



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ORLANDO RIBEIRO SERRA

A (IN)EXIGIBILIDADE DA PROMESSA DE DOAÇÃO

Salvador
2018

ORLANDO RIBEIRO SERRA

A (IN)EXIGIBILIDADE DA PROMESSA DE DOAÇÃO

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luciano Lima Figueiredo

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

ORLANDO RIBEIRO SERRA

A (IN)EXIGIBILIDADE DA PROMESSA DE DOAÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2018

Aos meus pais, por serem pessoas fantásticas na qual me inspiro a cada dia que passa.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Orlando e Maria, que sempre fizeram o possível para me deixar feliz, por me ensinarem os valores mais nobres da vida e sempre me incentivarem a cada dia a ser uma pessoa melhor.

À Dr. Euber Luciano, pelo grande conhecimento compartilhado e que além de chefe, se mostrou ser um grande amigo para as diversas situações do cotidiano.

À meu orientador, Luciano Figueiredo, que tive a honra de ser aluno por 2 semestres na faculdade baiana de direito, que se mostrou um grande amigo, que sempre se mostrou muito acessível para a conclusão deste trabalho monográfico com suas críticas construtivas, além de ser um excelente profissional.

À Maurício Requião, que tive a honra de ser monitor em Direito das Obrigações, que tiver o prazer de ser seu aluno por 2 semestres, que me despertou o interesse pelo direito civil, além de ser um excelente profissional.

Aos grandes mestres da graduação, João Glicério, Vicente e Adriana.

À Hugo e Edilene, excelentes pessoas e trabalhadores, por sempre me tratarem da melhor forma possível, me darem dicas na biblioteca, exímios profissionais.

Aos meus grandes amigos da infância, Matheus Rocha, Daniel, Matheus Reis, Reinaldo e Oliveira que sempre foram grandes companheiros por toda a vida.

À Paulo Leite, grande amigo do CRA-BA que mostrou que com esforço e dedicação tudo é possível nessa vida.

À Rebeca, minha grande amiga que sempre me incentivou a alcançar meus objetivos.

À minha namorada, Lívia, pelo companheirismo, por todo o seu amor e carinho.

À Gabriel Galvão, grande amigo, companheiro que posso contar para tudo na vida.

À Giselle, Renata, Suzana e Tais, grandes amigas que tive a honra de conhecer na faculdade, e estão sempre presentes em minha vida.

À Maria Carolina, pessoa incrível, que eu não tenho como descrever o quanto ela me ajudou em toda a graduação, que sempre se preocupou com cada pessoa e sempre foi uma grande amiga.

À Luísa, Lais, Bianca Ogando e Giovana, grandes amigas que pude fazer na faculdade e estão sempre presentes em minha vida.

Finalmente, a todos que contribuíram para a construção do presente trabalho.

“Se for desistir de algo, desista de ser fraco”.

Will Detilli

RESUMO

Um grande problema que vem sendo discutido há bastante tempo no ordenamento jurídico brasileiro. A problemática diz respeito à promessa de doação, que se trata de um negócio jurídico preliminar, ou seja, um contrato em que se tem uma obrigação de celebrar um contrato futuro, qual seja, o contrato de doação. Cabe dizer que o contrato de doação surgiu no direito romano, mas não era visto como contrato, mas sim uma liberalidade unilateral, o que torna peculiar quando comparado com outros contratos, como o de compra e venda, por se tratar de um contrato gratuito. Isso faz com que muitos doutrinadores não aceitem que se pactue um contrato preliminar de doação, quiçá exigir judicialmente o seu cumprimento, por se tratar de uma doação coativa. Entretanto, boa parte da doutrina como exemplo de Maria Celina Bodin de Moraes e Nelson Rosenvald é a favor da sua exigibilidade. Quando se fala na promessa de doação, esta causa grande alvoroço na doutrina civilista, por se tratar de um contrato preparatório em que se firma uma obrigação de doar, em um momento futuro. Dessa forma, se na promessa de doação existiu uma manifestação de vontade, no momento em que se pleiteia o cumprimento judicialmente, foi porque essa promessa foi descumprida. Sendo assim, não seria possível o doador descumprir uma promessa, sem nenhuma implicação para sua esfera patrimonial.

Palavras-chave: Contrato; Doação; Contrato Preliminar, Promessa de doação; Exigibilidade; Cumprimento.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CC	Código Civil
CJF	Conselho da Justiça Federal
des.	Desembargador
min.	Ministro
rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O CONTRATO	14
2.1 ORIGEM DOS CONTRATOS	16
2.2 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS	18
2.3 PRINCÍPIOS INCIDENTES NOS CONTRATOS	20
2.3.1 Autonomia da vontade x Autonomia Privada	22
2.3.2 Relativismo	26
2.3.3 Força Obrigatória	27
2.3.4 Boa-fé Objetiva	28
2.3.4.1 Noções gerais	28
2.3.4.2 Funções da Boa-Fé	31
2.3.4.2.1 Função Interpretativa	31
2.3.4.2.2 Função Integrativa	32
2.3.4.2.3 Função Restritiva	34
2.3.5 Função Social	39
3 CONTRATO PRELIMINAR	43
3.1 HISTÓRICO	45
3.2 DEFINIÇÃO NATUREZA, DEFINIÇÃO, ESTRUTURA E FUNÇÃO	46
3.3 REGRAS BÁSICAS	48
4 CONTRATO DE DOAÇÃO	53
4.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	54
4.2 ELEMENTOS	56
4.2.1 Intenção de doar (<i>animus donandi</i>)	56
4.2.2 Transferência de bens ou vantagens	58
4.2.3 Aceitação	59
4.3 PRINCIPAIS ESPÉCIES DE DOAÇÃO	60
4.3.1 Doação Pura	61
4.3.2 Doação Onerosa	61
4.4 EXTINÇÃO DA DOAÇÃO	64
4.4.1 Revogação por ingratidão do donatário	65

4.4.2 Revogação pelo descumprimento do encargo	68
5 PROMESSA DE DOAÇÃO	69
5.1 DEFINIÇÃO E ELEMENTOS DA PROMESSA	69
5.2 EXIGIBILIDADE DA PROMESSA	70
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	82
REFERÊNCIAS	84

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se refere a um grande problema que vem sendo discutido há bastante tempo no ordenamento jurídico brasileiro. A problemática diz respeito à promessa de doação, que se trata de um negócio jurídico preliminar, ou seja, um contrato em que se tem uma obrigação de celebrar um contrato futuro, qual seja, o contrato de doação.

Cumprе ressaltar que o contrato de doação surgiu no direito romano, mas não era visto como contrato, mas sim uma liberalidade unilateral, o que torna peculiar quando comparado com outros contratos, como o de compra e venda, por se tratar de um contrato gratuito. Isso faz com que muitos doutrinadores não aceitem que se pactue um contrato preliminar de doação, quiçá exigir judicialmente o seu cumprimento, por se tratar, segundo eles, de uma doação coativa. Entretanto, boa parte da doutrina como exemplo de Maria Celina Bodin de Moraes e Nelson Rosenvald é a favor da sua exigibilidade.

Quando se fala na promessa de doação, esta causa grande alvoroço na doutrina civilista, por se tratar de um contrato preparatório em que se firma uma obrigação de doar, em um momento futuro. Neste sentido, irá se analisar a exigibilidade da promessa de doação, além de apresentar estudos por meio de artigos e dissertações, e também jurisprudências atuais sobre o tema.

Para que se permita fazer uma análise acerca da exigibilidade da promessa de doação no ordenamento pátrio, é preciso fazer considerações sobre os pontos chaves que giram em torno da promessa de doação.

No primeiro capítulo, se tem uma visão geral dos contratos como um todo. Será explanado suas origens, como os contratos são formados, os princípios que vão incidir nos contratos de uma forma bem genérica.

Já no segundo capítulo, ponto de grande relevância para o presente trabalho, se apresentará o histórico do contrato preliminar, seu conceito e também se mostrará todo o regramento do contrato preliminar e como ele é utilizado. Para, a partir dele, se estabelecer as regras para a utilização do contrato promessa.

Posteriormente, no terceiro capítulo, serão analisadas as peculiaridades do contrato de doação, os seus elementos, suas características, principais espécies, além de suas formas de extinção.

No quarto capítulo, serão analisadas todas as correntes acerca da exigibilidade da promessa de doação, e a partir daí se fará uma desconstrução dos posicionamentos contrários à exigibilidade da promessa de doação e se buscará construir um posicionamento que mais se coaduna com o ordenamento pátrio.

2 O CONTRATO

A acepção “contrato” trata-se de um conceito jurídico, que é construído pela ciência jurídica com a finalidade de conceder a linguagem jurídica, um termo capaz de resumir de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, tornando uma disciplina complexa.¹

O contrato trata-se de um negócio jurídico em que a vontade é manifestada para compor o suporte fático que visa à obtenção de efeitos jurídicos que tanto pode ser estabelecidos pelo ordenamento jurídico como também pela vontade de cada uma das partes.²

Define Paulo Nader que:

Contrato é modalidade de fato jurídico, mais especificamente, de negócio jurídico bilateral ou plurilateral, pelo qual duas ou mais vontades se harmonizam a fim de produzirem resultados jurídicos obrigacionais, de acordo com o permissivo e limites da lei. É fato jurídico *lato sensu* porque gera, modifica, conserva ou extingue uma relação de conteúdo patrimonial. É negócio jurídico uma vez que constitui por declaração de vontade das partes.³

Esse conceito exposto traz, de forma expressa, a natureza jurídica dos contratos no mundo do direito, que se trata de um negócio jurídico, que é uma modalidade de fato jurídico.

Nessa linha, o contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, que depende de pelo menos duas declarações de vontade, que tem como seu intuito a criação, modificação e extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial. Assim sendo, todas as modalidades de convenções, todas as estipulações que puderem ser criadas por acordo de vontades.⁴

Nesse cenário, sendo o contrato um negócio jurídico, logo é classificado como um ato jurídico *lato sensu*, em que há o elemento norteador da vontade humana.⁵ Dessa maneira, a vontade é o centro do contrato, portanto, o juiz e o legislador devem observar o que foi pactuado entre os contratantes, não podendo intervir (salvo nos

¹ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p.7.

² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.222.

³ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Contratos. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016,p.4.

⁴ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007,v.2, p.36.

⁵ *Ibidem, loc.cit.*

casos em que vem a tona uma lesão). Isso porque as partes tem ampla liberdade para fixar as obrigações que por sua vontade se impôs. Dessa forma, o que se determinou a respeito do conteúdo do contrato é obrigatório.⁶

As principais funções do contrato eram: econômica, de livre circulação de riquezas, de regulamentação, reunindo direitos e obrigações assumidas pelas partes no livre exercício de suas vontades.⁷

Ademais, a atividade econômica que está regulamentada na Constituição é toda elaborada por meio de contratos, que trata de um complexo de atos contratuais com o objetivo de produzir e distribuir os bens e serviços, que atendem às necessidades humanas e sociais.⁸

Além disso, os contratos possuem uma característica elementar, na atualidade, que é a indispensabilidade de equivalência material das prestações, como uma forma proporcional de preservar o equilíbrio dos contratos.⁹

O contrato como instituto jurídico sofre influência do tipo de organização político social a cada momento firmada, ou seja, o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico social em que está inserido.¹⁰

A Constituição Federal no seu art.170, caput, delega aos contratos a função de ser o instrumento elementar para o exercício da atividade econômica pela iniciativa privada, ou seja, se torna importante para que ocorra a movimentação de bens, logo tendo fluxo de mercadorias.¹¹

Um campo que vem crescendo, ao longo dos tempos, é no Direito trabalhista, no que tange as negociações e convenções coletivas, que é uma das funções

⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: Novos Paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.27.

⁷ D'AQUINO, Lúcia Souza. O interesse individual e coletivo no cumprimento do Contrato: Da Autonomia Privada à Função Social. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFBA**. Jun./2017, v.27, n.1. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br>>. Acesso em: 23 out. 2017, p.204.

⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p.44.

⁹ *Ibidem*, loc.cit.

¹⁰ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p.24.

¹¹ AZOIA, Viviane Taís; RIBEIRO, Maria Carla Pereira. A função social dos contratos e as externalidades: *Uma análise econômica*. **Revista Eletrônica do Mestrado de Direito da UCB**. Jul./2016, v.10, n.2. Disponível em: <w.w.w.portalrevistas.ucb.br>. Acesso em: 23 out. 2017, p.4.

contratuais. O contrato coletivo vem se apresentando como um instrumento forte e coeso de solução e regulação dos conflitos.¹²

Assim, o contrato se faz necessário, pois, através dele, se cria normas específicas e particulares que impacta na esfera jurídica das partes contratantes, que se obrigaram no momento que pactuaram.¹³ Este contrato se perfaz no acordo de vontades que podem ser opostas ou convergentes com o fim de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.¹⁴

O contrato é o mecanismo que estará presente a vontade fiel dos contratantes, que se colocam em posição igualitária nos polos do contrato para elaborar as suas cláusulas.¹⁵

Nessa época, em que o liberalismo na economia e voluntarismo no direito tinha como função das leis, no que tange a contratos, o de salvaguardar a vontade criadora e de garantir a realização dos efeitos queridos pelas partes contratantes.¹⁶

Entretanto, houve uma mudança de posicionamento no sentido de valorizar os princípios contratuais com o advento do Código Civil de 2002, em que os princípios que antes eram implícitos e passaram a ser explícitos inaugurando a própria disciplina contratual. Dessa forma, os princípios passaram a ser verdadeiras normas jurídicas.¹⁷

2.1 ORIGEM DOS CONTRATOS

Desde os primórdios da humanidade, há indícios que existiam contratos, em sua forma mais primitiva. Isso porque quando os seres humanos se agrupavam dava para perceber que houve uma concordância entre eles, no que tange a organização,

¹² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.45.

¹³ KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civil**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p.11.

¹⁴ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁵ *Ibidem*, p.13.

¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O regime das relações contratuais**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.58.

¹⁷ COSTA, Judith Martins. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da FGV**. Jul./2016, v.1, n.1. Disponível em: < w.w.w.bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em: 23 out. 2017, p.42.

como se comportar, logo adotando regras de convivência para a harmonia de todos.¹⁸

É unânime por parte da doutrina o apontamento no sentido de que o contrato é tão antigo como o próprio ser humano, seu conceito foi oriundo no momento em que as pessoas passaram a se relacionar. Neste sentido, o contrato constitui um instituto jurídico que é inerente à ideia de sociedade, de comunidade.¹⁹

A organização social fez com que, a todo momento, os seres humanos celebrem um grande número de contratos para uma melhor satisfação e realização pessoal.²⁰

A maioria dos atos de natureza patrimonial que são realizados pelos seres humanos é a partir das relações jurídicas contratuais.²¹ Estas relações são largamente realizadas na sociedade e viabiliza a circulação de riquezas dentro da sociedade.²²

É por meio deste instrumento, que os indivíduos têm acesso a inúmeros recursos (objetos, frutas, animais), e possam interagir entre si, tornando a vida melhor e mais agradável.²³

Nesta visão, o contrato seria o mecanismo de regulação da sociedade para que se possa alcançar a satisfação da sociedade de uma forma mais harmônica possível.

O contrato, em sua concepção clássica, teve seu ápice no Código Napoleônico, com uma grande influência do pensamento canônico, que valoriza o consenso, ou seja, a indispensabilidade de honrar a palavra dada. Neste sentido, o contrato partia da premissa que o homem era livre para decidir em firmar ou não o contrato, além de escolher com o que e o com quem irá firmar o contrato.²⁴

Em síntese, o direito canônico contribuiu para a formação da doutrina da autonomia da vontade, defendendo a validade e a força obrigatória da promessa. Neste sentido, é o direito que torna popular a premissa *ex nudo pacto nascitur*. Sendo

¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013,p.7.

¹⁹ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, v.2, p.35.

²⁰ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**:Contratos.8.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2016,p.3.

²¹ KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civil**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p.12.

²² *Ibidem*, p.13.

²³ NADER, Paulo. *Op.cit., loc.cit.*

²⁴ KRUSCHEWSKY, Eugênio. *Op.cit.,* p.13.

assim, a palavra dada conscientemente fazia surgir uma obrigação de caráter moral e jurídico para o indivíduo.²⁵

2.2 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

Os contratos consideram-se concretizados quando as vontades das partes contratantes se acordam, e os interesses se confluem. Dessa forma, para que os contratos se formem se faz necessário a existência de uma proposta e uma aceitação.²⁶

Reforça Eugênio Kruschewsky:

O exame de formação do contrato remete o estudioso à fase pré-contratual, à etapa embrionária do pacto, ou seja, à atividade de negociação entre duas ou mais pessoas que pretendem promover o encontro de duas ou mais vontades contrapostas, com o fito de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas patrimoniais.²⁷

Enfim, quando se analisa a formação do contrato deve se voltar para a fase pré-contratual, ou seja, na etapa em que o pacto foi originado, em que duas ou mais pessoas pretenderam criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.

Vale dizer que a formação de um contrato se dar por meio de um processo, ou seja, uma sequência de atos encadeados, de uma forma dinâmica, que se desenvolve em três etapas sucessivas: pré-contratual, contratual e pós-contratual.²⁸

Dessa forma, o contrato é feito de uma forma progressiva, não podendo deixar de lado o iter negocial que levará desde a formação do contrato, até a conclusão, pois, por meio deste, será analisado a partir de que momento poderá se exigir o seu cumprimento.²⁹

A fase pré-contratual será iniciada, por meio das negociações preliminares, que consiste em qualquer conduta indicativa do interesse de celebração um contrato. Entretanto, inexistente proposta formalizada, hábil a vincular as partes, pois não há

²⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O regime das relações contratuais. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.62.

²⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.37.

²⁷ KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civil**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p.59.

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2016,p.80.

²⁹ *Ibidem, loc.cit.*

ainda o consentimento necessário a formação do contrato definitivo. Já a fase contratual é quando ocorre a conclusão do contrato.³⁰

Por fim, na fase pós-contratual, o contrato já estando concluído é necessário que as partes cumpram os deveres anexos derivados da boa-fé objetiva, que seria baseado na honestidade e lealdade.³¹

Cumprе salientar, por oportuno, que as negociações preliminares são as conversas prévias, sondagens, debates em que vem à tona os interesses de cada um dos indivíduos em fazer parte de uma relação contratual no futuro. Entretanto, mesmo surgindo um projeto ou minuta, não se pode dizer que existe uma vinculação dos indivíduos, um perante o outro. Sendo assim, essa fase ainda não é contratual.³²

O segundo momento de formação do contrato é a proposta, diferentemente das negociações preliminares, esta já se tem uma vinculação para aquele que a faz, chamado de polícitante, logo não vincula as partes, pois não existe contrato, por consequência, não existem partes.³³

Nesse contexto, os requisitos para que a proposta obrigue o polícitante é que esta proposta seja séria e precisa. Diante disso, já que essa proposta é fonte de uma obrigação, por consequência, deve apresentar os pontos estruturais do negócio que será firmado para que o contrato possa ser considerado perfeito.³⁴

Nessa linha, os elementos caracterizadores dos contratos são: as negociações preliminares, a proposta e a aceitação. As negociações preliminares como ditas anteriormente são condutas que indicam interesse de celebração do contrato. Já a proposta se perfaz quando um dos indivíduos manifesta sua vontade em realizar determinado contrato e estabelece as bases e condições do ato negocial, ou seja, define todos os seus termos³⁵. Outro elemento é aceitação que se trata da resposta afirmativa em relação à proposta que lhe foi apresentada³⁶.

