não se aplica às doações realizadas aos incapazes, pois o objetivo do legislador nesse caso foi protetivo e não validar uma conduta social reiterada pela sociedade.

O ordenamento jurídico português e o brasileiro conferem eficácia ao silêncio, dando a ele o *status* de manifestação de vontade. O principal fundamento, para alguns autores, na consideração do caráter contratual da doação é a exigência, para o seu aperfeiçoamento, da manifestação de vontade – leia-se *aceitação do donatário*. Isso, quer a aceitação tenha sido presumida – em face da disposição legal –, quer tenha sido expressa, em ambas as hipóteses houve formação do contrato, de acordo com o entendimento daqueles que propugnam por essa tese.

O fato de a legislação, de modo geral e em outras situações específicas, conferir efeito jurídico ao silêncio por si só não enseja a aplicação do mesmo raciocínio no tocante à doação realizada em benefício de um incapaz. É indiscutível que a legislação portuguesa e a brasileira dispensaram a necessidade da aceitação. Nesse aspecto, o Professor Menezes Leitão¹⁶ sustenta com propriedade a inexistência da natureza contratual. Não se está diante

¹³ LEITÃO, Luiz Manuel Telles de Menezes. Op. cit., p. 92.

¹⁴ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Comentários ao Código Civil*, p. 281.

¹⁵ “Art. 539. O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo.” No caso em tela, não existem dúvidas que o legislador conferiu eficácia ao silêncio, uma vez que a determinação foi expressa nesse sentido.

¹⁶ LEITÃO, Luiz Manuel Telles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 176.

de uma situação em que o legislador conferiu eficácia ao silêncio, mas, sim, dispensou a necessidade de aceitação, afirmando, peremptoriamente, que o ato produz efeitos com a simples liberalidade. Além disso, a essência da previsão legal é a própria proteção do incapaz, uma vez que a regra se aplica tão somente às doações puras, nas quais se presume a inexistência de prejuízo.

Diante disso, em síntese, infere-se que a doação, nos dois ordenamentos jurídicos objetos de debate, possui, em rigor, natureza contratual, entretanto, apesar da divergência suscitada, em algumas situações, *v.g.*, a doação em benefício do incapaz, o instituto possui natureza de verdadeiro negócio jurídico unilateral.

A exegese do artigo 940º do Código Civil Português possibilita a verificação da existência de três pressupostos basilares para que se configure o contrato de doação: a) atribuição patrimonial geradora de enriquecimento; b) diminuição patrimonial do doador; e c) espírito de liberalidade¹⁷.

O primeiro requisito diz respeito à atribuição patrimonial geradora de enriquecimento. Essa atribuição deve consistir em ato que confira efetivo aumento patrimonial a outrem. O próprio artigo 940º do Código Civil Português define que o aludido enriquecimento pode se consubstanciar pela disposição de uma coisa ou de um direito ou até a assunção de uma dívida.

A diminuição do patrimônio do doador é o segundo requisito necessário para a existência do contrato de doação. Ele foi extraído da expressão “a custa do seu patrimônio”, prevista no artigo 940º da legislação portuguesa. Saliente-se que deve ocorrer uma efetiva diminuição patrimonial, sob pena de se estar diante de outra modalidade de contrato, nomeadamente a prestação de serviço gratuita. Nela existe um ato de altruísmo, configurado em uma liberalidade, entretanto, não há doação em face da inexistência da presença do requisito ora estudado, qual seja, a efetiva diminuição patrimonial.

Por fim, resta analisar o terceiro requisito, considerado pela doutrina um dos mais complexos. Trata-se do chamado *animus donandi*, ou seja, o espírito de liberalidade. Consiste no fim direto de atribuir um benefício ao donatário, ensejando o seu enriquecimento¹⁸.

A doutrina brasileira, ao interpretar o artigo 538 do Código Civil pátrio, vislumbra a existência de dois elementos: o *animus donandi* (elemento subjetivo), consubstanciado na intenção de praticar uma liberalidade contratual, e o elemento objetivo, configurado na transferência de um bem ou de vantagens para outrem¹⁹.

Os conceitos fornecidos pela doutrina brasileira e pela portuguesa são quase idênticos. A exigência do elemento subjetivo, conhecido como espírito de liberalidade, está presente de forma clara em ambos os conceitos doutrinários, bem como é possível extraí-la da exegese da própria legislação. Os requisitos atribuição patrimonial geradora de enriquecimento e diminuição patrimonial do doador, elencados pela doutrina portuguesa, são consequências lógicas do elemento objetivo identificado por alguns autores brasileiros: a transferência de um bem ou de vantagens para outrem.

¹⁷ Cf. LEITÃO, Luiz Manuel Telles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 176/177.

¹⁸ *Ibidem*, p. 178.

¹⁹ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 277.

1 Promessa de doação

1.1 Breve intróito

O primeiro tema polêmico a se enfrentar no presente trabalho diz respeito à admissibilidade da chamada promessa de doação, verdadeiro contrato preliminar. Antes de iniciar a análise da viabilidade da promessa de doação, faz-se mister aferir o real conceito de um contrato preliminar, aquela avença que antecede o negócio jurídico principal.

No decorrer das tratativas, das negociações preliminares, é possível que os interessados cheguem a um consenso sobre o conteúdo contratual, entretanto, não podem ou não querem realizá-lo naquele momento, obrigando-se a celebrá-lo em um futuro próximo. Esse consenso – acordo de vontades no sentido de celebrar um negócio jurídico no futuro – é chamado, no Direito Brasileiro, de contrato preliminar; e, no Direito Português, de contrato-promessa.

O Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), no parágrafo 518²⁰, admitiu de forma expressa o instituto da promessa de doação. A inexistência de regra semelhante no Direito Português e no Direito Brasileiro desencadeou uma grande discussão acerca da compatibilidade da promessa com a essência e as características do contrato de doação. Nos dois ordenamentos jurídicos existem regras alusivas ao contrato-promessa – chamado no Direito Brasileiro de contrato preliminar –; entretanto, diferente do ocorrido no sistema germânico, inexistente norma específica admitindo ou não a promessa de doação.

Na doutrina portuguesa é possível verificar a existência de três posicionamentos doutrinários distintos acerca do tema: a) a parcela que não admite a existência do contrato-promessa de doação; b) a parcela que admite o contrato-promessa de doação, entretanto, não confere a ele a possibilidade da execução específica; c) e a parcela que admite o contrato-promessa e a possibilidade de execução específica.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras discutiram muito acerca da possibilidade da promessa de doação e sua posterior execução específica. O tema foi motivo de tanta controvérsia que deu ensejo à visualização de cinco posicionamentos diversos²¹. Para atender ao propósito de organizar o presente trabalho, faz-se necessário analisá-los em apartado.

1.2 Direito Brasileiro

O Código Civil Brasileiro de 1916 não regulamentava a matéria do chamado contrato preliminar, entretanto, o atual Código Civil dispõe de um capítulo que normatiza o tema, nomeadamente nos artigos 462 a 466. Dessa

²⁰ Parágrafo 518: (Forma da Promessa de Doação) – “Para a validade de um contrato pelo qual, como a promessa de doação, é prometida uma prestação, é exigível a documentação judicial ou por tabelião da promessa. O mesmo se dá quando é outorgada, como doação, uma promessa de dívida ou um reconhecimento de dívida das espécies de promessa ou de declaração de reconhecimento assinaladas nos parágrafos 780 e 781”.

