

DA PROMESSA DE DOAR NAS AÇÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA

Valter Gonçalves de Lima Júnior

Mestre em Processo Civil pela PUCCAMP;
Pós Graduado em Direito Empresarial pelo
Mackenzie/SP; Pós Graduado em Direito de
Família e Sucessões pela EPD/SP;
Pós Graduado em Direito Penal e Processo
Penal pela Faculdade Damásio de Jesus;
Pós Graduando em Processo Civil pela
EPD/SP. Professor Universitário e
Advogado.

Anne Lucy B. V. de Freitas

Pós Graduada em Processo Civil pela
PUCCAMP; Pós Graduada em Direito
Contratual pela Faculdade INESP;
Pós Graduada em Direito Penal e Processo
Penal pela Faculdade Damásio de Jesus,
Advogada.

RESUMO: O presente artigo busca analisar brevemente a ocorrência da promessa de doação nos acordos celebrados nos processos de direito de família, ou seja, verificar se a doutrina e a jurisprudência atual do STJ considera válida ou não tal promessa, bem como, se pode ou não ser exigida coercitivamente em caso de descumprimento.

PALAVRAS-CHAVES: Direito de Família – Doação – *Pactum de donando* – Promessa de Doação.

SUMÁRIO: 1. Generalidades acerca do contrato de doação. 2. O *pactum de donando*. 3. A promessa de doação nas ações de divórcio judicial e dissolução de união estável. 4. Menção aos atuais julgados do STJ a respeito do tema. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. GENERALIDADES ACERCA DO CONTRATO DE DOAÇÃO.

Para alguns autores, a doação é considerada a prática mais antiga de transmissão da propriedade, antes mesmo do escambo, como reflexo do espírito de solidariedade existente nos seres humanos.¹

A palavra doação deriva do latim *donatio*, de *donare* (dar, brindar, presentear)², bem exprime o vocábulo, pois, pelo contrato de doação, alguém (doador - *donans*) se obriga a transferir bens ou vantagens do seu patrimônio para o de outrem (donatário ou beneficiário - *donatarius*), movido pelo espírito de liberalidade.³

Paulo Nader discorre sobre esse conceito, e afirma que aparentemente tal definição contraria o artigo 538 do Código Civil⁴, pois o legislador não se refere à obrigação de transferência de bens ou vantagens, mas determina que o contrato os transfere, sendo, portanto, expressões diversas.⁵

Nessa linha, conclui-se que a doação é negócio jurídico firmado entre doador e donatário, por força do qual o primeiro transfere bens, móveis ou imóveis, para o patrimônio do segundo, que os aceita, animado pelo propósito de beneficência ou liberalidade como elemento causal da avença.⁶

Pois bem, a doutrina ainda se divide a respeito de ser ou não requisito necessário a aceitação do donatário, tendo em vista que o artigo 538 do Código Civil não repetiu a expressão “que os aceita” constante do artigo 1.165 do antigo Código.

Relata Flávio Tartuce que basta a intenção de doar (*animus donandi*) para o contrato ser válido, e, por isso, a aceitação da doação pelo donatário estaria no plano da eficácia tão somente, apesar do autor Paulo Luiz Netto Lôbo defender ser a aceitação do

¹ NADER, Paulo. Curso de direito civil, vol. 3 – Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 223.

² SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, 22 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 491.

³ NADER, 2008, p. 225.

⁴ Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.

⁵ Idem, p. 225.

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. O contrato de doação – análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 14.

donatário elemento complementar para tutela dos interesses do donatário, com base na afirmação de que ninguém é obrigado a aceitar doação.⁷

Como se pode verificar, o contrato de doação possui elementos caracterizadores, quais sejam: unilateralidade (obrigação apenas do doador, mas em caso de doação modal ou com encargo será bilateral), formalismo (o artigo 541 do Código Civil⁸ exige escritura pública ou instrumento particular, mas no caso de doação manual prevista no parágrafo único possibilita ser verbal no caso de bens móveis de pequeno valor, possuindo natureza real), ânimo de doar ou *animus donandi* (ou seja, o propósito de beneficiar patrimonialmente o donatário escolhido pelo doador), e, gratuidade (se doação pura, apenas uma das partes se beneficia, qual seja, o donatário. Importante ressaltar, caso seja doação com encargo o que encontraremos é a onerosidade ao invés da gratuidade).