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2016,p.81.

³¹ *Ibidem, loc.cit.*

³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2005, v.3, p.37.

³³ *Ibidem, p.38.*

³⁴ *Ibidem, loc.cit.*

³⁵ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016,p.60.

³⁶ *Ibidem, p.66.*

2.3 PRINCÍPIOS INCIDENTES NOS CONTRATOS

Os princípios de hoje são considerados como um reforço aos princípios tradicionais.

37

Uma das principais funções dos princípios contratuais é o preenchimento de lacunas jurídicas decorrente da incompletude do ordenamento jurídico. Sendo assim, embora os tribunais exerçam um papel de completá-las, o preenchimento dessas lacunas trata-se de uma missão problemática.³⁸

Os princípios são normas que servem como base para todo o sistema e são responsáveis por certificar uma identidade.³⁹ Ademais, a ofensa a um princípio gera um grande problema, pois não está desrespeitando apenas um princípio, mas todo um sistema organizado e prejudicando em toda a sua essência.⁴⁰ Nesse sentido, existe uma gama de princípios essenciais que devem ser interpretados e aplicados aos contratos, são eles: o princípio da autonomia privada, o princípio da boa-fé objetiva, o princípio da função social do contrato, o princípio da força obrigatória dos contratos, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

Ensina Cristiano Chaves:

No paradigma voluntarista do contrato se qualifica como a espontânea submissão do indivíduo à limitação de sua liberdade em três momentos: (i) pela liberdade contratual, em seu sentido positivo de livre escolha do parceiro e da estipulação do conteúdo do contrato e ainda, em seu sentido negativo, de liberdade de não contratar- freedom from contract; (ii) pela intangibilidade do pactuado- o vetusto *pacta sunt servanda* justificava a obrigatoriedade dos efeitos contratuais. Em outras palavras: o contrato era justo por ser emanado da vontade de pessoas livres, o que significava abstenção do julgador de envolver-se na apreciação formalista; (iii) pela relatividade contratual, isto é, o contrato tão somente vincula as partes, sendo infenso a terceiros, cuja a vontade é um elemento estranho a formação do negócio jurídico.⁴¹

³⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2.ed.Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.114.

³⁸ AZOIA, Viviane Taís; RIBEIRO, Maria Carla Pereira. A função social dos contratos e as externalidades: Uma análise econômica. **Revista Eletrônica do Mestrado de Direito da UCB**. Jul./2016, v.10, n.2. Disponível em: < w.w.w.portalrevistas.ucb.br>. Acesso em: 23 out. 2017, p.4.

³⁹ KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civil**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p.23.

⁴⁰ *Ibidem, loc.cit.*

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2016,p.148.

Cumpra salientar, oportunamente, que o princípio da autonomia privada leva em conta a liberdade de contratar, dando poder as partes para realizar seus ajustes, sendo submetido a limites, que não pode contrariar outros princípios.⁴²

Em se tratando do princípio da boa-fé objetiva, este se relaciona aos contratos, que se pauta num padrão ideal de conduta, num comportamento leal, buscando uma atitude de colaboração com o outro, que deve haver no contrato, ou seja, uma atitude pró-ativa, que deve zelar pela realização de um direito alheio.⁴³

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato diz respeito à máxima de que os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes que pactuaram e manifestaram sua vontade, criando um vínculo jurídico, não afetando de certa forma os terceiros, nem seus patrimônios.⁴⁴

Outro princípio contratual é o da força obrigatória dos contratos que também pode ser chamado de princípio da intangibilidade dos contratos, que representa a força vinculante dos contratos firmados, ou seja, parte da premissa que o contrato faz lei entre as partes.⁴⁵

No que tange ao princípio da função social dos contratos, este tem como premissa basilar que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse particular, ou seja, impor o benefício coletivo em detrimento do benefício individual, além de ter em conta uma justiça mais distributiva do que retributiva.⁴⁶

Às vezes, num contrato, o acordo de vontades não ocorre de forma instantânea, mediante uma proposta de aceitação, resulta de várias negociações, por inúmeros motivos.⁴⁷

⁴² RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.18.

⁴³ KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civil**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p.40.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.47.

⁴⁵ *Ibidem*, p.48.

⁴⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Op.cit.*, p.20.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p.162.

2.3.1 Autonomia da vontade x Autonomia Privada

O contrato nasceu como um instrumento que é derivado da autonomia das partes. Essa autonomia é baseada em um individualismo jurídico pautado nos ideais da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade.⁴⁸

Em um sentido amplo, a autonomia jurídica individual condiz com o conceito de liberdade jurídica, correspondendo a faculdade de atuar lícitamente, sem que esta conduta tenha como resultado a aquisição, a transferência, a modificação ou extinção de direitos.⁴⁹

A vontade passa a ser a expressão da liberdade humana. Por consequência, ninguém poderá se obrigar, caso não seja por livre e espontânea vontade, logo ninguém pode ser obrigado ou impedido de contratar, podendo contratar o que ela quiser e com quem ela quiser. Além disso, com base na segurança contratual, as obrigações livremente assumidas devem ser cumpridas, sob pena de sofrer alguma sanção.⁵⁰

Segundo Clóvis Couto e Silva

Entende-se por autonomia da vontade a *facultas*, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade.⁵¹

Em suma, o autor acima entende que a autonomia da vontade como a viabilidade dos sujeitos contratuais se vincularem juridicamente através de sua vontade.

Roxana faz uma distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada. Essa mudança do conceito de autonomia da vontade para ideia de autonomia privada acaba modificando a própria ideia de negócio jurídico.

⁴⁸ D'AQUINO, Lúcia Souza. O interesse individual e coletivo no cumprimento do Contrato: Da Autonomia Privada à Função Social. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFBA**. Jun./2017, v.27, n.1. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br>>. Acesso em: 23 out. 2017, p.203.

⁴⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e negócio jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. Porto Alegre: Síntese, v.5, 2005, p. 69.

⁵⁰ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Método, 2002, p.38

⁵¹ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 24

Apesar de a teoria da autonomia da vontade esteja ultrapassada pela teoria da autonomia privada⁵², muitos autores seguem utilizando aquela terminologia, como Véronique Ranouil citado por Roxana, que expôs as origens da expressão autonomia da vontade relatando as circunstâncias históricas que proporcionaram, tanto na filosofia quanto na área jurídica, a solidificação da ideia de que a vontade da pessoa, por si só, é fundamento de direitos.⁵³

Sustentou-se que a vontade era objeto fundamental de interpretação do negócio jurídico. Entretanto, a vontade enquanto interna do sujeito, é inidentificável por parte de outra pessoa e do ordenamento jurídico, existindo apenas para a consciência da própria pessoa. Dessa forma, só depois de ter sido manifestada é que a vontade passa a ter relevância jurídica, portanto, deixando de falar em vontade e passando a falar em manifestação de vontade.⁵⁴

Dessa maneira, a teoria da autonomia privada contrariou o dogma da vontade ao declarar que o puro consenso não é capaz de criar o direito, mas apenas o consenso que for previsto como legítimo pelo ordenamento jurídico ou aquele consenso ou acordo que não o contrariar.⁵⁵

Um dos pensamentos que ajudaram para a consolidação do consensualismo foi a ideia de inseparabilidade entre a pessoa e a sua vontade. Isso porque a vontade era vista como a própria expressão psíquica da pessoa, ou seja, um centro de intelecto.⁵⁶

Entretanto, a ideia de autonomia privada, o negócio jurídico não se origina da simples manifestação de vontade. A teoria da autonomia privada apresenta que não existe um elo automático da vontade a um poder de gerar consequências jurídicas. Isso porque a vontade não é único elemento originador do negócio jurídico. Esse negócio jurídico nascerá de uma manifestação ou declaração ou comportamento

⁵² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e negócio jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. Porto Alegre: Síntese, v.5, 2005, p. 72.

⁵³ RANOUIL, Véronique Apud BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e negócio jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. Porto Alegre: Síntese, v.5, 2005, p. 72.

⁵⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e negócio jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. Porto Alegre: Síntese, v.5, 2005, p. 73.

⁵⁵ *Ibidem, loc.cit.*

⁵⁶ *Ibidem, loc.cit.*

concludente disciplinado pelo ordenamento jurídico devendo obedecer todos os pressupostos de validade.⁵⁷

Nos dias atuais, o poder de gerar regras jurídicas para as próprias situações ou relações não estão na vontade da pessoa, mas na declaração de vontade que está permitida pelo ordenamento jurídico, quanto à forma, quanto ao conteúdo e quanto a capacidade e legitimidade do sujeito.⁵⁸

Dessa forma, a manifestação de vontade, pura e simplesmente, não tem, por si, a força de gerar aquisição, modificação ou extinção de direitos, apenas a vontade que estiver conforme o ordenamento jurídico pode gerar efeitos jurídicos esperados pelo sujeito, capaz e legitimado, que a declara. Sendo assim, a manifestação de vontade, isoladamente, não tem valor jurídico, apenas terá valor jurídico se estiver de acordo com a Constituição, as leis, a ordem pública, conforme a moral e os bons costumes.⁵⁹

Sendo assim, não é a autonomia da vontade o poder que as pessoas têm de desencadear efeitos jurídicos voluntários. Esse poder é a autonomia privada, poder que, numa concepção positivista do direito, é conferido pelo ordenamento jurídico aos sujeitos, portanto, a vontade autônoma é requisito para a existência do negócio jurídico, porém não é suficiente para sua validade.⁶⁰

Conforme Pietro Perlingieri “a autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais”.⁶¹

Na atualidade, se fala em uma autonomia privada apropriada a constituir relações entre particulares, à medida que a vontade não pode ser manifestada de forma descontrolada e abusiva.⁶²

Vale dizer que o princípio da autonomia privada tem como elemento cerne a liberdade contratual, portanto, os particulares são livres para contratar, e caso

⁵⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e negócio jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. Porto Alegre: Síntese, v.5, 2005, p. 73.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 74.

⁵⁹ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁶⁰ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.277.

⁶² FIGUEIREDO, Luciano L.; MASCARENHAS, Ana Carolina F. A autonomia privada nas relações familiares: *O cerceamento do direito ao namoro*. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, v.3, 2011, p. 242.

pactuem um contrato, devem fixar os termos vinculativos e a disciplina aplicável ao contrato.⁶³

Segundo António Menezes Cordeiro, citado por Luciano Figueiredo e Ana Carolina Mascarenhas, defende que a autonomia privada tem uma dupla utilização, que seria em termos amplos, tudo que as pessoas podem fazer no âmbito material e jurídico e em termos restritos, seria a área reservada em que as pessoas são permitidas a desenvolverem as atividades jurídicas que entenderem.⁶⁴

Esse princípio está muito ligado com a economia de mercado, ao passo que é o meio necessário do exercício da liberdade de empresa e da propriedade privada. Entretanto, constitui também uma projeção no domínio contratual do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, consagrado pela Constituição.⁶⁵

O processo de mudança da noção de autonomia da vontade para a concepção de autonomia privada acompanha a mudança do direito liberal para o direito da era dos Estados sociais, também chamados, por isso, de intervencionistas.⁶⁶

Vale dizer que os contratos eram fundamentados em um liberalismo econômico e estavam em consonância com as exigências do mercado no início do século XIX. Assim sendo, um contrato firmado de forma livre era considerado justo e o Estado não poderia se intrometer na relação contratual formada.⁶⁷

Todavia, no século XX, o princípio da autonomia da vontade e a doutrina liberal foram alvos de várias críticas. Isso porque era evidente a desigualdade contratual entre os indivíduos e os grupos sociais, gerando desequilíbrios contratuais que eram derivados dos excessos de individualismo e do voluntarismo. Diante disso, perdendo seu valor, a vontade passa a ter o condão de servir a justiça e a utilidade social, em observância do direito objetivo.⁶⁸

⁶³ VICENTE, Dário Moura. A autonomia e os seus diferentes significados à luz do direito comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.8, jul./set. 2016, p. 278.

⁶⁴ CORDEIRO, António Menezes Apud FIGUEIREDO, Luciano L.; MASCARENHAS, Ana Carolina F. A autonomia privada nas relações familiares: *O cerceamento do direito ao namoro*. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, v.3, 2011, p. 242.

⁶⁵ VICENTE, Dário Moura. *Op. cit.*, p. 279.

⁶⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e negócio jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. Porto Alegre: Síntese, v.5, 2005, p. 74.

⁶⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Método, 2002, p.38

⁶⁸ *Ibidem*, p.39

Nessa linha, houve uma mudança de posicionamento em prol da justiça contratual, se manifestando não só na doutrina como também na jurisprudência e na lei. Diante disso, surgiram à tona novos conceitos e institutos como o abuso do direito, cláusulas abusivas e contrato de adesão como uma forma de proteger o contratante mais fraco, como os tomadores de empréstimos, os locatários e os consumidores.⁶⁹

2.3.2 Relativismo

Não existe no Código Civil de 2002, um dispositivo que dispõe sobre a ineficácia dos contratos perante aos terceiros, ou seja, não se tem o princípio da relatividade expresso.⁷⁰

O princípio da relatividade parte da premissa que os contratos só irão produzir efeitos perante as partes, não tratando dos terceiros, ou seja, pelo fato de os terceiros não terem sua vontade participado na formação do vínculo contratual, logo eles não serão nem beneficiados, nem prejudicados.⁷¹ Dessa forma, é “parte” do contrato aquele cuja vontade deu origem ao vínculo contratual, enquanto o “terceiro” é aquele cuja vontade é um elemento estranho à formação do contrato,⁷² logo o terceiro é excluído da relação contratual.

Os efeitos provindos de um contrato são relativos, ou seja, incidem de forma exclusiva acerca dos contratantes, sobre os quais se esgotam. Neste sentido, por se tratar de uma obrigação, só serão afetadas os sujeitos desta, não se tendo o efeito *erga omnes*, mas sim *inter alios*.⁷³

A lógica do princípio da relatividade é que o contrato obriga. Isso porque as partes manifestaram livremente suas vontades e aceitaram se obrigar uma perante a outra.⁷⁴

⁶⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Método, 2002, p.40

⁷⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.213.

⁷¹ *Ibidem*, p.212.

⁷² *Ibidem*, p.218.

⁷³ KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civil**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p.35.

⁷⁴ NEGREIROS, Teresa. *Op. cit*, p.219.

2.3.3 Força Obrigatória

Os contratos tem força obrigatória entre os participantes. Deste modo, os contratos são obrigatórios para as partes, pois essas estabelecem entre si uma lei particular, que regulamentam, a partir de cláusulas, seus interesses especificamente.⁷⁵

Cumpre salientar que o princípio da força obrigatória significa, em seu âmago, que a palavra dada não pode ser alterada, ou seja, é irreversível. Isso porque o ordenamento jurídico dá a cada um dos cidadãos a possibilidade de contratar, assim sendo, as partes estabelecem os termos aos quais pretende se obrigar. Diante disso, quando se celebra um contrato, observando os requisitos de validade, este tem plena eficácia, logo impondo que as partes se sujeitem aos termos acordados, que não tem mais a liberdade de estabelecer as consequências, em caso de descumprimento, apenas se as partes se aquiescerem.⁷⁶

O princípio da força obrigatória dos contratos está ligada a ideia de que existe um contrato, em que as partes manifestaram suas vontades no sentido de se obrigarem uma perante a outra, portanto, tem direitos e obrigações na qual não poderão se desvincular, apenas se estas se valerem de outro acordo de vontades ou utilizarem como causa de resolução do contrato as figuras do caso fortuito e da força maior.⁷⁷

O Código Civil de 2002 enfraqueceu bastante o princípio da força obrigatória dos contratos, pois contribuiu para um fortalecimento, em alguns aspectos, da parte mais fraca, buscando o adimplemento do contrato, com base no princípio da função social do contrato.⁷⁸

No novo modelo normativo, o princípio da força obrigatória do contrato é baseado não mais na vontade, mas na lei. Isso porque se busca a função social do contrato, não submetendo a vontade à satisfação de finalidades que se reduzem ao interesse particular de quem a emite.⁷⁹

⁷⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.14.

⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005,v.3, p.15.

⁷⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O regime das relações contratuais. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.65.

⁷⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. cit.*, 14.

⁷⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: Novos Paradigmas. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.227.

2.3.4 Boa-fé Objetiva

A boa-fé objetiva trata-se de uma manifestação do princípio da eticidade, positivado no Código Civil de 2002, que está ligada aos padrões ideais de conduta, ou seja, um agir probo e correto das partes contratantes.⁸⁰

2.3.4.1 Noções Gerais

O princípio da boa-fé objetiva é tão importante para o campo do direito obrigacional, que gera a discussão no sentido de que este seria apenas mais um princípio, ou um princípio supremo ao qual estariam subordinadas todas as outras normas.⁸¹

Em suma, o princípio da boa-fé objetiva é tão importante para o ordenamento jurídico brasileiro que não deve ser entendido como um princípio, mas sim como o principal princípio do ordenamento, e que todas as outras normas estão subordinadas a este.

De acordo com Judith Martins Costa:

A expressão boa-fé objetiva não traduz um estado de fato (o estar de boa-fé) que afasta a culpa ou gera determinadas pretensões aquisitivas (eg., a aquisição da posse) ou salvaguarda posições jurídicas (como ao credor de boa-fé). Diferentemente, o sintagma, quando adjetivado como objetiva ou obrigacional, aponta a um modelo ou instituto jurídico indicativo de (i) uma estrutura normativa dotada de prescritividade; (ii) um cânone de interpretação dos contratos e (iii) um *standart* comportamental.⁸²

Resumidamente, a boa-fé objetiva não é um estado de fato, se trata de um instituto jurídico que se tem uma estrutura normativa de prescritividade, que vai ser utilizado na interpretação dos contratos e um *standart* comportamental.

Reforça Teresa Negreiros:

O princípio da boa-fé representa, no modelo atual de contrato, o valor da ética: lealdade, correção e veracidade compõe o seu substrato, o que explica a sua irradiação difusa, o seu sentido e alcance alargados, conformando todo o fenômeno contratual e , assim, repercutindo sobre os demais princípios, na medida em que a todos eles assoma o repúdio ao

⁸⁰ REQUIÃO, Maurício. **Normas de textura aberta e interpretação**: Uma Análise no Adimplemento das Obrigações. Salvador: Juspodivm, 2011, p.78.