²¹ A divergência citada é apresentada por Gustavo Tepedino, Heloisa Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes na obra *Código Civil interpretado em conformidade com a Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 215/219.

perspectiva, é necessário analisar três questões importantes: a) a admissibilidade da promessa de doação; b) a possibilidade da execução específica da promessa em caso do seu descumprimento; c) a função do registro exigido no artigo 463 do referido diploma hodierno.

O posicionamento mais clássico e radical sustenta a total impossibilidade da promessa de doação com fundamento na incompatibilidade entre a promessa e o elemento essencial desse contrato, qual seja, o *animus donandi*.

Serpa Lopes, na esteira do pensamento clássico ora perfilhado, não admite a promessa de doação e apresenta eventual consequência de sua permissão:

“Na verdade, se alguém se compromettesse a doar, a outorgar uma escritura de doação, e no momento da exigibilidade dessa prestação, não quisesse realizar? Qual a consequência jurídica dessa inadimplência? Poder-se-ia pedir a execução coativa dessa obrigação a título gratuito ou indenização por perdas e danos? Entendemos impossível qualquer das duas soluções, já que nos atos a título gratuito, só por dolo responde aquele a quem o contrato não favoreça”²².

Caio Mário da Silva Pereira, adotando posicionamento intermediário, admite a promessa somente nas hipóteses da doação com encargo, rejeitando na adoção pura. O renomado doutrinador brasileiro fundamenta o entendimento esposado na existência de um resquício de onerosidade na liberalidade com encargo. Na essência o autor concorda com a incompatibilidade do espírito de liberalidade existente no negócio jurídico gratuito com a promessa, mas não vislumbra a incidência dela na eventualidade da existência de um encargo no contrato²³.

Pontes de Miranda²⁴ e Silvio de Salvo Venosa²⁵ sustentam que a promessa de doação seria possível, entretanto, não admitem a possibilidade do magistrado conceder a tutela específica em demanda proposta pelo incumprimento do contrato preliminar. Nesses casos, seria possível somente a propositura de uma ação indenizatória. Os autores citados ancoram suas teses na suposta incompatibilidade da liberalidade com a tutela específica.

A jurisprudência brasileira, notadamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ), vem admitindo a promessa de doação e sua consequente execução somente nas hipóteses relacionadas ao Direito de Família.

²² SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Freitas Bastos, 2001. v. III, p. 187.

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. III, p. 160-161.

²⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964. v. 46, p. 126 e ss.

²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 132.

O julgamento do Recurso Especial 730.626/SP²⁶, no qual se discute somente a possibilidade da promessa de doação, demonstra que no STJ o entendimento é contrário a sua permissão, excepcionando as situações do Direito de Família, conforme mencionado.

Já no tocante à execução da promessa de doação realizada no bojo de um processo judicial do Direito de Família, como verdadeira condição para homologação de um acordo, o Excelso Tribunal, conforme se verifica no Recurso Especial 742.048RS²⁷, admite a tutela específica.

Capanema de Souza, apesar de admitir a execução específica em todas as hipóteses, principalmente em face da incidência do princípio da boa-fé objetiva, assevera que no caso do acordo homologado judicialmente existiria muito mais uma transação, cuja força é obrigatória, do que uma liberalidade²⁸.

Pablo Stolze Gagliano, em monografia sobre o contrato de doação e os seus efeitos, defende posição similar à das Cortes Superiores brasileiras. Segundo o autor, a regra geral é a admissibilidade da promessa de doação, entretanto, o seu descumprimento não pode ensejar execução específica, somente ação indenizatória: "entendemos que, por razões superiores, no âmbito do Direito de Família, escapando desse sistema geral, a promessa deve comportar execução específica, na estrita forma da lei processual civil". O doutrinador analisa os fundamentos da promessa em duas situações distintas. Na dissolução da sociedade conjugal (cônjuges e companheiros) a promessa encontraria fundamento no cunho compensatório em razão do término do enlace conjugal, ao passo que, no caso de a promessa ser perpetrada em favor dos filhos, utiliza-se o princípio do solidarismo familiar²⁹.

²⁶ "RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA - PROMESSA DE DOAÇÃO - ATO DE LIBERALIDADE - INEXIGIBILIDADE - PROVIDO O RECURSO DO RÉU - PREJUDICADO O RECURSO DA AUTORA.

1. A análise da natureza jurídica da promessa de doação e de sua exigibilidade não esbarra nos óbices impostos pelas Súmulas 05 e 07 deste Tribunal Superior, pois as conseqüências jurídicas decorrem da qualificação do ato de vontade que motiva a lide, não dependendo de reexame fático-probatório, ou de cláusulas do contrato. 2. Inviável juridicamente a promessa de doação ante a impossibilidade de se harmonizar a exigibilidade contratual e a espontaneidade, característica do *animus donandi*. Admitir a promessa de doação equivale a concluir pela possibilidade de uma doação coativa, incompatível, por definição, com um ato de liberalidade. 3. Há se ressaltar que, embora alegue a autora ter o pacto origem em concessões recíprocas envolvendo o patrimônio familiar, nada a respeito foi provado nos autos. Deste modo, o negócio jurídico deve ser tomado como comprometimento à efetivação de futura doação pura.

4. Considerando que a presente demanda deriva de promessa de doação pura e que esta é inexigível judicialmente, revele-se patente a carência do direito de ação, especificamente, em razão da impossibilidade jurídica do pedido. 5. Recurso especial do réu conhecido e provido. Prejudicado o exame do recurso especial da autora. Recurso Especial 730626/SP - 17/10/2006 - Ministro Jorge Scartezzini - 4ª Turma. Por Maioria." Saliente-se que a divergência no julgamento não recaiu sobre a questão da promessa de doação, mas sim na incidência dos juros.

²⁷ "CIVIL. PROMESSA DE DOAÇÃO VINCULADA À PARTILHA. ATO DE LIBERALIDADE NÃO CONFIGURADO. EXIGIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. A promessa de doação feita aos filhos por seus genitores como condição para a obtenção de acordo quanto à partilha de bens havida com a separação ou divórcio não é ato de mera liberalidade e, por isso, pode ser exigida, inclusive pelos filhos, beneficiários desse ato. Precedentes. Recurso Especial provido - Recurso Especial 742048/RS - Unanimidade - 14/09/2009 - Ministro Sidnei Beneti - 3ª Turma."

²⁸ SOUZA, Sylvio Capanema de. *Comentários ao novo Código Civil*, p. 112.

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 92.

Os argumentos apresentados pelo renomado autor tornam o sistema contraditório e inseguro. A análise da possibilidade da promessa, como será explanado adiante, deve realizar-se no âmbito dos princípios e regras que regem o próprio direito obrigacional, nomeadamente a interpretação conjugada da permissão legal da execução específica com o princípio da boa-fé objetiva.

Não se entende que os quatro posicionamentos relatados sejam os mais adequados. A doutrina moderna, de forma acertada, vem admitindo a promessa de doação e sua consequente execução específica. Nessa esteira, merecem destaque os posicionamentos de Paulo Luiz Netto Lôbo, Sylvio Capanema de Souza, Maria Celina Bodin de Moraes e Gustavo Tepedino.

