

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-graduação em Direito

Caio Leonardo de Figueiredo Gomes

**O CUMPRIMENTO DA PALAVRA DADA: PROMESSA DE DOAÇÃO,
CONSIDERATION E FILOSOFIA DOS CONTRATOS**

Belo Horizonte

2026

Caio Leonardo de Figueiredo Gomes

**O CUMPRIMENTO DA PALAVRA DADA: PROMESSA DE DOAÇÃO,
CONSIDERATION E FILOSOFIA DOS CONTRATOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leandro Martins Zanitelli

Belo Horizonte

2026

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

G633c Gomes, Caio Leonardo de Figueiredo Gomes
O cumprimento da palavra dada [manuscrito] : promessa de doação,
consideration e filosofia dos contratos / Caio Leonardo de Figueiredo Gomes. -
2026.

154 f.

Orientador: Leonardo Martins Zanitelli.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 146-154.

1. Direito civil - Teses. 2. Promessa (Direito) - Teses. 3. Doações (Direito) -
Teses. 4. Contratos - Teses. I. Zanitelli, Leonardo Martins. II. Universidade
Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 347.44



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO CAIO LEONARDO DE FIGUEIREDO GOMES

Realizou-se, no dia 20 de fevereiro de 2026, às 14:15 horas, em Plataforma Virtual, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *O CUMPRIMENTO DA PALAVRA DADA: PROMESSA DE DOAÇÃO, CONSIDERATION E FILOSOFIA DOS CONTRATOS*, apresentada por CAIO LEONARDO DE FIGUEIREDO GOMES, número de registro 2024651849, graduado no curso de DIREITO/NOTURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Leandro Martins Zanitelli - Orientador (UFMG), Prof(a). Fabio Queiroz Pereira (UFMG), Prof(a). Henry Gabriel Colombi Barbosa Ferreira (UFLA).

A Comissão considerou a dissertação:

(X) Aprovada, tendo obtido a nota_90 (noventa)_____.

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2026.

Documento assinado digitalmente
gov.br LEANDRO MARTINS ZANITELLI
Data: 20/02/2026 16:48:50-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof(a). Leandro Martins Zanitelli (Doutor) Nota: 90 (noventa)

FABIO QUEIROZ Assinado de forma digital por
PEREIRA FABIO QUEIROZ PEREIRA
Dados: 2026.02.20 16:53:46
-03'00'

Prof(a). Fabio Queiroz Pereira (Doutor) Nota: 90 (noventa)

Documento assinado digitalmente
gov.br HENRY GABRIEL COLOMBI BARBOSA FERREIRA
Data: 20/02/2026 17:03:30-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof(a). Henry Gabriel Colombi Barbosa Ferreira (Doutor) Nota: 90 (noventa)

AGRADECIMENTOS

Agradeço sobretudo ao Professor Leandro Zanitelli, a quem devo este trabalho e com quem estarei sempre em débito. Sua generosidade de compartilhar com seus alunos décadas de estudo, seus pensamentos e sua referência acadêmica foram inspiração e catalisador para que eu conseguisse ter uma visão mais profunda do direito privado para construir o presente estudo.

Agradeço também aos Professores Fábio Queiroz, Thiago Decat e Thomas Bustamante, que contribuíram não apenas para a definição do tema deste trabalho, como também para minha formação na pós-graduação.

Agradeço, ainda, a todos aqueles que tornaram materialmente possível a realização deste trabalho (Alexandra Elbakyan, “Anna” e tantos outros anônimos) por viabilizarem o acesso amplo e irrestrito ao conhecimento. Nesse sentido, agradeço também a todos os integrantes administrativos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG e da biblioteca da Faculdade de Direito.

Agradeço aos meus amigos, que me mantiveram feliz e motivado durante esse árduo percurso. Agradeço também aos colegas de trabalho do William Freire, MPMG e BMA, que muitas vezes tiveram que segurar as pontas para que eu pudesse concluir esse estudo.

Agradeço à minha família, que foi, é e será a base de tudo. À Selene, Nívea, Tia Ju e Isadora, por sua amizade, presença e disponibilidade. À Vó Luzia, pelo exemplo de bondade. À Vó Eulália, pela lembrança querida. À minha irmã, Fernanda, que inspira movimento, dedicação e foco para superar adversidades. À minha mãe, Cláudia, a personificação da estabilidade e eficiência, que sempre me apoiou e torceu por mim, mas me manteve realista nas horas necessárias. Ao meu pai, cuja memória me fez perseverar não apenas neste trabalho, mas na vida. Espero que o orgulho que você sente por mim neste momento se iguale ao orgulho que eu carrego por ser seu filho.

Por fim, à Luana, meu bem, cujo companheirismo, paciência e amor se revelaram os pilares sobre os quais eu pude me sustentar para fazer esse trabalho e com quem quero seguir nessa vida.

RESUMO

A pesquisa se propõe a investigar possíveis justificativas filosóficas para a jurisprudência que se sedimentou nos tribunais superiores brasileiros, referente à recusa à execução judicial de promessas de doação. Segundo esse entendimento, as promessas de doação não seriam passíveis de execução, sob o argumento de que essa transação não apresenta *animus donandi* atual e o cumprimento coativo do negócio gratuito criaria consequências indesejáveis e incompatíveis com a liberalidade. No entanto, promessas de doação proferidas no contexto do direito de família, como em acordos de partilha para o favorecimento de filhos, seriam exigíveis em razão de onerosidade oculta existente quando se considera o contexto negocial como um todo. Esse entendimento, contudo, carece de fundamentação no direito brasileiro, uma vez que o Código Civil de 2002 não prevê exceção ao regime geral dos contratos preliminares para negócios gratuitos, bem como não elenca a onerosidade como requisito de formação de um contrato. Esse requisito se assemelha, no entanto, à doutrina da *consideration* desenvolvida na *common law*, elemento formulado para distinguir promessas juridicamente vinculantes daquelas desprovidas de força obrigacional a partir da reciprocidade de obrigações. A partir dessa constatação, examina-se se as principais teorias filosóficas do direito contratual da *common law* oferecem justificativa para se exigir a onerosidade como requisito para a formação contratual, inclusive no Brasil, considerando que podem oferecer argumentos para se identificar valores subjacentes a todo o direito privado, independente da jurisdição, partindo de conceitos morais ou normativos.

Palavras-chave: Promessa de doação. *Consideration*. Filosofia do direito contratual.

ABSTACT

The present research aims to investigate possible philosophical justifications for the understanding that has become settled in the Brazilian higher courts concerning the refusal to grant judicial enforcement of donative precontractual agreements. According to this line of thought, these promises cannot be enforced on the grounds that such transactions lack a present *animus donandi* and that the coercive enforcement of a gratuitous obligation would generate undesirable consequences incompatible with the very notion of liberality. However, donative precontractual agreements made within the context of family law, such as in property division agreements intended to benefit children, are deemed enforceable due to an alleged hidden reciprocity that emerges when the broader transactional context is taken into account. This position, nonetheless, lacks grounding in Brazilian law, since the 2002 Civil Code does not provide an exception to the general regime of preliminary contracts for gratuitous transactions, nor does it list reciprocity as a requirement for the formation of a contract. This requirement, however, resembles the doctrine of consideration developed in the common law, an element designed to distinguish legally binding promises from those lacking obligatory force on the basis of reciprocity of obligations. From this observation, the research examines whether the leading philosophical theories of contract law in the common law tradition provide a justification for demanding reciprocity as a requirement for contractual formation, including in Brazil, insofar as they may offer arguments for identifying values underlying private law as a whole, regardless of jurisdiction, through moral or normative concepts.

Keywords: donative precontractual agreements. Consideration. Philosophy of contract law.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	8
1	CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA DO CONTRATO DE DOAÇÃO....	12
1.1	Negócio translativo de propriedade ou contrato.....	12
1.2	Elementos da doação.....	21
1.2.1	Enriquecimento do donatário e empobrecimento do doador.....	22
1.2.2	<i>Animus donandi</i>	25
1.2.3	Forma.....	31
1.3	Contrato real ou consensual.....	36
1.4	Formação e execução coativa de contratos preliminares.....	41
1.5	A promessa de doação.....	49
2	A <i>CONSIDERATION</i>.....	62
2.1	Caracterização jurídica da <i>consideration</i>	68
2.2	A doutrina de <i>promissory estoppel</i>	79
2.3	Regra do selo.....	84
2.4	<i>Consideration</i> , promessas de doação e a jurisprudência do STJ.....	89
3	TEORIAS DO DIREITO CONTRATUAL E SUA POSIÇÃO QUANTO A <i>CONSIDERATION</i>.....	91
3.1	A posição da análise econômica do direito.....	102
3.2	Teorias promissórias.....	106
3.2.1	Contratos como promessas – Charles Fried.....	107
3.2.2	Contratos como colaboração – Daniel Markovits.....	111
3.2.3	Promessas e propriedade - Stephen Smith.....	119
3.3	A teoria aristotélica de James Gordley.....	124
3.4	Teorias hegelianas.....	129
3.4.1	Alan Brudner.....	134
3.4.2	Peter Benson.....	139
	CONCLUSÃO.....	142
	REFERÊNCIAS.....	146

INTRODUÇÃO

A doação é um tema peculiar, notadamente as promessas de doação, que serão o tema central do presente trabalho. É difícil cogitar a existência de sociedades que não conheçam o agradecimento de outros indivíduos pela vontade espontânea de ajudar o próximo, sem esperar qualquer retribuição. Jean Jacques Rousseau atribui à natureza da humanidade a predisposição à existência desse tipo de relação. Em sua visão, nós, enquanto seres fracos e sujeitos a tantas forças externas, somos sensíveis à dor do outro e temos um impulso natural de ajudá-los¹. Algumas religiões colocam atos de benefício do próximo como um conceito central de suas práticas. No cristianismo, o conceito de *ágape* permeia a ideia do sagrado, tornando divina a missão de apoiar uns aos outros, mas principalmente aqueles que mais precisam². No mundo islâmico, acredita-se que Allah tenha criado o Zakat, um dever de pagar uma espécie de taxa anual para que a prosperidade de uma pessoa seja repartida com as demais³. Contudo, até mesmo o aspecto natural do benefício ao próximo de maneira altruísta parece ser objeto de contenda. Mauss descreve, por exemplo, civilizações em que agradecimentos dados em aparentemente liberalidade vêm carregados de uma obrigação implícita: a retribuição⁴. Aquele que recebe bens e serviços sem intenção de devolver o gesto por meio de outro presente é colocado em uma posição moral inferior, diante do recebimento do ato como favor ou esmola. Atos que *prima facie* podem se mostrar generosos também podem possuir finalidades escusas. A doação já foi e continua sendo um meio de cometer fraudes, possibilitando que devedores não honrem com suas obrigações blindados por esse instituto jurídico⁵.

Se o beneficiamento altruísta do próximo é um tema controverso em seus aspectos mais profundos e naturais, no âmbito jurídico não poderia ser de forma diversa. Agostinho Alvim afirma que “não nos ocorre nenhum outro contrato que apresente tantas particularidades, ou originalidades, como a doação, conforme procuraremos assinalar, no

¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 72.

² BIRCHAL, Telma. Eros e agape. *Síntese: Revista De Filosofia*, Belo Horizonte, v. 17, n. 48, p. 95-106, jan. 1990.

³ ALLAMI, Abdullah Wahib. *Principlizing islamic Zakat as a system of taxation*. 2015. Tese de doutorado – Brunel Law School, Londres, 2015.

⁴ MAUSS, Marcel, *Ensaio sobre a dádiva: Forma e razão da troca nas sociedades arcaicas*, Lisboa, Edições 70, 2011, p. 55-58.

⁵ Para uma visão geral, sob o ponto de vista econômico, social, histórico e antropológico, das doações: HYLAND, Richard. *Gifts: A study in comparative law*. Nova Iorque, Oxford University Press, 2009, p. 1-58.

decorrer deste trabalho”⁶. Naturalmente, a mesma conclusão se aplica às promessas de doação.

A doação corresponde a um contrato “em que uma pessoa, por liberalidade, transfere seu patrimônio, bens ou vantagens para o de outra”, como indica o art. 538 do Código Civil de 2002. Como se verá adiante, trata-se de negócio gratuito, consensual e formal, em que a doutrina e a jurisprudência majoritárias identificam ainda a necessidade de existência de *animus donandi*, uma intenção altruísta de beneficiar o donatário, para sua constituição. Diante dessas qualificações e do supracitado conceito legal, como consectário lógico deve-se aceitar que as doações atuam como título válido para a transferência de propriedade, além de produzirem efeitos obrigacionais aptos a autorizar a execução judicial da entrega do bem doado.

Por outro lado, as promessas de doação correspondem a contratos preliminares cuja prestação principal é o dever de celebrar o contrato de doação (o contrato principal). Assim, estas poderiam ter apenas o efeito obrigacional, não sendo aptas a permitir a transferência de propriedade de um bem.

Enquanto categorizados, ao menos segundo sua localização topográfica no Código Civil (Título V – “Dos Contratos em Geral”), como contratos, os contratos preliminares devem se submeter às disposições gerais das avenças, sendo onerosos ou gratuitos. Nesse sentido, não há, em análise preliminar, vedação à celebração de uma promessa de doação, considerando a leitura dos artigos 462 a 466 do referido diploma legal. Os dispositivos que regem a doação (art. 538 a 564) também não fazem menção à incompatibilidade ou vedação de se fazer um contrato preliminar de doação. Para criar uma promessa de doação vinculante, portanto, bastaria que os requisitos previstos nos dispositivos legais aplicáveis fossem observados e cumpridos pelas partes, sem a estipulação de cláusulas de arrependimento⁷.

Todavia, ainda que as partes cumpram todos os requisitos previstos no diploma civil, parte da doutrina, assim como a jurisprudência dominante, defendem que a promessa de doação não poderia ser executada judicialmente, deixando o donatário à própria sorte, ainda que possuísse um contrato preliminar que cumpre todos os requisitos legais em mãos. Como justificativa para essa conduta, muitas vezes é arguido que a celebração de um contrato definitivo com base em uma promessa constituiria uma

⁶ ALVIM, Agostinho. *Da Doação*. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 5.

⁷ TEIXEIRA, Tarcisio. Contrato Preliminar Empresarial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, p. 699-743, jan/dez. 2006.

“doação coativa”, figura incompatível com a liberalidade que permeia essa espécie de avença, ou suscita-se a suposta necessidade de *animus donandi* presente no momento de celebração do ato⁸.

Esses argumentos, no mínimo, causam estranheza. Por que o *animus donandi* deve ser concomitante ao contrato definitivo, se esse requisito foi cumprido no contrato preliminar? Por que dar preferência a um ato de menor importância (o assentimento do doador para a formação do contrato principal) em detrimento a expectativas legítimas do donatário? Por que a execução de um contrato definitivo de doação em juízo pode ser aceita, se tal cumprimento coercitivo também demonstra falta de *animus donandi* ao menos no momento de adimplemento das obrigações contraídas?

A neblina que circunda esse tema se torna mais espessa diante de um fato ainda mais curioso: alguns autores e a jurisprudência majoritária aceitam a promessa de doação em alguns casos específicos⁹. A surpresa ainda é maior quando se percebe que o critério para se distinguir uma promessa de doação exigível judicialmente ou não é a existência de elementos de onerosidade, ainda que de maneira pouco aparente¹⁰. É notório que não há no Código Civil a existência de tal exigência, de forma explícita ou implícita, para a existência, validade ou eficácia de um negócio jurídico. Prova disso é que os contratos de doação estão previstos expressamente na legislação, revelando a importância desse tipo de negócio para a sociedade brasileira. Não bastasse isso, outras espécies de contratos

⁸ Diversos autores podem ser citados para demonstrar essa posição, que serão tratados em maior detalhe ao longo do presente trabalho. Para fins de exemplos iniciais, confira-se: PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v. 3: contratos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 279; PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Tomo XLVI: direitos das obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 281; ALVIM, op. cit. Essa mesma justificativa aparece em julgado que também será tratado com maior profundidade em momento posterior: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial* n. 730.626/SP. Recorrente: Lúcia Abdalla Abdalla. Recorrido: Antônio João Abdalla Filho. Relator: Ministro Jorge Scartezini. Julgado em 17 out. 2006. Publicado em 4 dez. 2006.

⁹ Como exemplos iniciais, veja-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. *Embargos de Divergência em Recurso Especial* n. 125.859/RJ. Embargante: Gilberto Carneiro da Cunha. Embargados: Fabiana Carneiro da Cunha Guimarães e outros. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 26 jun. 2002. Publicado no Diário da Justiça em 24 mar. 2003.; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Contrato de Doação*. 6ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 181. *E-book*.

¹⁰ “Efetivamente, mostra-se correta a orientação traçada pela Segunda Seção, conforme, inclusive, pode reconhecer em sede doutrinária na obra já citada, “*pois esse compromisso assumido no processo de separação, de doação dos bens integrantes do patrimônio do casal aos filhos, não constitui apenas uma liberalidade, mas uma forma de superar o impasse na sua partilha em proveito da paz familiar e social*”, devendo, por isso, “*ser garantida a sua exigibilidade concreta*”. O norte interpretativo dos julgados referidos é, exatamente, a existência, ainda que indireta, de uma contraprestação nessas promessas de transferência patrimonial. Trata-se, vale dizer, “de condição do negócio, e não mera liberalidade” (Ministro Ary Pargendler em voto proferido no REsp. 853.133/SC).” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *Recurso Especial* REsp 1355007/SP. Recorrente: CFRJ. Recorrido: MBMdeB. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, julgado em 27/06/2017. Publicado em 10/08/2017).

gratuitos estão previstas no Código Civil, como o de comodato e o de mútuo. Portanto, em análise preliminar, o requisito da existência de alguma espécie de contraprestação para a exigibilidade judicial de promessas de doação parece carecer de respaldo normativo no direito brasileiro e não deve ser aplicado. A resposta adequada, contudo, pode não ser tão simples quanto se aparenta.

A matriz jurídica da *common law* adota a doutrina da *consideration* como requisito para a formação de contratos que não observem formas solenes. Em linhas gerais, isso significa que um acordo desprovido de formalidades específicas somente pode ser exigível em juízo caso haja reciprocidade entre um prejuízo (*detriment*) para uma das partes e um benefício (*benefit*) correlato para a outra, entre duas promessas¹¹. Em outras palavras, essa regra exclui os contratos gratuitos do âmbito de exigibilidade coativa por meio judicial, guardando similaridade com o entendimento adotado no Brasil para a recusa da execução de promessas de doação puras¹².