E, por fim, para melhor compreensão do trabalho, devemos conceituar pelo menos dois tipos de doação: a pura e simples ou também chamada de típica, em que o ato constitui mera liberalidade, e também a doação onerosa, modal, com encargo ou gravada, em que o doador impõe ao donatário um dever.

2. O PACTUM DE DONANDO

Ao analisar o artigo 466 do Código Civil, verificamos que trata da promessa de contrato ou contrato preliminar, que tem por objetivo a obrigação de fazer um contrato definitivo. Tal disposição legal está inserida na autonomia privada do contratante.

Na promessa de doar, um doador compromete-se a praticar uma liberalidade em benefício do compromissário donatário ou mesmo de um terceiro.

Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro não há previsão da promessa de doação, muito menos alguma proibição, visto que não contraria nenhum princípio de ordem pública.

⁷ TARTUCE, Flávio. Direito Civil, vol. 3 – Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. São Paulo: Método, 2006, p. 280.

⁸ Art. 541. A doação far-se-á por escritura pública ou por instrumento particular. Parágrafo único. A doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição.

Já no Código Civil alemão, existem disposições expressas admitindo o contrato preliminar de doação, nos artigos 518, 523 e 2.031.

Dessa forma, a doutrina brasileira se divide a respeito da validade, eficácia e exigibilidade do *pactum de donando*. Vejamos.

Caio Mário da Silva Pereira é contrário à idéia de promessa de doação gratuita, defende que a exigibilidade da promessa poderia provocar uma doação coativa ao arrepio da vontade do doador, ou seja, o ato de doar seria o cumprimento de obrigação e não exercício da liberdade do doador.⁹ Entretanto, em caso de doação onerosa, poderá ser exigida, pelo encargo imposto ao donatário.

Nesse passo cumpre destacar a posição de Paulo Nader ao comentar a posição acima mencionada:

Penso que a espontaneidade deve estar presente no *pactum de contrahendo*, qualquer que seja a modalidade contratual. É naquele momento que as partes se vinculam jurídica e moralmente. O contrato definitivo é mera decorrência do ajuste anterior e não importa se a declaração de vontade não coincida com a razão íntima das partes no momento e seja uma conseqüência da pressão do contrato anterior. A ser válido o argumento do eminente jurista Caio Mário da Silva Pereira, não apenas a promessa de doação seria um despropósito, mas também a de venda ou de qualquer outro contrato, pois se poderia chegar a *uma venda sob coação* ou a *um comodato sob coação*, entre outros.

Também para Tartuce, o entendimento contrário à promessa de doação não procede, devido à versão pós-moderna do direito contratual e da nova visualização da autonomia privada, inclusive referido autor concorda com a exigibilidade da promessa de doação por meio da ação cominatória, por ser direito do futuro beneficiário exigir o cumprimento da doação da coisa, pois a intenção de praticar a liberalidade manifestou-se no momento da sua celebração.¹⁰

No mesmo sentido, Venosa entende ser possível a promessa de doação quando provier de vontade sem vício do doador e não ofender nenhum princípio jurídico, em especial no direito de família, entretanto, menciona não ser possível forma coativa de

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, 11 ed., vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 257.

¹⁰ TARTUCE, 2006, p. 295.

doação, o que ocorre no caso de descumprimento da promessa e doar, devendo o futuro donatário buscar por ação própria a indenização pelo inadimplemento.¹¹

Gagliano também conclui pela inadmissibilidade da execução coativa da promessa de doação, muito embora não negue a possibilidade do futuro donatário privado da concretização do contrato definitivo e desde que prove prejuízo, poder requerer perdas e danos do promitente-doador. E o fundamento jurídico dessa forma de responsabilidade seria no princípio da boa-fé objetiva, lealdade e confiança entre as partes.¹²

3. A PROMESSA DE DOAÇÃO NAS AÇÕES DE DIVÓRCIO JUDICIAL E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL.

Ainda, interessante observar a ocorrência da promessa de doação nas ações de divórcio judicial ou mesmo nas ações de dissolução de união estável, bem como se referida promessa poderá ou não ser exigida pelo beneficiário em caso de descumprimento ou arrependimento do donatário. De fato, é muito comum encontrarmos a promessa de doação nas ações judiciais de término de casamento ou união estável, pois as partes podem realizar a promessa de doar entre si e principalmente para os filhos, sendo que isso tem influência direta para se alcançar um acordo para homologação judicial.