Paulo Luiz Netto Lôbo³⁰, ao comentar os artigos do Novo Código Civil Brasileiro sobre a doação, sustenta claramente a admissibilidade da sua promessa no ordenamento jurídico, salientando até mesmo a possibilidade da aplicação das regras dos contratos preliminares, com as devidas adaptações.

Enfatiza-se, inicialmente, que a questão deve ser analisada sob a égide dos novos ditames legais referentes ao contrato preliminar, regulamentado nos artigos 462 a 465 do atual Código Civil. Conforme explicado adiante, ao analisar os citados dispositivos legais não se encontraram proibições acerca da admissibilidade de um contrato preliminar de doação. E o legislador poderia ter inserido uma regra vedando referida celebração. A divergência é antiga, mas, caso desejasse impedir esse negócio jurídico, deveria ter incluído a regra obstativa; portanto, em face do regramento existente deve preponderar o princípio da liberdade contratual.

A liberdade contratual, consubstanciada no artigo 421 do diploma civil vigente, é a regra no ordenamento jurídico brasileiro e somente pode ser relativizada mediante uma norma expressa ou quando violar os princípios da probidade e boa-fé, o que não ocorreu no caso estudado. Saliente-se, ainda, que a admissibilidade da promessa de doação não viola qualquer norma de ordem pública, nem mesmo de forma indireta. A relação jurídica é essencialmente de direito privado e, inexistindo vícios ou defeitos nas vontades das partes, deve ser considerada válida.

O clássico autor brasileiro Washington de Barros Monteiro sempre admitiu, de modo irrestrito, a promessa de doação. E os seus principais argumentos é que a liberalidade prometida não ofende qualquer norma de ordem pública e nem existe qualquer preceito legal proibitivo³¹.

O posicionamento ora adotado se coaduna com os anseios do legislador e da doutrina moderna, que exige o cumprimento da boa-fé objetiva em todas as fases contratuais, inclusive tanto antes da celebração do negócio jurídico (boa-fé objetiva pré-contratual) como após (boa-fé objetiva pós-contratual).

O ponto principal da divergência, da mesma forma que ocorre no Direito Português, é saber o âmbito de abrangência da expressão *natureza da*

³⁰ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Comentários ao Código Civil*, p. 285.

³¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. III, p. 118.

obrigação esculpida no artigo 464 do Código Civil³². O legislador, ao se referir à incompatibilidade da natureza da obrigação, tinha por objetivo o óbvio: a tutela específica não poderá ser utilizada quando a essência da obrigação impedir que uma decisão judicial a substitua. Os dois exemplos que demonstram o âmbito de incidência dessa regra são: a) o caso da obrigação personalíssima; e b) quando os próprios termos do contrato preliminar, em decorrência de sua vagueza, obscuridade ou da própria necessidade da delimitação de pontos da negociação ainda não especificados, impedirem a formação do contrato principal.

Por fim, obstar a execução específica da promessa de doação é retirar-lhe, totalmente, a sua eficácia prática e a seriedade da sua celebração. Em um ordenamento jurídico no qual as relações jurídicas, principalmente as negociais, são fundamentadas na boa-fé objetiva é inadmissível impedir a tutela específica em face do simples argumento de se tratar de uma liberalidade.

Com a nova regulamentação, questão interessante recai sobre os efeitos de uma promessa de doação de imóvel não registrada no ofício predial competente. O ponto nodal da divergência refere-se à interpretação do parágrafo único do artigo 463 do Código Civil.

A questão prévia é saber se o registro exigido condiciona a eficácia da promessa, impossibilitando a sua execução específica ou, ao contrário, somente reflete na eficácia perante terceiros.

Para uma análise percutiente da questão, faz-se necessário transcrever o teor do dispositivo legal:

“Artigo 463: Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que efetue.

Parágrafo único: *O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.*” (sem grifo no original)

O legislador, ao empregar o verbo *deverá*, criou uma causa de nulidade do negócio jurídico preliminar? Apesar da previsão de um comando que denota uma compulsoriedade, o legislador não estipulou no citado artigo, e nem nos dispositivos subseqüentes, nenhuma sanção para a ausência do registro. Diante desse fato, não se pode entender que o registro é um requisito de validade para o contrato preliminar. No ordenamento jurídico brasileiro, com claro fundamento na segurança das relações jurídicas, ele possui duplo objetivo, quais sejam, possibilitar a transmissão da propriedade em algumas situações, notadamente quando se tratar de imóveis (artigos 1.245 até 1.247 do Código), e conferir publicidade, possibilitando a produção de efeitos perante terceiros.

³² “Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.”

No sistema anterior ao de 2002, quando vigorava o Código Civil de 1916, não existia nenhuma regra possibilitando o registro dos contratos preliminares. No ordenamento brasileiro era recorrente esse tipo de celebração de promessas de contratar em acordos de separação judicial e divórcio, homologados judicialmente e, depois, encaminhados para registro no Cartório do Registro de Imóveis.

As primeiras controvérsias surgiram quando os oficiais começaram a não querer registrar as promessas, suscitando dúvidas e submetendo-as à análise do juiz registral. É oportuno lembrar que naquele momento não existia regra determinando o registro, conforme disposição ínsita no artigo 463 do Código Civil vigente.

Desde já, faz-se imperativo salientar que a ausência de registro não influencia na validade da promessa de doação. Resta saber se esse fato impediria a ação de execução específica, que teria a função de substituir o Judiciário na ausência de manifestação da vontade do promitente.

A explicação das funções do registro já responde à questão. A ausência de registro não pode ser fundamento para impedir a tutela específica no caso do contrato preliminar de doação.

1.3 Direito Português

Menezes Leitão³³, ao analisar o tema sob o prisma do ordenamento jurídico português, elenca os fundamentos dos autores que inadmitem o contrato-promessa de doação, aduzindo que: a) o negócio não seria admissível em razão da incompatibilidade com o requisito da espontaneidade, indispensável nas doações; b) a ser admissível o negócio, estar-se-ia diante da própria doação, o que tem como consequência a inexistência do contrato-promessa, uma vez que, na verdade, haveria o próprio negócio jurídico definitivo; e c) o negócio é incompatível com a proibição da doação de bens futuros.

O autor Cunha Gonçalves³⁴, ao sustentar a inadmissibilidade da promessa de doação, apresenta o seguinte argumento:

“Não é possível, ou não tem valor algum uma promessa de doar. A doação ou existe, ou não existe. Sendo um favor, ela não pode ser exigida, sob pena de perdas e danos; teríamos, assim, uma doação forçada; e um benefício não se impõe. Faltaria à doação o seu caráter de espontaneidade. O doador, não fazendo a doação prometida, poderá causar uma decepção ao donatário, mas não comete ato ilícito. As promessas só são exigíveis nos contratos a título oneroso, que são negócio com prestação recíproca.”

³³ LEITÃO, Luiz Manuel Telles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 193.

³⁴ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Max Limonad, 1956. v. VIII, p. 52.

Segundo Menezes Leitão³⁵, o requisito mencionado não é posto em causa, uma vez que a promessa é espontânea, conduzindo, por consequência, ao contrato definitivo. Assiste inteira razão ao renomado autor. A espontaneidade – verdadeiro espírito de liberalidade – pode existir no momento da celebração da promessa e depois, por decorrência lógica, persistir no momento da elaboração do negócio jurídico definitivo.