No mundo acadêmico anglo-saxão, os doutrinadores dedicam-se há décadas ao estudo do direito privado em suas nuances mais refinadas e profundas. Nesse contexto, emergiram diversas teorias que buscam explicar, justificar ou propor reformulações para essa seara jurídica, abordando detalhadamente cada instituto que a compõe, inclusive a *consideration*. Muitas dessas construções teóricas apoiam-se em princípios basilares de ordem moral, econômica ou filosófica para fundamentar suas interpretações do direito privado. Embora tais teorias se proponham primordialmente a discutir o direito contratual da *common law*, suas investigações remetem a fundamentos e argumentos que transcendem jurisdições específicas. Ou seja, essas discussões possuem notável potencial de serem relevantes também para ordenamento da tradição da *civil law*. Assim, considerando os estudos sobre a doutrina da *consideration* sob aspectos justificatórios e explicativos, é possível que a solução brasileira de não executar judicialmente promessas de doação possa encontrar fundamento teórico consistente em bases mais amplas do direito. Alternativamente, essas teorias podem evidenciar ainda mais a inadequação da resposta do Brasil a essa situação jurídica.

¹¹ Lush L. no caso *Currie v. Misa* (REINO UNIDO. Court of Exchequer Chamber. *Currie v. Misa*, LR 10 Ex 153, 1875.), define essa doutrina da seguinte forma: “uma *consideration* valiosa, no sentido da lei, pode consistir em algum direito, interesse, lucro ou benefício advindo de uma das partes, ou em alguma tolerância, prejuízo, perda ou responsabilidade dada, sofrida ou assumida pela outra” (tradução nossa). No original: “*A valuable consideration, in the sense of the law, may consist in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility given, suffered, or undertaken by the other*”.

¹² Como se verá na Seção 2, a doutrina da *consideration* é bem mais complexa do que essa sumarização.

O presente trabalho se propõe a examinar, então, as principais teorias sobre a *consideration*, incluindo a análise econômica do direito representada por Richard Posner, as teorias promissórias de Charles Fried, Daniel Markovits e Stephen Smith, a abordagem aristotélica de James Gordley e as teorias de inspiração hegeliana desenvolvidas por Alan Brudner e Peter Benson.

Para tanto, a pesquisa estrutura-se em torno de três eixos fundamentais. O primeiro capítulo dedica-se à caracterização jurídica da promessa de doação, analisando a natureza do contrato de doação como negócio translativo ou contrato, seus elementos constitutivos, a controvérsia sobre seu caráter real ou consensual, o regime de formação e execução dos contratos preliminares e, por fim, o tratamento conferido à promessa de doação pela doutrina e jurisprudência nacionais. O segundo capítulo volta-se ao estudo da *consideration* na *common law*, examinando sua caracterização jurídica, as doutrinas que a complementam, como o *promissory estoppel* e a regra do selo, além de estabelecer as correspondências entre esse instituto e a jurisprudência brasileira sobre promessas de doação. O terceiro capítulo analisa as principais teorias do direito contratual e suas posições quanto à *consideration*: a análise econômica do direito de Posner, as teorias promissórias de Charles Fried, Daniel Markovits e Stephen Smith, a teoria aristotélica de James Gordley e as teses hegelianas de Alan Brudner e Peter Benson. Ao final de cada subseção teórica, examina-se se a respectiva teoria é capaz de justificar a inexigibilidade das promessas de doação no direito brasileiro.

A exposição desenvolvida ao longo deste trabalho tem por objetivo reunir e examinar os elementos necessários para avaliar se existe uma justificativa teórica consistente para a jurisprudência consolidada nos tribunais superiores brasileiros acerca da inexigibilidade das promessas de doação puras. Pretende-se, com isso, identificar um fundamento robusto capaz de sustentar o entendimento atualmente adotado, cuja base jurídica se revela, à primeira vista, fragilizada, ou, alternativamente, evidenciar a insuficiência de suas premissas, de modo a contribuir para a revisão da orientação jurisprudencial vigente.

1 CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA DO CONTRATO DE DOAÇÃO

1.1 Negócio translativo de propriedade ou contrato

O tratamento primordial da doação no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se no Capítulo IV (“Da Doação”), do Título VI (“Das Várias Espécies de Contrato”), do Livro I (“Do Direito das Obrigações”), da Parte Especial do Código Civil de 2002. Se a localização topográfica do instituto, inserido no título que trata dos contratos em espécie, oferece importante pista sobre sua natureza no direito brasileiro, a redação do art. 538 do mesmo diploma parece afastar qualquer dúvida de que a doação é espécie de avença ou ao menos o legislador o assim queria que fosse.

A maior parte da doutrina brasileira não questiona que a doação é, de fato, um contrato. Muitos estudiosos vão além e afirmam expressamente que se trata de um instituto contratual¹³.

O entendimento acima não foi modificado desde o Código Civil de 1916. No código anterior, a doação foi inserida no Capítulo III (“Da Doação”), do Título V (“Das Várias Espécies de Contratos”), do Livro III (“Do Direito das Obrigações”), da Parte Especial. O dispositivo legal inaugural do capítulo transcrevia-se: “Considera-se doação o contracto em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita”. A leitura do referido artigo revela que o art. 538 do Código Civil de 2002 manteve quase que integralmente a redação anterior, suprimindo apenas o trecho final “que os aceita”. A semelhante topografia da disciplina da doação e a própria redação do dispositivo legal expositor de seu conceito legal, que também qualificava essa figura expressamente como um contrato, levavam os estudiosos que escreviam sobre o Código anterior a igualmente destacar o caráter contratual desse instituto¹⁴.

¹³DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 486; DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v. 3. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 758-759. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários ao Código Civil: parte especial: das várias espécies de contratos. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 273; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 1. ed. e-book, baseada na 11. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters, [s.d.], p. 1679. E-book; MEDINA, Paulo Geraldo de Oliveira. A doação. In: FRANULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra (coords.). *O novo Código Civil*. São Paulo: LTr, 2003, p. 461; NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. v. 3. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 299. PEREIRA, op. cit., p. 270; p. 996; RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 21ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 418; SOUZA, Sylvio Capanema de. Das várias espécies de contratos: da troca ou permuta; do contrato estimatório; da doação; da locação de coisas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. v. 8. Rio de Janeiro: Forense, 2008., p. 83-86; TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. v. 3: teoria geral dos contratos em espécie. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 499; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 214; WALD, Arnoldo. *Direito Civil*. v. III, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80; VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil*. v. 3 (Contratos). 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 238.

¹⁴ ALVIM, op. cit., p. 7; BEVILACQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 215-217. ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*.

Muitos autores, escrevendo sobre o Código Civil vigente ou de 1916, ressaltam que o caráter contratual da doação também pode ser extraído a partir da noção de que é um elemento essencial para esse negócio jurídico a oferta e a aceitação¹⁵. Esse requisito constava mais expressamente no regime anterior, na citada última parte “que os aceita”, mas o atual também não deixa dúvidas de que o aceite é necessário, considerando que os art. 539 e 542 tratam dessa exigência¹⁶.

A despeito disso, doutrinadores passados e contemporâneos enfrentam um desafio ao indicar a necessidade de oferta e aceitação como um fator caracterizador desse instituto como contrato¹⁷. Sob o Código Civil de 1916, o art. 1.170 dispunha que “Às pessoas que não puderem contratar é facultado, não obstante, aceitar doações puras¹⁸⁻¹⁹”. O dispositivo causa estranheza imediata. Como pode uma pessoa incapaz de contratar praticar um ato que culmina na celebração de um contrato? A particularidade se destaca ainda mais quando se considera que, no Código Civil de 1916, o art. 386 dispunha que os pais são administradores legais dos bens dos filhos sob seu poder e o art. 427, inciso III, previa que os tutores possuem dentre seu rol de atribuições a aceitação de doações, assim como

Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 228; GOMES, Orlando. *Contratos*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 166-167; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v. III. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 385-386; MIRANDA, op. cit., p. 276. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. 2ª Parte. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 117.

¹⁵ALVIM, op. cit., p. 7; BEVILACQUA, op. cit., p. 215-217; DE FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 758-759; GOMES, op. cit., p. 166-167; NERY JUNIOR.; NERY; op. cit., p. 1679; MIRANDA, op. cit., p. 276. TEPEDINO; BARBOSA; MORES; op. cit., p. 214.

¹⁶ Enquanto negócios jurídicos que envolvem duas partes, os contratos demandam a correspondência entre oferta e aceitação, cuja convergência configura requisito de existência do vínculo contratual; inexistindo esses dois elementos concomitantemente, há mera proposta ou uma declaração de vontade sem qualquer referência (PEREIRA, op. cit., p. 59).

¹⁷ Além das disposições a serem examinadas adiante, Sérgio Stanícia observa que a redação dos arts. 1.165 do Código Civil de 1916 e 538 do Código Civil de 2002 poderia desafiar a corrente que concebe a doação como contrato. Esses dispositivos tratam da presunção de aceitação nas doações puras quando transcorre o prazo de aceite fixado pelo doador. Não obstante, o autor conclui que não há dificuldade para a tese contratualista, afinal o silêncio pode importar declaração de vontade, nos termos dos arts. 111 e 432 do Código Civil de 2002. Do mesmo modo, o art. 546, que dispõe que a doação feita em contemplação de casamento futuro “não pode ser impugnada por falta de aceitação”, pois o aceite é presumido nesse caso, não afastando os requisitos contratuais (STANÍCIA, Sergio Tuthill. A doação no Código Civil brasileiro: reflexões sobre sua estrutura contratual e obrigatoriedade do cumprimento pelo doador. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD*, [S. l.], n. 33, p. 104–135, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/25672>. Acesso em: 04 ago. 2025).

¹⁸ As doações puras são aquelas em que há a transferência do bem sem qualquer contrapartida, condição ou encargo, bem como sem qualquer finalidade recompensatória ou premial (PEREIRA, op. cit., p. 276; GOMES, op. cit., p. 169).

¹⁹ João Baptista Villela aponta que a regra parece ter origem no § 107 do BGB, em que se dispensa a intervenção do representante legal quando o ato somente proporcionar vantagem ao menor. O Código Civil de 1916 teria feito uma presunção de que toda doação pura pode ser tão somente benefícios ao donatário (VILLELA, João Baptista. Contrato de doação: pouca luz e muita sombra. In: FARIA, Juliana Cordeiro de et al. (orgs.). *João Baptista Villela: obra selecionada*. São Paulo: Dialética, 2023, p. 541-545).

os curadores, conforme estabelecia o art. 453. Em outras palavras, se sempre há um responsável pelo incapaz, por que estabelecer a dispensa de aceitação de doações puras em seu favor? E mais: quando deveria ser utilizado esse poder, se há alguém imbuído de plena capacidade civil e dotado do dever de zelar pelos interesses do incapaz?

Sobre o tema, Clóvis Bevilacqua ressalta apenas que os incapazes podem aceitar as doações, se puras²⁰. O autor parece, portanto, reconhecer que as pessoas enquadradas nessa situação poderiam praticar ao menos esse ato, o que aparenta ser uma visão contraditória²¹⁻²².

Agostinho Alvim trata mais detalhadamente do tema. O autor aponta que a doutrina se dividiu em duas correntes: a primeira acreditava que o art. 1.170 do Código Civil de 1916 permitia que todos os incapazes aceitassem ofertas de doação pura, enquanto a segunda interpretava que o legislador constituiu o direito da prática desse ato somente aos relativamente incapazes. O citado doutrinador se filia à segunda posição. Em sua visão, o supramencionado dispositivo legal exige a aceitação; ela não se presume nem é dispensada. Nesse sentido, o referido art. 1.170 somente faria referência aos incapazes que podem praticar o ato de aceitação, isto é, os relativamente incapazes, ficando os absolutamente incapazes sujeitos à regra do art. 427, inciso III, do Código Civil de 1916, que limitaria ao tutor ou curador devidamente designado o poder de aceite da doação pura²³.

Eduardo Espínola traz outra visão²⁴. O pensador, insistindo na noção de que a doação é um contrato e, portanto, a aceitação do donatário é sempre necessária, explica

²⁰ BEVILACQUA, op. cit. p. 216, nota 3.

²¹ Alvim também aponta que a posição de Clóvis é contraditória, nos seguintes termos: “A opinião de Clóvis, estendendo o art. 1.170 a todos os incapazes, não se harmoniza muito bem com a opinião por ele mesmo sustentada em outro lugar. Com efeito, o direito anterior ao Código não admitia a falta de aceitação, nem mesmo quando se tratasse de doações puras. Mas, na impossibilidade de o fazer o donatário, permitia a lei que o tabelião, ou outra pessoa, aceitasse pelo incapaz (...) Ela [a doação] não prescindia da aceitação, pois, em lugar do donatário, o tabelião, ou outra pessoa competente (portanto, pessoa experimentada) deveria consentir pelo donatário. Clóvis, em observações ao art. 1.165, ensina que a doação *tem que ser aceita*. E acrescenta que o Código desconhece a doação não aceita, ou aquela em que o tabelião se substitua ao donatário. Ora, se o Código foi assim tão exigente, por um lado, não dispensando a aceitação, e por outro, não admitindo nem mesmo que a aceitação da doação *pura* se dê pelo tabelião ou outra pessoa competente, como era admitido no direito anterior; se assim é, como se poderá sustentar que no caso do incapaz a doação se aperfeiçoa sem consentimento sequer do tabelião, ou de outra pessoa? (...) Ora, a expressão “para que possam aceitar”, parece que não poderá ser aplicada a crianças e loucos, pois estes não têm capacidade de exercício” (ALVIM, op. cit., p. 90-91).

²² No mesmo sentido, MIRANDA, op. cit, p. 284.

²³ ALVIM, op. cit., p. 102-103.

²⁴ ESPÍNOLA, op. cit., p. 238.

que havia o aceite tácito pelo representante legal dos incapazes absolutos, enquanto os relativos poderiam praticar o ato por si próprios²⁵.

Orlando Gomes oferece ainda outra interpretação. Se sustentando nas ideias de Savigny, o doutrinador conclui que existem, de fato, situações em que o consentimento do donatário não é necessário para as doações. O autor tem o cuidado, contudo, de indicar que essa circunstância não prejudica o caráter contratual desse instituto, uma vez que se trata de excepcionalidade²⁶.

Não obstante a discussão doutrinária, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de se manifestar sobre essa matéria. Como registra Washington de Barros Monteiro, o Pretório Excelso amparou a tese de que, a despeito das limitações dos incapazes para a prática de atos da vida civil, o art. 1.170 do Código Civil de 1916 instituiu uma exceção, admitindo o aceite de doação pura pelo incapaz em razão do caráter exclusivamente benéfico do negócio²⁷.

O Código Civil de 2002 resolveu a celeuma acima. A redação do art. 543²⁸ do diploma vigente não autoriza que incapazes aceitem oferta de doação pura, como fazia o anterior. O referido dispositivo cria, contudo, um problema ainda maior para os defensores da posição das doações como contratos ao estabelecer que as doações puras para absolutamente incapazes dispensam aceitação²⁹, eliminando completamente um dos elementos essenciais da doutrina contratual³⁰. Trata-se de escolha legislativa eloquente, considerando que havia à disposição outra opção bem mais simples: presumir a aceitação de doações puras a pessoas absolutamente incapazes, mantendo coerência com a localização topográfica do instituto e com a redação do art. 538.

Em defesa da harmonia do ordenamento e do caráter contratual da doação, Caio Mário da Silva Pereira assenta que há consentimento ficto no caso de doações puras a absolutamente incapazes. Essa seria a única conclusão possível, partindo das premissas de que: i. a doação é um contrato e, por isso, deve haver aceite; e ii. os indivíduos na

²⁵ O argumento de Espínola parece ter uma deficiência: a falta de embasamento do próprio texto legal. O Código Civil de 1916 estabeleceu expressamente quando queria dispor que o aceite é presumido, como ocorre no art. 1.166. Assim, a interpretação do autor parece ultrapassar as próprias barreiras do objeto de estudo.

²⁶ GOMES, op. cit., p. 166.

²⁷ MONTEIRO, op. cit, p. 121.

²⁸ “Art. 543. Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura.”

²⁹ Os relativamente incapazes deverão praticar o ato, mediante assistência (SCHERIBER, A. et. al., *Código Civil Comentado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 1008).

³⁰ Agostinho Alvim já previa que essa poderia ser uma possibilidade utilizada pelo legislador (ALVIM, op. cit., p. 89).

mencionada situação não podem expressar declaração de vontade³¹. Essa interpretação é a posição que mais se adequa ao ordenamento jurídico brasileiro.

Silvio de Salvo Venosa, por sua vez, entende que o art. 543 do Código Civil de 2002 instituiu uma aceitação presumida. Embora o autor não explicita a natureza de tal presunção, a interpretação que parece mais adequada é que se trata de presunção absoluta (*juris et de jure*), pois a análise se restringe à verificação da modalidade de doação (se pura ou não) para verificação da subsunção completa dos fatos à hipótese do dispositivo legal, não havendo espaço para prova de não aceite pelo incapaz em algum momento³².

Paulo Lôbo, em visão peculiar, entende que o Código Civil de 2002 tornou desnecessária a aceitação como requisito para formação dos contratos de doação, não sendo requisito de existência, considerando que em tantos casos pode se presumir o aceite ou mesmo dispensá-lo³³. O consentimento seria um elemento acessório, por vezes presente, pois o donatário não é obrigado a aceitar o benefício. Diante dessas premissas, o Código Civil de 2002 teria instituído um regime duplo em relação às doações: se houver aceitação expressa de pessoa capaz ou relativamente incapaz, há a formação de um negócio jurídico, nas demais hipóteses há um ato-fato jurídico decorrente de uma conduta social típica. Essa visão, embora original e potencialmente explicativa, não parece representar corretamente o paradigma da doação no direito civil brasileiro. Se esse instituto foi designado como contrato, e estes são espécies de negócios jurídicos, a aceitação é requisito essencial. Assim, uma resposta mais simples e sistemática é considerar que há alguma espécie de aceite ficto ou presumido, o que teria sido deixado implícito pelo legislador. Ademais, o paradigma defendido pelo autor parece criar uma regra geral a partir de uma única exceção. Essa resposta não é satisfatória, portanto, pois ela desconsidera o tratamento aplicável para a maior parte das situações, em que a exigência da aceitação, ainda que presumida, persiste.

João Baptista Villela critica duramente a redação do art. 543 do Código Civil de 2002. O Código Civil de 1916 teria criado uma exceção à regra da capacidade do agente para a validade do negócio jurídico, em um caso específico em que se presumia (ainda que equivocadamente) que as doações puras somente traziam vantagens para os donatários³⁴. A nova redação, no entanto, “investe contra toda a noção de ordem e sistema

³¹ PEREIRA, op. cit., p. 274. No mesmo sentido, TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 247.