Para Gagliano, essas promessas de doação são juridicamente possíveis e válidas, mas não devem ser confundidas com contratos definitivos de doação. Portanto, inadmissível seria a execução coativa da promessa de doação pura, como regra geral, dada a liberalidade, muito embora referido autor não negue a possibilidade do promitente-donatário, privado da expectativa de concretização do contrato definitivo, e desde que provado o prejuízo, buscar a devida reparação tendo em vista a responsabilidade do promitente-doador pela via da ação ordinária de perdas e danos.¹³

Entretanto, referido autor ressalva que no âmbito do Direito de Família, por razões superiores, exceção da regra geral, a promessa de doar poderá comportar execução

¹¹ VENOSA. Silvio de Salvo. Direito Civil – contratos em espécie, vol. III, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 132 e 133.

¹² GAGLIANO, 2007, p. 87.

¹³ GAGLIANO, 2007, p. 90 e 183.

específica, na estrita forma do Código de Processo Civil, conforme especiais circunstâncias da contratação.¹⁴

Isso porque a promessa de doar um bem ao cônjuge separando teria cunho compensatório pelo fim do relacionamento e não meramente altruísmo, e para os filhos seria um interesse existencial que motiva e impede de ser desfeita ou resolver-se em perdas e danos a promessa de doar, em respeito ao princípio do solidarismo familiar.¹⁵

Já Carlos Roberto Gonçalves menciona uma corrente no sentido de a intenção de praticar a liberalidade manifestar-se no momento da celebração do contrato, admitindo inclusive a doação entre cônjuges ou em favor dos filhos, em divórcio judicial, e caso ocorra o descumprimento, tal promessa de doação pode ser exigida com base no artigo 815 do Código de Processo Civil.¹⁶

Esse autor destaca também outra corrente no sentido de que a promessa de doação seja com caráter retributivo, ou seja, não seja considerada doação pura, havendo também manifestações no sentido de que o *pactum de contrahendo* enseja possibilidade de arrependimento entre a vontade manifestada e o ato de doar, sendo inadmissível a execução forçada.¹⁷

Venosa por sua vez, também entende que nos acordos de divórcio ou dissolução de união estável não existe somente o *animus donandi*, para que seja tratado unicamente sob o prisma obrigacional gratuito. Na maioria, o cônjuge doa aos filhos para acomodar as fissuras e arestas de seu divórcio e o negócio possui evidente cunho oneroso ou de contraprestação no bojo da partilha, ou seja, estão presentes os requisitos de um contrato preliminar.¹⁸

Uma vez homologado judicialmente o acordo com a promessa de doação de bem móvel ou imóvel poderia ser intentada ação de tutela específica, para impor ao cônjuge renitente o cumprimento da obrigação sob pena de multa diária e perdas e danos. Referido autor menciona ainda que se houver a frustração da promessa esta pode

¹⁴ Idem, p. 183.

¹⁵ Ibidem, p. 92.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, vol III – contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004, p.261.

¹⁷ Idem.

¹⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Direito de família, vol. IV, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p.179 e 180.

ocasionar a quebra do acordo homologado e inclusive apenar o cônjuge com indenização cabível.¹⁹

Por fim, Cahali entende ser necessário diferenciar a cláusula de doação da cláusula de assunção de obrigação ou promessa de doar imóveis aos filhos no âmbito dos acordos de divórcio ou dissolução de união estável.