Além disso, não existe nenhuma exigência a propósito de a permissão do contrato-promessa no Direito Português existir somente nos negócios jurídicos a título oneroso, bem como a admissibilidade do citado contrato-promessa não violar qualquer norma de ordem pública. O negócio jurídico prévio de direito privado, de características essencialmente patrimoniais, está inserido na autonomia privada do indivíduo, consubstanciada na liberdade contratual.

Sobre o tema, faz-se mister colacionar os ensinamentos do Professor Inocêncio Telles Galvão, conforme a seguir:

“Já sabemos que o contrato-promessa é um acordo preliminar que tem por objeto uma convenção futura, o contrato prometido. Mas em si é uma convenção completa, que se distingue do contrato subsequente. Reveste-se, em princípio, da natureza de contrato obrigacional, ainda que diversa seja a índole do contrato definitivo.”³⁶

Um das questões mais controvertidas na matéria, servindo, inclusive, de fundamento para alguns autores inadmitirem o próprio contrato-promessa de doação, é o mecanismo de tutela do promissário que verifica o incumprimento do acordo (promessa de contratar) pelo promitente.

O Código Civil Português regulamenta o contrato-promessa nos artigos 410 a 413. A legislação anterior – Código de Seabra – regulamentava com mais timidez o citado instituto. Um das principais diferenças verificadas nas duas legislações era o seu âmbito de aplicabilidade. O Código de Seabra não preconizava o contrato-promessa de forma genérica para todas as espécies contratuais. A legislação previa a admissibilidade da promessa somente na compra e venda, sendo essa permissão ampliada pela doutrina e jurisprudência para outros contratos.

A nova normatização, conjugada com a regra do artigo 830º, trouxe profundas modificações para o sistema do contrato-promessa e conferiu maior credibilidade para a sua celebração, especialmente em face da previsão da sua execução específica em caso de descumprimento pelo promitente.

Antunes Varela³⁷ relata que a doutrina portuguesa, em conformidade com a legislação anterior, admitia somente a aplicação das sanções existentes ou estipuladas pelos contratantes, como perda do sinal, restituição deste em

³⁵ LEITÃO, Luiz Manuel Telles de Menezes. Op. cit., p. 194.

³⁶ TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 210.

³⁷ VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010. v. I, p. 335.

dobro e indenizações. Estar-se-ia diante de um “fato *incoercível*”, segundo expressão do renomado autor, ou seja, a promessa gerava somente uma obrigação de *facere*, notadamente a de emitir uma futura declaração de vontade consubstanciada no dever de contratar. O incumprimento dessa obrigação assumida na promessa não gerava ao promissário nenhuma proteção específica que substituisse a ausência de manifestação da vontade do promitente.

A ausência de admissibilidade da execução específica do contrato-promessa retirava por completo seu poder vinculativo e desestimulava sua elaboração, principalmente nos contratos de doação. Nesses negócios jurídicos gratuitos decorrentes da existência de um espírito de liberalidade, de altruísmo do doador, é muito difícil a comprovação de todos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil, única consequência prática do eventual descumprimento do contrato-promessa de doação.

O artigo 830º, com o claro intuito de conferir a tutela efetiva pretendida pelo promissário, possibilitou ao juiz a faculdade de substituir a vontade daquele que prometeu contratar e não o fez. A ideia da tutela específica se coaduna com os anseios da sociedade moderna e confere maior importância e seriedade às manifestações dos contratantes durante a fase das tratativas e, em particular, no momento da elaboração do contrato-promessa.

A atuação dos contratantes nas fases prévias dos contratos definitivos vem ganhando bastante importância legislativa, doutrinária e jurisprudencial. A admissibilidade da aplicação do princípio da boa-fé objetiva na fase pré-contratual e a própria tutela específica do incumprimento do contrato-promessa são demonstrações de uma evolução.

Sobre a citada evolução, faz-se mister colacionar, novamente, os ensinamentos de Antunes Varela: “Foi nesse sentido, incomparavelmente mais aberto às necessidades do nosso tempo, que se orientou a nossa nova lei civil, ao admitir no artigo 830º a chamada execução específica da promessa de contratar”. E continua o doutrinador:

“O modo como, na prática, o juiz supre a declaração negocial do faltoso é o de considerar o contrato prometido como realizado, por força da sentença, é o de decretar directamente o efeito fundamental do contrato prometido, como se o requerente e demandado o tivessem celebrado.”³⁸

A nova legislação portuguesa, de maneira incontroversa, regulamentou o chamado contrato-promessa e não criou nenhum tipo de restrição ou óbice para a sua aplicação no contrato de doação, admitindo a sua incidência em qualquer espécie contratual.

A questão a ser debatida refere-se à possibilidade da aplicação do artigo 830º do Código Civil em comento, que admite a execução específica no incumprimento do contrato-promessa, no caso da doação. É o seguinte o teor do citado dispositivo:

³⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*, v. I, p. 336.

“1 – Se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, *sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida.*” (sem grifo no original)

Em consonância com o previsto nos artigos 410º a 413º do Código Civil, que regulamentaram o contrato-promessa, o dispositivo do artigo 830º, I, também não limitou ou obsteu sua aplicação a qualquer espécie contratual. A análise conjugada das regras elencadas enseja uma conclusão lógica, de sua aplicabilidade aos contratos-promessa de doação.

Saliente-se que o legislador luso, no próprio artigo 830º, criou algumas regras aplicáveis somente aos negócios jurídicos onerosos. Nessas situações, considerando a previsão expressa, não se poderia argumentar uma incidência dos aludidos ditames ao contrato de doação, que é essencialmente gratuito.

Alguns autores, de forma majoritária, vislumbram que a execução específica da promessa de doação seria incompatível com a expressão “sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida” esculpida no artigo 830º. Na situação aventada, vislumbra-se uma possível inadequação da essência da promessa de doação com a própria execução específica.

O ponto nodal da questão é aprofundar o âmbito de abrangência da expressão apontada no parágrafo anterior e verificar se ela tem o poder de obstar a utilização do moderno mecanismo da execução específica na promessa de doação.

Verificou-se que o objetivo da referida expressão nele inserida é impedir a execução específica daqueles contratos-promessa que tenham por objeto a prestação de serviços pessoais, sejam contratos reais *quod constitutionem*³⁹, sejam contratos nos quais a pouca delimitação da futura contratação, em face do emprego de cláusulas vagas, *v.g.*, torne totalmente impossível que o Tribunal, por meio da execução específica, substitua a vontade daquele que celebrou a promessa.

A estudiosa Ana Prata, autora de obra específica sobre o contrato-promessa, admite a incidência deste na hipótese da doação, entretanto, não concorda com a aplicação do disposto no artigo 830º, n. 1, do Código Civil, que permitiria a execução específica. Sustenta a doutrinadora que, ao eliminar o sistema do regime da promessa de doação à tutela obrigacional da execução específica, estar-se-ia a caracterizar o aludido contrato-promessa na categoria de promessas precárias, cujo incumprimento se resolve no campo indenizatório⁴⁰.

A dificuldade da doutrina para admitir o próprio contrato-promessa como a sua execução específica insere-se nos mesmos fundamentos, entretanto, com conclusões e consequências diversas. Parte da doutrina apregoa, como já explanado de forma exaustiva, que o contrato-promessa nem sequer é válido, ao passo que outra parcela assevera que o seu incumprimento não pode ensejar a tutela específica.

³⁹ Os dois primeiros exemplos são fornecidos por Pires de Lima e Antunes Varela na obra *Código Civil anotado*, v. II, p. 108.