⁸¹ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁸² COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 40.

abuso da liberdade contratual a que tem dado lugar a ênfase excessiva no individualismo e no voluntarismo jurídico.⁸³

Nessa linha, percebe-se a importância desse princípio que incide em todos os contratos, buscando a justiça contratual e coíbe o abuso por uma das partes contratantes que visam prejudicar a outra.

A incidência da boa-fé objetiva determina uma valorização da dignidade da pessoa humana, substituindo a sua autonomia, mudando totalmente o ponto de vista das relações obrigacionais e passando a encarar essas relações obrigacionais como um espaço para a cooperação e solidariedade entre as partes como uma forma de desenvolver a personalidade humana num sentido mais ético e probo.⁸⁴

Em síntese, a boa-fé objetiva irá valorizar a dignidade da pessoa humana, se pautando em uma cooperação e solidariedade das partes nas relações obrigacionais, como uma forma de desenvolver a personalidade humana.

Sem contar que a boa-fé objetiva se abstém do elemento vontade, e aponta sua atenção para o homem médio, que seria aquele ser humano que age da forma mais proba e honesta possível dentro dos parâmetros da sociedade.⁸⁵

Enfim, a boa-fé objetiva abdica da vontade e se preocupa com a conduta do indivíduo, se essa conduta é a forma mais proba e honesta, conforme os parâmetros da sociedade.

A contratação com base no princípio da boa-fé é elementar para trazer para o ordenamento jurídico a ética para os contratos. Esse princípio foi trazido pelo Direito Natural e passa a integrar a norma do direito.⁸⁶

Cumprido ressaltar, por oportuno, que os deveres e obrigações que são definidos pelos contratantes não são os únicos que devem ser observados e obedecidos por eles, pois, conforme estabelecido pela lei, esses deveres e obrigações devem ser

⁸³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: Novos Paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.116.

⁸⁴ *Ibidem*, p.117.

⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. **O contrato e sua função social**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.10.

⁸⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.15.

completados por outros que são determinados pelas regras de interpretação e cláusula geral de boa-fé.⁸⁷

Cada vez mais se exige, desde o início, uma postura dos contratantes de lealdade, honestidade e segurança, devendo sempre esclarecer os fatos relevantes e as situações relativas à contratação, buscando realizar um equilíbrio nas prestações, prestando informações, exprimindo com clareza o conteúdo do contrato, como uma forma de evitar interpretações divergentes, nem cláusulas que colocam uma das partes com superioridade na relação contratual, devendo cumprir as obrigações no modelo acordado, em prol dos fins econômicos e sociais.

A boa-fé é a conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais. Dessa forma, seguindo um movimento de preocupação com o próximo, com a outra parte do contrato e com seus efeitos perante terceiros, o contrato passa a ser um instrumento da sociedade para a realização de direitos e cumprimento de deveres.⁸⁸

Nesse contexto, o princípio da boa-fé exige-se das partes do contrato uma conduta correta, não com o enfoque no subjetivismo do agente, mas de forma objetiva. Sendo assim, o que se busca é analisar o procedimento da parte e se esta corresponde aos padrões éticos do meio social.⁸⁹

Cumprir ressaltar que a lei não vai definir esses padrões, até porque estes se alteram a todo o momento. O que é estabelecido é o tipo de norma que a doutrina vai chamar de cláusula geral, que é um preceito genérico cujo conteúdo será completado e definido, casuisticamente pelo juiz. Além disso, quando se verifica a licitude ou não de uma conduta contratual, o juiz tem que fixar, antes de tudo, tal padrão, buscando analisar os usos e costumes locais observados pelas pessoas de bem.⁹⁰

É notório que a boa-fé objetiva não se trata apenas de um acordo de vontade que obriga as partes contratantes, mas também são obrigados, por força de lei, a agir

⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.17.

⁸⁸ D'AQUINO, Lúcia Souza. O interesse individual e coletivo no cumprimento do Contrato: Da Autonomia Privada à Função Social. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFBA**. Jun./2017, v.27, n.1. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br>>. Acesso em: 23 out. 2017, p.206.

⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p.19.

⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p.20.

com probidade, lealdade e honestidade tanto na fase inicial do contrato, na execução do contrato e na sua conclusão.⁹¹

2.3.4.2 Funções da Boa-fé Objetiva

A boa-fé objetiva possui funções elementares para o ordenamento jurídico, essas funções são: a função interpretativa, função restritiva e a função integrativa (criadora de deveres).

Essas funções que vão dimensionar a importância da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3.4.2.1 Função Interpretativa

A interpretar, em um sentido mais abrangente para o Direito, é, essencialmente, atribuir sentido a um texto normativo, determinando seu alcance. Entretanto não se limita só a isso, também abarca, igualmente, problemas de relevância, de qualificação, de valoração dos fatos e de provas, ou seja, envolve aspectos axiológicos e metodológicos.⁹²

O art. 113 do Código civil diz que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.⁹³

Em suma, o artigo acima mencionado frisa que todos os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé.

Vale dizer que a função interpretativa da boa-fé objetiva, está positivada no Código Civil de 2002, e quer dizer que todo negócio jurídico deve ser interpretado e executado de acordo com a boa-fé, ou seja, com base nos termos da sua

⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.9.

⁹² COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 445.

⁹³ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 out. 2017.

celebração pautado em uma confiança e lealdade entre as partes, e também com base no meio que o cerca.⁹⁴

Enfim, essa função interpretativa traz a ideia de que todos os negócios jurídicos firmados devem ser interpretados conforme a boa-fé objetiva.

O dispositivo 113 do CC de 2002 não exaure as pautas de interpretação de um contrato, quer dizer, as regras jurídicas de interpretação destinadas ao intérprete, devem ser analisadas para aplicação aos casos concretos.⁹⁵

A boa-fé objetiva é exercida como um modo de correção de situações indevidas, de busca da lisura contratual como um meio de alcançar equilíbrio e justiça.⁹⁶

2.3.4.2.2 Função Integrativa

Paralelamente ao vínculo jurídico gerado pela obrigação, se tem também a função integradora da boa-fé, que se trata da exigência do respeito aos deveres anexos, que são aqueles deveres acessórios oriundos do princípio da boa-fé objetiva que influenciam no contrato, gerando deveres de conduta.⁹⁷ Estes deveres anexos estão presentes em qualquer contrato e não se faz necessário que estes estejam previstos no instrumento contratual.⁹⁸

Destarte, esses deveres não estão coadunados a, apenas, uma só das partes, mas a ambas, num comportamento de lealdade e confiança exigido na atualidade, e exercem sua força em todo o processo obrigacional, que colima os interesses contratuais.⁹⁹

Cumprido salientar que os deveres anexos se perfazem como uma fonte autônoma de direitos e obrigações. Neste sentido, esses deveres como o dever anexo de cuidado,

⁹⁴ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, v.2, p.211.

⁹⁵ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 450.

⁹⁶ REQUIÃO, Maurício. **Normas de textura aberta e interpretação**: Uma Análise no Adimplemento das Obrigações. Salvador: Juspodivm, 2011, p.85.

⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.9.

⁹⁸ TARTUCE, Flávio. *Op.cit*, p.200.

⁹⁹ GOMES, Fernando de Paula. Do contrato: Interpretação e Boa-fé. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.27, jul./set., 2006, p. 136.

informação, lealdade e assistência¹⁰⁰, eles já atuam nas fases pré contratual, antes do contrato se aperfeiçoar, durando no momento do ajuste do contrato como no seu cumprimento, até depois de exaurido o vínculo contratual quando já houve seu pagamento e quitação¹⁰¹. Isso porque está disposto no art. 422 do Código Civil que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Os deveres de cuidado determinam que cada parte na relação obrigacional tem o dever de proteger a outra parte, no que tange a lesões, na sua pessoa ou em seu patrimônio. Um exemplo seria o dever de cuidado que o construtor de um edifício tem que ter em relação à estrutura do prédio.¹⁰²

Já o dever de informação diz respeito à obrigação que as partes têm de prestarem informações, uma perante a outra, em relação a todos os aspectos relevantes acerca da obrigação acordada. Um exemplo seria o dever do advogado em prestar informações para os seus clientes.¹⁰³

Nesse contexto, o dever anexo de lealdade irá determinar que as partes não devem realizar condutas que tem a possibilidade de induzir a um desequilíbrio entre as prestações que existem no contrato. Um exemplo seria o dever de sigilo de um advogado com o cliente, no que tange à divulgação de informações, ou seja, uma obrigação de não fazer.¹⁰⁴

O dever anexo de assistência está ligado à obrigação que as partes firmam, no sentido de praticar condutas que façam com que aquela obrigação firmada prospere no tempo, ou seja, a prestação de auxílios para que a obrigação seja duradoura. Um exemplo seria o fornecimento de peças por uma concessionária de carros.

¹⁰⁰ REQUIÃO, Maurício. **Normas de textura aberta e interpretação**: Uma Análise no Adimplemento das Obrigações. Salvador: Juspodivm, 2011, p.65.

¹⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.11.

¹⁰² REQUIÃO, Maurício. *Op. cit.*, p.66.

¹⁰³ *Ibidem*, p.78.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p.66.

2.3.4.2.3 Função Restritiva

Além disso, se tem a função restritiva da boa-fé objetiva. Esta trata a respeito da limitação ao exercício de direitos subjetivos ligada à figura do abuso de direito, que servem como elemento norteador para o magistrado revisar o contrato e adequá-lo a boa-fé objetiva. Dessa forma, estão compreendidos nessa função limitadora a *venire contra factum proprium*, os institutos da *supressio* e *surrectio, tu quoque*, a cláusula de stoppel e a *duty to mitigate the own loss*.

O *Venire contra factum proprium* pode ser conceituado como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anteriormente assumido pelo sujeito, ou seja, são dois comportamentos, ambos lícitos, que ocorrem posteriormente, entretanto, o comportamento é contrário ao anterior.¹⁰⁵

Nessa trilha, o comportamento incoerente é aquele que se põe em desarmonia, ou seja, em contradição com um comportamento anterior. Essa contradição pode ser lembrada por inúmeros registros da cultura universal, como numa passagem pelo Imperador Júlio César, ao reconhecer entre seus assassinos aquele que sempre o tratara como pai.¹⁰⁶

Em suma, percebe que desde a antiguidade com Júlio Cesar as pessoas já tinham comportamentos contraditórios.

Flávio Tartuce entende que a *venire contra factum proprium* é quando determinada pessoa não pode exercer um direito próprio, contrariando um comportamento anterior, devendo manter a confiança e o dever de lealdade da boa-fé objetiva, que foram originários na formação do contrato, ou seja, a pessoa não pode ter um comportamento contraditório ao anterior, por conta da boa-fé objetiva. A vedação do comportamento contraditório tem como base a proteção da confiança que se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.¹⁰⁷

¹⁰⁵ PENTEADO, Luciano de Camargo; BOLOTTI, Isabela Maria Lopes. *Venire Contra Factum Proprium: Uma análise comparativa da utilização da figura pela jurisprudência brasileira e italiana*. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.61, jan./mar., 2015, p. 150.

¹⁰⁶ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.13.

¹⁰⁷ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, v.2, p.207.

Segundo Anderson Schreiber:

De fato, a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízos.¹⁰⁸

Enfim, o autor acima entende que a proibição de comportamento contraditório não exige que todos os comportamentos sejam coerentes, mas que a contradição dos atos praticados não pode violar as expectativas geradas.

A finalidade da aplicação dessa proibição não é impedir que os sujeitos mudem suas escolhas, mas sim salvaguardar a confiança do sujeito que acreditou, e poderia ser lesado pelo comportamento contraditório do outro sujeito.¹⁰⁹

Por exemplo, se terá a *venire contra factum proprium* quando uma pessoa, nos termos que não vinculam, manifesta a intenção de não praticar determinado ato e depois pratica. Outro exemplo seria quando uma pessoa declare que pretende prosseguir com certa atuação e depois se nega.¹¹⁰

Essa teoria veda a surpresa, a instabilidade no atuar e a emboscada, constituindo em uma proibição genérica à deslealdade.¹¹¹

Vale dizer que é importante compreender que não existe uma proibição genérica de contradição, mas apenas circunstâncias especiais que podem levar a estar vinculado ao próprio comportamento, que foi assumido previamente.¹¹²

Dessa forma, o *factum proprium*, primeiramente, não tem força vinculativa, pois não é fonte negocial (trata-se de *factum*, não de *actum*, nem de *negotium*). Entretanto, se tornará vinculante na proporção em que gera a ruptura da confiança, pois ao modificar o seu comportamento, conferindo uma direção contrária àquela que atuava, frustra expectativas de confiança e viola a boa-fé.¹¹³

Por fim, a proibição do *venire contra factum proprium* exige a presença de coerência nas condutas dos indivíduos, impedindo que uma parte na relação contratual tenha

¹⁰⁸ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.96.

¹⁰⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo; BOLOTTI, Isabela Maria Lopes. *Venire Contra Factum Proprium: Uma análise comparativa da utilização da figura pela jurisprudência brasileira e italiana*. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.61, jan./mar., 2015, p. 151.

¹¹⁰ *Ibidem*, loc.cit..

¹¹¹ *Ibidem*, p. 150.

¹¹² *Ibidem*, p. 151.

¹¹³ *Ibidem*, loc.cit.

conduta que seja contrária àquela que antes vinha apresentando, o que ocasionaria uma quebra na confiança e na expectativa criada pela outra parte envolvida.¹¹⁴

Já a *supressio* é a renúncia tácita de um direito devido ao seu não-exercício com o passar do tempo. Sendo assim, o credor perde o seu direito pela sua não utilização em um lapso de tempo. Além disso, concomitantemente a perda do direito por parte do credor, ocorrendo uma supressão, surge um direito a favor do devedor, que se dá pela *surrectio*, que ocorre quando um direito que não existia juridicamente, mas que surge da efetividade social com base nos costumes e na boa-fé objetiva.¹¹⁵

Finalmente, a *supressio* é quando se tem um direito e este direito não é utilizado ao longo dos anos, o sujeito que possui esse direito, denominado credor, irá perder por conta do seu não exercício. Já a *surrectio* seria o surgimento de um direito a outro sujeito, denominado devedor, na mesma relação jurídica que é derivada do não exercício por parte do credor.

Cumprido ressaltar que a *supressio* só poderá ser aplicada com a presença de dois elementos, que são a ausência do exercício do direito por um determinado período de tempo e a expectativa criada a partir de indícios objetivos de que não haverá o uso deste direito.¹¹⁶

Apesar da sua relação com a boa-fé objetiva estes institutos apresentam na sua máxima uma ideia de função social, por analisar o contrato em consonância com o meio social.¹¹⁷

No que se refere a máxima *tu quoque*, esta colima impossibilitar que a violação a uma estipulada norma, vá, futuramente, amparar ao infrator no desenvolvimento da relação jurídica.¹¹⁸ Isso quer dizer que uma parte da relação contratual não pode ter atos prejudiciais e se beneficiar desses atos.

O sujeito que descumpre uma norma legal ou contratual, alcançando determinada posição jurídica, não pode exigir do outro sujeito o cumprimento do preceito que ele próprio já descumpriu anteriormente. Ilustrativamente, um condômino que viola uma

¹¹⁴ REQUIÃO, Maurício. **Normas de textura aberta e interpretação**: Uma Análise no Adimplemento das Obrigações. Salvador: Juspodivm, 2011, p.80.

¹¹⁵ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007, v.2, p.203.

¹¹⁶ REQUIÃO, Maurício. *Op. cit.*, p.81.

¹¹⁷ TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p.205

¹¹⁸ *Ibidem*, *loc.cit.*

regra de um condomínio e coloca móveis em área de uso comum, ou a destina para o próprio uso, não poderá exigir do outro sujeito comportamento obediente ao preceito, ou seja, quem não cumpriu o contratado, ou a lei, não pode exigir o cumprimento de um ou outro.¹¹⁹

A grande diferença da *tu quoque* com o *venire contra factum proprium*, é que na *tu quoque* há uma clara ideia de contradição e incoerência, se valendo de critérios diferentes para situações semelhantes.¹²⁰

Outra figura é a cláusula de *estoppel* que é derivada do direito inglês. Essa cláusula surge, nos negócios jurídicos, como a impossibilidade de uma pessoa se contradizer ou mesmo contestar em juízo o que ela preliminarmente negociou, sendo já muito mais ágil. Dessa forma, pode-se dizer que a cláusula de *estoppel* aparece como um meio de impedir que o sujeito volte atrás em uma de suas manifestações anteriores, ou seja, é um mecanismo de defesa, invocado quando já existe um litígio e, nesse litígio, um dos sujeitos resolve voltar-se contra um ato praticado ou celebração de um contrato emitida por ela mesma.¹²¹

Em suma, a cláusula de *estoppel* é um mecanismo de defesa que quando invocado impossibilita que uma das partes se contradiga em juízo a respeito do que ela mesma negociou, seja na prática de um ato ou na celebração de um contrato.

Ademais, o Código Civil de 2002 introduziu cláusulas gerais, como a da boa-fé objetiva. Além disso, mais que uma vedação ao comportamento contraditório, a cláusula de *estoppel* é um princípio de proibição à quebra da confiança, ou seja, colima proteger a legítima confiança estabelecida por alguém, conservando-se o comportamento inicial, da mesma forma que a boa-fé objetiva.¹²²

Afinal, a cláusula de *estoppel* é um princípio que proíbe a quebra da confiança, protegendo, portanto, a expectativa gerada no comportamento inicial do sujeito.

¹¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.61.

¹²⁰ DIDIER JR, Fredie; LIPIANI, Julia. Desconsideração inversa da personalidade jurídica – princípio da boa-fé – Proibição do *Tu quoque*- Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.13, out./dez. 2017, p. 458.

¹²¹ BIANCHI, Leonardo. Da cláusula de *Estoppel* e sua dinâmica na esfera dos negócios jurídicos privados. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.24, out./dez., 2005, p. 61.

¹²² *Ibidem*, p. 73.