³² VENOSA, op. cit., p. 240. No mesmo sentido, MEDINA, op. cit., p. 465-466.

³³ LÔBO, op. cit., p. 283.

³⁴ VILLELA, op. cit., p. 558.

na teoria dos contratos e atropela o regime da doação aos absolutamente incapazes, para prescindir-lhes pura e simplesmente do consentimento(...)"³⁵.

Um dos argumentos utilizados por Villela merece destaque: o Código Civil de 2002 criou a *impropriação*, isto é, a atribuição, à força, de propriedade. Esse mecanismo implica riscos significativos aos absolutamente incapazes. O referido diploma faz uma presunção clara, também presente no Código Civil de 1916, de que as doações puras somente podem acarretar vantagens aos donatários. Essa ideia pode parecer verdadeira em primeira análise; a aquisição de bens e o aumento do patrimônio são geralmente vistos como um benefício. Contudo, não é difícil observar situações em que as doações se revelam prejudiciais para os donatários, assim como a história do Cavalo de Troia. João Baptista Villela cita como exemplo um brinquedo cuja composição contém material radioativo, capaz de provocar a ocorrência de câncer na criança que o aceitar ou mesmo a aceitação de CDs ou DVDs com mídias prejudiciais para a formação infantil³⁶. Situação mais grave e recorrente se refere à doação para menores de 16 anos de quotas ou ações em empresas. Não é incomum observar a atribuição de participação societária a crianças para obtenção de crédito perante bancos e outras instituições financeiras ou, antes das alterações da Lei nº 13.874/2019 no art. 1.052 do Código Civil de 2002, para se cumprir o requisito de número mínimo de sócios em sociedades limitadas. Em diversas situações, empresas com absolutamente incapazes em seus quadros são submetidas a processo de desconsideração da personalidade jurídica e esses indivíduos, ainda na infância ou adolescência, deverão responder por débitos que os acompanharão possivelmente por toda a vida. Ainda a título de exemplo, a doação de um imóvel a uma pessoa absolutamente incapaz poderia ser lhe ser prejudicial, ainda que pura, se a propriedade imobiliária estiver permeada de danos ambientais ocultos³⁷ exigindo recuperação em valores superiores ao do próprio bem. Os exemplos acima demonstram que, desde o desenvolvimento da função social da propriedade, da responsabilidade ambiental e da responsabilidade civil ligada ao fato de coisa, a presunção de que a propriedade é sempre beneficiária ao donatário, de forma a justificar até mesmo a dispensa de aceitação, é no mínimo anacrônica.

³⁵ Ibid., p. 559.

³⁶ Ibid., p. 559.

³⁷ Veja-se que o art. 552 do Código Civil exige a responsabilidade do doador por vícios redibitórios, exceto em caso de má-fé: "O doador não é obrigado a pagar juros moratórios, nem é sujeito às consequências da evicção ou do vício redibitório. Nas doações para casamento com certa e determinada pessoa, o doador ficará sujeito à evicção, salvo convenção em contrário."

A despeito das dificuldades proporcionadas pelo art. 543 do Código Civil de 2002, a doutrina majoritária nacional persiste na defesa de que a doação possui caráter contratual. Essa posição, contudo, não é unânime. Em 1947, por exemplo, Nestor Diógenes, desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco, publicou trabalho intitulado “Doação não é Contrato”.

A negação do caráter contratual da doação possui reforço na legislação de uma jurisdição muito influente para o direito civil mundial: a França³⁸. Os sistemas inseridos na tradição da *civil law*, conforme consolidados na Europa continental, foram fortemente influenciados pelos ideais da Revolução Francesa e pelo Código Napoleônico³⁹, mas o tratamento francês da doação parece ser um ponto de divergência dessa tendência. O código civil da França, desde o momento revolucionário e em opção que perdura até hoje⁴⁰, elenca a doação como modo de aquisição de propriedade por um ato, ao lado do testamento, uma opção legislativa que não foi seguida pela maioria dos países⁴¹.

A qualificação empregada pelo sistema francês para as doações parece ter decorrido de circunstâncias históricas⁴². Pothier e Domat, apontados como autores com grande influência sobre a elaboração do *Code Civil*, já defendiam a posição que a enquadra como contrato, ainda que com diferenças entre o pensamento de cada um⁴³. Bigot de Préameneu, um dos redatores do projeto, entendia como isenta de controvérsias a natureza contratual da doação⁴⁴. Era esperado, portanto, que essa posição seria refletida na redação final do texto legal.

³⁸ É oportuno pontuar que o direito romano clássico também não classificava as doações como contratos; o seu tratamento compreendia diferentes institutos que davam causa a transferência de propriedade (HYLAND, op. cit., p. 577; LÓBO, op. cit., p. 280). Para um estudo sobre o tratamento da doação no direito romano em suas diferentes fases, ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*. Londres: Oxford University Press, 1996, p. 479-498

³⁹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 4a ed. Stanford: Stanford University Press, 2018, p. 25.

⁴⁰ STANICIA, Sergio Tuthill. *Liberalidade e gratuidade no âmbito da doação*. 2016. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito, São Paulo. 2016.

⁴¹ Caio Mário da Silva Pereira aponta que a concepção contratual da doação é adotada nos códigos alemão, suíço, português, polonês, japonês, argentino, uruguaio, peruano e mexicano (PEREIRA, op. cit. p. 269).

⁴² James Gordley defende, baseado em princípios aristotélicos e tomistas, que os seres humanos são dotados da capacidade de formular regras (*synesis*) e de julgar apropriadamente casos concretos de acordo com elas (*gnome*). Essas características, enquanto parte da prudência, seriam inerentes à condição de seres humanos, exceto exceções pessoais de inabilidades circunstanciais. Nesse sentido, muitas respostas jurídicas seriam similares em diferentes jurisdições por enfrentarmos problemas similares. Contudo, como somos falhos, é possível que historicamente haja divergências por razões históricas. Esse pode ser um desses casos (GORDLEY, James. *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 38-47).

⁴³ STANICIA, op. cit., p. 37-38.

⁴⁴ HYLAND, op. cit., p. 577.

À época, Napoleão Bonaparte, então Primeiro Cônsul, presidiu sessões do *Conseil d'État* para a elaboração do *Code Civil*. Em um dos encontros, ele teria se manifestado afirmando que a doação não consistiria em contrato, pois não havia reciprocidade de obrigações, ensejando o atual tratamento do instituto no direito francês⁴⁵. Aos demais participantes, coube apenas assistir e assentir, dado o poder detido por Napoleão. Andrea Torrente atribui o acontecimento a um claro equívoco cometido pelo então Primeiro Cônsul, confundindo o conceito de contrato com o de negócio bilateral⁴⁶, assim como asseverou Planiol⁴⁷⁻⁴⁸.

Não obstante o entendimento firme e majoritário a respeito do enquadramento da doação enquanto uma espécie de avença, essa posição pode ser criticada. Um argumento tem raiz no pensamento de Savigny e Windscheid. Segundo esses autores, a doação não é limitada a sua estrutura contratual, existindo suas feições em outras formas de atribuição patrimonial⁴⁹. Nesse sentido, Torrente descreve que existem institutos diversos de uma avença tradicional em que se alcança um objetivo de beneficiar economicamente um terceiro sem uma contrapartida, como em casos de renúncia⁵⁰. Assim, a doação seria um gênero de aquisição de bens, no qual o contrato de doação se inseriria.

Outra crítica se refere ao fato de que a doação se assemelharia a negócios unilaterais⁵¹. Essa aproximação justificaria, por exemplo, a multiplicidade de hipóteses em que a aceitação é dispensada ou presumida/ficta⁵².

⁴⁵ Ibid., p. 577; PEREIRA, op. cit., p. 269.

⁴⁶ TORRENTE, Andrea. *La donazione*. In: CICALA, Antonio; MESSINEO, Francesco (org.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. v. XLII. Milano: Giuffrè, 1956.

⁴⁷ PLANIOL, Marcel Ferdinand. *Traité élémentaire de droit civil: conforme au programme officiel des facultés de droit*. Tomo III. 10ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1927, p. 641.

⁴⁸ Pedro Paulo de Siqueira Vargas aponta que vários autores franceses entendem que a França apenas incluiu as doações topograficamente fora dos contratos; o tratamento dado ao instituto, que exige o aceite, sugere a adoção de estrutura verdadeiramente contratual (VARGAS, Pedro Paulo de Siqueira. *O contrato de doação como instrumento de planejamento sucessório no direito civil brasileiro*. 2014. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito, São Paulo. 2014, p. 11-14).

⁴⁹ WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Fandekrechts*. 9ª ed. Frankfurt am Main: Literarische Anstalt Rütten & Scenig, 1906, p. 557; SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del diritto romano attuale*. Torino: UTET, 1889, p. 3-4.

⁵⁰ TORRENTE, op. cit., p. 15.

⁵¹ Sérgio Stancia indica as seguintes semelhanças: “(...) o fato de que seja um mecanismo para adiantamento da legítima dos herdeiros necessários (arts. 544 e 2.003, parágrafo único, do Código Civil brasileiro), de que os bens adquiridos “por doação ou sucessão” sejam tratados da mesma forma no regime da comunhão parcial (“excluem-se da comunhão” – art. 1.659, I, do Código Civil) e a possibilidade de imposição de encargo (arts. 136 e 137 do Código Civil) e cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade (aos “atos de liberalidade” – art. 1.911 do Código Civil) (...)” (STANCIA, op. cit., 2023, p. 129).

⁵² Eduardo Espínola afirma que a doação “caracteriza-se, pois, por uma propriedade estranha ao princípio de classificação do sistema. Diversos critérios se entrecruzam.” (ESPÍNOLA, op. cit., p. 226).

Atacando a essência da discussão, Richard Hyland observa que a doação não possui tratamento similar a nenhum contrato e sua disciplina, mesmo nos países que seguem a tradição da *civil law*, geralmente afasta os elementos essenciais contratuais: i. obrigação; ii. consentimento; e iii. autonomia⁵³. Em relação ao primeiro ponto, o autor explica que os ordenamentos integrantes dessa matriz geralmente se preocupam pouco com os deveres do doador, de forma que eventuais danos são associados a comportamentos fortemente relacionados à responsabilidade civil, em detrimento da responsabilidade contratual. Do ponto de vista do donatário também não há atenção especial dedicada à obrigação em si; os deveres relativos à gratidão, cujo descumprimento pode ensejar a revogação do benefício, muitas vezes seriam deveres tão graves que estariam regidos pelo direito penal ou pela responsabilidade civil, de modo que não decorreriam do benefício em si e da relação formada por sua entrega⁵⁴. Sobre o consentimento, como já observado também no direito brasileiro, a doação flexibiliza em várias instâncias o consentimento do donatário. Por fim, Hyland registra que a autonomia privada é amplamente mitigada no tratamento dado a esses negócios, exigindo-se diversas formalidades para sua formação, o que não é comum em espécies contratuais⁵⁵.

A despeito das críticas acima, como Sérgio Stanicia explica, “o que importa e deve ser tomado por base é aquilo que um determinado ordenamento positivo entende por doação”⁵⁶. A legislação brasileira é clara em qualificá-la como um contrato, a despeito dos desafios trazidos para se justificar o art. 543 do Código Civil de 2002. Fixada essa premissa, o próximo passo da presente investigação se volta aos elementos da doação, a fim de se identificar seus traços distintivos para apurar, posteriormente, eventual incompatibilidade com a forma pré-contratual.

1.2 Elementos da doação

A doutrina não é unânime quanto às características que compõem a doação. Serão exploradas a seguir as questões que são mais frequentemente objeto de discussão e que,

⁵³ HYLAND, op. cit., p. 583.

⁵⁴ Ibid., p. 583-584.

⁵⁵ Ibid., p. 585.

⁵⁶ Ibid., p. 130.

por consequência, demandam maior esclarecimento⁵⁷, sem prejuízo de se pontuar, quando oportuno, outros requisitos depreendidos por alguma corrente de pensamento específica.

1.2.1 Enriquecimento do donatário e empobrecimento do doador

O art. 538 do Código Civil não estabelece detalhadamente o que pode ser objeto do contrato de doação. A nomenclatura utilizada – “bens ou vantagens” – abre margem para diferentes interpretações sobre o que efetivamente pode ser doado. O texto repete o art. 1.165 do Código Civil de 1916, o que indica que se trata de uma redação que foi avaliada positivamente. O Código (tanto na redação atual quanto na anterior) nos oferece, contudo, uma pista: ao dispor que a doação ocorre quando um indivíduo “transfere do seu patrimônio” os citados “bens e vantagens”, ele limita o escopo a algo que pode ser transferido. Quem transfere, deve deixar de ser proprietário⁵⁸. A partir dessa restrição, é possível extrair um fundamento implícito, reconhecido na doutrina, de que a doação exige o empobrecimento do doador e, correspondentemente, o enriquecimento do donatário. Essa característica é por vezes chamada de gratuidade⁵⁹.

João Baptista Villela reconhece que o Código Civil não elenca um objeto específico, podendo abranger qualquer bem tangível ou intangível, desde que tenha alguma expressão de benefício (ex.: “dinheiro, joias, livros, peças de vestuário, obras de arte, etc. ou créditos, direitos de propriedade intelectual, ações, cotas, etc. etc.”⁶⁰). O autor adverte ainda que, diante da elasticidade do conceito da doação, certos atos que representam a doação podem assumir nomenclaturas diferentes, como cessão e assunção de dívida. Prossegue o doutrinador afirmando que, a despeito da amplitude do objeto, a redação utilizada ao menos afasta três hipóteses: i. bens que não sejam coisas, pois não constituem patrimônio; ii. atos que não impliquem enriquecimento do donatário, ainda que importem custo para o doador; e iii. não exercício de um direito potestativo que

⁵⁷ Nesse sentido, não será repetido nesse tópico a questão da capacidade para ser donatário, cujos aspectos mais controvertidos foram tratados na Seção 1.1. Além disso, não será abordada a capacidade para ser doador, que não possui especificidades notáveis em relação às exigências feitas por outros tipos contratuais (PEREIRA, op. cit., p. 272; MIRANDA, op. cit., p. 305; VENOSA, op. cit., p. 240; BEVILACQUA, op. cit., p. 221).

⁵⁸ De forma ilustrativa, caso uma empresa de *software* outorgasse uma licença gratuitamente a um consumidor específico, com o intuito único de beneficiá-lo, ainda assim não corresponderia a uma doação, pois não há transferência de bem ou vantagem, mas apenas a concessão de uso. Sobre os contratos de licenciamento de uso de *software*, consultar RUSTAD, Michael L.; KAVUSTURAN, Elif. A commercial law for software contracting. *Washington and Lee Law Review*, v. 76, n. 2, 2019, p. 777-894.

⁵⁹ DE FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 759.

⁶⁰ VILLELA, op. cit., p. 541.

poderia ser prejudicial a outrem⁶¹. Sobre o último ponto, Villela explica que os direitos potestativos são “expressão de personalidade e não do patrimônio”⁶² e podem ser exercidos sem a intenção de beneficiar⁶³. A justificativa exige uma pergunta: o não exercício do direito potestativo que geraria efeitos negativos a outrem, se feito com a intenção de ser dádiva a terceiro, seria considerado doação? A posição de Villela não parece conseguir responder essa questão. A asserção do doutrinador referente à não configuração de doação por ausência de exercício de direito potestativo que importe prejuízo para outrem é, contudo, correta, por outro motivo: como a transferência é requisito previsto no Código Civil, em ambas as versões, uma omissão não pode ser caracterizada doação⁶⁴.

O empobrecimento do doador e o correspondente enriquecimento do donatário correspondem a um elemento também importante para se diferenciar a doação de outras figuras contratuais. Eduardo Espínola indica que esse componente é o fator que diferencia esse instituto de depósitos, mandatos gratuitos e comodatos⁶⁵. Agostinho Alvim dá ênfase à relação causal entre o aumento e diminuição do patrimônio de ambos os polos contratuais envolvidos⁶⁶. O autor parece ter razão em seu apontamento. A utilização do verbo “transferir” no presente do indicativo na redação do art. 538 do Código Civil de 2002 e do art. 1.165 do Código Civil de 1916 sugere que o abandono e subsequente apossamento de uma coisa não podem ser considerados doação, uma vez que nessa operação não se encontra presente uma transferência ante a interrupção da continuidade de titularidades⁶⁷.

Clóvis Bevilacqua e Agostinho Alvim se aprofundam no tema e registram que a legislação brasileira, de forma diversa do que preveem outras jurisdições, autoriza a

⁶¹ Ibid., p. 542-543.

⁶² Ibid., p. 542.

⁶³ O autor não defende explicitamente a necessidade de *animus donandi* para a formação da doação em seu texto, porém essa ideia certamente o aproxima dessa posição.

⁶⁴ Nesse sentido, escreve Caio Mário da Silva Pereira: “Não procede a argumentação de Ascoli, em sentido contrário, como demonstrou otimamente Serpa Lopes. Se não houver a translação do valor econômico, doação inexistente, ainda que esteja presente uma intenção liberal: a remissão de uma dívida beneficia o devedor; a renúncia de um direito favorece o obrigado; mas não são doações, porque o débito remido, como o direito renunciado, não envolve aquela transferência monetária essencial. Sem dúvida que o direito conhece diversas atribuições a título gratuito, mas não serão tidas como doações se não estiver configurada a transferência do bem.” (PEREIRA, op. cit., p. 274).

⁶⁵ ESPÍNOLA, op. cit., p. 225.

⁶⁶ ALVIM, op. cit., p. 11.

⁶⁷ Clóvis Bevilacqua concorda com essa posição, porém por razões distintas. O autor aponta que não há *animus donandi* nessa situação, como na descoberta de um tesouro que foi atirado ao mar. Essa argumentação não merece prosperar por dar ênfase a um elemento contestado da doação, como se verás adiante.

doação de bens futuros, ante a generalidade dos termos utilizados no Código Civil⁶⁸. Nesse sentido, os autores esclarecem que tais ativos são aqueles que não se encontram no poder do doador ou não são de sua titularidade no momento de celebração da avença. Alvim tem o cuidado de apontar que essa hipótese não se trata de promessa de doação; a operação corresponde a uma doação condicional, que se implementa quando o doador adquirir o bem ou dele se apossa. Paulo Lôbo discorda desse posicionamento, considerando que se filia à corrente que enxerga na doação um contrato real, de modo que não seria possível se aperfeiçoar tal avença com bens futuros⁶⁹.