⁴⁰ PRATA, Ana. *O contrato promessa e seu regime civil*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 315.

O ponto nodal da questão é a alegada impossibilidade de exigir do promitente-doador, que no momento da elaboração do contrato-promessa tinha o *animus donandi* (espírito de liberalidade), a sua repetição em fase posterior. Ao se admitir a execução específica, segundo os ensinamentos de Ana Prata⁴¹, o fundamento nunca poderia ser o espírito de liberalidade, mas sim o *animus solvendi*, o que ensejaria a celebração de um contrato sem o elemento psicológico. Nas palavras da doutrinadora portuguesa, não estaríamos diante de “doação alguma”.

Ana Prata⁴², com a profundidade que lhe é peculiar, aduz que a promessa de doação é a própria doação, sendo seus efeitos postergados para o momento do cumprimento do contrato definitivo, seja de maneira volitiva, seja por decisão judicial, consoante o disposto no artigo 830º, n. 1. Na concepção da autora, a libertação da dívida resulta de um ato de cumprimento e não de uma segunda doação.

Em nenhum momento sustenta-se a possibilidade de uma doação sem o requisito psicológico, que é o *animus domini*. O espírito de liberalidade existiu no momento da promessa, e seus efeitos foram postergados. Como bem ressaltou Antunes Varela⁴³, obviamente a transmissão coercitiva provém do cumprimento e não de uma nova doação. A presente tese se ajusta aos anseios da boa-fé e à respeitabilidade das obrigações assumidas, requisitos exigidos em todos os negócios jurídicos.

Saliente-se, ainda, que admitir somente a responsabilidade civil inibe a celebração do negócio jurídico preliminar, por faltar credibilidade no seu futuro cumprimento. Para existir o dever de indenizar, obviamente, será necessário o preenchimento de todos os requisitos ensejadores da responsabilidade civil e, em especial, deve-se lembrar que não há obrigação de reparação sem dano. Imagine-se qual o dano que poderia ser proveniente do descumprimento de uma promessa de doação, que é uma liberalidade? As situações imagináveis são muito poucas, o que reforça que essa solução não se coaduna com o sistema contratual vigente.

O Supremo Tribunal de Justiça português tem se manifestado contrariamente à execução específica da promessa de doação. O fundamento apresentado nos julgados é a interpretação do artigo 830º, I. Sustenta-se a incompatibilidade da tutela específica com a natureza da promessa e a exigência de *animus donandi e recipiendi*⁴⁴.

⁴¹ *Ibidem*, p. 311/313.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*, v. I, p 335.

⁴⁴ “Execução específica – Doação – Mandato sem representação – União de contratos – Coligação de contratos – Alegações de recurso – Respostas aos quesitos – Motivação – Fundamentação – Litigância de má-fé.

[...]

VII – Não é admissível a execução específica – nos termos do artigo 830.º do Código Civil – de promessa de doação, já que a vontade solutória tem de ser actual, devendo manter-se até à formalização do negócio, pois que a natureza pessoal da doação justifica que as partes conservem a possibilidade de desistir do contrato definitivo até à sua outorga, embora podendo incorrer em responsabilidade pelo incumprimento. (sem grifos no original)

Apesar do atual posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça português ser contrário à tese da admissibilidade da execução específica, em uma investigação percuciente foi possível encontrar um julgado⁴⁵ em que se admitia a tutela específica da promessa de doação. Saliente-se que a decisão é do ano de 2001 e que, posteriormente, o entendimento se solidificou no sentido da inadmissibilidade.

2 Doação por morte

2.1 Análise da admissibilidade

O segundo tema a ser tratado no presente trabalho diz respeito à doação *mortis causa*, também denominada doação por morte. Nela o doador prevê a transferência do bem, a título gratuito, para depois de sua morte.

A principal questão é saber se no sistema sucessório em que haja a previsão da figura do testamento, negócio jurídico unilateral, revogável, essencialmente solene, que somente produz efeitos após o falecimento do testador, existiria compatibilidade com a figura da doação por morte.

Antes de analisar a delicada questão proposta, faz-se mister apresentar algumas diferenças entre os dois institutos. A doação, diferentemente do testamento, tem natureza contratual, ou seja, para o seu aperfeiçoamento é necessária a manifestação da vontade daquele que realiza a liberalidade (o doador), e daquele que necessariamente, em regra, deve aceitar (donatário) o benefício para formação do negócio jurídico. Já o testamento, instituto

VIII - Ademais, a jurisprudência e a doutrina dividem-se quanto à possibilidade/admissibilidade da promessa de doação." 29-06-2010 - Revista n. 476/1999.P1.S1 - 1ª Secção - Sebastião Póvoas (Relator) * - Moreira Alves - Alves Velho.

Contrato-promessa - Partilha dos bens do casal - Doação - Execução específica

I - Tendo, nos preliminares da acção de divórcio, Autor e Ré celebrado contrato-promessa de partilha em que se comprometeram a doar ao filho do casal os imóveis identificados, constituindo-se usufruto vitalício a favor do Autor relativamente a um desses imóveis, tal contrato é, sem mais, insusceptível de execução específica, pois a tal se opõe, em princípio, a natureza do contrato de doação que exige, em princípio, *animus donandi e recipiendi*.

II - Com efeito, sendo necessária, para que se conclua o processo constitutivo do contrato de doação, a aceitação do donatário e não se provando que tal aceitação tenha tido lugar ou que se esteja perante um caso em que ela não seja necessária (pois o filho era maior de idade), não é legalmente possível promover a execução específica, im procedendo o pedido do Autor no sentido de ser proferida sentença que substitua a declaração negocial da Ré por forma a que se transferisse para o Autor o direito ao usufruto vitalício sobre o referido prédio. (23-05-2006 - Revista n.º 864/06 - 6.ª Secção - Fernandes Magalhães (Relator) - Azevedo Ramos Silva Salazar).

⁴⁵ "Transacção judicial - Terceiro - Contrato-promessa - Doação - Execução específica

I - É lícito às partes, se lhes convier, estender o objecto da transacção judicial para além do objecto da causa e, subjectivamente, a terceiras pessoas que intervenham no processo unicamente para transgír.

II - Quanto a estas, porém, a transacção é extrajudicial.

III - Na promessa de doação há um contrato obrigacional unilateralmente vinculativo para o promitente doador, criando um crédito a favor do promitente donatário à custa daquele.

IV - Deste modo, a ser admissível a execução específica, nos termos do art. 830º, n.º 1, do CC, ela destina-se a suprir a declaração negocial do promitente doador e só pode ser requerida pelo promitente donatário, que é o beneficiário da promessa."

N.S. - 08-03-2001 - Revista n.º 400/01 - 6.ª Secção - Afonso de Melo (Relator) - Fernandes Magalhães - Tomé de Carvalho.

vinculado ao direito sucessório, é um negócio jurídico unilateral, que para existir depende somente da vontade do testador, produzindo os seus efeitos após a morte do estipulante.

Um das principais diferenças reside na revogabilidade⁴⁶. É da essência do testamento a possibilidade de sua modificação a qualquer tempo, ao passo que na doação a regra é a irrevogabilidade. Após a aceitação o contrato já está formalizado, somente admitindo a revogação em situações excepcionais, taxativamente previstas em lei.