Já o *duty mitigate the own loss*, também chamado de o dever de mitigar o próprio prejuízo ganhou espaço de forma relevante, a partir da segunda metade do século XX, sendo recepcionado pelas convenções internacionais, que regulamentaram de forma expressa.¹²³

O *duty to mitigate the loss* estabelece, ao credor ou à vítima, a prática de medidas razoáveis que poderão se manifestar de formas diferentes. Inicialmente, se tem o dever de reduzir os prejuízos que já existem originados do inadimplemento ou do ato motivador do dano e, em segundo lugar evitar condutas que levem à majoração desses prejuízos, inclusive medidas que geralmente seriam empregadas no fiel cumprimento do contrato, mas que, face ao adimplemento, apenas acentuariam o seu prejuízo, necessitando suspender a execução da prestação, assim como possíveis gastos e empréstimos.¹²⁴

Nesse contexto, o dever de evitar a ampliação do dano ou diminuir o dano já praticado pode se manifestar tanto por atos comissivos, como, por exemplo, em um descuido da vítima em relação ao tratamento médico prescrito, ou atos omissivos, como em relação ao motorista que depois bateu o carro, abandona o veículo no local do acidente, possibilitando o furto de peça e acessórios e deixando-o propício a infortúnios.¹²⁵

A ideia central do *duty to mitigate the own loss* é que a parte prejudicada em uma relação jurídica não pode permanecer inerte, enquanto o prejuízo aumenta progressivamente ou quando se tem a alternativa de reduzir o dano sofrido. Dessa forma se pautando em um interesse social e não no interesse individual.¹²⁶

Esse dever se impõe em razão de um sentido de cooperação, em que cada parte deve também zelar pelos interesses do co-contratante, buscando evitar danos, que não precisam estar previstos em contrato ou em texto expresso de lei.¹²⁷

¹²³ CUNHA, Beatriz Carvalho de Araújo; MARTINS, Guilherme Magalhães. O *duty to mitigate the loss*: Uma visão crítica da sua aplicação pelo Poder Judiciário. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.983, setembro. 2017, p. 102.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 103.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 104.

¹²⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. *Duty to mitigate the loss. Cheapest Cost Avoider. Hand formula: Aplicação Judicial Brasileira de Doutrina e Jurisprudência Estrangeiras. O positivismo jurídico em um mundo globalizado*. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.13, out./dez. 2017, p. 261 et seq.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 262.

2.3.5 Função Social

Segundo Teresa Negreiros “A noção de função social convida o intérprete a deixar de lado uma leitura do direito civil sob uma ótica voluntarista, e a buscar valores sociais que ordenamento institui como fundamento de todos os ramos do Direito”.¹²⁸

O princípio da função social está disposto expressamente no Código Civil de 2002, no art.421, da seguinte forma “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.¹²⁹

Em suma, o Código Civil de 2002 traz esse princípio como uma limitação para liberdade de contratar, que só deve ser exercida de acordo com a função social do contrato, portanto, trazendo a relevância desse princípio.

Além disso, o art. 2.035 do CC de 2002, parágrafo único, também dispõe sobre o princípio da função social, ao dizer que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.¹³⁰

O dispositivo acima reforça a importância do princípio da função social, proferindo que uma convenção ou contrato não poderá contrariar a função social dos contratos.

A função social está ligada a ideia de que as relações jurídicas devem atingir os objetivos e os valores que o ordenamento escolheu e protege, que seria o interesse comum, e não apenas o interesse daqueles que são partes.¹³¹

Segundo Caio Mário a função social do contrato é um princípio moderno que vem a se agregar aos princípios clássicos dos contratos, que são os da autonomia da vontade, da força obrigatória, da intangibilidade de seu conteúdo e da relatividade.¹³²

¹²⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.226.

¹²⁹ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

¹³⁰ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

¹³¹ REQUIÃO, Maurício. **Normas de textura aberta e interpretação: Uma Análise no Adimplemento das Obrigações**. Salvador: Juspodivm, 2011, p.86.

¹³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v.3, p.14.

O enunciado n.23 do CJF diz que:

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.¹³³

Flávio Tartuce entende que a função social do contrato tem uma eficácia interna (entre as partes) e uma eficácia externa (que vai além das partes contratantes). Dessa forma, quando o enunciado se refere à proteção de interesses individuais relativos à dignidade humana se trata de uma função social com eficácia interna. Já quando o enunciado fala em direitos metaindividuais, se tem uma função social com eficácia externa.¹³⁴

O princípio da função social não se busca tutelar só os direitos dos sujeitos envolvidos, mas também os direitos exercidos com o fim de resultados justos, que são tutelados pelo Direito. Sendo assim, a função social não objetiva inibir o exercício do direito subjetivo, contrariamente, busca valorizar e legitimar a atuação do indivíduo.¹³⁵

Assim, a ideia de função social está concatenada com o conceito de finalidade ou utilidade, ou seja, deve se imaginar que o contrato tem uma finalidade em relação ao contexto social.¹³⁶

Flávio Tartuce entende que o princípio da função social “ trata-se de uma norma de ordem pública, indeclinável por negócio, e sobre a qual deve o aplicador do direito, no caso concreto, manifestar-se de ofício, sem a necessidade de arguição pelo interessado”.¹³⁷

A função social do contrato é resultado do novo fundamento da força obrigatória, que se deslocou da vontade para a lei. A força vinculante do contrato, porque fundada na lei, passa a estar funcionalizada à realização das finalidades traçadas

¹³³ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 23. Disponível em: <www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/602>. Acesso em: 23 mai. 2018.

¹³⁴ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007, v.2, p.253.

¹³⁵ REQUIÃO, Maurício. **Normas de textura aberta e interpretação: Uma Análise no Adimplemento das Obrigações**. Salvador: Juspodivm, 2011, p.87.

¹³⁶ TARTUCE, Flávio. *Op.cit.*, p.249.

¹³⁷ *Ibidem*, p.268.

pela ordem jurídica, e não mais pode ser interpretada como apenas um instrumento de satisfação dos interesses contratantes individualmente considerados.¹³⁸

A quem defende que a função social do contrato como o meio para efetivar a justiça distributiva, motivada pela socialidade. Dessa forma, deve se prevalecer regras com base na vivência social, ou seja, prevalecendo os interesses sociais sobre os interesses individuais, tornando o contrato como um meio de prosperidade social.¹³⁹

Cada vez mais a função social do contrato dá um novo direcionamento à liberdade contratual, reformando, no que tange ao seu aspecto negativo. Isso faz com que haja uma mudança, pois na concepção tradicional quem não manifestava a vontade para criação da obrigação não tinha dever de respeitar. Entretanto, esse ponto de vista foi alterado ao recepcionar a teoria da tutela externa do crédito, ao abordar que o terceiro pode ser responsabilizado se interferir ou prejudicar na relação contratual.¹⁴⁰

Ocorre que o contrato é visto, atualmente, como uma realidade mais complexa e como um fator capaz de alterar a realidade social. Isso faz com que se possibilite que terceiros que não fazem parte da relação contratual possam influenciar nessa relação se forem atingidos direta ou indiretamente.¹⁴¹

Nessa linha, o princípio da função social irá agir como uma forma de condicionar ao exercício da liberdade contratual e, assim, tornar o contrato uma situação jurídica que merece tutela, sendo oponível *erga omnes*. Dessa forma, a oponibilidade do contrato é uma obrigação de não fazer que é imposta ao terceiro que não é parte do contrato, mas que sabe seu conteúdo.¹⁴²

Cumprido ressaltar que o princípio da função social é utilizado como uma forma de limitar o princípio da relatividade.¹⁴³

¹³⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.231.

¹³⁹ AZOIA, Viviane Taís; RIBEIRO, Maria Carla Pereira. A função social dos contratos e as externalidades: Uma análise econômica. **Revista Eletrônica do Mestrado de Direito da UCB**. Jul./2016, v.10, n.2. Disponível em: < w.w.w.portalrevistas.ucb.br>. Acesso em: 23 out. 2017, p.11.

¹⁴⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.271.

¹⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v.3, p.13.

¹⁴² NEGREIROS, Teresa. *Op.cit.*, p.272.

¹⁴³ *Ibidem*, p.273.

O intervencionismo Estatal, no âmago dos contratos, se abriu portas a uma nova época, em que ocorre uma mitigação em relação aos efeitos maléficos trazidos pelo liberalismo jurídico, que colima proteger a parte contratante mais fraca na relação contratual.¹⁴⁴

Em um futuro próximo, se cogita a possibilidade, no Tribunal Internacional, existirá um ordenamento jurídico de ordem pública, para que não ocorram abusos nas contratações, salvaguardando, mormente, a própria dignidade dos povos em desenvolvimento.¹⁴⁵

¹⁴⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.18.

¹⁴⁵ *Ibidem, loc.cit.*

3 CONTRATO PRELIMINAR

O contrato preliminar é regulamentado de forma genérica podendo ser utilizado em todo e qualquer tipo de contrato definitivo que se deseje obrigar.¹⁴⁶

A denominação do instituto é bastante variável na doutrina, sendo chamado de contrato preliminar, pré-contrato e promessa de contrato.¹⁴⁷ Diante disso, qualquer denominação pode ser utilizada.

O contrato preliminar é um contrato ou classificação contratual, que através dele surge a obrigação de se concluir a operação econômica que nele está inserida, por meio de um novo ato contratual futuro, entre as mesmas partes. Esse novo ato contratual futuro é chamado de contrato definitivo e possui função e conteúdo diversos do contrato preliminar.¹⁴⁸

Nesse contexto, o contrato preliminar obriga as partes à prestação que foi convencionada, garantindo que o lesado tenha os meios necessários para exigí-la, que pode ser também por meio de sentença que supra a vontade do contratante faltoso, verificando a compatibilidade com a natureza da obrigação.¹⁴⁹

Diante disso, é certo que, por conta de sua estrutura, o contrato preliminar pode, em algumas situações, se confundir com as tratativas, as negociações preliminares e os pactos de opção, coisa que será mais bem esclarecida no decorrer desse capítulo.

O contrato preliminar tem função e conteúdos próprios, que são diferentes dos do contrato definitivo. Dessa forma, não existe uma relação de autonomia, mas sim uma relação de sucessão/complementariedade e de coordenação.¹⁵⁰ Isso faz com que exista uma vinculação, que será em etapas, primeiro se firma um contrato preliminar obrigando as partes ou, apenas, uma delas a celebrar um contrato definitivo, depois de celebrado o contrato definitivo, conclui-se a obrigação de fazer,

¹⁴⁶ LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. O contrato preliminar e a sua previsão no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.14, abr./jun., 2003, p.20.

¹⁴⁷ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁴⁸ CONTADIN, Éder Augusto. O contrato preliminar e sua inserção no Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.56, out./dez. 2013, p. 228.

¹⁴⁹ LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. *Op.cit.*, p.21.

¹⁵⁰ CONTADIN, Éder Augusto. *Op.cit.*, p. 230.

apenas, restando cumprir a prestação de dar, fazer ou não-fazer que está presente no contrato definitivo.¹⁵¹

Exemplificando, o sujeito contratual que se obriga em um contrato preliminar a firmar um contrato de compra e venda de bem móvel, está contraindo uma obrigação de fazer, isto é, se obriga a concluir, no futuro, outro contrato, qual seja a compra e venda. No momento em que essa obrigação de fazer é cumprida e foi celebrada a compra e venda, nasce para o vendedor uma nova obrigação, qual seja uma obrigação de dar o bem móvel.¹⁵²

Destarte, pode se concluir que quando o contrato preliminar dá ensejo à obrigatória realização do contrato definitivo e perde sua razão de ser quando este é firmado. Sendo assim, a efetivação do contrato definitivo equivale à reprodução do consentimento já alcançado no contrato preliminar.¹⁵³

A utilização do contrato preliminar numa operação econômica a depender do ponto de vista gera pontos positivos e/ou pontos negativos.

Os pontos negativos são que o contrato preliminar irá criar um círculo vicioso de duas declarações de vontade, a primeira seria a obrigação de fazer o contrato definitivo e a segunda criando a obrigação gerada no contrato preliminar. Outro ponto negativo seria que o contrato preliminar possui o objetivo, apenas, de postergar os efeitos constitutivos e translativos.¹⁵⁴

Já os pontos positivos são que como a contratação moderna é complexa, se torna frequente a impossibilidade ou a inconveniência da contratação definitiva de imediato. Quando se protela a obrigação substancial se pode analisar melhor o contrato, discutir algumas cláusulas que ainda não tiveram consenso entre as partes. Além disso, no contrato preliminar se tem a segurança da celebração de um

¹⁵¹ CONTADIN, Éder Augusto. O contrato preliminar e sua inserção no Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.56, out./dez. 2013, p. 243.

¹⁵² LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. O contrato preliminar e a sua previsão no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.14, abr./jun., 2003, p.44.

¹⁵³ ROSENVALD, Nelson. O contrato preliminar. **JUS: Revista da Associação Mineira do Ministério Público**. Belo Horizonte: Fórum, ano 41, n.23, jul./dez., 2010, p. 163.

¹⁵⁴ BUENO, Sergio de Godoy. Contrato Preliminar. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Contratos: Formação de Regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 295.

contrato futuro que não pode ou que não se apresenta conveniente realiza-se na fase formativa do contrato.¹⁵⁵

Ademais, o contrato preliminar é frequente na prática negocial, pois este contrato atende os interesses mais variados possíveis, logo sendo instrumento útil na negociação moderna, ou seja, um facilitador nas relações jurídicas comerciais entre sujeitos.

3.1 HISTÓRICO

O contrato preliminar não teve uma abordagem legislativa específica no Código Civil de 1916. Dessa forma, os primeiros avanços sobre o referido tema foi no início do século passado, por conta da necessidade econômica originada devido à exacerbada propagação da compra e venda de imóveis urbanos, por consequência do êxodo rural visto a partir do final do primeiro quarto do século XX e da explosão demográfica cominados com outros elementos relevantes.¹⁵⁶

Antigamente, existia o artigo 1.088 do Código Civil de 1916 que dizia que “quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos artigos 1.095 a 1097”.¹⁵⁷

Neste sentido, o dispositivo acima que está revogado, autorizava a qualquer parte que tivesse contratado primordialmente o trato de negócio solene, enquanto não estivesse assinado a escritura pública, existia o direito de se arrepender do negócio, logo só restava a parte prejudicada com a não conclusão do negócio, a indenização pelo interesse negativo, por consequência muitos loteadores com a intenção de revender os lotes a terceiros por preços mais vantajosos, que o acordado

¹⁵⁵ BUENO, Sergio de Godoy. Contrato Preliminar. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Contratos**: Formação de Regime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 295.

¹⁵⁶ CATALAN, Marcos Jorge. Considerações sobre o Contrato Preliminar: Em busca da Superação de seus aspectos polêmicos. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Orgs.). **Questões Controvertidas**: Novo Código Civil. São Paulo: Método, v.4, 2005, p.320.

¹⁵⁷ *Ibidem*, *loc.cit.*

anteriormente, rompia os contratos anteriores e firmava contratos com outras partes.¹⁵⁸

Diante da situação exposta o Estado interveio em 1937, através do Decreto-lei 58, que em seu artigo 15 possibilitava a tutela específica, visto que fosse necessariamente promovida a averbação do negócio preliminar, entretanto ainda se podia inserir a cláusula de arrependimento no negócio.¹⁵⁹

Em 1964 o Supremo Tribunal Federal criou a súmula 413 sobre a matéria, confirmando a possibilidade de se obter a tutela específica que dizia que “o compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que não loteados, dá direito à execução compulsória, quando reunidos os requisitos legais”.¹⁶⁰

Posteriormente, o contrato preliminar foi disciplinado pelo Código Civil de 2002, dando uma abordagem genérica, ou seja, podendo o contrato preliminar ser utilizado para todo e qualquer tipo de contrato definitivo como uma forma de atender os interesses da mais variada natureza.¹⁶¹

3.2 NATUREZA, DEFINIÇÃO, ESTRUTURA E FUNÇÃO

O contrato preliminar não se confunde com algumas figuras afins, como o pacto de opção, as tratativas e as negociações preliminares.

No pacto de opção, uma das partes do contrato tem a faculdade de aceitar ou não a proposta formulada pela outra, e no momento que a parte, que tem a opção, se manifesta, a partir daí que o contrato passa a existir, ou seja, o beneficiário da opção tem um direito potestativo.¹⁶²

Sendo assim, a diferença entre o pacto de opção e o contrato preliminar é que uma parte de um contrato preliminar precisa, necessariamente, da manifestação de vontade da outra parte para formalizar o negócio, já no pacto de opção, por se tratar de um direito potestativo, a outra parte tem que se sujeitar em relação à parte

¹⁵⁸ CATALAN, Marcos Jorge. Considerações sobre o Contrato Preliminar: Em busca da Superação de seus aspectos polêmicos. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Orgs.). **Questões Controvertidas**: Novo Código Civil. São Paulo: Método, v.4, 2005, p. 320

¹⁵⁹ *Ibidem*, p.321.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p.322.

¹⁶¹ LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. O contrato preliminar e a sua previsão no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.14, abr./jun., 2003, p.20.

¹⁶² *Ibidem*, p.32.

optante, não precisando da sua manifestação de vontade para formalizar o contrato.

¹⁶³

No que se refere as tratativas, elas se diferenciam do contrato preliminar, pois antecedem a formação de um negócio jurídico e não vinculam as partes, logo não se configurando como um contrato, e para que haja contrato é necessário um acordo de vontades entre as partes contratantes acerca de todos os elementos integrantes do respectivo tipo contratual.¹⁶⁴

Nas negociações preliminares as partes normalmente firmam os denominados acordos provisórios, que usualmente são chamados de minutas, esboços ou cartas de intenção. Esses acordos já vinculam certos pontos do negócio, porém não existe a obrigação de celebrar o contrato principal enquanto não se estipular os demais aspectos.¹⁶⁵

Apesar de haver semelhanças, a natureza jurídica do contrato preliminar é de negócio jurídico, pois consiste em uma declaração de vontade, que é emitida à luz dos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, que tem a finalidade de produzir efeitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, desejados pelo agente.¹⁶⁶

Em virtude do contrato preliminar se tratar de um negócio jurídico, ele é completo, tendo conteúdo próprio, determinado pela função econômico-social orientada para os fins a que se destina. Além disso, e como resultado desencadeia também os efeitos jurídicos que lhe são essenciais e típicos, não dependendo do contrato definitivo para isso.¹⁶⁷

No que se refere à definição do contrato preliminar, este é conceituado como a convenção pela qual as partes contratantes ou uma delas se comprometem a

¹⁶³ LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. O contrato preliminar e a sua previsão no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.14, abr./jun., 2003, p.32.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p.34.

¹⁶⁵ ROSENVALD, Nelson. O contrato preliminar. **JUS**: Revista da Associação Mineira do Ministério Público. Belo Horizonte: Fórum, ano 41, n.23, jul./dez., 2010, p. 161.

¹⁶⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A Disciplina do Contrato Preliminar no Novo Código Civil Brasileiro. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Orgs.). **Questões Controvertidas**: Novo Código Civil. São Paulo: Método, v.2, 2004, p.359.