Pontes de Miranda parece apresentar o conceito mais amplo para o objeto da doação. Após elencar diversas possibilidades de bens que podem ser doados⁷⁰, o autor conclui que se exige apenas que o direito transmitido seja “alienável e transmissível”. O estudioso parece sugerir que serviços não podem ser objeto da doação⁷¹. A maior parte dos autores não tratam dessa discussão especificamente, porém alguns, como aqueles mencionados anteriormente, se expressam afirmando que apenas coisas podem ser doadas, afastando, portanto, serviços⁷²⁻⁷³.

Vale ressaltar ainda que o ato de doar não é ilimitado. Os arts. 548 e 549 do Código Civil de 2002 elencam que a doação que comprometer a subsistência do doador é nula, assim como aquela que exceder o que se pode dispor em testamento.

Alguns autores⁷⁴ denominam o empobrecimento do doador e correspectivo enriquecimento do donatário como elemento objetivo da doação. O elemento subjetivo corresponderia ao chamado *animus donandi*. Ainda que não utilizem essa nomenclatura, muitos doutrinadores defendem a presença desse requisito para a doação⁷⁵, inclusive

⁶⁸ BEVILACQUA, op. cit., p. 225; ALVIM, op. cit., 11. Concordam com a conclusão também PEREIRA, op. cit., p. 274; TEPEDINO; BARBOZA BODIN, op. cit., p. 216; VENOSA, op. cit., p. 241.

⁶⁹ A discussão da classificação do contrato de doação entre contrato real, consensual ou formal será tratada em detalhes em tópicos posteriores.

⁷⁰ “Doa-se, com a transmissão da propriedade de qualquer bem móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo, fungível ou infungível, consumível ou inconsumível. Doa-se, com a transmissão ou a constituição de qualquer direito real limitado. Doa-se, com a constituição de crédito, irradiado de negócio jurídico causal ou de negócio jurídico abstrato. Doa-se, reunindo-se créditos, renunciando-se a direitos, como ocorre se alguém renuncia à hipoteca (Código Civil, art. 849, III), ou a outro direito real de garantia (arts. 802, III), ou à servidão (art. 709, I). Doa-se cedendo-se créditos.” (MIRANDA, op. cit., p. 272).

⁷¹ Ibid., p. 272.

⁷² Agostinho Alvim é uma exceção à afirmação, uma vez que parece aceitar que serviços representam bens doados (ALVIM, op. cit., p. 8 e 51-52). Contudo, aparenta se contradizer, de certa forma, ao aceitar a gratuidade e afirmar que existem benefícios que “não empobrecem o benfeitor”, como os serviços gratuitos (ALVIM, op. cit., 8).

⁷³ É interessante notar que o direito italiano consagrou a posição expressa de que os serviços podem ser objeto da doação. Para uma análise detalhada sobre o tema, STANICIA, op. cit., 2016, p. 150-153.

⁷⁴ GOMES, op. cit., p. 167; MONTEIRO, op. cit., p. 116-117, NADER, op. cit., p. 298; TEPEDINO; BARBOSA; MORES; op. cit., p. 214; WALD, op. cit., 88.

⁷⁵ ALVIM, op. cit., p. 11; LOPES, op. cit., 342; PEREIRA, op. cit., p. 270.

elencando-o de seu elemento essencial. Diante da importância atribuída a esse conceito, mostra-se importante investigá-lo.

1.2.2 *Animus donandi*

O art. 1.165 do Código Civil de 1916 e o art. 538 do Código Civil de 2002 mencionam que a doação ocorre quando alguém transfere um bem “por liberalidade”. Ambos os códigos também mencionam esse conceito quando tratam i. da fixação de prazo para aceitação do donatário; ii. do estabelecimento da possibilidade de doações remuneratórias; iii. da proibição de se realizar doação em parte que excede o que o doador poderia dispor; e iv. da proibição de renúncia antecipada por ingratidão. A leitura de todos esses dispositivos não faz menção a um caráter subjetivo; pelo contrário, as disposições legais parecem indicar que a liberalidade expressada na lei se refere simplesmente à ausência de sinalagma, de forma a diferenciar a doação de tantos outros contratos em que há a transferência de patrimônio e que se exige uma contraprestação. A introdução de um elemento subjetivo para caracterização desse instituto sequer parece necessária; as figuras da lesão, do estado de perigo e do erro parecem lidar com os casos em que uma parte promove o enriquecimento da outra às suas custas de forma não intencional. À parte dessas situações, a ausência de sinalagma, ou sua desproporção, deveria ser interpretada como uma escolha das partes, que possuem o dever de prezar por seus interesses e realizar as devidas diligências para negociar preço que condizente com sua atribuição de valor ao bem objeto da transação.

Luciano de Camargo Penteado faz uma objeção relevante ao afirmar que a “A mera entrega de um bem, fora de qualquer contexto, pode ser pagamento ou elemento de constituição de constituição de um contrato real, como o depósito, e.g.”⁷⁶. Na visão do autor, que explora a tese que enquadra o *animus donandi* como causa da doação⁷⁷, esse elemento é uma espécie de qualificação especial da vontade relativa ao cumprimento dessa espécie contratual e deve ser acompanhado da intenção de aceitar a benesse ofertada (*animus donum accipiendi*), possuindo uma função demarcatória. Essa defesa, contudo, não procede. É impossível imaginar um ato humano praticado sem um contexto, ainda

⁷⁶ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual: uma nova teoria do contrato*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 213.

⁷⁷ Note-se que o autor, contudo, não defende essa tese, apesar de advogar pela necessidade de se manter o *animus donandi*. A sua visão se aproxima daquela defendida no presente trabalho, elencando a forma como integrante ou próxima da causa das doações.

que o motivo não seja claro ou mesmo inexistente. Naturalmente, algumas interações são mais eloquentes quanto aos resultados que desejam produzir: o simples ato de deixar um carro em um estacionamento, de armazenar móveis de família nas instalações de uma empresa de *self storage* ou de entregar obras de arte a uma galeria para exposição e guarda, indicam a intenção de se constituir um contrato de depósito; do mesmo modo, a transferência de joias de uma senhora sem filhos para a sobrinha favorita ou a entrega de uma caneta especial a um amigo sob as palavras “ fique com ela” podem evidenciar propósitos de liberalidade e configurar uma doação. Todavia, mesmo para os casos que apresentem maior dificuldade de interpretação diante do contexto inserido, como um carro deixado em um estacionamento por uma pessoa que é amiga do dono e havia manifestado interesse anteriormente em doar o bem, a existência de forma específica⁷⁸ para a doação diferencia esse instituto de demais contratos que poderiam ter se formado por meio do ato⁷⁹⁻⁸⁰. Não obstante, é seguro afirmar que a concepção apresentada por Luciano de Camargo Penteadó sobre a existência e centralidade do *animus donandi* para a doação é posição majoritária na doutrina.

O *animus donandi*, ou vontade de doar, pode ser caracterizada como a intenção do doador de ter seu patrimônio diminuído com a finalidade consciente de locupletar o donatário⁸¹. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira assinala que tal pretensão subjetiva é o elemento caracterizador da doação, sendo a expressão da liberalidade⁸². Fazendo coro a essa posição, Orlando Gomes ainda acrescenta que somente a gratuidade

⁷⁸ Esse elemento será abordado na próxima seção.

⁷⁹ Não se olvida que as doações de bens móveis de pequeno valor em que se segue *in continenti* a tradição dispensa forma específica, conforme dispõe o art. 541, parágrafo único, do Código Civil de 2002. Todavia, mesmo nesse caso é necessário que haja uma declaração de vontade para a formação do contrato. Portanto, as partes, especialmente o doador, deverão deixar claro que se trata de doação. Ainda que se cogite uma hipótese hiperbólica, em que uma parte apenas deixa um celular com uma pessoa sem pronunciar uma palavra, vê-se que, nos termos do art. 111 do Código Civil, as circunstâncias não indicam que se trata de uma doação, de forma que ainda estaria ausente uma declaração de vontade para que ocorresse a perfectibilização da avença. Ademais, todos os indivíduos capazes são responsáveis pelos seus atos, com algumas exceções, como a força maior. Assim, é razoável impor um dever mínimo de cuidado referente à prática de atos que podem ser interpretados como uma declaração de vontade de doar e, somado a isso, efetuar uma conduta que corresponde a tradição, *in continenti*, de bens móveis de pequeno valor.

⁸⁰ Essa posição parece ser a mesma defendida por Mirabelli em MIRABELLI, G.; PICCININI, S. Dialoghi in tema di liberalità. In: VV.AA. *Scintillae iuris – Studi in memoria di Gino Gorla III – Contratto, responsabilità, proprietà, impresa e società, processo, amministrazione pubblica*. Milão: Giuffrè, 1994. p. 1945.

⁸¹ LOPES, op. cit., p. 342; TARTUCE, op. cit., p. 239; TEPEDINO; BARBOSA; MORES; op. cit, p. 215; WALD, op. cit., p. 89.

⁸² “Caracteriza-o especialmente, imprimindo-lhe sentido fundamental diferenciador, o *animus donandi*, que repousa na *liberalidade*, e que sobrevive mesmo quando tem o doador em vista contemplar o merecimento do donatário, ou grava o benefício de um encargo imposto ao favorecido” (PEREIRA, op. cit., p. 270). No mesmo sentido, LOPES, op. cit., p. 342.

não é suficiente para a configuração dessa figura contratual, sendo essencial a “vontade desinteressada de fazer benefício a alguém”⁸³.

Agostinho Alvim adverte que a liberalidade não está presente em todas as doações, considerando que esse conceito se encontra atrelado a uma intenção altruísta que pode não se encontrar no ato de transferência de patrimônio, ainda que sem contraprestação. O autor indica como exemplo casos em que uma pessoa é compelida a doar bens a um parente que está mal de saúde para manter boas aparências⁸⁴. De fato, não são raros os casos em que um ato aparentemente beneficente pode estar poluído por sentimentos reprováveis, como vaidade e desejo de retribuição indireta. Nesse sentido, o doutrinador sinaliza que o *animus donandi* não deve ser confundido com o *motivo* da doação⁸⁵. Por essa razão, doações remuneratórias, isto é, que possuem o propósito de recompensar prestações recebidas sem que o beneficiário tenha assumido um débito em decorrência delas⁸⁶, bem como aquelas em contemplação do merecimento do donatário, em que a motivação para a benesse decorre em resposta a favorecimento recebido pelo doador em momento anterior⁸⁷, não deixam de serem tipos dessa espécie contratual.

Clóvis Bevilacqua afirma que as supracitadas categorias de doação não correspondem a verdadeiros exemplos deste instituto, por lhes faltar o caráter liberalidade ou *animus donandi*⁸⁸. Sobre esse entendimento, Pontes de Miranda afirma que “o erro é grave”⁸⁹. O doutrinador observa que nesses casos o doador não tinha obrigação de transferir qualquer bem em razão de recompensa ou merecimento e, se realizou uma doação como gratidão, o fez por sua vontade, com a intenção de enriquecer o outro às suas custas.

Os pensadores que defendem o *animus donandi* enquanto uma intenção altruísta devem justificar a possibilidade de se anexar encargos à doação. A discussão não tem relação com os motivos para a prática do ato; como já estabelecido, as razões que guiam o doador não são importantes e, ademais, a criação de serviços adicionais não necessariamente afasta o propósito de conceder um benefício sem retribuição. O foco do debate consiste na compatibilidade de se estabelecer a criação de medidas que devem ser

⁸³ GOMES, op. cit., p. 167. No mesmo sentido, DE FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 759.

⁸⁴ ALVIM, op. cit., p. 9.

⁸⁵ No mesmo sentido, DE FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 760; NADER, op. cit., p. 297; VENOSA, op. cit., p. 239.

⁸⁶ PEREIRA, op. cit., p. 276

⁸⁷ PEREIRA, op. cit., p. 277.

⁸⁸ BEVILACQUA, op. cit., p. 217.

⁸⁹ MIRANDA, op. cit., p. 358.

atendidas pelo donatário, inclusive em favor do doador, sob pena de potencial revogação da doação, com o *animus donandi*.

O art. 1.167 do Código Civil de 1916 e o art. 540 do Código Civil de 2002 possuem redação similar ao estabelecer que a doação modal, isto é, com encargos, não perde o caráter de liberalidade na diferença entre o benefício e o investimento incorrido para cumprimento do *modus*. Washington de Barros Monteiro aponta que apesar de não afastar a liberalidade, a instituição de um encargo torna um contrato de doação em oneroso⁹⁰. O autor equipara, portanto, o *modus* a uma obrigação. Esse pensamento possui repercussões práticas relevantes, especialmente na ordem vigente, considerando que o art. 114 do Código Civil dispõe que negócios jurídicos benéficos se interpretam estritamente.

A maior parte dos doutrinadores, com razão, parece rejeitar a visão acima, deixando claro que o encargo não se confunde com uma obrigação. Pontes de Miranda a classifica como uma *determinação anexa*⁹¹ com caráter de um ato a ser executado, não podendo constituir mera opinião ou conselho. O autor ainda aponta que o *modus* possui caráter elástico: pode ser referente ou não ao próprio benefício concedido; o doador não precisa ter interesse pecuniário no seu cumprimento; a medida estabelecida não precisa ter expressão econômica direta; e o encargo pode ser em proveito de terceiros, do próprio doador e da coletividade. O *modus* não seria, contudo, ilimitado. Pontes de Miranda aponta que o encargo não pode tornar a doação excessivamente onerosa, ultrapassando o valor do bem doado. Além disso, caso a determinação criada seja no interesse exclusivo do donatário, o autor afirma que não há encargo. O autor exemplifica: “Se A doa determinada quantia para que B possa veranejar em alguma cidade ou vila de montanha, não houve a intenção de *modus*”⁹². Nesse sentido, a existência de um encargo não tornaria um contrato de doação oneroso, preservando-se o *animus donandi*⁹³, desde que ele não represente uma contraprestação ocultada sob um nome diverso.

Agostinho Alvim e Serpa Lopes partilham parcialmente do mesmo entendimento acima. Os autores concordam que a criação de *modus* não torna um contrato de doação totalmente oneroso, no entanto ambos sugerem que o negócio se desdobraria em duas partes: uma submetida às regras aplicáveis aos contratos onerosos, correspondente à atribuição imposta pelo encargo, e outra (limitada ao valor que excede essa atribuição)

⁹⁰ MONTEIRO, op. cit., p. 124.

⁹¹ MIRANDA, op. cit., p. 286. Caio Mário da Silva Pereira também observa que o *modus* não se confunde com uma obrigação (PEREIRA, op. cit., 270).

⁹² Ibid., p. 270.

⁹³ Gustavo Capanema de Souza concorda com essa conclusão (SOUZA, op. cit., p. 90 e 236).

regida pelas normas próprias das avenças gratuitas⁹⁴. Agostinho Alvim reforça a diferença entre encargos e obrigações ao explicar a solução dada ao inadimplemento pela impossibilidade de cumprimento da prestação sem culpa das partes: enquanto em um contrato oneroso se resolve a relação, na doação persiste a dívida do doador⁹⁵. A cisão do negócio praticado entre oneroso e gratuito, regido por normas diferentes não parece compatível, portanto, com a própria concepção defendida por esses autores, segundo a qual o *animus donandi* é elemento essencial da doação e corresponde a uma vontade altruísta de enriquecer o beneficiário. Como seria possível equiparar uma transação puramente econômica com uma tarefa adicional criada pelo doador para se manter um benefício? Como se aceitar, no limite, a possibilidade de venda do bem para saldar dívidas decorrentes da inexecução do modo, mantendo-se o donatário a porção que exceder essa parte? São posições incompatíveis com o instituto. Por esse motivo, o Código Civil, em ambas as versões, dispõe que é possível a exigência do cumprimento do *modus* judicialmente ou a revogação do benefício, em uma abordagem de tudo ou nada⁹⁶.

Eduardo Espínola, em busca de uma qualificação jurídica para o encargo, entende que o modo é regido pelas mesmas normas que regulam as condições⁹⁷. Essa observação, contudo, não parece corresponder à realidade ante as diferenças substanciais entre esses institutos. Os encargos são anexos a um negócio, seguindo-o e aderindo de forma substancial. Nesse sentido, Cristiano Farias e Nelson Rosenvald afirmam que quando inserido nos contratos, o modo “perde a condição de elemento acidental e se converte em elemento essencial do negócio jurídico”⁹⁸. A condição é uma forma de modificar a eficácia de uma obrigação a partir da ocorrência de um elemento, que pode ter ou não relação com eventual conduta das partes. Nesse sentido, apesar ser classificada como elemento acidental, é evidente que sua existência se mistura com a própria prestação, não sendo possível existir como um elemento autônomo. Não obstante, um encargo pode se confundir com uma condição, caso ele seja elencado como elemento condicional para a eficácia da doação⁹⁹.

⁹⁴ ALVIM, op. cit., p. 264; SERPA LOPES, op. cit., p. 371. A título de exemplo, Serpa Lopes explica que: “o doador responde pelos vícios redibitórios (parágrafo único do art. 1.101) e pela evicção (Código Civil, art. 1.107), na parte inerente ao valor do ônus”.

⁹⁵ ALVIM, op. cit., p. 264. No mesmo sentido, GOMES, op. cit., p. 169.

⁹⁶ DE FARIAS, ROSENVALD, op. cit., p. 790.

⁹⁷ ESPÍNOLA, op. cit., p. 283.

⁹⁸ DE FARIAS, ROSENVALD, op. cit., p. 789.

⁹⁹ PENTEADO, op. cit., p. 329.

João Baptista Villela faz uma crítica relevante à caracterização da liberalidade nas doações¹⁰⁰. O pensador observa que, ao aceitar uma doação, o donatário contrai diversas obrigações previstas no art. 557 do Código Civil de 2002¹⁰¹ referentes a certos atos de gratidão em favor do doador, não podendo renunciar previamente ao direito de revogação do benefício que surge na incorrência de um ato de ingratidão. Assim, a liberalidade presente na doação se limitaria apenas à ausência de prestação econômica de mesma natureza estabelecida pelo donatário ao doador. Portanto, o contrato de doação seria, na verdade, oneroso. A espécie atrairia, inclusive, obrigações mais pesadas do que uma outra avença qualquer, considerando que os atos de gratidão não possuem prazo prescricional, de forma que, uma vez aceita uma doação, o donatário encontra-se vinculado por toda a vida a essas prestações. Apesar de pertinente, a observação do autor não parece retratar bem a realidade. A doação de fato cria atribuições anexas para o donatário, que devem ser observadas sob pena de se encontrar sujeito a perder o benefício. Contudo, a gratidão não representa uma obrigação civil, uma vez que possui características e implicações distintas. Não é possível, por exemplo, o doador cobrar o pagamento de alimentos, cabendo-lhe somente solicitar a revogação do benefício, caso o donatário, tendo condições, negar-lhe essa renda. A gratidão constitui, portanto, uma figura autônoma, que não se confunde como uma obrigação civil e não torna a doação um contrato oneroso¹⁰².