A revogabilidade do testamento, segundo os ensinamentos de Zeno Veloso, é da essência deste. O direito de revogar é de ordem pública, não podendo ser renunciado pelo testador e, portanto, será considerada nula qualquer disposição nesse sentido⁴⁷.

Oliveira Ascensão⁴⁸ ressalta a impossibilidade de o negócio *mortis causa* ser bilateral, admitindo somente a hipótese da unilateralidade. O objetivo é evitar pressões sobre o autor da herança enquanto este estiver vivo, mantendo a disponibilidade dos bens e inibindo a ocorrência de decisões precipitadas, inadmissíveis em face da inexistência, nessas situações, da revogabilidade, essencial aos testamentos.

Uma das questões mais controvertidas na doação por morte refere-se ao âmbito de sua aplicabilidade.

Pereira Coelho⁴⁹ e Capelo de Sousa⁵⁰ sustentam que a lei não impediu as partes de estabelecer, mediante cláusulas acessórias, que os efeitos das doações fiquem condicionados ou diferidos para depois do falecimento do doador. Na visão dos autores, o disposto no artigo 946º somente proibiu a liberalidade quando a morte for verdadeira causa ou concausa da atribuição patrimonial.

O renomado autor luso Menezes Leitão elenca a divergência no Direito Português sobre a admissibilidade da doação por morte em algumas situações e explica o posicionamento dos autores Pereira Coelho e Capelo de Sousa:

“Para uma posição, seguida por Pereira Coelho e Rabindranath Capelo de Sousa, a lei apenas proibiria as doações em que a morte constitui a verdadeira causa ou concausa da atribuição patrimonial, uma vez que só estas são abrangidas pela proibição dos pactos sucessórios. Nada impediria, porém, as partes de estabelecer, através de cláusulas acessórias, em que os efeitos da doação fiquem condicionados ou sejam diferidos para a data da morte do doador. Seria assim admissível

⁴⁶ O Direito Brasileiro, no artigo 1.609, e o Direito Português, no artigo 1.858º, dos respectivos Códigos Civis, preconizam uma hipótese de cláusula irrevogável do testamento. Cuida-se da perfilhação. A regra não viola qualquer norma de ordem pública e nem a própria essência da sucessão testamentária em face da natureza extrapatrimonial do reconhecimento realizado e sua importância no tocante aos direitos da personalidade do reconhecido.

⁴⁷ VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21, p. 345.

⁴⁸ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil - sucessões*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 214.

⁴⁹ COELHO, Francisco Pereira. *Direito das sucessões*. Coimbra: J. Abrantes, 1992. p. 26.

⁵⁰ SOUSA, Rabindranath Capelo de. *Lições de direito das sucessões*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. v. I.

quer a doação com reserva de usufruto (art. 958º), ou com a faculdade de disposição por morte de coisa determinada (art. 959º), quer a estipulação da doação sujeita ao termo morte do doador (doação *cum moriar*) ou subordinada à condição de pré-falecimento do doador (doação *si praemoriar*).⁵¹

O posicionamento majoritário está em sentido diametralmente oposto. Na verdade o legislador teve por objetivo abranger todas as situações; além disso, é muito difícil diferenciar quando a morte figura como causa/concausa ou como mera cláusula acessória. A excepcionalidade da admissão da doação por morte no Direito Português, que é expressa em face do disposto no artigo 946º, não permite qualquer interpretação extensiva.

Sobre o tema, faz-se mister, novamente, colacionar o posicionamento de Menezes Leitão: “[é] extremamente difícil distinguir na prática entre as duas situações, o que abriria as portas a que esta proibição fosse facilmente fraudada”⁵².

Galvão Telles já visualizava a dificuldade a tese sustentada por Pereira Coelho e Capelo de Souza, o que necessitaria do intérprete uma distinção entre a liberalidade *inter vivos* e *causa mortis*. Sustenta o renomado autor: “não se vê como poderiam distinguir-se com segurança uma liberalidade por morte e uma liberalidade em vida cujos efeitos ficassem suspensos até o momento da morte”⁵³.

Carvalho Fernandes, na esteira dos ensinamentos de Galvão Telles, adverte que “a falta de critério nítido e seguro” para demarcar a diferença entre uma doação *mortis causa* e uma *inter vivos* pode gerar dúvidas e conflitos⁵⁴.

O próprio sistema sucessório impede a realização desse tipo de contrato. A eventual inexistência da regra proibitiva do artigo 946º do Código Civil Português não geraria a admissão da doação por morte. Ela seria incompatível, por si só, com o sistema sucessório vigente.

A sucessão testamentaria está regulamentada de forma exaustiva tanto no Direito Brasileiro como no Direito Português. Conforme salientado, uma das características essenciais dos testamentos é sua revogabilidade, ou seja, o testador pode, até o momento que antecede a sua morte, considerando sentimentos pessoais ligados a sua vontade, que não precisa relatar ou expor na cédula, modificar o negócio jurídico unilateral.

A característica da revogabilidade do testamento está em consonância com o sistema sucessório. O legislador, ao permitir a conjugação de uma sucessão legítima (em que a lei presume a necessidade da proteção de parentes próximos) com a sucessão testamentária (em que se respeita a vontade do testador), demonstra que o sistema sucessório deve respeitar os interesses do testador até o dia de sua morte, admitindo que situações posteriores à elaboração do negócio permitam que ele modifique seus objetivos iniciais. A sucessão testamentária tem como fundamento basilar o princípio da autonomia da vontade.

⁵¹ LEITÃO, Luiz Manuel Telles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 218.

⁵² LEITÃO, Luiz Manuel Telles de Menezes. *Direito das obrigações*, p. 219.

⁵³ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões*. Coimbra: Coimbra, 1985, p. 116.

⁵⁴ FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Lições de direitos das sucessões*. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2008, p. 560.

O Código Civil Brasileiro de 2002 silencia sobre o tema e, repetindo parcialmente o Código Civil de 1916, preconiza somente uma regra genérica (artigo 426), no capítulo referente aos contratos, de proibição da contratação da herança de pessoa viva.

Eduardo de Oliveira Leite argumenta que o dispositivo em referência extirpa do ordenamento jurídico a tentativa de conferir natureza contratual ao testamento: “A vedação da hipótese é suficiente a afastar qualquer tentativa de visualizar no testamento natureza contratual”⁵⁵.

A proibição da contratação da herança de pessoa viva, de forma genérica, seria capaz de impedir a celebração do contrato de doação por morte? O citado impedimento também abrangeria as doações em que o evento morte seria mera cláusula acessória? O termo “herança”, empregado no referido artigo 426, impediria a doação por morte de bens determinados?

O raciocínio e os fundamentos expostos para o Direito Português são os mesmos que devem ser tratados para a legislação brasileira. A existência da regra expressa seria salutar para evitar eventuais discussões e dúvidas sobre o tema; apesar disso, a doação por morte é defesa pela legislação brasileira. Além da total incompatibilidade com o sistema sucessório, conforme já demonstrado, a regra da proibição de contratação da herança de pessoa viva deve ser analisada em conformidade com o sistema e não de forma isolada.

Por fim, resta saber se as hipóteses de doação por morte existentes no Direito Português poderiam ter aplicação no sistema brasileiro, fundamentadas no princípio da liberdade contratual.

A resposta a essa indagação também deve ser negativa. A relativização da regra geral da proibição de contrato da herança de pessoa viva necessitaria de uma previsão expressa, o que não ocorreu. Infere-se, pois, que o sistema adotado no Brasil é mais restrito e não permite exceções.