¹⁶⁷ CONTADIN, Éder Augusto. O contrato preliminar e sua inserção no Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.56, out./dez. 2013, p. 248.

celebrar, no futuro, um contrato definitivo que naquele momento não pode ser celebrado ou que ambas não querem celebrar naquele momento.¹⁶⁸

Normalmente, o contrato definitivo não pode ser celebrado naquele momento porque nem sempre as partes podem concluir o contrato definitivo, seja porque a forma não poderá ser observada naquele momento determinado, em razão do fato de que o contrato definitivo necessite de estudos preparatórios demorados, seja porque uma ou ambas as partes não tenham, naquele determinado momento, o valor necessário à contraprestação ou o objeto a ser alienado.¹⁶⁹

Por consequência, o objeto do contrato preliminar é a celebração do contrato definitivo, que fica prorrogado. Sendo assim, o contrato preliminar gera uma obrigação de fazer e não produz efeito essencial, ou seja, não institui nem transmite direito, que é objeto do contrato definitivo.¹⁷⁰

O que de fato ocorre no contrato preliminar é que as partes não se obrigam a avançar nas negociações, mas se obrigam a finalizar certo conteúdo, pronto e acabado, pois elas já fecharam o negócio.¹⁷¹

3.3 REGRAS BÁSICAS

O Código Civil de 2002 regulamentou o contrato preliminar, estabelecendo algumas regras importantes para o seu desenvolvimento. A principal delas está no art.462 que estabelece que o contrato preliminar deva conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado, apenas diferenciando na forma.¹⁷²

Do exposto, percebe-se que se o contrato preliminar obedecer todas as exigências do contrato principal, existe uma imposição legal que seja celebrado um contrato definitivo, podendo ter uma forma diferente.

¹⁶⁸ BUENO, Sergio de Godoy. Contrato Preliminar. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Contratos: Formação de Regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 287.

¹⁶⁹ CATALAN, Marcos Jorge. Considerações sobre o Contrato Preliminar: Em busca da Superação de seus aspectos polêmicos. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Orgs.). **Questões Controvertidas: Novo Código Civil**. São Paulo: Método, v.4, 2005, p.320.

¹⁷⁰ BUENO, Sergio de Godoy. *Op.cit.*, p. 287.

¹⁷¹ ROSENVALD, Nelson. *O contrato preliminar*. **JUS: Revista da Associação Mineira do Ministério Público**. Belo Horizonte: Fórum, ano 41, n.23, jul./dez., 2010, p. 161.

¹⁷² BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

Rodolfo Pamplona propõe entendimento razoável de que o contrato definitivo pode abarcar mais cláusulas do que as ajustadas no contrato preliminar, e que mesmo assim o contrato preliminar não se desnaturaria. Dessa forma, o que se extrai do art.462 do Código Civil de 2002 é que a imposição é, apenas, no que tange aos requisitos essenciais, que corresponde aos pressupostos de existência e aos requisitos de validade, e não ao conteúdo acertado.¹⁷³

Em suma, o autor acima entende que podem ser firmadas mais cláusulas no contrato definitivo do que no contrato preliminar, isso não prejudicaria o contrato preliminar, porém se faz necessário a presença dos requisitos essenciais.

Cumprе salientar, por oportuno, que existe uma grande diferença entre o contrato definitivo e o contrato preliminar, o contrato preliminar consiste numa obrigação de fazer num momento futuro, enquanto os contratos definitivos, normalmente, consistem em uma obrigação de dar.¹⁷⁴ No que tange as semelhanças, o contrato definitivo e o contrato preliminar os requisitos de validades são os mesmos.¹⁷⁵

O Art.463 do Código Civil de 2002 estabelece que se o contrato preliminar contiver todos os requisitos essenciais do contrato definitivo e que não esteja presente cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de pleitear a celebração do contrato definitivo, determinando um prazo à outra parte para que o efetive.¹⁷⁶

Em síntese, quando o contrato preliminar contém todos os requisitos essenciais e não existe nenhuma cláusula de arrependimento, qualquer um dos sujeitos contratuais poderá pleitear a celebração do contrato definitivo.

Desse modo, se percebe que se o objeto do contrato preliminar for lícito, não contendo qualquer ofensa a boa-fé objetiva e à função social do contrato, além de ser praticado por sujeitos providos de capacidade negocial e legitimação para dispor de bens, qualquer um dos sujeitos poderá buscar a celebração do contrato definitivo, devendo se observar o prazo estipulado pelos sujeitos, caso não haja prazo

¹⁷³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A Disciplina do Contrato Preliminar no Novo Código Civil Brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Orgs.). **Questões Controvertidas**: Novo Código Civil. São Paulo: Método, v.2, 2004, p.360.

¹⁷⁴ ROSENVALD, Nelson. *O contrato preliminar*. **JUS**: Revista da Associação Mineira do Ministério Público. Belo Horizonte: Fórum, ano 41, n.23, jul./dez., 2010, p. 160.

¹⁷⁵ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op.cit*, p.360.

¹⁷⁶ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06 mar. 2018.

estipulado, será necessária a interpelação de um sujeito perante o outro, que concederá um prazo razoável para o cumprimento da obrigação de fazer.¹⁷⁷

Ademais, se faz necessário a observância da existência ou não de uma cláusula de arrependimento. Caso exista a cláusula de arrependimento, não se poderá exigir a tutela específica da obrigação de fazer firmada. Dessa forma, a cláusula de arrependimento funcionaria com um fator de impedimento para que se alcance a tutela específica da obrigação.¹⁷⁸

Cumprido ressaltar que no § único do art.463 do Código Civil estabelece que o contrato preliminar deve ser registrado.¹⁷⁹

Apesar de o legislador ter positivado que o contrato preliminar deve ser registrado, o registro não é uma condição de validade do contrato preliminar. Isso porque o contrato preliminar não integra a forma ou a substância do negócio jurídico. Sendo assim, o contrato preliminar que não é levado à registro é válido e produz efeitos perante aqueles que assinaram. Por consequência, se o contrato preliminar não for registrado não terá eficácia perante terceiros.¹⁸⁰

Reforça Nelson Rosenvald:

“O registro do contrato preliminar no fôlio competente não é requisito para que o contratante possa exigir a celebração do contrato principal, mas pressuposto de oponibilidade a terceiros de boa-fé, quer dizer, a tutela da promessa em caráter erga omnes, caso o objeto da prestação seja transmitido a terceiros no curso da execução do contrato preliminar. A própria técnica normativa induz a tal conclusão, ou seja, se o codificador pretendesse erigir o registro ao plano de validade, teria inserido observação no próprio caput do art.463, ao aludir aos requisitos essenciais.”¹⁸¹

No art.464 do Código Civil de 2002 estabelece que o juiz possa, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente confirmando o caráter definitivo do contrato preliminar, ressalvado se for contrária a natureza da obrigação.¹⁸²

Diante disso, é notória que a vontade do sujeito inadimplente não se faz necessária para que ocorra a satisfação de uma dívida que não foi paga. Isso porque o Estado

¹⁷⁷ ROSENVALD, Nelson. *O contrato preliminar*. **JUS**: Revista da Associação Mineira do Ministério Público. Belo Horizonte: Fórum, ano 41, n.23, jul./dez., 2010, p. 166.

¹⁷⁸ *Ibidem*, loc.cit.

¹⁷⁹ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

¹⁸⁰ LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. O contrato preliminar e a sua previsão no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.14, abr./jun., 2003, p.26.

¹⁸¹ ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, p.175.

¹⁸² BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

se sub-roga nos direitos do devedor e pratica os atos necessários para que ocorra o cumprimento forçado da obrigação. Sendo assim, a sentença do magistrado produzirá o mesmo efeito que a declaração do sujeito inadimplente, havendo, portanto, uma invasão pelo juiz da esfera jurídica do devedor e disponha dela contra sua vontade.¹⁸³

Cumpre salientar, por oportuno, a necessidade de observância da existência de cláusula de arrependimento, e também analisar se a obrigação firmada se refere à obrigação personalíssima, pois se trata de situações em que não será possível a busca pela tutela específica da obrigação. Apesar disso, nas obrigações personalíssimas poderá o credor se valer da chamada “astreintes” (multa diária), ou se valer de outras medidas necessárias para que o credor cumpra o ajustado.¹⁸⁴

No art. 465 do Código Civil de 2002 se estabelece que se o estipulante não der cumprimento ao contrato preliminar, a outra parte terá o direito de pedir perdas e danos, considerando o contrato como desfeito.¹⁸⁵

Em suma, o dispositivo acima trata de uma opção subsidiária ao credor, que, normalmente, ocorrem nos contratos definitivos que seria optar pela resolução do contrato cumulada com a condenação de perdas e danos contra a outra parte que não deu execução ao contrato preliminar.¹⁸⁶

Já no art.466 do Código Civil Pátrio trata especificamente da promessa de contrato unilateral que prevê “ Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor”.¹⁸⁷

Dessa forma, o dispositivo ilustra a possibilidade da promessa unilateral ficar sem efeito, caso o credor não se manifeste. Então, é necessário que seja concedido um prazo razoável, que é baseado na boa-fé. Sendo assim, se o devedor advertir a

¹⁸³ LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. O contrato preliminar e a sua previsão no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.14, abr./jun., 2003, p.49.

¹⁸⁴ CATALAN, Marcos Jorge. Considerações sobre o Contrato Preliminar: Em busca da Superação de seus aspectos polêmicos. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Orgs.). **Questões Controvertidas**: Novo Código Civil. São Paulo: Método, v.4, 2005, p.328.

¹⁸⁵ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

¹⁸⁶ CATALAN, Marcos Jorge. *Op.cit.*, p.328.

¹⁸⁷ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

respeito da promessa ao credor e este não responda, nem aceite, nem rejeite, o devedor estará liberado da promessa.¹⁸⁸

Em conclusão, essas regras foram de total importância para formar uma base sólida para nortear a formação de um contrato preliminar, que, atualmente, é muito utilizado na prática negocial como demonstrado ao longo deste capítulo.

¹⁸⁸ CATALAN, Marcos Jorge. Considerações sobre o Contrato Preliminar: Em busca da Superação de seus aspectos polêmicos. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Orgs.). **Questões Controvertidas**: Novo Código Civil. São Paulo: Método, v.4, 2005, p.330.

4 CONTRATO DE DOAÇÃO

Antigamente os doutrinadores do direito romano, definiam a doação como causa gratuita, em virtude da qual o doador realizava, em prol do donatário, a alienação definitiva de direitos patrimoniais, independente de qualquer causa e com *animus donandi*.¹⁸⁹

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 regulamentou o contrato de doação, conceituando o instituto, estruturando e estabelecendo regras relevantes, que estão presentes nos arts. 538 ao 564.

O art.538 do Código Civil conceitua o contrato de doação como um contrato no qual uma pessoa, por um ato de liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra pessoa.¹⁹⁰

Diante do exposto, se percebe que o contrato de doação se estrutura em uma grande benevolência de um sujeito perante outro. Isso porque neste contrato se funda em uma demonstração de amparo ao próximo, uma visão pautada na alteridade, em que o sujeito transfere um bem jurídico ou vantagem para o patrimônio de outra pessoa, que decorre da sua própria vontade em doar, sem obter vantagens econômicas como ocorre na compra e venda.¹⁹¹

Os sujeitos no contrato de doação são o doador e o donatário. Dessa forma, o doador será o sujeito da relação jurídica que vai praticar a liberalidade em favor do donatário, e o donatário será o sujeito da relação jurídica que irá se beneficiar da liberalidade.¹⁹²

Cumpre asseverar que a relação jurídica entre doador e donatário não se exaure com o ato de liberalidade ou com o cumprimento do encargo. Isso porque a doação se prolonga no tempo, pois existe a possibilidade do donatário ser obrigado a prestar alimentos ao doador, conforme é corroborado no art. 557, IV do Código Civil atual.¹⁹³

¹⁸⁹ WALD, Arnoldo. **Direito Civil**: Contratos em espécie.19.ed. São Paulo: Saraiva, 2012,p.85.

¹⁹⁰ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2016,p.748.

¹⁹² *Ibidem*, p.760.

¹⁹³ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Contratos. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016,p.265.

4.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O contrato de doação, conforme exposto anteriormente, foi tratado no ordenamento jurídico brasileiro como uma figura contratual tipificada, ao lado de outros contratos como a compra e venda, o contrato de empreitada e o contrato estimatório.¹⁹⁴

Nesse contexto, Pablo Stolze conceitua a doação como um negócio jurídico firmado entre doador e donatário, por meio do qual o doador transfere bens, móveis ou imóveis, para o patrimônio do donatário, que os aceita, animado pelo propósito de beneficência ou liberalidade com um elemento essencial do contrato.¹⁹⁵

Da mesma forma, Cristiano Chaves conceitua a doação como uma relação jurídica pela qual uma pessoa física ou jurídica (doador ou benfeitor) assume a obrigação de transferir um bem jurídico ou uma vantagem para o patrimônio de outra pessoa (donatário ou beneficiário), decorrente de sua própria vontade sem qualquer contraprestação.¹⁹⁶

Dito isso, passa-se a analisar as características do contrato de doação.

O contrato de doação, conforme tratado no art. 541 do Código Civil, deve ser feito por meio de escritura pública ou instrumento particular. Entretanto, no parágrafo único do art. 541 se estabelece que a doação verbal será válida, caso verse sobre bens móveis de pequeno valor, que será considerado perfeito e acabado pela tradição.¹⁹⁷

Destarte, percebe-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, o contrato de doação é um negócio jurídico formal, pois se exige que seja por meio de escritura pública. Entretanto, quando se tratar de bem móvel de pequeno valor se dará por meio da tradição, denominada de doação manual.¹⁹⁸

Cumprido ressaltar, por oportuno, que o fato do Código Civil vigente tratar da necessidade de tradição imediata da coisa móvel não torna o contrato real. Isso

¹⁹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação**: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.34.

¹⁹⁵ *Ibidem*, loc.cit.

¹⁹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.749.

¹⁹⁷ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Op.cit.*, p.39.

porque o contrato real tem como pressuposto a tradição, coisa que não ocorre na doação manual, pois a doação manual se dá pela convergência de vontades do doador e do donatário, pela forma oral, de modo que a tradição do bem doado demonstra, apenas, um efeito do próprio contrato firmado.¹⁹⁹

Além disso, o contrato de doação é um contrato consensual. Isso porque ele se aperfeiçoa com o mero encontro de vontades, ou seja, basta o consentimento das partes para que a doação se aperfeiçoe.²⁰⁰

Entretanto, alguns autores, como Paulo Lôbo entendem que a doação é um contrato real, que se aperfeiçoa com a entrega da coisa ao donatário, ou seja, a entrega efetiva da coisa ao donatário é um elemento fundamental e nuclear do suporte fático²⁰¹. Todavia, discordo deste ponto de vista, trato o contrato de doação como contrato consensual, conforme explanado acima.

A principal característica do contrato de doação é a unilateralidade, pois é imposta a obrigação a, apenas, uma das partes, qual seja o doador. Sendo assim, o contrato de doação é essencialmente unilateral, até mesmo quando se trata de doação onerosa (aquela em que se tem um encargo). Isso porque o ônus que se impõe ao donatário não tem peso de uma contraprestação, a ponto de desvirtuar a natureza do contrato.²⁰²

Entretanto, no que se refere ao contrato de doação onerosa existe uma corrente encabeçada por Carlos Roberto Gonçalves que diz que o contrato de doação onerosa será bilateral.²⁰³ Porém, o posicionamento predominante na doutrina é que se manteria a característica da unilateralidade no contrato de doação onerosa.

Ademais, o contrato de doação tem também como característica a gratuidade, tendo em vista que o donatário terá o seu patrimônio acrescido sem qualquer contrapartida financeira, ou seja, o contrato de doação gera vantagens econômicas, tão somente, para uma das partes.²⁰⁴

¹⁹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação**: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010,p.40.

²⁰⁰ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Contratos. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016,p.267.

²⁰¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Contratos. São Paulo: EDITORA SARAIVA, 2011,p.281.

²⁰² GAGLIANO, Pablo Stolze. *Op.cit.*,p.36.

²⁰³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e Atos Unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2016, p.280.

²⁰⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2016,p.755.

4.2 ELEMENTOS

Os elementos do contrato de doação têm traços que diferenciam dos demais tipos contratuais. Dessa forma, esses elementos são essenciais para essa diferenciação, como uma forma de identificar os aspectos peculiares do contrato de doação.²⁰⁵

O contrato de doação é concretizado pela conjugação de elemento subjetivo e objetivo. Dessa forma, sendo formado pela interação entre a vontade do doador de realizar a liberalidade (além da vontade do donatário de receber o benefício) e a efetiva transferência do patrimônio transmitido.²⁰⁶

Os elementos subjetivos da doação são o *animus donandi* (cujo propósito é beneficiar o donatário) do doador e a aceitação do donatário. Dessa forma, o *animus donandi* tem como essencial que a vontade declarada seja reveladora da intenção de transferir parte do patrimônio para o acervo de bens do beneficiário, devendo ser espontâneo e atual.²⁰⁷

Por outro lado, se tem o elemento objetivo que é determinado pela efetiva transferência de bens ou vantagens patrimoniais do doador para o donatário, que ocorrerá através da tradição, para os bens móveis, ou do registro em cartório, por escritura pública, para os imóveis.²⁰⁸

4.2.1 Intenção de doar (*animus donandi*)

O *animus donandi* é um elemento que surgiu no direito romano e devido a sua relevância foi redimensionado para que se encaixe nos moldes do direito brasileiro atual.²⁰⁹

Ademais, a doação é considerada o ato que não é feito nem para criar um crédito nem para o solver. Diante disso, têm-se como a motivação do ato a liberalidade.

²⁰⁵ STANICIA, Sergio Tuthill. A liberalidade ou *animus donandi* como elemento caracterizador da doação. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.13, out./dez. 2017, p.101.

²⁰⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2016,p.751.

²⁰⁷ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016,p.265.

²⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit*,p.752.

²⁰⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Notas sobre a promessa de doação. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.24, out./dez. 205, p.6.

Portanto, a causa donandi é caracterizada por essa desvinculação entre as esferas patrimoniais antes e depois do ato donativo.²¹⁰

Cumprido asseverar, que o *animus donandi* é extraído do art. 538 do Código Civil, conforme visto anteriormente, que diz que o contrato de doação é um contrato no qual uma pessoa, por um ato de liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para outra pessoa. Dessa forma, o ato de liberalidade que corresponde ao *animus donandi*.²¹¹

Nesse sentido, o animus donandi pode ser conceituado como a intenção de praticar o ato de liberalidade, ou seja, deve-se ter a vontade de enriquecer o donatário. Sendo assim, é essencial que se tenha o espírito de liberalidade do doador. Além disso, é preciso que o *animus donandi* seja espontâneo e, portanto, atual devendo ser manifestado no momento da estipulação do contrato.²¹²

Segundo Pablo Stolze, o *animus donandi* pode ser entendido como o ânimo ou propósito de beneficiar patrimonialmente o donatário.²¹³

O *animus donandi*, em um sentido subjetivo, é o puro prazer de beneficiar, como um sentimento de benevolência ou um estado de espírito filantropo e voluntário. Dessa forma, para que seja determinado, deve-se analisar os motivos internos ou psicológicos do doador. Caso fique comprovado um interesse pessoal do doador, material ou moral, deve-se excluir a intenção liberal e, então, reconhecer que não se está diante de uma doação.²¹⁴

Por outro lado, o *animus donandi*, em um sentido objetivo, é definido como a espontaneidade e ausência de constrição, ou seja, pautado na ideia de que o ânimo

²¹⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo; NERY JÚNIOR, Nelson. Doação pura, preliminar de doação e contratos de gestão. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.25, jan./mar. 2006, p.23.