Por fim, é notório que o conceito de *animus donandi* não é unificado de forma global, a despeito de ser utilizado em outras jurisdições. Nos tribunais franceses, esse termo parece atrelado aos motivos determinantes que levaram à prática do ato, sendo um requisito para a doação que esta seja justificada em um desejo efetivamente

¹⁰⁰ VILLELA, op. cit., p. 543-546.

¹⁰¹ “Art. 557. Podem ser revogadas por ingratidão as doações: I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele; II - se cometeu contra ele ofensa física; III - se o injuriou gravemente ou o caluniou; IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.”

¹⁰² É preciso não cair na tentação de chamar a gratidão de uma obrigação moral, atraindo complexidades desnecessárias para a discussão. Não se pode equiparar, por exemplo, o dever moral de se ajudar um amigo, cujo inadimplemento nada implica, com a não observância de um ato de gratidão. Assim, não assiste razão a Luciano de Camargo Penteado quando afirma que “A doação realmente cria “dívidas”, mas estas estão no campo moral, e não no jurídico: há deveres em sentido amplo, não tutelados pelo direito das obrigações. A infração que é causa (*recte*: motivo objetivo) de revogação não é a que consiste na ofensa a direito subjetivo de gratidão, pois este não existe. O que há são hipóteses que dão ensejo à pretensão revogatória. A ofensa constitui um pressuposto necessário para o exercício da ação de revogação, isso porque gera, no plano da eficácia do negócio jurídico donativo, a pretensão revogatória.” (PENTEADO, op. cit., p. 265-266).

descompromissado de ajudar o próximo¹⁰³. Assim, as cortes perquirem, com certa limitação, sobre o aspecto psicológico do caso concreto que levou o doador a praticar o ato. Outra visão do *animus donandi* o relaciona à ideia de espontaneidade, isto é, a ausência de dever do doador na prática do ato¹⁰⁴.

Para a presente investigação, contudo, deve-se observar que a doutrina brasileira não apenas é unânime na presença desse elemento para a formação da doação, mas também possui certa concordância em seu significado. Os elementos da doação, no entanto, não se esgotam na exposição feita anteriormente. É preciso ainda explicitar a forma desse contrato, que possui relevância especial.

1.2.3 Forma

A doação exige forma específica para se perfectibilizar. Como registra o art. 541 do Código Civil de 2002, que alterou a redação do art. 1.168 do Código Civil de 1916 por apenas uma vírgula, sem causar modificação semântica, esse contrato se forma mediante escritura pública ou instrumento particular. Há uma única exceção a essa regra, também constante em ambos os diplomas: é admitida a doação verbal, se o objeto for bem móvel e de pequeno valor e, incontinenti, ocorrer a tradição¹⁰⁵. Dada essa norma, a doutrina brasileira qualifica a doação como um contrato formal¹⁰⁶.

O requisito de forma para as doações é antigo¹⁰⁷ e aparece em várias jurisdições¹⁰⁸. A ubiquidade dessa regra levou alguns autores a especularem sobre seu objetivo. Paulo Lôbo e Andrea Torrente apontam que a formalidade contribui para evitar atos altruísticos impulsivos, vez que a formalidade implica maiores esforços para a completude do ato, permitindo maior reflexão sobre a ação que está sendo cogitada¹⁰⁹. Torrente associa tal

¹⁰³ DAWSON, John P. *Gifts and promises*. New Haven: Yale University Press, 1980, p. 84; HYLAND, op. cit., p. 153-154.

¹⁰⁴ STANICIA, op. cit., 2016, p. 162.

¹⁰⁵ Sylvio Capanema de Souza resume os casos de doação previstos na legislação brasileira a três hipóteses: “a) escrita pública, se o objeto doado consiste em bem imóvel, rural ou urbano, de valor superior à taxa legal, que, segundo o que dispõe o artigo 108, corresponde a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país; b) escrita particular, se o objeto doado for imóvel, de valor inferior à taxa legal ou móvel, de valor considerável, observando-se o que dispõe o artigo 221 do Código Civil; c) verbal, quando se referir a bens móveis, de pequeno valor, seguindo-se, incontinenti, a tradição. Nos dois primeiros casos, a transferência do domínio só se efetuará quando levado o contrato a registro, no cartório imobiliário competente.” (SOUZA, op. cit., p. 128).

¹⁰⁶ DE FARIAS, ROSENVALD, op. cit., p. 776; LÔBO, op. cit., p. 299; NADER, op. cit., p. 299; PEREIRA, op. cit., p. 270; TARTUCE, op. cit., p. 503; VENOSA, op. cit., p. 238-239.

¹⁰⁷ MIRANDA, op. cit., p. 318-319.

¹⁰⁸ ESPÍNOLA, op. cit. p. 215-256.

¹⁰⁹ LÔBO, op. cit., p. 299; TORRENTE, op. cit., p. 421.

requisito às características particulares da doação; ainda que muitas vezes represente um ato nobre, a concessão de um benefício sem atribuição patrimonial recíproca é vista pelo ordenamento jurídico como um ato que tem repercussões sociais graves, podendo levar o doador à penúria financeira, como ilustrado no romance “O Pai Goriot”, de Honoré de Balzac. Por sua vez, Lôbo questiona se essa motivação ainda é razoável para se fundamentar a manutenção da restrição à vontade. Em um mundo em que se propaga “os valores de repersonalização das relações civis, de primazia dos interesses da pessoa humana, ou dos valores humanistas, sobre os interesses patrimoniais”¹¹⁰, como sustentar que os impulsos altruístas devem ser restringidos pela lei? Na visão do autor, tal limite não seria compatível, portanto, com a dignidade da pessoa humana e poderia justificar o abrandamento da regra em alguns casos¹¹¹.

Agostinho Alvim ainda acrescenta que uma doação precipitada também poderia ser motivada por coações externas de vergonha e vexame (por exemplo, quando todos de uma família estão doando para um parente necessitado e uma das pessoas se sente compelida a fazer o mesmo, ainda que a contragosto). O doutrinador adverte, contudo, que a exigência da forma especial “não representa nenhuma antipatia às liberalidades”, mas apenas um dificultador para “os males que visa a impedir”.¹¹²

Richard Hyland observa que a consulta a um oficial registral para a conclusão do ato, isto é, um agente com capacidade para dar conselhos relativos aos riscos da transação, é especialmente útil. Não apenas o notário pode aumentar a segurança jurídica ao garantir que a doação seja válida, prestando informações sobre limitações aos poderes de dispor e afastando circunstâncias que poderiam implicar nulidade, como também pode evitar futuros problemas sucessórios¹¹³.

A esses argumentos Luciano de Camargo Penteado ainda acrescenta que a forma tem função de publicidade para evitar “atribuições por *non domino*” e de garantir o recolhimento respectivo imposto associado com a transação¹¹⁴. Ademais, outra importante função seria de que a formalidade requerida evidencia, ou ao menos facilita,

¹¹⁰ LÔBO, op. cit., p. 299.

¹¹¹ A interpretação de Paulo Lôbo parece excessivamente ampliativa e perigosa. Se uma das razões para a formalidade para perfectibilização de uma doação de fato for permitir maior reflexão sobre um ato, em um país como Brasil, em que o superendividamento é uma pauta recorrente, a flexibilização pode representar um passo na direção de permitir o agravamento da penúria financeira de várias famílias.

¹¹² ALVIM, op. cit., p. 76-77.

¹¹³ HYLAND, op. cit., p. 134.

¹¹⁴ PENTEADO, op. cit., p. 241.

a identificação da ocorrência de uma doação em detrimento de outras transações possíveis.

As funções do requisito da formalidade citadas acima indicam a centralidade desse elemento. Nesse sentido, diversos autores apontam que a forma é substância para o contrato de doação e sua ausência implica nulidade¹¹⁵. Agostinho Alvim registra, por exemplo, que, mesmo havendo confissão da doação, tratando-se de transferência verbal de bem móvel não enquadrado nas hipóteses legais, não é possível convalidar o ato, sendo necessária a celebração de um novo contrato¹¹⁶. Sobre o aproveitamento de doações por inobservância do requisito de forma, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald registram que é possível a conservação do negócio jurídico, desde que ele seja considerado como um comodato por tempo indeterminado, já que todos os elementos para a constituição desta outra espécie de avença estariam presentes¹¹⁷. Essa noção estaria alinhada ao princípio da preservação da vontade.

A forma específica para a celebração de um contrato de doação possui significado especial para Penteadado. O autor, que defende a teoria da causa no direito contratual, observa que essa modalidade de avença não corresponde a outros negócios causais típicos em decorrência da ausência de sinalagma, associando a existência de contraprestação à própria causa como regra geral¹¹⁸. A ausência de prestações recíprocas seria suprida pela forma, de modo que a formação das doações depende de um “esquema causal-formal”, em que a liberalidade inicia a transação e deve ser complementada pelo requisito formal para celebração do contrato¹¹⁹.

A forma, portanto, assume papel central no contrato de doação. Como exposto anteriormente, esse elemento funciona como requisito complementar destinado a conferir segurança à formação do negócio jurídico, atuando como teste de legitimidade para liberalidades que possam implicar enriquecimento do donatário às custas do doador, em favor das partes e eventuais terceiros interessados na transação, inclusive magistrados. Não obstante, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem colocado em risco a estabilidade normativa idealizada pelo legislador.

¹¹⁵ ALVIM, op. cit. p. 70-74; DE FARIAS, ROSENVALD, op. cit., p. 777; TORRENTE, op. cit., p. 426; PENTEADO, op. cit., p. 244. Eduardo Espínola também aponta que a forma é parte substancial do contrato de doação (ESPÍNOLA, op. cit., p. 251).

¹¹⁶ ALVIM, op. cit. p. 71-72.

¹¹⁷ DE FARIAS, ROSENVALD, op. cit., p. 777

¹¹⁸ PENTEADO, op. cit., p. 246.

¹¹⁹ Ibid., p. 249.

No Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.351.529/SP¹²⁰, apreciou-se caso em que o pai de um dos cônjuges, casada sob o regime de comunhão parcial de bens, havia transferido a quantia de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) para aquisição de imóvel registrado exclusivamente em nome da filha. O Tribunal de Justiça de origem havia determinado a inclusão do bem na partilha conjugal, sob o fundamento de que, sem a observância do requisito formal para celebração da doação, por escritura pública ou documento particular, não seria possível cogitar a existência de tal negócio jurídico, sendo insuficiente a mera declaração unilateral perante o Fisco. Em postura que mina as garantias previstas pelo legislador, o voto condutor do acórdão do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial, assentando que o documento particular referido no art. 541, *caput*, do Código Civil de 2002 não constitui instrumento substancial do ato de doação de bens móveis, admitindo-se que a transmissão seja comprovada por outros meios, em atenção ao princípio que veda o enriquecimento sem causa.

O Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 228.629/PR¹²¹ escancara uma tese que já se encontra implícita no julgado supramencionado: o reconhecimento da configuração de contrato de doação por meios que não respeitem o requisito formal. Nesse caso, discutiu-se suposta doação de imóvel que restou afastada pela ausência de formalização mediante escritura pública ou instrumento particular. Um trecho do voto do relator ilustra o afastamento do requisito formal, desde que se constate o elemento subjetivo da doação, enfraquecendo as garantias legais em favor da análise de uma intenção de beneficiar o donatário: “O reconhecimento da existência de doação, nos casos em que não houve o seu registro, depende da demonstração do *animus donandi*, o que não ficou configurado diante dos fatos narrados nos autos”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminha, portanto, no sentido de se mitigar o requisito da forma, substituindo um teste objetivo pela preferência a um elemento subjetivo, que pode ou não estar refletido na conduta do doador. Trata-se de uma opção evidentemente equivocada.

O Código Civil de 2002 já prevê, assim como o Código Civil de 1916 dispunha, hipóteses em que o requisito da forma pode ser mitigado, aceitando-se uma doação por

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *AgInt no Recurso Especial* n. 1.351.529/SP. Recorrente: FFM. Recorrido: JCP. Relator: Ministro Lázaro Guimarães. Brasília. Julgado em 24 de abr. 2028. Publicado em 3 de mar. 2018.

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *AgRg no Agravo em Recurso Especial* n. 228.629/PR. Recorrente: Maria José Teixeira de Oliveira e Outro. Recorrido: Francisco Henrique Lopes. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgado em 26 maio 2015. Publicado em 24 jun. 2015.

acordo verbal. Como apontado anteriormente, essa modalidade, também chamada de doação manual, será válida se, sendo o objeto bem móvel de pequeno valor, for seguida incontinenti a tradição. Mesmo nesses casos, não há afastamento completo do requisito da forma, uma vez que a entrega do bem em um período determinado de tempo constitui também uma espécie de solenidade¹²², tornando ainda mais claro o descompasso da jurisprudência que está se formando na referida corte superior brasileira com a legislação¹²³⁻¹²⁴.

Quanto ao requisito da modicidade para a doação manual, a maior parte da doutrina, assim como a jurisprudência nacional, entende que se trata de critério a ser aferido casuisticamente, à luz do patrimônio do doador. Dessa forma, ainda que uma joia rara possa representar um bem de elevado valor para a maior parte da população, para a camada mais abastada da sociedade, a doação desse bem pode, sim, enquadrar-se como doação manual¹²⁵. Tal entendimento foi refletido no Enunciado nº 622 do CJF, demonstrando sua ampla adesão. No entanto, essa posição não é unânime. Pontes de Miranda registra que a apuração da modicidade pode considerar o fato de a doação ter

¹²² TORRENTE, op. cit., p. 145.

¹²³ Eduardo Espínola poderia tecer uma crítica a essa posição, considerando-a dissociada da realidade brasileira. Segundo o autor, “não obstante o que prescreve o Código Civil, em seu art. 1.168, só permitindo a doação verbal ou manual sobre bens de pequeno valor, é fora de dúvida que a prática, de acordo com o sentimento geral do povo brasileiro, está muito longe de limitar a objetos de pequeno valor as doações que se fazem todos os dias (principalmente a filhos afilhados e outros parentes), não somente de jóias, como de objetos móveis de qualquer natureza; pianos, rádios, televisão, aparelhos domésticos de qualquer aplicação” (ESPÍNOLA, op. cit., p. 255). Lôbo, contudo, parece concordar que os costumes não podem se sobrepor à lei: “os costumes de várias regiões do Brasil consagraram a doação informal de bens móveis de qualquer valor, pela simples tradição da coisa ou da promessa de doação, bastando a comunicação feita no grupo familiar. O costume é claramente *contra legem*, mas os parentes respeitam, na maioria dos casos, a intenção manifesta da verbalmente, sem questionar a ausência do instrumento escrito. Em virtude de a forma escrita ser *ad substantiam*, contudo, a nulidade dessa doação poderá ser suscitada a qualquer tempo e declarada de ofício pelo juiz (art. 166, IV, do Código Civil)” (LÔBO, op. cit., p. 300-301).

¹²⁴ Pode-se afirmar que a modificação do requisito formal para as doações manuais enfraquece a segurança das partes em relação à celebração do contrato de doação. Duas objeções, contudo, podem ser feitas. Primeiro, como há o requisito da modicidade, pode-se afirmar que a intenção é de que, ainda que exista eventuais erros quanto à celebração de um contrato de doação, tal equívoco não impõe ônus relevante ao doador, cabendo a ele tomar as medidas necessárias para se precaver quanto a ocorrência de tal erro. Segundo, Agostinho Alvim registra que o donatário é a parte responsável por comprovar que possui o bem: “Em face da lei, aquele que invoca a propriedade deve prová-la. Assim sendo, se o possuidor, baseado na posse, alegar que é donatário, a ele caberá provar que houve doação. Não é o indigitado doador que deverá provar que não doou. Ele pode ter perdido a posse por furto, por esbulho, locação, empréstimo, depósito etc. Ao que alega ser donatário é que cabe provar a sua propriedade, oriunda da doação, mesmo porque tal alegação importa reconhecer o domínio anterior daquele de quem ele houve a coisa. Portanto, é a ele, donatário, que cabe provar a origem do seu domínio, que coincide com a cessação do anterior. O que se diz do doador e do donatário vale para os seus sucessores.” (ALVIM, op. cit., p. 82).

¹²⁵ ALVIM, op. cit., p. 79-81; DE FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 777; LOPES, op. cit., p. 361; PEREIRA, op. cit., p. 275; TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 222; TARTUCE, op. cit., p. 504; VENOSA, op. cit., p. 243.

sido feita por dever moral, bem como outras circunstâncias sociais. Pablo Stolze Gagliano, por sua vez, sugere um teto baseado no salário-mínimo¹²⁶.

No tocante à tradição “incontinenti”, Sylvio Capanema de Souza entende que a expressão significa que a entrega deve ocorrer na primeira oportunidade possível, isto é, não há necessidade de que o ato seja contemporâneo à formação do contrato¹²⁷. A maior parte dos autores, contudo, não concorda com essa posição. Agostinho Alvim esclarece que na doação manual a tradição e formação do contrato “constituem um só ato”, não havendo intervalo¹²⁸. Nesse contexto, alguns estudiosos afirmam que se trata de hipótese em que a doação assume característica de contrato *real*¹²⁹.

A classificação do contrato de doação entre real e consensual tem impactos significativos sobre as promessas de doação. Nesse contexto, a investigação deve se mover para esse tema seguida.

1.3 Contrato real ou consensual

Há um intenso debate doutrinário se o contrato de doação é consensual ou real. Essa classificação divide as avenças em relação aos requisitos para sua constituição. Apesar de ser um tema aparentemente simples, até mesmo o escopo dessa qualificação não é unânime.

O termo “consensual” não é notoriamente polissêmico, porém sua utilização pode alterar sua semântica a depender do referencial comparativo utilizado. Por um lado, é possível que essa classificação seja utilizada para diferenciar negócios jurídicos a partir dos requisitos solenes para sua formação, por outro, o mesmo termo pode ser empregado para fazer oposição às avenças que dependem da entrega de uma coisa para se tornarem perfeitas. O exemplo dos escritos de Washington de Barros Monteiro é ilustrativo. O autor classifica como contratos consensuais (ou não solenes) aqueles que “independem de forma especial, bastando o consentimento para sua formação”¹³⁰, isto é, se diferenciam dos contratos formais, que dependem de forma específica. O doutrinador também qualifica como consensuais os contratos que para sua formação “basta o consentimento

¹²⁶ GAGLIANO, op. cit., p. 53.

¹²⁷ SOUZA, op. cit., p. 134.