No Direito Português, a teor do artigo 2.027º, a sucessão pode se dar de três maneiras: a) legítima; b) testamentária; e c) contratual. A doação por morte, que no sistema luso é admitida em algumas hipóteses, se insere como uma das hipóteses da sucessão contratual. A análise do n. 2 do artigo 2.028º evidencia a excepcionalidade da sucessão contratual, que é admissível somente nas situações previstas em lei, sendo nulas em todos os demais casos.

A proibição do *pacto de succedendo* se fundamenta no princípio da liberdade da disposição por morte, que tem como corolário lógico a revogabilidade do testamento. A natureza bilateral da sucessão contratual retira a possibilidade de revogação e a livre disponibilidade existente até o momento da morte. Em razão dos fundamentos apresentados, as hipóteses de sucessão contratual no Direito Português devem ser interpretadas restritivamente⁵⁶.

⁵⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI, p. 314.

⁵⁶ FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Lições de direitos das sucessões*, p. 557/558.

2.2 Doações por morte no Direito Português

O Código Civil Português, no artigo 1.756⁵⁷, preconiza a chamada doação para o casamento, consubstanciada também na liberalidade perpetrada entre os esposados ou por um terceiro aos esposados.

Nesse contrato o casamento atua como verdadeira condição suspensiva, uma vez que após a sua celebração o negócio jurídico passa a produzir efeitos. Conforme os ensinamentos de Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira⁵⁸, a doação é realizada entre esposados e não entre cônjuges, já que ela se aperfeiçoa antes do enlace; os efeitos, sim, são produzidos posteriormente.

As doações entre esposados ocorrem por ato *inter vivos* ou *mortis causa*. A doutrina, ainda, divide-a em três modalidades: a) doações *inter vivos* de bens presentes; b) doações *mortis causa* de bens presentes certos e determinados; e c) doações *mortis causa* de parte ou totalidade da herança⁵⁹.

O artigo 1.756^o estipula que a doação para o casamento somente é válida caso seja realizada mediante convenção antenupcial, considerando nulos os negócios realizados por meio de escritura pública.

A doutrina majoritária vem abrاندando a excessiva limitação perpetrada pelo legislador, em especial nas hipóteses da não realização do pacto antenupcial em face da escolha do regime de bens supletivo para o casamento. Nessas situações, as doações são feitas por escritura pública, entretanto, em decorrência da opção pelo regime legal, torna-se desnecessária a celebração de um pacto antenupcial.

A exegese extensiva do artigo 1.756^o, notadamente da expressão “convenção antenupcial”, se ajusta aos anseios do legislador. A realização da doação mediante escritura pública nos casos da adoção do regime supletivo, por si só, já confere a segurança jurídica exigida na lei; uma análise literal do dispositivo seria, portanto, desproporcional e ensejaria um rigor excessivo, acoimando de nulidade a liberalidade.

A ideia defendida neste estudo está em consonância com o posicionamento de Pereira Coelho e Guilherme Oliveira, conforme excerto colacionado a seguir:

“[...] Na verdade, convenção antenupcial é qualquer escritura feita pelos nubentes em vista do casamento, quer escolham um regime de bens quer não. Se os nubentes aceitaram o regime supletivo e fizeram uma (ou mais) escritura de doação, deixando claro que se trata de um negócio pré-nupcial e por causa do casamento, estaremos perante uma convenção antenupcial e a doação será formalmente válida; e o mesmo se passará se os nubentes fizerem uma escritura para escolher o regime de bens e, em separado, fizerem outra escritura, para formalizarem a doação.”⁶⁰

⁵⁷ “1756 – Forma – 1 – As doações para casamento só podem ser feitas na convenção antenupcial”.

⁵⁸ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito da família*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 514.

⁵⁹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito da família*, p. 515.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 514.

O tópico a seguir aborda a problemática da conversão da doação por morte em outro negócio jurídico.

2.3 Conversão

Uma das questões mais tormentosas na doutrina e na jurisprudência, tanto no Direito Português como no Brasileiro, é a possibilidade da conversão da doação por morte em outro negócio jurídico, notadamente o legado.

Antes de enfrentar a problemática sob o enfoque da doação por morte, é imperativo tecer algumas considerações sobre a sistematização do instituto da conversão nos dois sistemas jurídicos ora estudados.

O Código Civil Português, no artigo 293º, prevê o instituto da conversão. Além dessa regra, o *Código* preconiza em dispositivos específicos a admissibilidade do instituto, com a exigência de requisitos especiais. No tocante à doação por morte, o artigo 946º, n. 2, do Código Civil (“Será, porém, havida como disposição testamentária a doação que houver produzido os efeitos por morte do doador, se tiverem sido observadas as formalidades do testamento”) permite expressamente a conversão nessa hipótese e elenca os requisitos necessários, analisados adiante, em momento oportuno.

A regra específica existe também em outros ordenamentos jurídicos, como no Código Civil Espanhol (artigo 620): “Las donaciones que hayan de producir seus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se registrarán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria”.

A regra também se repete no Código Civil Argentino: “Si alguno prometiese bienes gratuitamente, con la condición de no producir efecto la promesa sino después de su fallecimiento, tal declaración de voluntad será nula como contrato, y valdra sólo como testamento, si está hecha con las formalidades de estos actos jurídicos.”

O Direito Brasileiro não possui regra específica para a conversão no caso da doação por morte. Esse fato, por si só, não impede a aplicação dos ditames do instituto, previsto no artigo 170 do Código Civil, visto que os requisitos exigidos para conservação – mediante conversão – do negócio jurídico estão presentes. A diferença do ordenamento jurídico brasileiro para o português reside na falta da regra especial, que, como já explicitado, não impossibilita a ocorrência da conversão.

A conversão do negócio jurídico é a densificação do princípio da conservação. Por ele entende-se que a atividade negocial deve ser o mais possível mantida para a consecução do fim praticado⁶¹. Assim sendo, levando-se em conta o valor da conservação, existindo duas interpretações possíveis da declaração da vontade, em que uma prive a validade e outra lhe assegure, deverá ser adotada a última. Na sociedade contemporânea, procura-se evitar ao máximo a nulidade do negócio jurídico, prestigiando sempre o fim pretendido pelos sujeitos⁶².

⁶¹ Nesse sentido, SOARES, Teresa Luso. *A conversão do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 15.

⁶² Nessa esteira, THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I, p. 534.

A conversão é o meio jurídico pelo qual, cumpridos certos requisitos, se transforma um negócio jurídico inválido em outro, com o objetivo de salvaguardar o resultado prático que os sujeitos visavam alcançar⁶³. Na verdade, aproveita-se o suporte fático, que não era capaz de conferir validade a um negócio jurídico, para outro, ao qual é suficiente.

A ideia parte do pressuposto de aproveitamento do negócio que contém um vício de nulidade ou anulabilidade. A inexecutabilidade do negócio, em conformidade com o imaginado pelas partes, pode ser salvo por uma nova roupagem jurídica, alcançando-se o resultado prático pretendido. Para isso, o resultado jurídico alcançado não pode ser contrário ao fim desejado pelas partes.