Isso porque na doação definitiva, uma vez manifestada a intenção na petição de acordo, e reafirmada no termo de ratificação, e homologada por sentença, não se sujeita a retratação unilateral ou bilateral do autor da liberalidade, pois já está consumada. Mas nada impede a retração bilateral, que implica desistência dos cônjuges no levar a termo o acordo firmado e, sob forma de “reconciliação”, antes da sentença homologatória. Dessa forma, para esse autor, ocorrendo homologação, não há necessidade de completar o ato transmissivo por instrumento público, pois, uma vez praticado em juízo, terá a mesma eficácia de escritura pública, valendo a carta de sentença como título hábil para o Registro Imobiliário.²⁰

Ainda, ressalte-se que pode ocorrer dos cônjuges já terem formalizado a doação antes de ingressarem com a homologação, acabando com qualquer possibilidade de discussão a respeito da validade/exigibilidade da promessa de doar.

E com relação à promessa de doação de imóvel ao filho, menciona duas posições: a) nula e de nenhum efeito jurídico, portanto, inexigível; b) admitida como válida a promessa de doar em favor da prole estipulada em mútuo consentimento, atribuindo-se à cláusula eficácia plena e irrestrita, sem condições de retratabilidade ou arrependimento, assegurando-se ao beneficiário direito à adjudicação compulsória do imóvel ou sentença condenatória substitutiva da declaração de vontade recusada. Referido autor conclui que não é nula a promessa, contudo, a estipulação estaria limitada à sua exigibilidade e eficácia.²¹

Enfim, a doutrina diverge muito a respeito do tema e da mesma forma a nossa jurisprudência já formada sobre o tema. No entanto, o STJ já se manifestou a respeito da

¹⁹ Idem.

²⁰ CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação. 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 171-197.

²¹ Idem.

promessa de doação no direito de família, inclusive reconhecendo sua eficácia e validade. É o que analisaremos a seguir.

4. MENÇÃO AOS ATUAIS JULGADOS DO STJ A RESPEITO DO TEMA.

Conforme acima mencionado, o STJ já possui vários julgados a respeito do tema, mas não é nada unânime o entendimento sobre a promessa de doar nos acordos de divórcio ou dissolução de união estável. Vejamos algumas jurisprudências mais atuais de algumas Turmas:

Cônjuge deve cumprir coativamente a promessa de doação, conforme previsto nas leis de processo:

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. (2ª. Seção, STJ, REsp 125.859/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 26.06.2002, DJ 24.03.2003 p. 136).

Promessa de doação homologada por sentença é ato jurídico perfeito e não mera promessa, mesmo sem ocorrer o registro imobiliário:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. BEM. DOAÇÃO. SEPARAÇÃO CONSENSUAL. DONATÁRIO. FILHA. MENOR IMPÚBERE. FALTA DE REGISTRO DO ATO. IRRELEVÂNCIA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- 1- Violação a dispositivo constitucional não se submete ao crivo especial.
- 2- Não decidida pelo tribunal de origem a matéria suscitada no recurso, a falta de prequestionamento é evidente (súmulas 282 e 356 do STF).
- 3- A doação de imóvel à filha menor, por ocasião da separação consensual de seus pais, sendo o ato devidamente homologado por sentença passada em julgado, com, inclusive, recolhimento da taxa, configura ato jurídico perfeito e acabado e não mera promessa. A eventual falta do registro imobiliário não exclui o oferecimento de embargos de terceiro.
- 4- Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, promovido para, acolhendo os embargos, manter a recorrente na posse do bem.
- 5- Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (4ª.T., REsp 416.340/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 4-3-2004, DJ, 22-3-2004 p.310)

Doação pura é inexigível judicialmente:

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

1- Análise da natureza jurídica da promessa de doação e 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 cláusula 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 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. (4ª.T., REsp 730626/SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 17-10-2006, DJ. 17-10-2006 p. 429)

Válida promessa de doação feita como condição de negócio jurídico:

1. PROCESSO CIVIL. INVENTÁRIO. SENTENÇA DE PARTILHA. A sentença de partilha é rescindível, mas para esse efeito o interessado deve propor a ação prevista no art. 1.030, III, do Código de Processo Civil.

2. CIVIL. PROMESSA DE DOAÇÃO. A promessa de doação, como obrigação de cumprir liberalidade que se não quer mais praticar, inexistente no direito brasileiro; se, todavia, é feita como condição de negócio jurídico, e não como mera liberalidade, vale e é eficaz.