¹²⁸ ALVIM, op. cit., p. 77. Serpa Lopes parece concordar com essa posição: “por conseguinte ela se perfez a partir do momento em que o doador remete ao donatário ou lhe faz a entrega do objeto mobiliário, com a intenção manifesta de lhe transferir imediata e irrevogavelmente a propriedade” (LOPES, op. cit., p. 364).

¹²⁹ DE FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 777; TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 222.

¹³⁰ MONTEIRO, op. cit., p. 30.

dos contratantes”¹³¹, em oposição aos contratos reais, que dependem da transferência para se tornarem perfeitos.

Outros autores ainda condensam as duas classificações acima em apenas uma. É nesse sentido, por exemplo, que Caio Mário da Silva Pereira observa que os contratos podem ser consensuais, formais ou reais. Sob essa visão, as avenças que podem ser formadas apenas pelo acordo entre as partes são contrapostas simultaneamente aos contratos reais e formais, que possuem requisitos adicionais para se tornarem perfeitos¹³². Por desconsiderar uma forma alternativa de classificação dos contratos consensuais, qual seja, apenas em oposição aos contratos reais, Caio Mário da Silva Pereira critica a posição de outros doutrinadores, afirmando que a doação é um contrato formal, julgando como erro a qualificação de outros autores que elencam esse negócio jurídico entre os contratos consensuais¹³³. A despeito da diferença de nomenclaturas, é certo, porém, que mesmo os pensadores contestados por Caio Mário da Silva Pereira concordam que a doação não depende da transferência para se formar.

Como já definido anteriormente, as doações são contratos formais, uma vez que dependem de forma específica para sua formação. Nesse sentido, o presente trabalho se utiliza do termo “consensual” em oposição aos contratos reais.

A maior parte da doutrina se filia à posição de que a doação representa um contrato consensual¹³⁴, ou seja, a formação da avença ocorre quando é firmado o acordo em que o doador assume a obrigação de transferir um bem para o donatário. Assim, após a celebração do contrato ainda haverá prestação a ser executada. Alguns doutrinadores observam, no entanto, que a doação manual possui caráter real, vez que depende da tradição para se tornar perfeita¹³⁵. Contra esse entendimento, escrevem Agostinho Alvim e Sylvio Capanema de Souza. O primeiro argumenta que os contratos reais somente podem se aperfeiçoar pela entrega, porém os bens móveis de pequeno valor também integram o universo de coisas que podem ser objeto de um contrato escrito dessa modalidade, inclusive com potencial tradição incontinenti, a critério das partes¹³⁶.

¹³¹ Ibid., p. 30.

¹³² PEREIRA, op. cit., p. 87-90.

¹³³ Ibid., p. 270.

¹³⁴ ALVIM, op. cit., p. 77-78; BEVILACQUA, op. cit., p. 217; GOMES, op. cit., p. 166; DE FARIAS, ROSENVALD, op. cit., p. 763-764; MEDINA, op. cit., p. 461; NADER, op. cit., p. 229-300; NERY. JR.; NERY, op. cit., p. 1679; PEREIRA, op. cit., p. 270; SOUZA, op. cit., p. 88; VENOSA, op. cit., p. 239; TARTUCE, op. cit., p. 503; TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 214; WALD, op. cit., p. 83.

¹³⁵ DE FARIAS, ROSENVALD, op. cit., p. 763-764; NADER, op. cit., p. 229-300; TARTUCE, op. cit., p. 503; TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 214.

¹³⁶ ALVIM, op. cit., p. 77-79.

Portanto, a doação não constitui contrato real também se for manual. Sylvio Capanema, por sua vez, além de interpretar que a transferência não precisa ocorrer concomitantemente com a celebração da avença na hipótese prevista no art. 541, parágrafo único, do Código Civil de 2002, atribuindo um significado singular à expressão “incontinenti”, afastando a qualificação dessa espécie como contrato real, também afirma que a entrega do bem na doação manual funciona apenas como “formalidade para exteriorizar o consentimento das partes, o *animus donandi*.”¹³⁷.

Por outro lado, autores de renome assumem posição contrária, afirmando que o contrato de doação se qualifica como real. João Baptista Villela apoia-se no próprio texto legal para justificar essa compreensão. Segundo sua leitura, ao empregar o verbo *transferir* no presente do indicativo, na terceira pessoa, em vez de outras expressões utilizadas ao longo do diploma legal, o art. 538 do Código Civil de 2002 autoriza a conclusão de que “antes da transferência não há contrato”¹³⁸. Assim, a transferência é, em qualquer hipótese, ato formativo da doação¹³⁹. Pelo mesmo motivo, Paulo Lôbo também defende essa posição, destacando que a supressão da expressão “que os aceita” que constava ao final do art. 1.165 do Código Civil de 1916 – que foi substituído pelo art. 538 do Código Civil de 2002 – realça o caráter real da avença.

Esse entendimento enfrenta, contudo, três problemas. Em primeiro lugar, o art. 545 do Código Civil de 2002 dispõe que “a doação em forma de subvenção periódica ao beneficiado extingue-se morrendo o doador, salvo se este outra coisa dispuser, mas não poderá ultrapassar a vida do donatário”, norma cuja redação é praticamente idêntica à do art. 1.172 do Código Civil de 1916, sem alteração semântica relevante. As subvenções periódicas, por sua natureza, são incompatíveis com os contratos reais; uma vez celebrado o acordo, estabelece-se obrigação continuada para o doador em favor do donatário, sem que haja, por óbvio, a entrega imediata de prestações vincendas ou a necessidade de se reconstituir novo vínculo obrigacional a cada incidência do pagamento. Paulo Lôbo, ciente desse potencial questionamento, já indica que esse caso é excepcional e se trata de doação consensual, “o que não infirma a regra geral da natureza real”¹⁴⁰ em sua visão. Essa resposta, contudo, não é satisfatória. Por que se ater estritamente à expressão “o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere”, que pode se referir apenas ao

¹³⁷ SOUZA, op. cit., p. 134.

¹³⁸ VILLELA, op. cit., p. 547.

¹³⁹ Ibid., p. 548.

¹⁴⁰ LÔBO, op. cit., p. 277.

resultado da execução do contrato, em detrimento de uma interpretação que se harmoniza com outras do mesmo tema?

A questão torna-se ainda mais relevante quando se observa que o verbo “transferir” é utilizado em diversas ocasiões na legislação civil sem que seja possível inferir a necessidade de efetiva transferência; pelo contrário, por vezes assume apenas o sentido de assunção de obrigação. O art. 587 do Código Civil de 2002, ao tratar do mútuo, prevê que “este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição”. Uma leitura literal e isolada dessa disposição poderia sugerir que o próprio contrato promoveria a transferência da propriedade da coisa emprestada, o que, evidentemente, não corresponde à realidade à luz do art. 1.267, *caput*¹⁴¹. Fenômeno semelhante ocorre em outras instâncias. A utilização do verbo “transferir” no art. 668 do Código Civil de 2002¹⁴² não significa que o mandatário deva entregar imediatamente as vantagens provenientes de suas atividades ao mandante tão logo preste contas, uma vez que também se criou o direito de retenção até o reembolso das despesas realizadas na execução do contrato¹⁴³. O art. 1.361 do Código Civil de 2002¹⁴⁴ oferece outro exemplo. Os contratos de alienação fiduciária em garantia geralmente não envolvem uma transferência de propriedade do devedor para o credor, mas sim de um terceiro, como uma concessionária ou empreiteira, diretamente para a instituição financeira credora. Apesar dessa aparente incongruência terminológica, não há questionamentos quanto à eficácia desse modelo no direito brasileiro. A “transferência” referida no art. 254-A, §1º, da Lei das S/A¹⁴⁵ tampouco pode ser interpretada como efetiva entrega das ações, já que a operação de alienação de controle de companhia aberta deve ser necessariamente contratada sob condição de realização de

¹⁴¹ “Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição.”

¹⁴² “Art. 668. O mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja.”

¹⁴³ “Art. 681. O mandatário tem sobre a coisa de que tenha a posse em virtude do mandato, direito de retenção, até se reembolsar do que no desempenho do encargo despendeu.”

¹⁴⁴ “Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.”

¹⁴⁵ “Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.

§ 1º Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a acordos de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade.”

oferta pública de aquisição. Portanto, a construção da qualificação do contrato de doação entre real ou consensual com base no verbo “transferir” não parece ser uma fonte segura, especialmente considerando que o art. 545 do Código Civil de 2002 cria uma forma periódica incompatível com os contratos reais.

Por fim, o argumento de Sylvio Capanema de Souza acerca da definição de “incontinenti” no art. 541, parágrafo único, do Código Civil de 2002 também merece atenção. O Dicionário Aurélio indica que o referido advérbio não constitui sinônimo de “concomitantemente”, de modo que pode haver um lapso temporal entre a celebração do acordo verbal de doação e a efetiva entrega do bem, circunstância que já afastaria o disputado caráter real da avença, considerando o sentido da terminologia utilizada¹⁴⁶.

A utilização sistemática do termo pelo Código Civil de 2002 corrobora essa interpretação. A palavra “incontinenti” aparece em apenas duas outras passagens do diploma e em ambas o seu significado parece remeter à ideia de “na primeira oportunidade”, não à noção de simultaneidade estrita. O art. 700¹⁴⁷, inserido no capítulo dedicado ao contrato de comissão, trata da hipótese de o comissário conceder dilação de prazo em detrimento de instruções do comitente ou dos costumes e usos locais. Caso essa hipótese ocorra, o referido dispositivo prevê que o comissário deve pagar “incontinenti” ou responder pelas consequências de tal prorrogação. Nesse contexto, não é possível inferir que o termo remete à ideia de concomitância, mas sim de “primeira oportunidade”, uma vez que não seria razoável pensar que, no mesmo ato que fosse concedida a dilação, o comissário já deveria realizar a quitação perante o comitente. De modo semelhante, o art. 753, *caput*,¹⁴⁸ inserido no contrato de transporte de coisas, estabelece que, se o transporte não puder ser realizado ou sofrer longa interrupção, o transportador deverá solicitar “incontinenti” instruções ao remetente, zelando pela coisa enquanto aguarda orientações. Também aqui seria desarrazoado exigir que o transportador requisitasse tais instruções no exato momento em que se depara com o impedimento; o que a lei impõe é que o faça sem delongas desnecessárias, isto é, na primeira oportunidade que se apresente.

¹⁴⁶ O dicionário Aurélio indica a seguinte definição: “incontinenti (nên). [Adapt. Do lat, *in continenti*.] Adv. Sem demora; sem intervalo; sem interrupção; sem detença; imediatamente. [Cf. *incontinente*.]” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, p. 933).

¹⁴⁷ “Art. 700. Se houver instruções do comitente proibindo prorrogação de prazos para pagamento, ou se esta não for conforme os usos locais, poderá o comitente exigir que o comissário pague incontinenti ou responda pelas consequências da dilação concedida, procedendo-se de igual modo se o comissário não der ciência ao comitente dos prazos concedidos e de quem é seu beneficiário.”

¹⁴⁸ “Art. 753. Se o transporte não puder ser feito ou sofrer longa interrupção, o transportador solicitará, incontinenti, instruções ao remetente, e zelará pela coisa, por cujo perecimento ou deterioração responderá, salvo força maior.”

Não há resposta satisfatória para os problemas citados anteriormente. Por outro lado, a corrente que defende a natureza consensual da doação não enfrenta objeções relevantes, salvo a interpretação isolada da redação do art. 538 do Código Civil de 2002 focada no verbo “transferir”, fundamento que, como demonstrado, não se sustenta. Diante disso, adota-se neste trabalho a compreensão de que os contratos de doação possuem natureza consensual.

Pontes de Miranda possui uma visão conciliadora única. Para o pensador, a legislação brasileira criou duas espécies de doação, uma real e uma consensual (espécie de promessa de doação). No primeiro tipo – mais comum – o doador transfere a titularidade quando da formação do contrato, enquanto no segundo, reservado a casos especiais, “promete-se tal transferência”¹⁴⁹. O entendimento do autor pode ser apenas parcialmente aceito. A liberdade garantida pelos contratos de fato pode permitir que uma doação somente seja eficaz após a efetiva entrega do objeto. Não obstante, a descrição do pensador não é satisfatória como método de classificação, uma vez que não captura a regra geral aplicável a essas avenças e rejeita a ideia central de que o contrato de doação possui natureza consensual em sua essência¹⁵⁰.

Esclarecido o enquadramento da espécie, resta apenas esclarecer os elementos essenciais dos contratos preliminares, pois a compreensão dessa figura é essencial para se entender as promessas de doação.

1.4 Formação e execução coativa de contratos preliminares

A formação dos contratos geralmente envolve três fases: tratativas, proposta, aceitação¹⁵¹. Essa ordem natural, contudo, pode ser subvertida pela introdução de uma etapa adicional que pode ser dotada de força vinculativa, qual seja, os contratos preliminares. Também chamados de pré-contratos, contratos preparatórios, promessas de contrato, antecontratos e compromissos de contrato¹⁵², essa figura jurídica representa a avença por meio da qual ao menos uma das partes se compromete a celebrar, em momento

¹⁴⁹ MIRANDA, op. cit., p. 281.

¹⁵⁰ Nesse sentido, afirma Pontes de Miranda: “Outro êrro, que se tem de repelir, é o de se dizer que a doação, no direito brasileiro, é contrato *consensual*. Não o é, pôsto que excepcionalmente o possa ser.” (Ibid., p. 282).

¹⁵¹ PEREIRA, op. cit., p. 63.

¹⁵² PEREIRA, op. cit., p. 106; RIZZARDO, op. cit., p. 212.

posterior, um outro contrato, que será o principal¹⁵³. O citado contrato principal, por sua vez, regulará as prestações substanciais que se pretende com o negócio.

Os contratos preliminares não são novidade no mundo jurídico. O direito romano já reconhecia essa figura, inicialmente na forma de um pacto que gerava obrigações naturais e depois como instrumentos dotados de proteção jurídica¹⁵⁴. Com o crescente reconhecimento da consensualidade como fonte normativa, sendo um dos marcos mais importantes desse processo o desenvolvimento do princípio *pacta sunt servanda* durante a Idade Média, a autonomia da vontade – e, por consequência, os incontáveis arranjos diferentes decorrentes da criatividade humana – recebe exponencialmente maior expressão jurídica, sem prejuízo de eventuais mitigações diante da introdução de institutos como a lesão e o erro.

A legislação brasileira reflete o cenário acima. O Código Civil de 1916 não previu expressamente os contratos preliminares¹⁵⁵. Esse fato pode ser atribuído, dentre outros fatores, à maior simplicidade nas transações praticadas à época das discussões legislativas, tornando esse tipo de instrumento menos relevante. O avanço da industrialização associado à financeirização da economia proporcionou a execução de projetos mais complexos, que também demandam uma arquitetura obrigacional mais sofisticada. Nesse contexto, a possibilidade de se estabelecer certos parâmetros e condições essenciais para posterior negociação de detalhes menos elementares ou que demandariam conhecimento de fatos até então desconhecidos se mostra frequentemente

¹⁵³ DE FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 122.

¹⁵⁴ ALEM, Fábio P. *Contrato preliminar: níveis de eficácia*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 19-20.

¹⁵⁵ A despeito de o Código Civil de 1916 não ter estipulado expressamente os contratos preliminares, parte da doutrina brasileira já aceitava sua existência no ordenamento. Nesse sentido, autores como Serpa Lopes (LOPES, op. cit., p. 71-74) e Orlando Gomes (GOMES, op. cit., p. 115-119) já escreviam sob o tema ainda tratando do diploma civil anterior. Caio Mário da Silva Pereira explica que essa posição possuía “seu germe legislativo no art. 1.088 do Código Civil de 1916, segundo o qual, é lícito a qualquer das partes arrepender-se antes de o assinar, quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, ressarcindo à outra perdas e danos resultantes do arrependimento” (PEREIRA, op. cit., p. 109-110). O autor ainda complementa que o Código de Processo Civil de 1973 permitiu o reconhecimento da possibilidade de se executar promessas de contrato antes mesmo do Código Civil de 2002: “Desprendendo-se da restrição contida no Decreto-Lei nº 58, de 1937, o Código de Processo Civil de 1939, art. 1.006, acompanhado pelo atual art. 497 do Código de Processo Civil de 2015 (correspondente aos arts. 461 e 466-B do Código de Processo Civil de 1973) e art. 27 da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (Parcelamento do solo urbano), deu maior amplitude ao contrato preliminar, ao cogitar da execução das obrigações de fazer, dispondo que, se condenado o réu a emitir declaração de vontade, será esta havida por enunciada logo que a sentença de condenação transite em julgado. E, em particular, o seu art. 537 do Código de Processo Civil de 2015 (correspondente ao § 4º do art. 461 do Código de Processo Civil de 1973) dispôs que cabe ao juiz assinar prazo ao devedor para que execute a obrigação oriunda da promessa de contratar, desde que preencha ele os requisitos do definitivo. À vista disto, a doutrina reafirmou que a promessa de contratar tem sempre validade, qualquer que seja a forma de que se revista. Seus efeitos é que variam: se não preencher todos os requisitos de validade do contrato definitivo, o descumprimento sujeita o infrator a perdas e danos; se os revestir, a sentença suprirá a falta do contrato principal, e servirá de título ao credor.” (Ibid., p. 111-112).

útil, o que evidencia a importância dos contratos preliminares. Quase um século depois do diploma de 1916, o Código Civil de 2002 passou a regular essa figura expressamente nos arts. 462 a 466, o que é sinal de sua relevância e presença nas práticas comerciais brasileiras.

A indústria mineral ilustra bem essa lógica. Trata-se de um setor marcado por incertezas: os custos de exploração são elevados e não garantem a descoberta de depósitos economicamente viáveis; os preços dos minerais sofrem forte volatilidade; a demanda por determinados bens minerais oscila rapidamente conforme a conjuntura econômica global, podendo até desaparecer em razão de avanços tecnológicos. Para viabilizar o financiamento de projetos, algumas empresas passaram a conceder *royalties*¹⁵⁶, isto é, em troca de capital para adquirir os insumos necessários ao desenvolvimento e à implantação da mina, comprometem-se a destinar parcela de sua produção (em espécie ou em dinheiro) ao financiador. Dessa dinâmica surgiu, em 1986, um mercado próprio: a compra e venda de direitos de *royalties* por empresas especializadas¹⁵⁷. Essa prática comercial, por sua vez, exige conhecimento prévio dos ativos minerais capazes de gerar tais receitas, motivo pelo qual se celebram, com frequência, contratos preliminares destinados a assegurar a futura contratação definitiva, caso as investigações técnicas se revelem satisfatórias.