²¹¹ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

²¹² MORAES, Maria Celina Bodin. Notas sobre a promessa de doação. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.24, out./dez. 205, p.6.

²¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação**: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.42.

²¹⁴ STANICIA, Sergio Tuthill. A liberalidade ou *animus donandi* como elemento caracterizador da doação. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.13, out./dez. 2017, p.111.

seria espontâneo, contrário a ideia de que haja um dever interno, apenas com o fim de beneficiar o donatário.²¹⁵

Ademais, o *animus donandi* guarda relação com uma ideia de causa obsessiva. Isso porque a prestação do doador tinha como base algum motivo razoável ou justo, como um serviço feito, podendo ser por algum merecimento do donatário, ou talvez no puro prazer de beneficiar. Ilustrativamente, o encargo pode consistir como um motivo determinante para que se tenha um contrato de doação.²¹⁶

Será a existência do *animus donandi*, ou seja, o espírito de liberalidade que irá caracterizar o contrato como doação, ou seja, será o elemento diferenciador do contrato de doação em relação aos outros contratos gratuitos.²¹⁷

É evidente que o *animus donandi* é um elemento de existência da doação, e consiste na falta de interesses econômicos do doador, apesar de que possa estar presentes outros interesses insuscetíveis de apreciação econômica que levam à realização da doação.²¹⁸

4.2.2. Transferência de bens ou vantagens

Outro elemento do contrato de doação se trata da transferência de bens ou vantagens, que se trata de um elemento objetivo.

Cumprе salientar, que assim como o *animus donandi*, a transferência de bens ou vantagens é também extraído do art. 538 do Código Civil.²¹⁹

Ademais, sem a verdadeira transferência, não há a configuração de um elemento mínimo que é constitutivo do cerne da estrutura nuclear do suporte fático do tipo

²¹⁵ STANICIA, Sergio Tuthill. A liberalidade ou *animus donandi* como elemento caracterizador da doação. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.13, out./dez. 2017, p.117.

²¹⁶ *Ibidem*, p.111.

²¹⁷ *Ibidem*, p.109.

²¹⁸ *Ibidem*, p.133.

²¹⁹ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

donativo, qual seja, o deslocamento patrimonial. Sendo assim, sem deslocamento patrimonial, não há doação.²²⁰

Destarte, a doação pressupõe um efetivo enriquecimento do donatário em concomitância com um empobrecimento do doador. Diante disso, é necessário que haja uma apuração do efetivo deslocamento de bens do patrimônio do doador para o patrimônio do donatário.²²¹

Entretanto, só observando as regras de cada contrato, que é possível apurar se houve a efetiva circulação de riqueza, no caso concreto, e se o donatário já é titular de algum benefício econômico negociável diretamente.²²²

Antes de tudo, é essencial a completa incorporação do direito no patrimônio do doador, para que se possa doar. Dessa maneira, a situação jurídica do doador deve estar absolutamente consolidada, sendo, portanto, um requisito mínimo para a transferibilidade real do direito de um para o outro sujeito. Além disso, a situação jurídica deve estar imune de impugnações, ou seja, livre e desembaraçada. Por exemplo, não poderia um bem ter uma cláusula de inalienabilidade.²²³

Em síntese, é necessário que o direito seja existente no patrimônio do doador e disponível no momento da prática da atribuição. Além disso, deve ser necessária a transferência que se trata de um elemento integrante do contrato.²²⁴

Além disso, a transferência de bens mencionada se consuma, no caso dos imóveis, por meio de escritura pública e registro.²²⁵

4.2.3 Aceitação

A aceitação trata-se de um elemento essencial do contrato de doação. Desse modo, ao apresentar uma proposta de doação, se faz necessário que o donatário expressamente se manifeste, anuindo ou rejeitando a oferta do doador.²²⁶

²²⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo; NERY JÚNIOR, Nelson. Doação pura, preliminar de doação e contratos de gestão. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.25, jan./mar. 2006, p.24.

²²¹ *Ibidem*, loc.cit.

²²² *Ibidem*, p.25.

²²³ *Ibidem*, loc.cit.

²²⁴ *Ibidem*, p.26.

²²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.279.

Será somente após a aceitação do donatário que se formará o consentimento e, logo após, ocorrerá o nascimento do contrato de doação.²²⁷

Cumprido salientar que a aceitação no contrato de doação está positivada no art.539 do Código Civil de 2002, que traz a tona a possibilidade do doador fixar um prazo ao donatário para declarar se aceita ou não a liberalidade. Caso o donatário não declare se aceita, se presumirá que ele aceitou. Além disso, o art.539 do Código Civil deixou expresso que a regra apenas valerá para os contratos de doação que não forem sujeitos a encargo.²²⁸

Desse modo, se chega a conclusão que a aceitação na doação poderá ser expressa, tácita ou presumida. Ela é expressa quando o donatário declara de maneira clara, por qualquer meio direto, seu aceite à oferta do doador. Será tácita quando o donatário adota um comportamento concludente no sentido de aceitar o que se doa. Por fim, a aceitação será presumida quando o doador estipula um prazo para o donatário anuir com a doação, caso fique em silêncio ou se abstenha é considerado o aceite na doação pura, já na doação onerosa o silêncio será considerado recusa.²²⁹

Ademais, a lei permite que o donatário possa ser pessoa absolutamente incapaz, ou até mesmo o nascituro.²³⁰

4.3 PRINCIPAIS ESPÉCIES DE DOAÇÃO

A despeito da existência de diversas espécies contidas no gênero doação, a exemplo de doação pura, doação onerosa ou com encargo, doação remuneratória, doação mista e doação meritória no presente trabalho, entende-se como relevante aprofundar as análises acerca da doação onerosa e da doação pura. Isso porque, tratam-se de espécies observadas mais comumente e que abarcam maiores situações fáticas.

²²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação**: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010,p.48.

²²⁷ *Ibidem, loc.cit.*

²²⁸ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

²²⁹ KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. Da doação a incapaz. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.79, jul./dez.,2015, p.429.

²³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Op.cit.*,p.50.

4.3.1 Doação Pura

A doação é pura quando existe mero benefício. Assim, nessa espécie de doação, o direito do donatário não encontra nenhuma limitação, logo se trata de uma liberalidade plena.²³¹

A doação pura é conceituada como o contrato que transfere bens ou vantagens do patrimônio de um sujeito para o outro, sem correspectivo, nem efeito solutório, nem cláusula accidental, de condição, termo, encargo ou de declaração de motivo. Desse modo, a doação pura é o ato gratuito por excelência, que nem cria obrigação, nem extingue dívida, como também se encontra afastada de qualquer motivação.²³²

Diante disso, qualquer motivação ou condicionalidade, ou impossibilidade de transferir, em seguida, o bem, haverá o impedimento de qualificar o negócio jurídico como contrato de doação pura.²³³

Em suma, a doação pura é aquela que se materializa pela simples liberalidade, sem a presença do encargo. Dessa forma, a doação pura representa o completo espírito de benevolência, não impondo ao donatário qualquer ônus ou outro fator condicionante de eficácia jurídica ao contrato de doação.²³⁴

Cumprе ressaltar que para as doações puras, conforme visto anteriormente, caso haja uma fixação de prazo do doador para que o beneficiário aceite, o silêncio deste último será interpretado como consentimento.²³⁵

4.3.2 Doação Onerosa

A doação onerosa é o negócio jurídico por força do qual o doador, com ânimo de liberalidade, transfere uma coisa ao donatário, exigindo, para que o contrato de

²³¹ KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. Da doação a incapaz. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.79, jul./dez.,2015, p.427.

²³² PENTEADO, Luciano de Camargo; NERY JÚNIOR, Nelson. Doação pura, preliminar de doação e contratos de gestão. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.25, jan./mar. 2006, p. 19.

²³³ *Ibidem*, *loc.cit.*

²³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação**: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010,p.116.

²³⁵ KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. *Op.cit.*, p.427.

doação tenha eficácia, o cumprimento de uma obrigação, por parte do donatário, de valor abaixo ao da coisa transmitida.²³⁶

Cabe diferenciar a doação pura da doação onerosa. Na doação pura, a liberalidade é ampla. Já na doação onerosa a liberalidade é limitada, pois o encargo é uma circunstância que obrigará o donatário ao cumprimento de um dever que não tem o caráter de contraprestação. Isso porque o encargo será fruto de uma cláusula colocada em um negócio jurídico com o fim de vincular o contratante a uma determinada incumbência, podendo ser em favor do doador ou em favor de terceiro ou em favor da coletividade.²³⁷

O contrato de doação, conforme explicitado no presente trabalho, tem como característica a unilateralidade. Dessa forma, cumpre esclarecer que mesmo na doação onerosa, ainda assim se manterá essa característica, pelo fato de mesmo o donatário tendo uma incumbência perante o doador, esse dever não se configura como contraprestação, logo não existirá vínculo sinalagmático algum, então o contrato se manterá unilateral.²³⁸

Na contramão dessa realidade, alguns autores como Carlos Roberto Gonçalves dizem que especificadamente no que se trata de contrato de doação com encargo se trata de um contrato bilateral, por conta do ônus gerado.²³⁹ Já Roberto Wagner Marquesi entende que seria uma bilateralidade díspar²⁴⁰, ou seja, uma modalidade *sui generis*. Entretanto, o posicionamento predominante na doutrina é que se manteria a característica da unilateralidade no contrato de doação onerosa, conforme exposto no parágrafo anterior.

Ocorre que o encargo é um instrumento que o ordenamento jurídico criou para dar importância às razões particulares do autor de uma liberalidade, no caso, o doador. Nesse sentido, a existência de um encargo na doação limitará a abrangência da liberalidade, mas não desqualificará a doação. Sendo assim, o encargo não terá

²³⁶ MARQUESI, Roberto Wagner. A Doação Modal no Código de Reale. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Contratos em espécie**: atribuição patrimonial e garantia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 487.

²³⁷ *Ibidem*, p. 484 et seq.

²³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação**: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.118.

²³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e Atos Unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2016, p.280.

²⁴⁰ MARQUESI, Roberto Wagner. *Op.cit*, p. 487.

equivalência econômica, mas se houver equivalência não se terá doação, mas permuta ou compra e venda.²⁴¹

Vale dizer que nem toda limitação estipulada numa doação tem o significado de um encargo. Ilustrativamente, se tem o entendimento de que a cláusula de inalienabilidade, tal como a cláusula de impenhorabilidade de imóvel doado não se trata de encargo.²⁴²

Outro ponto importante a respeito do encargo é que se a doação tiver como objeto coisa imóvel, logo se tratando de negócio formal, não poderá o encargo ser fixado em instrumento particular. Caso seja fixado em instrumento particular será considerado não escrito.²⁴³

Ademais, quando o encargo for ilícito, deve se analisar se este encargo é causa determinante da liberalidade. Se for causa determinante da liberalidade, a doação será nula. Caso o encargo seja ilícito e não seja causa determinante da liberalidade o encargo será considerado não escrito e será desobrigado o donatário.²⁴⁴

O encargo pode ser livremente fixado, e quando fixado ele pode vir a ser uma condição resolutiva ou uma condição suspensiva. Dessa forma, será condição resolutiva quando o encargo for descumprido, assim, o donatário perderá a propriedade. Além disso, será condição suspensiva se o doador assim o desejar, ou seja, poderá, por exemplo, o doador estabelecer um tempo para que o donatário cuide do objeto da doação para que só depois adquira a propriedade.²⁴⁵

²⁴¹ MARQUESI, Roberto Wagner. A Doação Modal no Código de Reale. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Contratos em espécie**: atribuição patrimonial e garantia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 485.

²⁴² *Ibidem*, *loc.cit.*

²⁴³ *Ibidem*, p. 486.

²⁴⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 485.

4.4 EXTINÇÃO DA DOAÇÃO

A forma natural de extinção do contrato de doação será por meio da sua própria execução. Isso porque no momento que o doador cumpre a obrigação que estava obrigado, o negócio jurídico se esgota.²⁴⁶

Dessa forma, a doação se trata de um ato de liberalidade, portanto, o doador não poderá revogar a doação unilateralmente se o donatário já aceitou. Entretanto, existem casos excepcionais que mesmo após a aceitação do donatário, o doador será capaz de revogar unilateralmente a doação pura (por ingratidão do donatário) ou a doação onerosa (pela inexecução do encargo).²⁴⁷

Vale dizer que a revogação da doação está positivada no Código Civil brasileiro no art.555 que estabelece que o contrato de doação possa ser revogado pela ingratidão do donatário ou pela inexecução do encargo.²⁴⁸

A revogação da doação somente será feita pelo doador, trata-se de um direito personalíssimo, logo não será permitido que qualquer pessoa ou interessado imediato revogue a doação, apenas o doador tem legitimidade ad causam.²⁴⁹

Por outro lado, a revogação da doação não se concretiza pela simples manifestação de vontade do doador. Dessa forma, é necessária a propositura de uma ação judicial, que deve ser pleiteada dentro de um ano contada do conhecimento do fato pelo autor. Por se tratar de um direito personalíssimo não se transmite aos herdeiros, apenas se o doador já tiver proposto a demanda, assim, os herdeiros poderão dar seguimento.²⁵⁰

²⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação**: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010,p.170.

²⁴⁷ BARBOSA, Mário de Figueiredo. **Doação**: especulações jurídicas. Salvador: Quarteto, 2006, p.125.

²⁴⁸ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

²⁴⁹ BARBOSA, Mário de Figueiredo. *Op.cit.*, p.126.

²⁵⁰ BARBOSA, Mário de Figueiredo. *Op.cit.*, p.127.

Quando revogada a doação, o bem doado retorna ao patrimônio do doador. Entretanto, se o donatário já transferiu o objeto doado a um terceiro, poderão surgir obstáculos.²⁵¹

Ademais, cabe recordar que se o contrato de doação tiver alguma invalidade, este contrato será extinto, pela declaração de sua nulidade, ou de sua desconstituição por anulabilidade, com base nos termos da teoria geral da invalidade do negócio jurídico.²⁵²

Nesse contexto, serão analisadas as formas de extinção da doação mais específicas, como a revogação pelo descumprimento do encargo e a revogação por ingratidão do donatário.

4.4.1 Revogação por ingratidão do donatário

O Código Civil de 2002 trouxe a possibilidade de se revogar a doação pela ingratidão do donatário, mas apenas será possível tratando-se de doação pura e simples.²⁵³

Nessa linha, a gratidão se trata de uma obrigação jurídica de não fazer, que será assumida pelo gratificado, que deve se privar da prática de certos atos que constituem desprezo, insensibilidade e desrespeito ao valor ético jurídico da liberalidade realizada.²⁵⁴

Vale dizer que o cometimento de qualquer dos atos de ingratidão positivados no Código Civil de 2002 se trata de uma quebra da boa-fé objetiva pós-contratual, ou melhor, acarreta a prática de ato atentatório ao dever de respeito e lealdade, que se deve ter entre as partes de um contrato.²⁵⁵

²⁵¹ NADER, Natal. Questões Relativas a Doação (II). In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Contratos em espécie**: atribuição patrimonial e garantia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 473.

²⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação**: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.170.

²⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e Atos Unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2016, p.301.

²⁵⁴ BARBOSA, Mário de Figueiredo. **Doação**: especulações jurídicas. Salvador: Quarteto, 2006, p.125.

²⁵⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Op.cit.*, p.176.

Sendo assim, a revogação da doação tem um caráter de pena pela insensibilidade moral exteriorizada.²⁵⁶

Cumprido salientar, por oportuno, que a ingratidão é geralmente um ato contra aquele a quem se deve gratidão, porém a ação que se enquadra pode atingir diretamente o doador ou membro de sua família, podendo ser o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, consoante o art.558 do Código Civil de 2002.²⁵⁷

Ademais, o Código Civil de 2002 no art.557 trouxe as hipóteses que serão consideradas como ingratidão do donatário. A primeira hipótese trata do cometimento de crime de homicídio doloso ou atentado contra a vida do doador pelo donatário. Já a segunda hipótese trata da ofensa física ao doador praticada pelo donatário. A terceira hipótese versa sobre a prática de injúria ou calúnia do donatário perante o doador. Por último, podendo o donatário prestar alimentos negasse alimentos ao doador que necessitava.²⁵⁸

Existe uma discussão a respeito do art.557 do Código Civil, se este dispositivo tem um rol taxativo ou exemplificativo. Por se tratar de uma matéria de ordem pública, o rol deveria ser taxativo. Entretanto, o enunciado 33 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal houve uma mudança de entendimento, dessa forma, se estabeleceu um novo método para a revogação da doação por ingratidão, pois o rol previsto no art. 557 do Código Civil deixou de ser taxativo, sendo admitidas, de forma excepcional, outras hipóteses. Sendo assim, o enunciado consolida o entendimento doutrinário majoritário pelo qual as relações tratadas pelo Código Civil são exemplificativas, e não taxativas.²⁵⁹

O STJ segue a mesma linha, conforme julgado abaixo:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO REVOGATÓRIA DE DOAÇÃO POR INGRATIDÃO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE RÉ.

1. A revogação de doação por ingratidão pressupõe a prova de que os atos imputados ao donatário se revestem de natureza grave, "como os enumerados nos incisos dos arts. 1183 do Código Civil de 1916 e 557 do Código Civil de 2002 (atentado contra a vida, crime de homicídio doloso, ofensa física, injúria grave ou calúnia, recusa de alimentos - sempre contra

²⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.301.

²⁵⁷ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.279.

²⁵⁸ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

²⁵⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria geral dos Contratos e Contratos em espécie**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v.3, p.366.

o doador - destacando-se, aliás, expressamente, quanto à exigência de que a injúria, seja grave, o que também se estende, por implícito à calúnia, inciso III dos dispositivos anotados)" (REsp 1.350.464/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 11/3/2013).

2. No caso dos autos, a instância de origem entendeu, com fundamento na prova dos autos, que a conduta da parte ré caracteriza-se como ingratidão. A pretensão recursal voltada à revisão dessa conclusão, portanto, encontra óbice na Súmula 7/STJ.

[...]²⁶⁰

Em resumo, para que ocorra a revogação por ingratidão que os atos praticados pelo donatário devem ser de natureza grave conforme os art.557 do CC de 2002.

Entretanto, nos casos de homicídio doloso do doador, a ação caberá aos seus herdeiros, com exceção dos casos em que o doador perdoar o donatário.²⁶¹

Cumpra salientar que segundo o art.555 do Código Civil não se pode renunciar antecipadamente o direito de revogar uma doação por ingratidão do donatário por se tratar de uma matéria de ordem pública. Dessa forma, caso haja cláusula renunciando antecipadamente, será nula de pleno direito.²⁶²

Ademais, a revogação por ingratidão não irá prejudicar os direitos adquiridos por terceiros, nem irá obrigar o donatário a restituir os frutos recebidos antes que haja citação válida, mas irá sujeitar a pagar os posteriores. Desse modo, não podendo restituir os posteriores, surge a possibilidade de indenização pelo meio termo do seu valor.²⁶³

Por último, cabe lembrar que a ingratidão é a causa extintiva, superveniente, da doação.²⁶⁴

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no Recurso Especial n.1205728-Proc.2010/0151209-2. Agravante: Nadja Lang Cauás. Agravado: Fenando João Pereira dos Santos. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, DJ 21 nov.2017. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78704815&num_registro=201001512092&data=20171127&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 20 abr. 2018.