A elaboração de um negócio jurídico depende de uma escolha, pelas partes, do meio técnico adequado para atingimento da finalidade proposta. Além da vontade negocial, obviamente, existem requisitos e fatores condicionadores da validade do negócio. O respeito a esses requisitos ensejam a validade do negócio, ao passo que o desrespeito o torna inválido. Para aferir se o negócio é válido ou não, realiza-se um ato de qualificação, ou seja, verifica-se o cumprimento dos requisitos de validade mediante análise do ato negocial.

A conversão é considerada uma das modalidades da qualificação jurídica do ato negocial. Nesse processo de qualificação, realiza-se uma correção, transformando o negócio em outro, de tipo diverso. Sobre o tema, é escoreita a afirmação de Humberto Theodoro Junior⁶⁴, com arrimo em José Luiz de Los Mozos, em que vislumbra a ocorrência de verdadeira dupla qualificação jurídica. Em um primeiro momento, verifica-se a nulidade e, posteriormente, opera-se a correção, transformando o negócio em outro, este último válido.

A conversão é dividida em material – também chamada de substancial –, consubstanciada quando ocorre a substituição por outro negócio jurídico; e formal, quando não ocorre modificação, visto que o negócio, sem perda da validade, admite seu aperfeiçoamento por diversas formas. Nesta última, a maior parte da doutrina defende a inexistência da conversão propriamente dita.

Questão bastante tormentosa é a verificação da incidência das teorias objetiva e subjetiva da conversão.

Os adeptos da teoria objetiva sustentam bastar o processo de qualificação jurídica para a conversão ocorrer. Não seria necessária a análise do elemento subjetivo das partes, ou seja, a manifestação da vontade delas.

A legislação brasileira e a portuguesa, bem como a alemã e a italiana, adotaram a teoria subjetiva, segundo a qual, além de realizar a aferição da qualificação jurídica, faz-se mister verificar a existência de vontade hipotética das partes – requisito subjetivo –, ou seja, analisa-se, de forma presumida, se as partes, tendo conhecimento da invalidade ocorrida, teriam praticado o negócio substitutivo. Sabe-se que, obviamente, não é possível exigir uma vontade real, pois nesse caso não existiria tecnicamente uma conversão, mas sim uma vontade declarada.

⁶³ A esse respeito, SOARES, Teresa Luso. Op. cit., p. 15.

⁶⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao Código Civil*, p. 536.

Após a breve análise sobre o instituto da conversão, resta analisar os pontos mais importantes do disposto no artigo 946º, n. 2, do Código Civil Português, que trata da conversão legal em disposição testamentária. Saliente-se que o Código Civil Brasileiro não possui regra similar, o que, conforme já explicitado, não impede a incidência do instituto, utilizando-se para isso a cláusula geral da conversão preconizada no artigo 170 do citado ato normativo brasileiro.

A análise da legislação portuguesa sobre a matéria, especialmente o previsto no artigo 946º, n. 2, do Código Civil, pode ensejar uma dúvida ao intérprete. O dispositivo não exige o elemento subjetivo da conversão, que está previsto na cláusula geral portuguesa (artigo 293), elencada somente como pressuposto a observância da formalidade do testamento. Teria o legislador estipulado verdadeira hipótese de conversão legal, extirpando a necessidade da vontade hipotética?

O posicionamento de Oliveira Ascensão responde de maneira positiva a essa indagação: "A conversão do negócio jurídico é admitida em geral no artigo 293º. Mas aqui há uma conversão legal, o que implica que não se atende à vontade presumida ou tendencial do autor do negócio jurídico."⁶⁵

Diante do exposto, é forçoso concluir que, na hipótese em tela – conversão legal no caso da doação por morte –, o legislador se aproximou mais da teoria objetiva, considerando a inexigibilidade do elemento subjetivo.

No caso da legislação brasileira a necessidade do elemento subjetivo é clara. O principal fundamento reside na inexistência de regra específica, como ocorre no Direito Português. Em razão disso, resta ao intérprete aplicar a regra da cláusula geral da conversão, insita no artigo 170 do Código Civil Brasileiro. Esse também é o entendimento de Pablo Stolze Gagliano⁶⁶.

A última questão a ser analisada refere-se aos requisitos formais exigidos no artigo 946º, n. 2, da legislação portuguesa para o aperfeiçoamento da conversão legal. O dispositivo expressamente exige a observância dos requisitos legais para elaboração de um testamento. Assim sendo, em uma interpretação literal, somente poder-se-ia aproveitar o negócio jurídico mediante conversão caso a doação por morte fosse realizada com todas as exigências de uma cédula testamentária, notadamente as mais importantes, como o comparecimento de testemunhas instrumentárias e a utilização da escritura pública.

Assiste razão aos eminentes Professores Oliveira Ascensão⁶⁷ e Carvalho Fernandes⁶⁸ ao relativizarem a literalidade do dispositivo, admitindo em determinadas situações a ausência de alguns requisitos exigíveis para o testamento.

O problema mais complexo refere-se à exigência das testemunhas. *Prima facie*, o artigo 67º⁶⁹ do Código de Notariado não exige, em rigor, testemunhas

⁶⁵ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – sucessões*, p. 94.

⁶⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação*, p. 32.

⁶⁷ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – sucessões*, p. 95.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 582.

⁶⁹ "Artigo 67. – Intervenção de testemunhas e de peritos médicos: 1 - A intervenção de testemunhas instrumentárias apenas tem lugar nos casos seguintes: a) Nos testamentos públicos, instrumentos de aprovação ou de abertura de testamentos cerrados e internacionais e nas escrituras de revogação de testamentos; b) Nos casos previstos no n.º 4 do artigo 51.º; c) Nos outros instrumentos, com

para a elaboração das escrituras em geral, entretanto, para o testamento são necessárias. Diante disso, referida exigência impediria por completo a aplicação da regra da conversão legal da doação por morte. A ausência de exigência da presença de testemunhas na elaboração da escritura pública da doação, por si só, denota que a exegese literal da regra levará a sua total ineficácia. Saliente-se, ainda, que o próprio artigo 946º, n. 2, não exige o elemento subjetivo da conversão, ou seja, aquela vontade hipotética.

Carvalho Fernandes faz uma interpretação sistemática do Código de Notariado, especialmente o artigo 67º, n. 1, "a", e n. 2. A regra geral é a exigência das testemunhas instrumentárias, entretanto, a própria legislação as dispensa, de forma genérica, em situações especiais, que devem ser analisadas pelo próprio notário.

Propugna-se neste estudo que, se o notário pode, em situações extraordinárias, dispensar as testemunhas, não seria coerente e razoável deixar de converter o negócio jurídico em face da ausência delas. A exigência de testemunhas, nesse caso, torna o sistema incoerente e retira qualquer eficácia prática do dispositivo que criou a hipótese da conversão legal.

excepção dos protestos de títulos de crédito, quando o notário ou alguma das partes reclame essa intervenção; 2 - A intervenção de testemunhas nos actos a que se refere a alínea a) do número anterior pode ser dispensada pelo notário, no caso de haver urgência e dificuldade em as conseguir, devendo fazer-se menção expressa desta circunstância no texto. 3 - As testemunhas instrumentárias, quando haja lugar à sua intervenção, são em número de duas e a sua identidade deve ser verificada por uma das formas previstas nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo 48.º, consignando-se no instrumento o processo de identificação utilizado. 4 - Podem ainda intervir nos actos peritos médicos para abonarem a sanidade mental dos outorgantes, a pedido destes ou do notário." (sem grifo no original)