Orlando Gomes aponta que existem duas teorias para explicar a natureza dos contratos preliminares¹⁵⁸. A tese mais difundida é de que se trata de acordo “que tem por fim obrigar as partes a celebrarem outro contrato”¹⁵⁹.

De acordo com o autor, essa vertente é objeto de duas críticas¹⁶⁰. A primeira é que ela adotaria uma compreensão reducionista, ao esvaziar a utilidade do contrato preliminar e tratá-lo como um ato supérfluo. Contudo, como já mencionado, tal crítica não se mostra realista diante da crescente complexidade das transações praticadas pelo mercado, nas quais os pré-contratos surgem como instrumentos adequados para viabilizar projetos.

¹⁵⁶ A existência de *royalties* na mineração, contudo, pode ser encontrada desde o final do império romano, quando uma taxa de 10% era imposta sobre as minas (SILVER, Douglas. Preface. In: SILVER, Douglas (edit). *Rise of the mining royalty companies*. Englewood: Society for Mining, Metallurgy & Exploration, 2023, p. v).

¹⁵⁷ É possível atribuir o surgimento dessa indústria a 1986, quando a Franco-Nevada Mining Corporation Limited foi anunciada como a primeira empresa especializada no gerenciamento de *royalties* oriundos da atividade mineração, com capitalização de US\$ 25.000.000,00. (SILVER, Douglas. Overview of the industry. In: SILVER, Douglas (edit). *Rise of the mining royalty companies*. Englewood: Society for Mining, Metallurgy & Exploration, 2023, p. 1).

¹⁵⁸ GOMES, op. cit., p. 115.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Ibid., 115-116.

A segunda frente de contestação se refere ao fato de que o objeto do contrato preliminar corresponderia a uma obrigação de fazer que estaria, portanto, sujeito à regra de que ninguém pode ser obrigado a realizar um fato (*nemo praecise cogi potest ad factum*). A impossibilidade de se impor, de forma coercitiva, a celebração do contrato futuro, tornaria esse instrumento inútil. O art. 464 do Código Civil de 2002 sepultou essa posição ao dispor que o juiz pode “suprir a vontade da parte inadimplente” e converter o pré-contrato em definitivo¹⁶¹.

Orlando Gomes reputava a sistemática que se firmou na legislação atual como “conceitualmente absurda”, pois “o vínculo contratual não poderia ser criado pela sentença judicial, porquanto há de resultar, por definição, da vontade das partes”¹⁶². Serpa Lopes, contudo, já explicava, parcialmente, o equívoco dessa posição¹⁶³. O autor esclarece que o inadimplemento do contrato preliminar permite que o credor pleiteie em juízo tanto a tutela específica quanto perdas e danos, no primeiro caso, em sua visão, desde que a prestação seja fungível. Assim, a vontade que deveria ter sido manifestada se torna inútil pela satisfação do objeto. O autor conclui que “elimina-se apenas um segundo consentimento, pois o básico, o vinculativo já foi manifestado no contrato preliminar, ao passo que o segundo representa o valor de uma confirmação, valor meramente formal(...)”. Apesar do exposto, Serpa Lopes finaliza sua digressão afirmando que não há a substituição da vontade do devedor pelo ato do juiz. A parte final do pensamento do doutrinador não anula seus acertos; as partes ao celebrarem um contrato preliminar de fato já estabelecem as condições essenciais para seu negócio, porém o art. 464 do Código Civil de 2002 explicita que, ao firmarem o negócio jurídico, estão aceitando que um magistrado poderá torná-lo definitivo. Assim, o consentimento adicional para a formação do contrato principal é apenas uma confirmação formal, já que a declaração de vontade

¹⁶¹ A possibilidade de o magistrado suprir a vontade do contratante inadimplente em contrato preliminar não é sequer o único exemplo em que se admite, ao menos na jurisprudência, a execução de tutela específica envolvendo obrigação de fazer infungível. O Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de que é possível a cominação de *astreintes* como meio de se obter, de forma coativa, o cumprimento de obrigação de fazer (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. *AgRg no Agravo de Instrumento* n. 1.326.439/RJ. Recorrente: União. Recorrido: Marlene Neves Machado. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, julgado em 7 out. 2010. Publicado em 2 fev. 2011.).

¹⁶² GOMES, op. cit., p. 116.

¹⁶³ LOPES, op. cit., p. 73-74.

já foi dada no momento anterior, inclusive em relação ao conteúdo da obrigação principal¹⁶⁴. O pré-contrato é, por conseguinte, um ato negocial completo¹⁶⁵.

A outra teoria mencionada por Orlando Gomes sobre a natureza do contrato preliminar entende que essa figura é um acordo de vontades sujeito a conclusão por condição potestativa. Essa vertente, no entanto, não captura todo o fenômeno que envolve essa modalidade contratual, se aproximando apenas de opções.

Independentemente da teoria referente à natureza dos pré-contratos, é amplamente aceito que eles são um gênero contratual¹⁶⁶. Nesse sentido, eles possuem os mesmos requisitos exigidos para todos os contratos para formação: partes capazes, objeto lícito e possível e consentimento¹⁶⁷. O requisito da forma, contudo, traz algumas dificuldades iniciais. O artigo 462 do Código Civil de 2002 dispõe que todos os pressupostos do contrato principal devem ser observados no contrato preliminar, com exceção da forma. Em outras palavras, isso parece significar que mesmo em contratos formais, em que a solenidade é inclusive substancial ao ato, como a doação, a forma para o pré-contrato é

¹⁶⁴ Orlando Gomes já elencava que essa era uma alternativa para se explicar os contratos preliminares, contudo não a aceita em decorrência de considerar que seria incompatível com a declaração de vontade necessária para a formação contratual: “Desenvolve-se, finalmente, a tendência a considerar o pré-contrato um negócio jurídico pelo qual as partes estipulam a faculdade de exigir a eficácia imediata de outro contrato já delineado em seus elementos fundamentais. Entende-se desnecessária nova declaração de vontade, pois, ao celebrarem o pré-contrato, tudo o que é necessário ao estabelecimento do vínculo contratual definitivo já foi estipulado. Basta, portanto, providenciar sua execução. Enfim, contrato definitivo está contido no contrato preliminar. Se, por qualquer circunstância, o vínculo se desata, esgota-se a relação jurídica preliminar; caso contrário, produz seu efeito específico. Mostra-se, assim, a inutilidade do circuito exigido pelos partidários da *teoria da obrigação de fazer*, e que não há novo contrato sujeito à condição meramente potestativa. De acordo com essa concepção, o pré-contrato não obriga a nova oferta, a nova aceitação, nem a novo consentimento contratual. A desnecessidade de novo contrato revela-se, praticamente, no exame dos requisitos necessários à eficácia do pré-contrato atinentes à capacidade das partes, ao objeto, ao consentimento e à forma. Por si só, a força vinculante do contrato preliminar, tanto maior naqueles em que a promessa é irrevogável, justifica a intervenção judicial na constituição definitiva da relação. O juiz não se substitui à parte na conclusão do contrato; determina, apenas, a execução específica do pré-contrato. A noção de contrato repele evidentemente suprimento judicial, para sua formação.” (GOMES, op. cit., p. 116).

¹⁶⁵ PEREIRA, op. cit., p. 107.

¹⁶⁶ DE FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 123; LOPES, op. cit., p. 72; RIZZARDO, op. cit., p. 212; VENOSA, op. cit., p. 63.

¹⁶⁷ PEREIRA, op. cit., p. 107. Em estudo mais profundo sobre o tema, após estudarem os elementos gerais, categoriais e particulares, Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves concluem que o art. 462 do Código Civil de 2002 se refere, ao mencionar “elementos essenciais” aos requisitos de validade do negócio: “Esta sumária e acanhada resenha de um tema tão vasto, quanto intrincado, cuja única justificação se prende ao seu caráter instrumental, servindo ao escopo de compreender o art. 462, revela que a palavra “requisitos” deste texto não produziria maiores incômodos e insatisfações, restringindo-se à sua acepção técnica, ou seja, ao plano da validade. Parece óbvio que o contrato preliminar, ao projetar o contrato futuro, pressupõe imediatamente todos os seus requisitos de validade, não se concebendo, por exemplo, que seja o pré-contrato firmado por um agente incapaz. Nem se pode exigir do ato do juiz (art. 464), em substituição ao cumprimento espontâneo, a formação de um contrato inválido” (ASSIS, Araken; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Comentários ao Código Civil brasileiro. v. 5. São Paulo: Forense, 2007. Coordenadores: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. P. 445).

livre. Uma interpretação sistemática do Código Civil de 2002 pode sugerir que realmente essa foi a escolha do legislador: os arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil de 2002 permitem que o promitente-comprador de um imóvel, por meio de acordo celebrado por instrumento público ou particular, obtenha a outorga da escritura de compra e venda e requeira a adjudicação do imóvel, como apontam Tepedino, Barbosa e Moraes¹⁶⁸. Essa contudo, não parece ser a melhor compreensão do tema.

A forma, quando substancial ao ato, cumpre um propósito específico. Na doação, por exemplo, ela exerce a importante função de resguardar os potenciais doadores da celebração de contratos precipitados ao impor uma pausa para reflexão sobre o ato a ser praticado. Mais relevante ainda é a sua função canalizadora para facilitar a identificação da formação dessa espécie de negócio. É difícil admitir que o ordenamento permitiria a supressão dessa garantia, criada para o contrato principal, mediante o simples recurso a um contrato preliminar. Os próprios arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil demonstram que o princípio da autonomia formal do contrato preliminar não é absoluto: o legislador poderia ter estabelecido liberdade total de forma, autorizando inclusive a promessa verbal de compra e venda a produzir os mesmos efeitos. Optou-se, porém, por exigir forma especial (instrumento público ou particular). Conclui-se que a exceção à forma prevista no art. 462 do Código Civil deve ser interpretada restritivamente, admitindo-se apenas que em certos casos seja possível a utilização da forma escrita em vez de uma solenidade específica¹⁶⁹. Admitir o contrário equivaleria a esvaziar a função protetiva que a forma solene desempenha em contratos como a doação, frustrando a própria razão que justifica sua exigência e a sistemática do Código Civil.

¹⁶⁸ TEPEDINO; BARBOSA; MORES; op. cit., p. 124.

¹⁶⁹ Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves concordam que essa interpretação é razoável: “A diretriz fundamental para solucionar os problemas criados à exequibilidade do pré-contrato consiste em reconhecer, na legislação especial, senão a forma livre, ao menos a forma especial (instrumento público ou particular), inclusive para o registro de que trata o art. 463, parágrafo único, e, assim, atendendo às finalidades práticas do instituto.” (ASSIS; ANDRADE; ALVES, op. cit., p. 440). Por sua vez, Fabio Alem afirma que “(...) na prática, caso o contrato definitivo tenha forma prescrita em lei, o contrato preliminar deve segui-la para que tenha validade efetiva entre as partes e também perante terceiros, quando for o caso” (ALEM, op. cit., p. 63). Cristiano Farias e Nelson Rosenthal também concordam: “Certamente esta liberdade de forma não será extremada, posto conciliada com outros dispositivos legais. Daí a necessidade de escrito particular para os contratos preliminares cujo valor ultrapasse o décuplo do salário-mínimo, admitindo-se a prova exclusivamente testemunhal quanto à sua existência tão somente para transação de patamar inferior ao aludido montante (art. 227, CC). Especificamente quanto à promessa de compra e venda, o art. 1.417 do Código Civil é explícito ao delimitar a sua concretização através das vias alternativas do instrumento público ou particular. Então, esta espécie de contrato preliminar é solene, pelo simples fato de demandar como parâmetro mínimo de validade a materialização de um documento particular.” (DE FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 125).

Outro desafio relativo à forma dos contratos preliminares diz respeito à interpretação do art. 463, parágrafo único, do Código Civil de 2002. À primeira vista, o dispositivo parece indicar que a exceção quanto à forma, prevista no art. 462, seria complementada pela exigência de que todo contrato preliminar fosse necessariamente levado a registro para adquirir validade. Assim, os pré-contratos possuiriam solenidade específica. No entanto, a doutrina brasileira majoritariamente rejeitou essa ideia¹⁷⁰. Os estudiosos, em geral, entendem que o registro tem a função apenas de tornar o contrato preliminar celebrado oponível perante terceiros, não sendo condição necessária para seu reconhecimento jurídico. Nesse sentido, foi aprovado o Enunciado 30 na I Jornada de Direito Civil: “A disposição do parágrafo único do art. 463 do novo Código Civil deve ser interpretada como fator de eficácia perante terceiros”.

O contrato preliminar pode ser unilateral ou bilateral, a depender da estrutura obrigacional que as partes estabeleçam. O art. 466 do Código Civil de 2002 contempla expressamente a primeira hipótese, dispondo que, “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”. Assim, em sua modalidade unilateral, apenas uma das partes assume a obrigação de celebrar o contrato principal e a outra pode aceitá-lo ou enjeitá-lo. É o caso, por exemplo, das diferentes opções concedidas em práticas comerciais. O contrato preliminar bilateral, por sua vez, implica obrigação recíproca: ambas as partes se comprometem a celebrar o contrato definitivo.

Em qualquer modalidade celebrada, o pré-contrato pode incluir direito de arrependimento, hipótese em que as partes podem não ser obrigadas a celebrar o contrato principal pela vontade de um dos contratantes, revogando sua declaração de vontade¹⁷¹. A figura não se confunde com o distrato, pois não há um acordo de vontades para se extinguir um vínculo contratual, já que a iniciativa é exclusiva de um dos polos da relação.

Uma vez celebrado o contrato preliminar e ausente cláusula de arrependimento, o inadimplemento faculta à parte adimplente duas alternativas, conforme disciplinam os arts. 464 e 465 do Código Civil de 2002: exigir a celebração do contrato definitivo, hipótese em que o juiz poderá suprir a manifestação de vontade do inadimplente, ou,

¹⁷⁰ DE FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 137-139; NADER, op. cit., p. 185; PEREIRA, op. cit., p. 113; TARTUCE, op. cit., p. 233; VENOSA, op. cit., p. 64.

¹⁷¹ ASSIS; ANDRADE; ALVES, op. cit., p. 447.

alternativamente, pleitear a resolução do contrato cumulada com perdas e danos. Existem duas correntes sobre os limites da atuação do magistrado na primeira hipótese.

A primeira vertente defende que as partes devem ter delimitado todos os pontos no contrato preliminar, uma vez que o magistrado não pode substituir a vontade das contratantes ao determinar a tutela específica referente à celebração do pré-contrato¹⁷². Esse parece ter sido o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no “Caso Disco” (RE 88.716/RJ)¹⁷³. Nesse famoso julgado, discutiu-se a natureza jurídica de documento firmado entre acionistas da Distribuidora de Comestíveis Disco S/A e os Supermercados Pão de Açúcar, pelo qual a primeira se comprometeu a vender 97% de suas ações. A adquirente ajuizou ação buscando o reconhecimento de que o documento correspondia a contrato preliminar e, ao final, pleiteou que a venda fosse completada. O Supremo Tribunal Federal por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário interposto pelos acionistas da Disco, entendendo que o contrato firmado não configurava verdadeiro contrato preliminar, mas mero memorando de intenções desprovido de força vinculante. O Ministro Moreira Alves, relator do voto condutor do acórdão, consignou que o art. 639 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época, pressupunha que todos os elementos essenciais e acidentais deveriam estar presentes no suposto pré-contrato para que este fosse assim reconhecido, o que não se verificou.

A segunda vertente, defendida por Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves, atribui maior liberdade para os magistrados para o reconhecimento do contrato preliminar¹⁷⁴. Os autores observam que existem contratos complexos em que as partes não conseguem definir de antemão todos os seus elementos, a despeito da evidente vontade de formar um negócio vinculante. Nesse sentido, admitem que o pré-contrato pode ser celebrado com elementos faltantes, desde que sejam determináveis. Essa interpretação parece ser mais correta. Por que limitar a atividade integrativa e interpretativa dos magistrados aos contratos principais? Não parece haver nenhuma limitação legal para isso. Pelo contrário, o Código Civil de 2002 disciplinou os contratos preliminares sob o Título V (“Dos Contratos em Geral”), Capítulo I (“Disposições Gerais”), evidenciando que corresponde a figura contratual e que deve

¹⁷² DE FARIAS, ROSENVALD, op. cit., p. 126-127.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Recurso Extraordinário* nº 88.716/RJ. Recorrente: Distribuidora de Comestíveis Disco S/A e outros. Recorrido: Supermercados Pão de Açúcar S/A. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, julgado em 11 set. 1979. Publicado no Diário da Justiça em 30 nov. 1979

¹⁷⁴ ASSIS; ANDRADE; ALVES, op. cit., p. 437-439.

observar as regras dispositivas e cogentes aplicáveis às avenças. Portanto, assim como seria feito em um contrato principal que carece de determinação sobre algumas disposições, os antecratos também devem poder ser objeto de interpretação e integração. Essa medida inclusive privilegia o negócio celebrado pelas partes, impossibilitando que contratantes escapem da força vinculante dos contratos preliminares sob o pretexto de não terem sido fixados elementos que, por vezes, sequer poderiam ser estabelecidos no momento da celebração da avença.

A exposição acima conclui todos os passos necessários para análise das promessas de doação no direito brasileiro. Assim, passa-se à análise doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

1.5 A promessa de doação

O estudo realizado até este ponto permite a fixação das seguintes premissas, em relação ao ordenamento jurídico brasileiro: i. a doação é um contrato; ii. enquanto contrato, a doação deve cumprir os requisitos previstos no art. 104 do Código Civil de 2002 para ser válida; iii. a capacidade das partes pode ser mitigada nessa modalidade contratual em hipóteses específicas, em relação ao donatário; iv. a doação envolve o enriquecimento do donatário e empobrecimento correspectivo do doador; v. a despeito de ser questionável a necessidade desse elemento, a doutrina brasileira supõe que o *animus donandi* é essencial para que essa transação seja válida; vi. a forma é um elemento essencial para a doação, podendo esse requisito ser mitigado apenas no caso específico previsto no art. 541, parágrafo único, do Código Civil de 2002; vii. a doação é um contrato consensual, isto é, não exige a entrega do bem para se tornar perfeito; viii. o contrato de doação representa um título válido para transferência de propriedade e possui efeitos obrigacionais, que podem ser executados em juízo para se determinar a entrega do bem doado em razão de seu caráter consensual; ix. os contratos preliminares são aceitos no ordenamento jurídico brasileiro; e x. os pré-contratos podem ser utilizados para a celebração de um contrato principal de qualquer espécie, devendo obedecer aos mesmos requisitos de qualquer avença para serem válidos.