Recursos especiais não conhecidos. (3ª.T., REsp 853133/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 06-05-2008, DJe 20-11-2008)

Exigível promessa de doação para os filhos feita como condição do acordo de divórcio:

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. (3ª. T., REsp 742048/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j 14-04-2009, DJ 24-10-2009)

Em Acórdão recente (DJ 27/06/2017, DP 10/08/2017), verificamos a maioria dos Ministros possuírem o entendimento de que é possível a exigibilidade da promessa de doação para os filhos, desde que feita como condição do acordo na ação de divórcio judicial:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO COMINATÓRIA. OUTORGA DE ESCRITURA DA NUA-PROPRIEDADE DE IMÓVEL OBJETO DE PROMESSA DE DOAÇÃO MEDIANTE PACTO ANTENUPCIAL. EXIGIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO.

TRANSAÇÃO POSTERIOR. EFEITOS. SÚMULA 05/STJ. 1. Controvérsia em torno da validade e eficácia de negócio jurídico celebrado entre partes, mediante escritura pública de pacto antenupcial, na qual o réu assumiu o compromisso de doar imóvel à autora, posteriormente substituído por outro bem imóvel (apartamento).

2. As questões submetidas ao Tribunal de origem foram adequadamente apreciadas, não se evidenciado afronta ao art. 535 do CPC/1973.

3. Impossibilidade de revisão das conclusões da Corte local referentes à validade e eficácia da transação efetivada entre as partes por exigir análise de matéria fático-probatória e nova interpretação de cláusulas contratuais. Incidência dos enunciados das Súmulas n.º 05 e 07/STJ.

4. Hipótese dos autos em que a liberalidade não animou o pacto firmado pelas partes, mas sim as vantagens recíprocas e simultâneas que buscaram alcançar a aquiescência de ambos ao matrimônio e ao regime de separação total de bens, estabelecendo o compromisso de doação de um determinado bem à esposa para o acertamento do patrimônio do casal.

5. Aplicação analógica da tese pacificada pela Segunda Seção no sentido da validade e eficácia do compromisso de transferência de bens assumidos pelos cônjuges na separação judicial, pois, nestes casos, não se trataria de mera promessa de liberalidade, mas de promessa de um fato futuro que entrou na composição do acordo de partilha dos bens do casal. (REsp n.º 125859/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Segunda Seção, DJ 24/03/2003).

6. Precedentes específicos desta Corte.

7. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS DO ACÓRDÃO:

"Deve ser invocado, [...], a boa-fé objetiva, impositiva dos deveres de lealdade e honestidade entre as partes contratantes. Assim, ao descumprir promessa de doação manifestada de forma livre e lícita, o recorrente frustra a legítima expectativa depositada pela recorrida ao celebrar o contrato, não podendo este descumprimento ser cancelado pelo Poder Judiciário.

Não há, assim, como negar exequibilidade à promessa de doação pactuada pelo recorrente com a recorrida no contrato matrimonial, ajuste solene e sinalagmático por natureza, que tem por função principal o estabelecimento de regras patrimoniais que regerão o casamento".

(VOTO VENCIDO) (MIN. NANCY ANDRIGHI): "[...] não se demonstrando a ocorrência de prévio sinalagma, prevalecem as características do contrato de doação, que exigem o 'animus donandi' e a translação do bem. Na inexistência do primeiro, não pode ser imposta a segunda, pois, caracterizado estarmos diante de uma promessa de doação, pura e simples!.

Assim, [...], entendo não estar presentes os elementos que excepcionalmente, podem vincular o promitente doador à sua promessa".

(3ª. T., REsp 1355007/SP, 2012/0246246-3, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 27/06/2017, DP 10/08/2017).

Com efeito, tudo indica que no futuro a jurisprudência do STJ será pacífica no sentido de admitir a promessa de doar nos acordos em Direito de Família, conforme preceitua o Min. Paulo de Tarso Sanseverino (Relator do REsp 1355007/SP acima mencionado) no bojo de seu voto, a saber:

“Sobre a possibilidade de celebração pelos interessados de um contrato de compromisso de doação, nos moldes dos artigos 462 a 466, do CC de 2002, que disciplinam o contrato preliminar, já tive oportunidade de me manifestar em sede doutrinária (in Contratos Nominados II - Contrato Estimatório, Doação, locação de Coisas, Empréstimo: Comodato e Mútuo, Paulo de Tarso Sanseverino, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, 83-86).