²⁶¹ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²⁶² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Teoria geral dos Contratos e Contratos em espécie. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v.3, p.366.

²⁶³ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²⁶⁴ BARBOSA, Mário de Figueiredo. **Doação**: especulações jurídicas. Salvador: Quarteto, 2006, p.125.

4.4.2 Revogação pelo descumprimento do encargo

O art. 555 Código Civil além de trazer a possibilidade de revogar a doação por ingratidão do donatário, trouxe também a possibilidade de revogar a doação por descumprimento do encargo, quando se tratar de doação onerosa.²⁶⁵

Para que ocorra a revogação da doação pelo descumprimento do encargo se faz necessário a comprovação da mora por parte do donatário. Dessa forma, havendo prazo mencionado no contrato para que se cumpra o encargo, a mora ex re será caracterizada de pleno direito, bastando que se encerre o prazo e que o donatário não tenha cumprido o encargo.²⁶⁶

Por outro lado, caso o doador não tenha estipulado prazo para que o donatário cumpra o encargo, a mora será ex persona, dependendo da interpelação do donatário judicialmente, com a fixação de um prazo razoável para o cumprimento.²⁶⁷

A revogação por descumprimento do encargo alcança os direitos adquiridos por terceiro, pelo fato do encargo significar uma condição resolutória, tornando resolúvel a propriedade do donatário sobre o bem doado.²⁶⁸

No caso de uma pluralidade de donatários e o objeto da doação for divisível, incidirá o princípio *concurso partes fiunt*, o que significa que o encargo se dividirá em tantos quantos forem os donatários. Caso o donatário não realize o encargo o negócio se operará contra o inadimplente. Já se tratando de objeto da doação indivisível, se operará contratos, e a doação será revogada.²⁶⁹

Por outro lado, a impossibilidade do encargo não atingirá a liberalidade, devendo o donatário pagar o valor do encargo impossibilitado.²⁷⁰

²⁶⁵ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²⁶⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.793.

²⁶⁷ *Ibidem*, loc.cit.

²⁶⁸ NADER, Natal. Questões Relativas a Doação (II). In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Contratos em espécie**: atribuição patrimonial e garantia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 473.

²⁶⁹ MARQUESI, Roberto Wagner. A Doação Modal no Código de Reale. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Contratos em espécie**: atribuição patrimonial e garantia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 491.

²⁷⁰ *Ibidem*, loc.cit.

5 PROMESSA DE DOAÇÃO

Logo de início, é mister salientar que este capítulo busca a análise da promessa de doação como todo, apontando para o conceito, os elementos para sua existência e a sua exigibilidade.

A promessa de doação é um tema bastante polêmico que não possui uma previsão legal expressa e que deixam dúvidas tanto no que se refere a sua existência, quanto a sua exigibilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, existe grande divergência no que se refere à possibilidade de se pactuar uma promessa de doação.

Um argumento negativo no que diz respeito a possibilidade da promessa de doação é que o contrato de doação por se tratar de um contrato gratuito não caberia uma configuração jurídica preliminar. Isso porque no contrato de doação a vontade é livre, e possa ser que essa vontade no momento da contratação definitiva não seja livre.²⁷¹

Já um argumento afirmativo a respeito da possibilidade de uma promessa de doação é que a intenção de praticar a liberalidade será manifestada no momento da celebração da promessa.²⁷²

5.1 DEFINIÇÃO E ELEMENTOS DA PROMESSA

A promessa de doação pode ser definida como o contrato por meio do qual o sujeito, promete no futuro, devido a chegada do termo ou condição, manifestar sua vontade de modo a concluir um contrato de doação.²⁷³

Nessa linha, a promessa de doação trata-se de um contrato preliminar unilateral que objetiva uma liberalidade futura, ou seja, uma das partes irá se comprometer a celebrar um contrato doação futuro que irá beneficiar o outro contratante.²⁷⁴ Dessa

²⁷¹ MORAES, Maria Celina Bodin. Notas sobre a promessa de doação. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.24, out./dez. 205, p.4.

²⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.47.

²⁷³ CATALAN, Marcos Jorge. Reflexões acerca da eficácia da promessa de doação no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.34, abr./jun.2008, p.55

²⁷⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria geral dos Contratos e Contratos em espécie**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v.3, p.364.

forma, a promessa de doação é um contrato preliminar, portanto, seguindo todo o regramento abordado no capítulo 3, do presente trabalho.

Neste sentido, tendo em vista que o contrato preliminar pode ser utilizado em todo e qualquer tipo de contrato definitivo que se deseje obrigar²⁷⁵, será, portanto, plenamente possível se pactuar uma promessa de doação.

Cumpre salientar, por oportuno, que contrato de doação tem como elementos na sua estrutura a intenção em doar (*animus donandi*), a transferência de bens e vantagens e a aceitação, conforme demonstrado no tópico 4.2.1. Diferentemente do contrato de doação que consiste numa obrigação de dar, a promessa de doação se trata de uma obrigação de fazer, que seria a celebração do contrato de doação, por se tratar de contrato preliminar.²⁷⁶

Em síntese, os contratos de doação são diferentes dos contratos-promessa de doação, pois no primeiro se tem uma obrigação de dar e no segundo se tem uma obrigação de fazer.

5.2 EXIGIBILIDADE DA PROMESSA

A exigibilidade da promessa de doação trata-se de um tema bastante polêmico, que faz com que haja bastante discussão, não sendo, portanto, um tema incontroverso no ordenamento jurídico brasileiro.

Cabe demonstrar uma primeira corrente de entendimento de juristas tradicionais que são desfavoráveis a exigibilidade da promessa de doação como o de Miguel Maria

²⁷⁵ LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. O contrato preliminar e a sua previsão no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.14, abr./jun., 2003, p.20.

²⁷⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação**: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010,p.106.

de Serpa Lopes²⁷⁷, Agostinho Alvim²⁷⁸, Silvio Rodrigues²⁷⁹ e o de Mário Figueiredo Barbosa²⁸⁰.

O entendimento de Miguel Maria de Serpa Lopes é que a promessa de doação trata-se de um contrato preliminar, cuja finalidade é um *contrahere* futuro. Sendo assim, pelo fato do contrato de doação ter natureza gratuita, seria inaceitável ser estabelecida uma promessa de doação. Isso porque não poderia pedir uma execução coativa de uma obrigação a título gratuito, nem perdas e danos, pois ele entende que nos contratos a título gratuito, o doador só responderia por dolo, com base no art.1057 do Código Civil de 1916²⁸¹. Além disso, aponta para o fato de que a promessa de doação só poderia ser livre e espontânea no contrato preliminar e não no contrato definitivo, logo não se podendo ter uma promessa de doação.²⁸²

Seguindo do mesmo posicionamento, Agostinho Alvim, citado por Maria Celina Bodin de Moraes, entende que é impossível que se obrigue alguém a doar, pois a vontade é livre, no contrato de doação, que seria mesma coisa de ausência de manifestação, no momento da contratação definitiva, o que impediria a configuração jurídica preliminar.²⁸³

Silvio Rodrigues complementa:

“Embora a doação, entre nós, seja capitulada como um contrato, tal asserção não é verdadeira em relação a ela, pois a promessa de doação quando pura, não é vinculativa, uma vez que até a formalização é lícito o arrependimento do promitente doador”.²⁸⁴

Em síntese, o autor supra entende que a promessa de doação pura não obriga o doador, pois existe a possibilidade de se arrepender.

Mário Figueiredo Barbosa nega a possibilidade de existência da promessa de doação dizendo que é da própria essência do contrato preliminar ser dotado de

²⁷⁷ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**: Fontes das obrigações: contratos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p.387 *et seq.*

²⁷⁸ ALVIM, Agostinho APUD CATALAN, Marcos Jorge. Reflexões acerca da eficácia da promessa de doação no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.34, abr./jun.2008, p.55.

²⁷⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. São Paulo: Saraiva, 2004, p.212.

²⁸⁰ BARBOSA, Mário de Figueiredo. **Doação**: especulações jurídicas. Salvador: Quarteto, 2006, p.112.

²⁸¹ O art. 1056 do Código de 1916 tem correspondência ao art. 392 do Código Civil de 2002.

²⁸² LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Op.cit.*, p.387 *et seq.*

²⁸³ ALVIM, Agostinho APUD BODIN DE MORAES, Maria Celina. Notas sobre a promessa de doação. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.24, out./dez. 2005, p.3 *et seq.*

²⁸⁴ RODRIGUES, Silvio. *Op.cit.*, p.212.

exigibilidade e que esse contrato preliminar de doação não seria possível se exigir por se está diante de uma doação coativa, ou seja, uma doação por determinação da justiça, uma liberalidade por imposição do juiz e ao arrepio da vontade do doador.²⁸⁵

Uma segunda corrente é comandada por Caio Mario da Silva Pereira que entende que formalmente se poderia obrigar alguém a realizar uma doação pura, pois o contrato preliminar poderia ser objeto de contrato de doação. Entretanto, na realidade dos fatos se teria uma doação coativa, ou seja, uma doação por decisão judicial, o que não seria possível, porque não está em consonância com a essência da doação e, por consequência, a doação pura não pode ser objeto de contrato preliminar. Já a promessa de doação efetivada por cônjuges no acordo de separação judicial ou divórcio em favor dos filhos e a doação onerosa seria exigível, sendo o donatário legitimado a reclamar o cumprimento da liberalidade que o causou.²⁸⁶

Reforça o posicionamento Darcy Arruda Miranda, citado por Catalan, que diz que “a promessa de doação só é válida para determinados atos, como na separação consensual, em que os cônjuges desavindos estipulam cláusula neste sentido, em benefício dos filhos, a qual se torna obrigatória”.²⁸⁷

Nessa linha, se tem uma terceira corrente que é liderada por Pablo Stolze que entende que predomina o aspecto de liberalidade como causa do contrato de doação, portanto, seria inadmissível a execução coativa da promessa de doação. Apesar disso, o promitente-donatário, privado da legítima expectativa de firmar o contrato definitivo, poderá responsabilizar o promitente-doador, por meio, de ação ordinária de perdas e danos, quando demonstrado o seu prejuízo.²⁸⁸

²⁸⁵ BARBOSA, Mário de Figueiredo. **Doação**: especulações jurídicas. Salvador: Quarteto, 2006, p.112.

²⁸⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Contratos. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006,p.257 et seq.

²⁸⁷ MIRANDA, Darcy Arruda APUD CATALAN, Marcos Jorge. Reflexões acerca da eficácia da promessa de doação no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.34, abr./jun.2008, p.57.

²⁸⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação**: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010,p.34.

Este entendimento também é adotado Luiz Roldão de Freitas Gomes, que entende que a promessa de doação quando não cumprida, não pode ser compulsoriamente executada, no entanto, podem-se admitir ações cominatórias e perdas e danos.²⁸⁹

A quarta e última corrente de juristas como Washington de Barros Monteiro²⁹⁰, Arnaldo Rizzardo²⁹¹, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²⁹², Flávio Tartuce²⁹³ e Paulo Nader²⁹⁴ que são favoráveis à exigibilidade da promessa de doação no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Washington de Barros Monteiro “inexiste, porém, razão para excluir tal promessa, cuja possibilidade jurídica é expressamente admitida pelo direito alemão (BGB, art. 2.301). Ela não contraria qualquer princípio de ordem pública e dispositivo algum proíbe”.²⁹⁵

Em síntese, o autor acima aponta para existência da promessa de doação pelo fato da promessa de doação não desrespeitar os princípios norteadores do ordenamento jurídico, e também por inexistir nenhuma norma que proíba essa promessa.

Já Arnaldo Rizzardo diz que:

“se apresenta perfeitamente normal a promessa de doação de um bem, formando-se um vínculo unilateral do promitente relativamente ao compromissário. Ao assumir essa avença, cria-se o liame da responsabilidade, o que permite ao donatário impor o cumprimento, ou, pelo menos, a indenização”.²⁹⁶

Em suma, o autor defende que a promessa de doação é um contrato que pode ser firmado e que cria um vínculo de responsabilidade, permitindo, portanto, que o promitente-donatário obrigue o doador a doar.

²⁸⁹ GOMES, Luiz Roldão de Freitas Gomes. **Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.230.

²⁹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.119.

²⁹¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013,p.435.

²⁹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie**.6.ed. Salvador: Juspodivm, 2016,p.758.

²⁹³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria geral dos Contratos e Contratos em espécie**. Rio de Janeiro: Forense, 2017,v.3, p.364.

²⁹⁴ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil:Contratos**.8.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2016,p.270.

²⁹⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Op.cit.*, p.119.

²⁹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Op.cit.*,p.435.

Nessa linha, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald entendem que é válida a realização de uma promessa de doação, com base no princípio da autonomia privada e pelo fato do *animus donandi* está presente no momento da promessa.²⁹⁷

Do mesmo modo, Flávio Tartuce tem o entendimento que a promessa é admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois não há dispositivo que proíba, não contraria os princípios da boa-fé objetiva nem o da função social dos contratos, além do fato da promessa de doação está dentro do exercício da autonomia privada.²⁹⁸

Por último, Paulo Nader entende que a espontaneidade deve estar presente no contrato preliminar de qualquer contrato definitivo, portanto, o contrato definitivo é consequência da avença anterior e não importa se a declaração de vontade não seja coincidente com a motivação no momento da doação, mas que seja de uma consequência do contrato preliminar em que o promitente-doador de obrigou.²⁹⁹

Expostas as mais relevantes correntes acerca da exigibilidade da promessa de doação, fica evidente que a que mais se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro atual é a quarta corrente, que tem como expoentes Washington de Barros Monteiro³⁰⁰, Arnaldo Rizzardo³⁰¹, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³⁰², Flávio Tartuce³⁰³ e Paulo Nader³⁰⁴.

É notória a existência de diversos autores desfavoráveis³⁰⁵ a exigibilidade da promessa de doação. Afinal, o argumento mais forte no que se refere à exigibilidade da promessa de doação entende que seria impossível obrigar alguém a doar porque

²⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie**.6.ed. Salvador: Juspodivm, 2016,p.758.

²⁹⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria geral dos Contratos e Contratos em espécie**. Rio de Janeiro: Forense, 2017,v.3, p.364.

²⁹⁹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil:Contratos**.8.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2016,p.270.

³⁰⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.119.

³⁰¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**.13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013,p.7.

³⁰² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson.*Op.cit.*,p.758.

³⁰³ TARTUCE, Flávio. *Op.cit.*,p.364.

³⁰⁴ NADER, Paulo.*Op.cit.*,p.270.

³⁰⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: Fontes das obrigações: contratos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, ALVIM, Agostinho APUD CATALAN, Marcos Jorge. Reflexões acerca da eficácia da promessa de doação no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.34, abr./jun.2008, RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. São Paulo: Saraiva, 2004, BARBOSA, Mário de Figueiredo. **Doação: especulações jurídicas**. Salvador: Quarteto, 2006, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, MIRANDA, Darcy Arruda APUD CATALAN, Marcos Jorge. Reflexões acerca da eficácia da promessa de doação no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.34, abr./jun.2008.

a vontade é livre, no entanto, não merece prosperar o entendimento que não se pode exigir uma promessa.

O presente trabalho tratará, neste momento, acerca da sua exigibilidade, ou seja, os motivos que levam à exigibilidade da promessa de doação.

Quando um sujeito pactua uma promessa de doação com outrem, ele está se valendo do princípio da autonomia privada para se obrigar perante outro a doar um determinado bem no futuro, ou seja, está contraindo uma obrigação de fazer o contrato definitivo, qual seja, o contrato de doação.

O princípio da autonomia privada tem como elemento chave a liberdade contratual, portanto, os particulares são livres para contratar, e caso pactuem um contrato, devem fixar os termos vinculativos e a disciplina aplicável ao contrato.³⁰⁶

Outro princípio que reforça a exigibilidade se trata da força obrigatória que o contrato faz lei entre as partes, ou seja, já que pactuou um contrato, este tem força vinculante.

Insta dizer que na promessa de doação existiu uma manifestação de vontade sobre ela que já ocorreu, e na medida em que se vai ao Judiciário pedir que se execute a promessa de doação, foi porque esta foi descumprida. Por outro lado, o respeito aos compromissos assumidos representam a finalidade do ordenamento jurídico brasileiro e não existe motivo que fundamente a possibilidade de descumprir, sem qualquer sanção possível, uma promessa de doação feita a outrem.³⁰⁷

Dessa forma, no momento em que se firma uma promessa de doação esta deve ser cumprida, porque uma promessa não mantida é uma falsa promessa e não uma promessa inexistente.³⁰⁸

Em síntese, quando se realiza uma promessa esta gera uma expectativa no outro sujeito. No momento em que ele não cumpre, está descumprindo um contrato ao qual se obrigou.

³⁰⁶ VICENTE, Dário Moura. A autonomia e os seus diferentes significados à luz do direito comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.8, jul./set. 2016, p. 278.

³⁰⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Notas sobre a promessa de doação. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.24, out./dez. 205, p.19.

³⁰⁸ *Ibidem, loc.cit.*

Dessa forma, o promitente doador se obriga por livre e espontânea vontade, caso ele pense que no futuro não queira mais doar, não deveria celebrar essa promessa, seria simples, mas de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, no momento que ele pactua a promessa fica obrigado a cumprir. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro foi bem claro quando estabeleceu regras para o contrato preliminar conforme estabelecido no capítulo 3.

Reforça Nelson Rosenvald:

“ao formatar o modelo jurídico do contrato preliminar nos arts.462 à 466 do Código Civil, não só expressamente manifestou o legislador o desiderato de desvincular o gênero de uma das espécies (...) como implicitamente ampliou os horizontes do contrato preliminar, admitindo a sua formulação como antecedente a qualquer tipo de contrato definitivo, incluindo-se a doação”.³⁰⁹

Cumprido salientar que não se pode negar que a promessa de doação deve ser apreciada como uma das espécies de contrato preliminar devendo conter todos os elementos essenciais do contrato definitivo. Neste sentido, pensar em outra forma expressaria equivaler os efeitos da promessa de doação, enquanto negócio jurídico existente, válido e eficaz às hipóteses de responsabilidade pré-contratual derivadas da nulidade do contrato ou da ruptura imotivada das negociações, o que não está de acordo com as atuais orientações do direito brasileiro atual.³¹⁰

Ainda por cima que a promessa de doação não se trata de meras tratativas ou negociações preliminares ao contrato definitivo, mas sim uma espécie de contrato preliminar que deve ser cumprido.