Na ocasião, destaquei que parte da doutrina nega validade e eficácia a esse pacto por considerar que o *animus donandi* deve estar presente, obrigatoriamente, no momento da celebração do contrato definitivo. Havendo arrependimento posterior, não haverá doação.

Igualmente, por ser incompatível com a noção de liberalidade inerente às doações, não há possibilidade de execução do pacto na hipótese de descumprimento, assim como não haverá obrigação de indenizar.

A esta corrente filiam-se, entre outros, Serpa Lopes (in Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 199, v. III e IV, p. 391, Sílvio Rodrigues (in Direito Civil – Dos contratos. Saraiva: São Paulo, 2002, p. 200), Caio Mário da Silva Pereira (in Instituições de Direito

Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. III, p. 161) e Agostinho Alvim (in Da doação. Saraiva: São Paulo, 1980, p. 42).

Outra parte da doutrina, representada, entre outros, por Natal Nader (in Promessa de doação – Doação inoficiosa. *Ajuris* 16, p. 126), Washington de Barros Monteiro (in Curso de direito civil – Direito das obrigações, 2ª parte. São Paulo: Saraiva, 1995, v, p. 224) e Paulo Luiz Netto Lobo (in Comentários ao Código Civil. Parte Especial: Das várias espécies de contratos. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 7, p. 284-287), admite a validade e eficácia do contrato preliminar de doação (*pactum de donando*), que não é vedado pelo legislador. A liberalidade está presente no momento da promessa, vinculando o promitente-doador a executá-la como obrigação de fazer.

Pontes de Miranda, por sua vez, sustenta que, na hipótese de inadimplemento, o outorgado (promitente-donatário) conta com ação de indenização, embora não possa exigir a entrega do bem, "pois o que se prometeu foi o contrato e não o bem" (in Tratado de Direito Privado, T. 46, §5.020, n. 5, p. 261).

Anotei, por fim, na oportunidade, que o grande problema da questão "reside no plano da eficácia desse '*pactum de donando*' na hipótese de inadimplemento de sua obrigação pelo promitente-doador", não se mostrando "compatível com o conceito de liberalidade ou *animus donandi*, que é inerente à doação, a execução compulsória da obrigação de fazer (celebração do pacto definitivo), que é objeto dos contratos preliminares em geral" e, tampouco, "a possibilidade aventada por Pontes de Miranda de se resolver a questão em perdas e danos se mostra razoável, pois destoa completamente do espírito desse negócio jurídico".

Com isso, concluí que "apenas após a celebração do contrato definitivo de doação mostra-se possível a execução compulsória das obrigações atribuídas ao doador na hipótese de recusa de seu cumprimento amigável".

Entretanto, nas hipóteses de promessa de doação efetivadas em processos de separação ou divórcio, a situação é diferente, devendo ser reconhecida a sua exigibilidade.

Com efeito, trata-se da situação em que os cônjuges separandos ou divorciandos celebram acordo perante o juízo da vara de família, assumindo o compromisso de doar entre si ou a favor dos filhos a totalidade ou parte dos bens do casal. Havendo, posteriormente, a recusa de cumprir o compromisso por parte de um dos ex-cônjuges, passa-se a discutir a validade do acordo judicial e a possibilidade de sua execução.”

5. CONCLUSÃO

Verificamos que no ordenamento jurídico brasileiro não há previsão da promessa de doação, muito menos alguma proibição, visto que não contraria nenhum princípio de ordem pública.

Com isso, na doutrina brasileira há vários posicionamentos sobre o tema, conforme foi mencionado no presente artigo.

Atualmente é muito comum encontrarmos a promessa de doação nos autos de processo de divórcio e dissolução de união estável, pois as partes costumam realizar a promessa de doar entre si e principalmente para os filhos, sendo que isso tem influência direta para se alcançar um acordo para homologação judicial e encerrar o processo. Entendemos que a promessa de doar nos acordos de divórcio ou dissolução de união estável possui evidente cunho oneroso ou de contraprestação no bojo da partilha, ou seja, estão presentes os requisitos de um contrato preliminar, e, portanto, pode ser exigido.

Dessa forma, como proceder diante do descumprimento da promessa de doação nas ações de divórcio judicial ou nas ações de dissolução de união estável?

Com efeito, no âmbito do Direito de Família, por razões superiores, exceção da regra geral, a promessa de doar poderá comportar execução específica, na estrita forma

do Código de Processo Civil, justamente por ter sido realizada em especiais circunstâncias da contratação (cunho oneroso ou contraprestação na partilha).

Assim, uma vez homologado judicialmente o acordo com a promessa de doação de bem móvel ou imóvel, poderia ser intentada ação de tutela específica para impor ao cônjuge desistente o cumprimento da obrigação sob pena de multa diária e perdas e danos, inclusive, se houver a frustração da promessa, esta pode ocasionar a quebra do acordo homologado e inclusive apenar o cônjuge com indenização cabível.

O STJ tem se manifestado sobre a eficácia e validade da promessa de doação no direito de família, inclusive ser possível a exigibilidade através de ação cominatória.

Portanto, tudo indica que no futuro próximo, a jurisprudência do STJ seja majoritária ou, quiçá, pacífica para admitir a promessa de doar nos acordos de divórcio ou dissolução de união estável, pois no âmbito de Direito de Família não se trata de mera liberalidade, mas tão somente condição para obtenção de acordo para o breve encerramento do processo.

Nesse passo, enquanto ainda é nebuloso o tema perante nossos Tribunais, sugerimos que a cláusula de promessa de doar deve continuar a ser incluída nos acordos no âmbito de direito de família, no entanto, deverá constar também que a tão almejada homologação do acordo só será realizada após a comprovação da transmissão ou entrega do bem, caso contrário deverá prosseguir a ação de divórcio ou dissolução de união estável para se evitar prejuízo à parte que seria a beneficiária.

Enfim, façamos votos para nossa jurisprudência possa evoluir no sentido unânime de admitir a validade, eficácia e exigibilidade da promessa de doar no âmbito do direito de família, caso contrário ocorrerá sem dúvida mais uma injustiça em nosso sistema jurídico brasileiro.

6. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento – São Paulo: Ed. RT, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direito de família: curso de direito civil – São Paulo: Atlas, 2013.

BIERWAGEN, Monica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil – São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTAR, Carlo Alberto. Direito dos contratos e dos atos unilaterais – 2 ed. e ampl. De acordo com o NCC por Carlos Alberto Bittar Filho – Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CAHALI, Francisco José. Contrato de convivência na união estável – São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação. 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. Divórcio já: comentários à emenda constitucional 66 de 13/07/10 – São Paulo: Ed. RT, 2010.

_____. Manual de direito das famílias – São Paulo: Ed. RT, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Curso de direito civil brasileiro, vol. 3 – Teoria das Obrigações contratuais e extracontratuais, 18 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direito dos contratos, vol. 4, 3 ed. – Salvador: Ed. Juspodium, 2013.

FIUZA, Cesar. Direito civil: curso completo – 9 ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze. O contrato de doação – análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, vol III – contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito civil aplicado, vol. 5: direito de família – São Paulo: Ed. RT, 2005.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Teoria geral dos contratos no novo código civil – São Paulo: Ed. Método, 2002.

LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore (coordenadores) Teoria geral dos contratos. – São Paulo: Atlas, 2011.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família – Rio de Janeiro: forense, 2011.

MAMEDE, Gladston. Separação, divórcio e fraude na partilha de bens: simulações empresariais e societárias – São Paulo: Atlas, 2010.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, vol. 3 – Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado – Salvador: Ed. Juspodium, 2016.

PEREIRA, Áurea Pimentel. Divórcio e separação judicial no novo código civil – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. III, 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio: teoria e prática – São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Concubinato e união estável – Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

REALE, Miguel. Questões de direito privado – São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, 22 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, vol. 3 – Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. São Paulo: Método, 2006.

USTÁRROZ, Daniel. Responsabilidade contratual – São Paulo: Ed. RT, 2007.

VENOSA, Silveiro de Salvo. Direito Civil – Contratos em espécie, vol. III, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Direito Civil – Direito de família, vol. IV, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.