O promitente donatário ficaria desamparado se essa promessa não fosse exigível, pois por se tratar de uma transferência que mexe com a esfera patrimonial do sujeito isso gerará consequência jurídica para ele.

Sem contar que no momento que você firma um contrato preliminar de doação e que mesmo existindo peculiaridades como a manifestação do *animus donandi* a liberalidade estará presente no momento do ajuste preliminar³¹¹, não podendo alegar o doador que na hora de cumprir a promessa que não tem mais a intenção em doar.

³⁰⁹ ROSENVALD, Nelson. *O contrato preliminar*. **JUS**: Revista da Associação Mineira do Ministério Público. Belo Horizonte: Fórum, ano 41, n.23, jul./dez., 2010, p. 173.

³¹⁰ CATALAN, Marcos Jorge. Reflexões acerca da eficácia da promessa de doação no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.34, abr./jun.2008.p.67.

³¹¹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Contratos. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016,p.270.

Consoante com o enunciado 549 do CJF “A promessa de doação no âmbito da transação constitui obrigação positiva e perde o caráter de liberalidade previsto no art. 538 do Código Civil”.³¹²

Em suma, o enunciado aponta para existência de uma promessa de doação e que quando se pactua uma promessa de doação se perde a liberalidade do contrato de doação, constituindo, portanto, em uma obrigação que deve ser cumprida.

Insta dizer que o enunciado do CJF que diz que no momento perde o caráter liberalidade previsto nos elementos do Contrato de Doação, mostra que está tratando de uma obrigação contraída pela própria parte com base no princípio da autonomia privada, que caso não quisesse, não precisaria se obrigar, mas já que se obrigou deve cumprir e não deixar o donatário desamparado.

Dessa forma, o *animus donandi* foi manifestado no momento da celebração da promessa de doação, logo o argumento dos que são desfavoráveis à promessa de doação cai por terra.

Além disso, a doação deve deixar de ser uma concepção moral, de benevolência ou generosidade e passar a ser enxergada em termos contratuais. Dessa forma, a doação no contrato brasileiro não é ato, é contrato, logo se faz necessárias duas vontades contrapostas para se ter um negócio jurídico.³¹³

Enfim, o contrato de doação é visto como um ato de liberalidade, ou seja, uma generosidade, porém deve ser vislumbrada como um contrato, logo sendo essenciais duas vontades contrapostas.

Cumprе salientar que o promitente-doador provavelmente tem interesses relevantes na doação, isso é certo, pois só é permitido revogar uma doação nos casos previstos por lei, que seria por uma inexecução do encargo, em uma doação onerosa, e por ingratidão do donatário, em uma doação pura.³¹⁴

Ademais, o contrato de doação só pode ser revogado por ingratidão do donatário ou descumprimento do encargo, ou seja, não teria o direito de se arrepender. Isso porque o art. 463 do Código Civil diz que só caberá arrependimento em um contrato

³¹² BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 549. Disponível em: <www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/602> . Acesso em: 23 mai. 2018.

³¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Notas sobre a promessa de doação. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.24, out./dez. 205, p.18.

³¹⁴ *Ibidem*, p.19.

preliminar quando existir uma cláusula de arrependimento, conforme exposto no capítulo 3. Dessa forma, inexistindo cláusula de arrependimento qualquer das partes poderá pleitear a celebração do contrato definitivo, alcançando, portanto, a tutela específica da obrigação.

Em suma, o ordenamento jurídico brasileiro prima pela tutela específica da obrigação, então, quem se obrigou deve doar o bem prometido. Caso a prestação se impossibilite se buscaria por perdas e danos.

No art. 464 do Código Civil de 2002 estabelece que o juiz possa, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente confirmando o caráter definitivo do contrato preliminar.³¹⁵

Dessa forma, é notória que a vontade do sujeito inadimplente não se faz necessária para que ocorra a satisfação de uma dívida que não foi paga. Isso porque o Estado se sub-roga nos direitos do devedor e pratica os atos necessários para que ocorra o cumprimento forçado da obrigação. Sendo assim, a sentença do magistrado produzirá o mesmo efeito que a declaração do sujeito inadimplente, havendo, portanto, uma invasão pelo juiz da esfera jurídica do devedor e disponha dela contra sua vontade.³¹⁶

Dito isso, se observa que a promessa de doação é sim exigível, pois existiu uma manifestação de vontade para a pactuação dessa promessa, e quando se vai ao judiciário pedir sua execução é apenas mera consequência do descumprimento. Sendo assim, como se pode celebrar um contrato preliminar de todo e qualquer contrato definitivo, não seria diferente com o contrato de doação, devendo lembrar que a doação não é ato, é contrato.

O STJ já vem reconhecendo a exigibilidade promessa de doação nos casos de separação ou divórcio, como no Recurso Especial abaixo:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO COMINATÓRIA. OUTORGA DE ESCRITURA DA NUA-PROPRIEDADE DE IMÓVEL OBJETO DE PROMESSA DE DOAÇÃO CELEBRADA 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

³¹⁵ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

³¹⁶ LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. O contrato preliminar e a sua previsão no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.14, abr./jun., 2003, p.49.

qual o réu assumiu o compromisso de doar imóvel à autora, posteriormente substituído por outro bem imóvel (apartamento).

[...]

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 do Superior Tribunal de Justiça a 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. (EREsp n.º 125859/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Segunda Seção, DJ 24/03/2003).

[...] ³¹⁷

No caso acima, o STJ decidiu pela exigibilidade da promessa de doação em processos de separação ou divórcio, dizendo que a situação seria diferente, devendo ser reconhecida a sua exigibilidade.

Esse entendimento configura-se como excessivamente híbrido, sendo a primeira admissibilidade de uma contrapartida num contrato de doação e a segunda a viabilidade de o cumprimento da promessa ser exigido por quem não fez parte, que seria os filhos do casal. ³¹⁸

Em suma, tanto no julgado STJ, quanto o enunciado 549 do CJF, a promessa de doação é exigível no âmbito de uma transação, que inexistente a possibilidade de retratação.

Nessa trilha, esse entendimento de que a promessa de doação deve ser exigível nos casos de transação deve também ser estendido para as outras hipóteses.

Cabe deixar claro que a promessa de doação se trata de um contrato preliminar e, portanto, não pode ser descumprido. Dessa forma, o promitente donatário deve exigir que o contrato seja cumprido, portanto, deve pleitear a tutela específica da obrigação.

³¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.355.007- Proc. 2012/0246246-3. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DJ 27 jun. 2017. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202462463&dt_publicacao=10/08/2017>. Acesso em: 21 mai. 2018.

³¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Notas sobre a promessa de doação. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.24, out./dez. 205, p.12.

Conclui-se que caso o promitente-doador não cumpra a promessa de doação, esta poderá ser exigida judicialmente. Neste sentido, o juiz irá suprir a vontade do promitente-doador e confirmará o caráter definitivo da avença.

O posicionamento acima é o que deve ser seguido. Diante disso, cabe acrescentar outro posicionamento com o intuito de garantir a exigibilidade da promessa de doação, que seria com base na boa-fé objetiva que preceitua que os negócios jurídicos devem ser lidos a partir de uma nova dimensão ética devendo exigir o cumprimento real das promessas feitas, mesmo que de futuras liberalidades, pois a frustração da expectativa gerada pela parte beneficiária, quando se tem uma recusa em celebrar o contrato definitivo pela parte que prometeu doar, deve ser protegida também por conta da vedação a adoção de comportamentos contraditórios.³¹⁹

Isso porque quando se viola uma promessa de doação está indo de encontro com a boa-fé objetiva praticando um *venire contra factum proprium*, isto é, está sendo contrário ao primeiro comportamento de liberalidade praticado.

A teoria do *venire contra factum proprium* quer dizer que ninguém estaria autorizado a contrariar um comportamento por si mesmo praticado anteriormente, desde que este tenha uma função orientativa, ou seja, na medida que direciona a conduta dos sujeitos ou resulte na tomada de decisão por parte deles. Sendo assim, o ato próprio vincula, portanto, não pode ser contrariado sob pena de esta mudança de orientação quebrar a lealdade.³²⁰

Cumprе ressaltar que o Código Civil adotou a teoria da confiança, pois o princípio da boa-fé tem a finalidade de estimular uma postura leal e colaborativa dos contratantes, na qual o promitente-donatário recebe a legítima expectativa de confiança relativa à esperança da concretude da palavra dada pelo promitente-doador.³²¹

Será considerado confiança de um sujeito àquilo que se refere à produção de certos efeitos jurídicos na sequência de um ato por ele praticado. Sendo assim, a proteção positiva das expectativas é atribuída à convicção do sujeito e as implicações de uma

³¹⁹ CATALAN, Marcos Jorge. Reflexões acerca da eficácia da promessa de doação no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.34, abr./jun.2008.p.69.

³²⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.27, jul./set. 2006, p.259.

³²¹ ROSENVALD, Nelson. *O contrato preliminar*. **JUS: Revista da Associação Mineira do Ministério Público**. Belo Horizonte: Fórum, ano 41, n.23, jul./dez., 2010, p. 174.

situação jurídica real, e ver se essas estão de acordo com os efeitos jurídicos gerados por aquela situação específica.³²²

Ademais, a intervenção da ordem jurídica em defesa da confiança pode bem representar a submissão de alguém a equivaler à situação de confiança de outro, condizendo a sua conduta com a expectativa gerada e não fraudando as expectativas alheias.³²³

Dessa forma, é mais que certo que a promessa de doação é sim exigível, e se faz necessário que ela seja cumprida, devendo a questão ser resolvida e devendo ser suprida essa lacuna pelo ordenamento jurídico.

³²² FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2004, p.42.

³²³ *Ibidem*, p.43.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que objetivo desse trabalho é analisar se a promessa de doação é exigível ou não no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, foi estabelecido todo o aparato contratual a respeito do tema, desde o surgimento dos contratos até a exigibilidade de um contrato preliminar de doação, trazendo todos os pontos-chaves.

De início, buscou-se mostrar de forma genérica todo o aparato contratual, sendo analisado todo o histórico contratual, a mudança de pensamento, passando a se valorizar os princípios contratuais, como a boa-fé objetiva e a função social dos contratos na busca de um contrato mais justo para ambas as partes.

No que se refere à formação dos contratos, foi demonstrado que deve ser analisado o pacto desde quando foi originado nas etapas pré-contratual, contratual e pós-contratual, portanto, não se analisando só quando o contrato está vigendo.

E a partir daí, se trouxe o contrato preliminar, que se trata de um contrato genérico, que pode ser utilizado em todo e qualquer contrato definitivo que se deseje obrigar. Este possui diversos pontos positivos, um deles é que pelo fato da contratação atual ser complexa, se torna difícil uma contratação definitiva de imediato, portanto, se faz necessário um tempo maior para que algumas cláusulas que não tiveram consenso sejam discutidas.

A posteriori, se analisou o contrato de doação suas características, seus elementos, suas principais espécies e suas formas de extinção.

Diante disso, se trouxe a promessa de doação, que se trata de um contrato preliminar de doação. Essa, entretanto, é bastante controversa no ordenamento jurídico brasileiro pelo fato de autores admitirem e considerarem exigível a promessa de doação, e outros não admitirem a figura e outros admitirem, mas não aceitarem a sua exigência pela via judicial, por se tratar, segundo eles, de uma doação coativa.

Não obstante, vale dizer que esse posicionamento não merece prosperar. Isso porque quando se celebra uma promessa de doação, o doador está se valendo do princípio da autonomia privada para se obrigar a doar um determinado bem no futuro.

Dessa forma, se na promessa de doação existiu uma manifestação de vontade, no momento em que se pleiteia o cumprimento judicialmente, foi porque essa promessa foi descumprida. Sendo assim, não seria possível o doador descumprir uma promessa, sem nenhuma implicação para sua esfera patrimonial.

Diante disso, para solução dessa controvérsia, deve se valer o donatário do regramento do contrato preliminar que diz em seu art. 463 e 464 do Código Civil de 2002 que se o contrato preliminar não tiver cláusula de arrependimento, caso o doador não cumpra o contrato preliminar de doação, o donatário poderá exigir a celebração do contrato definitivo, podendo também o juiz suprir a vontade do doador para celebrar o contrato definitivo.

Outra saída subsidiária para o donatário, como uma forma de garantir a exigibilidade da promessa de doação, seria se valendo do instituto *do venire contra factum proprium* que teria como resultado a perdas e danos. Isso porque esse instituto derivado da boa-fé objetiva preceitua que o ato praticado anteriormente vincula quando gera uma expectativa no outro sujeito, portanto, sendo vedado a prática de um comportamento contraditório ao anterior, logo quando se pactua uma promessa de doação não se poderia descumprir uma promessa de doação, pois estaria praticando um comportamento contraditório ao primeiro comportamento de celebração da promessa.

Diante do exposto, se observa que o donatário não pode ficar desamparado pelo ordenamento jurídico brasileiro, caso o doador não cumpra com a promessa de doação, tendo em vista que o contrato de doação não é um ato de liberalidade, mas um contrato. Portanto, o contrato preliminar de doação se trata de um contrato que deve ser cumprido. Sendo assim, quando for descumprido deve ser plenamente exigível pela via judicial.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AZOIA, Viviane Taís; RIBEIRO, Maria Carla Pereira. A função social dos contratos e as externalidades: Uma análise econômica. **Revista Eletrônica do Mestrado de Direito da UCB**. Jul./2016, v.10, n.2. Disponível em: < w.w.w.portalrevistas.ucb.br>. Acesso em: 23 out. 2017. p.1- 29.

BARBOSA, Mário de Figueiredo. **Doação**: especulações jurídicas. Salvador: Quarteto, 2006.

BIANCHI, Leonardo. Da cláusula de *Estoppel* e sua dinâmica na esfera dos negócios jurídicos privados. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.24, out./dez., 2005. p. 54-78.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e negócio jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. Porto Alegre: Síntese, v.5, 2005. p.69-87.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no Recurso Especial n.1205728- Proc.2010/0151209-2. Agravante: Nadja Lang Cauás. Agravado: Fenando João Pereira dos Santos. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, DJ 21 nov.2017. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequenciaI=78704815&num_registro=201001512092&data=20171127&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.355.007- Proc. 2012/0246246-3. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DJ 27 jun. 2017. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202462463&dt_publicacao=10/08/2017>. Acesso em: 21 mai. 2018.

BUENO, Sergio de Godoy. Contrato Preliminar. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Contratos**: Formação de Regime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 283 – 300.

CATALAN, Marcos Jorge. Considerações sobre o Contrato Preliminar: Em busca da Superação de seus aspectos polêmicos. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Orgs.). **Questões Controvertidas**: Novo Código Civil. São Paulo: Método, v.4, 2005. p. 319-342.

_____. Reflexões acerca da eficácia da promessa de doação no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.34, abr./jun. 2008. p. 51- 69.

BRASIL. Conselho Justiça Federal. Enunciado 23. Disponível em: <www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/602>. Acesso em 23 mai. 2018.

_____. _____. Enunciado 549. Disponível em: <www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/602>. Acesso em 23 mai. 2018.

CONTADIN, Éder Augusto. O contrato preliminar e sua inserção no Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.56, out./dez. 2013, p. 227-261.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da FGV**. Jul./2016, v.1, n.1. Disponível em: <www.bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em: 23 out. 2017, p.41-66.

CUNHA, Beatriz Carvalho de Araújo; MARTINS, Guilherme Magalhães. O *duty to mitigate the loss*: Uma visão crítica da sua aplicação pelo Poder Judiciário. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.983, setembro. 2017, p.99-152.

D'AQUINO, Lúcia Souza. O interesse individual e coletivo no cumprimento do Contrato: Da Autonomia Privada à Função Social. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFBA**. Jun./2017, v.27, n.1. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br>>. Acesso em: 23 out. 2017. p. 201- 222.

DIDIER JR, Fredie; LIPIANI, Julia. Desconsideração inversa da personalidade jurídica – princípio da boa-fé – Proibição do *Tu quoque*- Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.13, out./dez. 2017. p. 445-468.

FACCHINI NETO, Eugênio. *Duty to mitigate the loss. Cheapest Cost. Avoider. Hand formula*: Aplicação Judicial Brasileira de Doutrina e Jurisprudência Estrangeiras. O positivismo jurídico em um mundo globalizado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.13, out./dez. 2017, p. 249-280.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie .6.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FIGUEIREDO, Luciano L.; MASCARENHAS, Ana Carolina F. A autonomia privada nas relações familiares: O cerceamento do direito ao namoro. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, v.3, 2011, p. 227-253.

FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação**: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Fernando de Paula. Do contrato: Interpretação e Boa-fé. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.27, jul./set., 2006, p. 96 - 142.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas Gomes. **Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e Atos Unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2016.

KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civil**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. Da doação a incapaz. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.79, jul./dez.,2015. p.421 – 440.

LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. O contrato preliminar e a sua previsão no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.14, abr./jun., 2003, p.19 - 52.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**: Fontes das obrigações: contratos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

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

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O regime das relações contratuais**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUESI, Roberto Wagner. A Doação Modal no Código de Reale. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Contratos em espécie**: atribuição patrimonial e garantia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 483-496

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Notas sobre a promessa de doação. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.24, out./dez. 205, p.3 - 22.

NADER, Natal. Questões Relativas a Doação (II). *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Contratos em espécie**: atribuição patrimonial e garantia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 465 - 473.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A Disciplina do Contrato Preliminar no Novo Código Civil Brasileiro. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Orgs.). **Questões Controvertidas**: Novo Código Civil. São Paulo: Método, v.2, 2004, p. 357-368.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.27, jul./set. 2006, p.257 - 278.

_____; BOLOTTI, Isabela Maria Lopes. *Venire Contra Factum Proprium*: Uma análise comparativa da utilização da figura pela jurisprudência brasileira e italiana. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.61, jan./mar., 2015, p. 145 - 174.

_____; NERY JÚNIOR, Nelson. Doação pura, preliminar de doação e contratos de gestão. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.25, jan./mar. 2006, p.7 – 58.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2005, v.3.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REQUIÃO, Maurício. **Normas de textura aberta e interpretação**: Uma Análise no Adimplemento das Obrigações. Salvador: Juspodivm, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**.13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSENVALD, Nelson. O contrato preliminar. **JUS**: Revista da Associação Mineira do Ministério Público. Belo Horizonte: Fórum, ano 41, n.23, jul./dez., 2010, p. 158-183.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

STANICIA, Sergio Tuthill. A liberalidade ou *animus donandi* como elemento caracterizador da doação. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.13, out./dez. 2017, p.99-138.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Teoria geral dos Contratos e Contratos em espécie. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécie*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VICENTE, Dário Moura. A autonomia e os seus diferentes significados à luz do direito comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v.8, jul./set. 2016, p. 275 - 302.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil**: Contratos em espécie.19.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.