A princípio, não se identifica qualquer incompatibilidade entre os pressupostos acima e a celebração de um contrato preliminar de doação. Cuida-se, afinal, de uma modalidade contratual como qualquer outra, ainda que dotada de certas especificidades que não a afastam em sua essência das demais avenças. O próprio *Bürgerliches*

*Gesetzbuch*¹⁷⁵, o Código Civil alemão, legislação que inspirou fortemente a elaboração do Código Civil de 1916, permite a promessa de doação expressamente. Como mencionado, a disciplina da doação foi pouco alterada no Código Civil de 2002, diploma que, ademais, passou a regular de forma expressa os contratos preliminares, o que corrobora a admissibilidade desses pré-contratos. A diferença entre a promessa de doação e a doação encontra-se em seus efeitos: enquanto a primeira gera uma obrigação de fazer, isto é, a celebração de um futuro contrato de doação, a doação propriamente dita dá origem a uma obrigação de dar, consistente na entrega do bem doado, servindo como título apto para fundamentar a transferência da propriedade do objeto transacionado. Parte da doutrina e, especialmente, a jurisprudência, contudo, repudiam veementemente essa possibilidade.

Escrevendo sobre o Código Civil de 1916, Agostinho Alvim é um dos autores que não admitem a promessa de doação. Segundo o doutrinador, o *animus donandi* deve ser atual¹⁷⁶. Esse requisito já afastaria a possibilidade da promessa de doação em sua concepção, uma vez que haveria uma assincronia entre a vontade altruísta e a celebração do contrato principal.

Serpa Lopes oferece uma justificativa alternativa à impossibilidade de se aceitar a promessa de doação no direito brasileiro, também escrevendo sobre o diploma civil anterior. Na visão do autor, os contratos gratuitos, de forma geral, não podem ser objeto de promessa, por dois motivos: i. não seria aceitável a execução da obrigação por via judicial e tampouco seria adequada eventual condenação ao pagamento de perdas e danos por inadimplemento contratual; e ii. a doação deve ser um ato espontâneo, não sendo compatível com essa figura a imposição da consumação do ato¹⁷⁷. Nota-se que a segunda

¹⁷⁵ ESPÍNOLA, op. cit., p. 250; HYLAND, op. cit., p. 324. Se lê na íntegra: “§ 518 Forma da promessa de doação (1) Para a validade de um contrato pelo qual uma prestação é prometida a título de doação, exige-se a lavratura de escritura pública (autenticação notarial) da promessa. Isso também se aplica quando uma promessa de dívida ou um reconhecimento de dívida, da espécie descrita nos §§ 780 e 781 são feitos a título de doação, seja em relação à promessa, seja em relação à declaração de reconhecimento. (2) A falta de forma é suprida pelo cumprimento da prestação prometida” (tradução nossa). No original: “§ 518 Form des Schenkungsversprechens (1) Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich. Das Gleiche gilt, wenn ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkennntnis der in den §§ 780, 781 bezeichneten Art schenkweise erteilt wird, von dem Versprechen oder der Anerkennungserklärung. (2) Der Mangel der Form wird durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt.”

¹⁷⁶ ALVIM, op. cit., p. 42.

¹⁷⁷ LOPES, op. cit., p. 347-350. O autor, contudo, faz uma ressalva: “Desde que a natureza jurídica do negócio realizado permita uma execução *in natura*, não temos dúvidas em admitir a exequibilidade de uma promessa de doação. Tal somente pode ocorrer, ao que nos parece, em relação aos herdeiros do promitente doador. Se este falece sem ter dado execução à doação, completando a promessa com a outorga da escritura definitiva, esta pode ser exigida dos herdeiros, porque, em caos tal, já não se cogita de obrigar o promitente

razão apresentada pelo autor se confunde com a justificativa exposta por Agostinho Alvim.

Pontes de Miranda também se baseia nos eventuais resultados de se aceitar a execução judicial de contrato preliminar na modalidade gratuita para formar oposição à exigibilidade das promessas de doação. Em sua visão, embora seja possível a promessa de doar em casos excepcionais, a promessa de celebrar doação implicaria a possibilidade de que donatários sejam ressarcidos por um benefício altruísta não cumprido, o que não seria aceitável¹⁷⁸.

João Baptista Villela defende que o contrato de doação tem natureza real e, por essa razão, eventuais acordos antes da entrega do bem teriam caráter apenas de intenção¹⁷⁹. Assim como Serpa Lopes, o autor rejeita a ideia de que um benefício prometido e não executado pudesse ser coativamente cumprido contra a vontade do doador, afirmando ainda que forçar o pagamento de perdas e danos nesses cenários “vai muito além do que o bom senso tolera”¹⁸⁰.

O doutrinador ainda oferece uma racionalidade econômica e social para a posição defendida. João Baptista Villela bem observa que os negócios jurídicos gratuitos e onerosos possuem tratamento distinto pelo ordenamento jurídico, considerando uma característica essencial dos primeiros: o empobrecimento¹⁸¹. Esse resultado altruístico é ponderado pela legislação, que notoriamente introduz mecanismos de defesa no âmbito desses atos “para assegurar que a perda se dê na estrita medida do que se propõe o agente”¹⁸². Para corroborar sua afirmação, João Baptista Villela nos oferece o exemplo dos art. 158¹⁸³ e 159¹⁸⁴ do Código Civil de 2002, que permite a anulação de negócios gratuitos sem requisitos que poderiam causar dificuldades, mas não reproduz a mesma solução para os onerosos, no âmbito da fraude contra credores. Essa amostra não é isolada; o art. 114¹⁸⁵ do Código Civil de 2002 reafirma essa lógica ao estabelecer um

a doar, senão de impor aos seus herdeiros o cumprimento da obrigação assumida pelo *de cuius*”. (Ibid, p. 350).

¹⁷⁸ MIRANDA, op. cit., p. 281.

¹⁷⁹ VILLELA, op. cit., p. 550-551 e 555. O autor rejeita, pelos mesmos motivos, a existência de promessa de comodato, promessa de mútuo e promessa de depósito.

¹⁸⁰ Ibid., p. 555.

¹⁸¹ VILLELA, op. cit., p. 551-556.

¹⁸² Ibid., p. 552.

¹⁸³ “Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.”

¹⁸⁴ “Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.”

¹⁸⁵ “Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.”

método diverso e particular de interpretação – mais restritivo - para os contratos gratuitos. A diferença de proteção, segundo o autor, seria justificada, pois, quando há sinalagma, não há perda patrimonial. Nesse sentido, naturalmente a legislação difere para o último momento possível a consumação do ato gratuito, oferecendo oportunidade para reflexão e arrependimento. Essa tendência, na visão do autor, não é observada nos negócios onerosos, para os quais o imediatismo das regras de mercado e a aleatoriedade inerente às práticas comerciais impõem a assunção de riscos em momentos determinados para fixação do conteúdo das obrigações, como preço, modelo de entrega do bem e penalidades contratuais. Diante do diferimento da conclusão das obrigações, a doação teria razão prática, para além da própria redação do art. 538 do Código Civil de 2002, para possuir natureza real e não admitir a modalidade de promessa. Assim, evitar-se-ia situações em que o doador celebra um contrato preliminar e, no meio tempo, se depara com uma situação extraordinária que exigiria a retenção dos seus bens para sua autopreservação, como o pagamento de um tratamento para câncer.

Caio Mário da Silva Pereira e Pablo Stolze, por sua vez, compartilham uma visão similar sobre o tema. Ambos os autores entendem que, embora não exista nenhum dispositivo legal que afastaria a exigibilidade de um contrato preliminar de doação, eventual consumação coativa, inclusive com potencial pagamento de perdas e danos, é incompatível com essa modalidade contratual¹⁸⁶. Essa resposta já havia sido anunciada por Serpa Lopes, porém os doutrinadores levam as repercussões desse entendimento ao limite ao afirmar que a doação modal seria compatível com os contratos preliminares. Nessa concepção, o acréscimo de um encargo torna “jurídica e moralmente defensável a promessa de doar”¹⁸⁷. Em outras palavras, a existência de ao menos traços de reciprocidade nas prestações seria necessária para justificar o cumprimento coativo de um pré-contrato de doação. Pablo Stolze parece entender que a doação modal perderia ao menos parcialmente o caráter de liberalidade ao afirmar que a execução de doações puras não é aceitável “pelo simples fato de o *promitente-donatário* estar constrangendo a outra parte (*promitente-doador*) ao cumprimento de um ato de simples liberalidade, em face do qual inexistiu contrapartida prestacional”¹⁸⁸. Há uma contradição clara entre a noção apresentada e a premissa adotada pelo autor de que a liberalidade é causa do contrato de

¹⁸⁶ PEREIRA, op. cit., p. 279; GAGLIANO, op. cit., p. 173.

¹⁸⁷ PEREIRA, op. cit., p. 279.

¹⁸⁸ GAGLIANO, op. cit., p. 173.

doação e, portanto, figura central para esse instituto. Assim, a seguinte questão é premente: seria possível existir então um contrato de doação sem liberalidade? Alternativamente, não seria, portanto, a doação modal uma espécie verdadeira de doação, já que envolve uma determinação anexa? Ambas as questões parecem dificultar a aceitação dessa posição.

Além da situação descrita acima, as promessas de doação poderiam ser aceitas também no direito de família de acordo com Caio Mário da Silva Pereira e Pablo Stolze¹⁸⁹, acompanhados também de Sylvio Capanema de Souza. Conforme ensina o último doutrinador, esse tipo de transação é frequente em separações conjugais, em que, para atingir um acordo, uma das partes se compromete a transferir um imóvel ao ex-cônjuge ou aos filhos do casal, geralmente após a quitação de obrigações fiduciárias¹⁹⁰. Cita-se ainda como caso recorrente os pactos antenupciais¹⁹¹. A justificativa para se aceitar a promessa de doação nesses cenários é a mesma da doação modal: a ausência de liberalidade¹⁹².

A jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros sedimentou ao longo do tempo o mesmo entendimento pronunciado por Caio Mário da Silva Pereira e Pablo Stolze citado acima. Em 1943, o Supremo Tribunal Federal manteve válida uma promessa de doação lavrada em escritura pública que a recorrente buscava desconstituir, sob o

¹⁸⁹ PEREIRA, op. cit., p. 279; GAGLIANO, op. cit., p. 173.

¹⁹⁰ SOUZA, op. cit., p. 105-106.

¹⁹¹ GAGLIANO, op. cit., p. 180.

¹⁹² Sylvio Capanema de Souza elenca seu posicionamento da seguinte forma, afirmando expressamente que nesse caso a doação não seria um ato de liberalidade: “A questão é das mais relevantes, não só pelas implicações sociais de que se reveste. O Direito de Família, como também porque esses acordos são homologados por sentença judicial, extraindo-se o Formal de Partilha, que é título registrável. Admitir-se-á, nesses casos, a execução compulsória da promessa de doar? Quanto a nós, pessoalmente, entendemos ser afirmativa a resposta, até mesmo porque, nesses casos, a doação não traduz ato de pura liberalidade, e sim uma condição imposta para se obter o acordo que possa encerrar um conflito familiar. Por outro lado, um dos cônjuges poderá afirmar que só aceitou o acordo, dissolvendo a sociedade conjugal ou o matrimônio, em razão da promessa, feita pelo outro, de lhe doar o bem, ou a quota comum.” (SOUZA, op. cit., p. 106-107). Pablo Stolze faz digressão similar: “Com efeito, embora parcela da doutrina rechace, conforme vimos, em caso de descumprimento, com boas razões, a execução específica das promessas de doação em geral, sob o argumento de se tratar de contrato animado pela simples liberalidade – razão por que somente abriria espaço para o pagamento de perdas e danos –, entendemos que, por razões superiores, no âmbito do Direito de Família, escapando desse sistema geral, a promessa deve comportar execução específica (forçada), na estrita forma da lei processual civil. E assim pensamos porque, em geral, o beneficiário da promessa é o próprio consorte (ou companheiro), parte na separação ou no divórcio, ou os seus filhos, diretamente atingidos pelo descasamento dos pais. Ora, no primeiro caso (entre cônjuges ou companheiros), a execução específica da promessa encontraria amparo no cunho eminentemente compensatório que esse tipo de promessa traduz pelo fim do enlace. Em outras palavras, a obrigação assumida, por ex., na promessa de doar um bem à esposa, é menos animada por simples altruísmo e mais pela necessidade de compensação que sente o doador pelo término (não simplesmente do afeto, pois ser humano algum pode ser responsabilizado por isso) da comunidade de existência.” (GAGLIANO, op. cit., p. 180).

fundamento de que não poderia ser obrigada a cumprir o ato coativamente¹⁹³. Ainda que o recurso não tenha sido conhecido por questões processuais, um dos ministros julgadores afirmou que a parte, “não estando impedida de alienar seus bens ou prometer fazê-lo – da inexecução da promessa feita resultaria até indenização por perdas e danos”. A mesma Corte, em 1953, novamente não apreciou a matéria de forma aprofundada por questões processuais em um caso que um filho contestava uma promessa de doação feita por seu pai referente a um quinhão hereditário. Assim como ocorreu no julgado anterior, um dos magistrados, o Ministro Hahnemann Guimarães, destacou que a promessa de doação seria vinculativa, não existindo óbice para sua execução¹⁹⁴.

O primeiro julgado em que o Supremo Tribunal Federal analisou o mérito da matéria, no entanto, seguiu orientação completamente diversa¹⁹⁵. No caso, os autores pleiteavam indenização do Departamento de Estradas de Rodagem de São Paulo por terem ocupado terreno pertencente a um dos requerentes. Em contestação, o réu apresentou um documento em que Alonso Ferguson, o primeiro autor, se comprometia a fazer doação do terreno de forma subsequente pelo ente público. Em face dessas circunstâncias, o Ministro Raphael de Barros Monteiro considerou que o documento apresentado não representava uma promessa formal de doação, bem como que a necessidade de *animus donandi* atual possibilitava a revogação de eventual pré-contratual, citando para corroborar essa afirmação o entendimento de Agostinho Alvim já exposto. Em 1973, em caso envolvendo promessa de doação com encargos, o mesmo entendimento anterior foi adotado, sem distinção de se tratar de acordo modal¹⁹⁶.

O Supremo Tribunal Federal analisou exclusivamente a admissibilidade de se exigir coativamente o cumprimento do pré-contrato de doação em 1985¹⁹⁷. Na oportunidade, o Ministro Oscar Corrêa, além de mencionar os precedentes da própria

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 4.324. Recorrente: Alice Effantin Lopes Pinto. Recorrido: Arthur da Fonseca Soares e outros. Relator: Ministro Barros Barreto. Brasília, julgado em 9 dez. 1943.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Recurso Extraordinário* nº 20.807. Recorrente: Aleindo de Souza. Recorrido: João Antônio de Souza. Relator: Ministro Lafayette de Andrada. Brasília, julgado em 5 ago. 1952. Publicado em 9 abr. 1953. Na oportunidade, o Ministro Orosimbo Nonato inclusive suscitou a existência de dissenso doutrinário sobre a matéria, citando o entendimento de Planiol.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Recurso Extraordinário* nº 71.742. Recorrente: Alonso Ferguson e outros. Recorrido: Departamento de Estradas de Rodagem de São Paulo. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, julgado em 1 jun. 1971. Publicado em 9 jul. 1971.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Recurso Extraordinário* nº 75.293. Recorrente: Vitória Bertaglia Segatto e outros. Recorrido: Departamento de Estradas de Rodagem de São Paulo. Relator: Ministro Thompson Flores. Brasília, julgado em 11 maio 1973. Publicado em 8 jun. 1973.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Recurso Extraordinário* nº 105.862. Recorrente: Cotonificio Moreno S/A. Recorrido: Estado de Pernambuco. Relator: Ministro Oscar Correa. Brasília, julgado em 30 ago. 1985. Publicado em 20 set. 1985.

Corte, analisou extensivamente a doutrina¹⁹⁸ aplicável, afirmando que aqueles que recusavam a existência de promessa de doação eram maioria. Ao final, manteve a jurisprudência já assentada anteriormente, definindo que o contrato preliminar dessa modalidade contratual não é vinculante.

Quando da criação do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 1988, portanto, já havia um entendimento jurisprudencial firmado sobre o tema. Essa Corte, porém, aprofundou os contornos da discussão. Em 1998, o Superior Tribunal de Justiça foi instado a se manifestar em um caso em que, em separação judicial consensual, dois cônjuges acordaram que uma fazenda seria doada às três filhas do casal, com reserva de usufruto vitalício para a genitora¹⁹⁹. Homologado o acordo, o formal de partilha foi registrado sem constar a cláusula de doação às filhas, figurando apenas o nome da mãe como proprietária. Posteriormente, na conversão da separação em divórcio, os imóveis foram partilhados em partes iguais à prole. Contudo, a genitora, que deveria ser mera usufrutuária, prometeu vender o mesmo imóvel a terceiro. Duas das filhas, representadas pelo pai, ajuizaram ação de nulidade dos registros imobiliários e da promessa de compra e venda. O ministro relator observou que o pré-contrato de doação permitiria o arrependimento a qualquer momento antes da concretização do ato, ressalvando, contudo, que essa conclusão não se aplicaria caso se tratasse de doação modal, cujo cumprimento poderia ser exigido judicialmente. Ao final, esse entendimento sagrou-se vencedor, com dois votos divergentes que carregavam, ainda que de forma embrionária, as ideias atualmente predominantes sobre os antecontratos de doação no direito de família: em ambas as divergências se suscitou que a promessa de doação conferida no contexto de separação conjugal não se confunde com aquela dada por liberalidade, em promessa de doação pura. Como essa transação integrou a composição da partilha, ela seria exigível.

O Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de se manifestar novamente sobre o tema em 2001. No caso, os filhos do genitor ajuizaram execução de obrigação de fazer para fazer cumprir, coativamente, a promessa de doação feita em seu favor no

¹⁹⁸ Foram citados dentre aqueles que defendem a impossibilidade de se exigir coativamente a promessa de doação: Dante Caporali, Gabba, Henri de Page, Walter Bigiavi, Cunha Gonçalves, Serpa Lopes e Caio Mário da Silva Pereira. Dentre os autores que aceitam que tal negócio deve ser reconhecido pelo Poder Judiciário cita-se Washington de Barros Monteiro e Cosimo Sasso.

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial* nº 30.647/RS. Recorrente: Carla Azambuja Centeno Bocchese e outros. Recorrida: Gléna Azambuja Centeno e outros. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, julgado em 23 nov. 1998. Publicado em 12 abr. 1999.

âmbito de divórcio amigável²⁰⁰. Com base no voto divergente do Ministro Ruy Rosado proferido no julgado citado acima, o ministro relator proferiu decisão reconhecendo que tal obrigação seria, de fato, passível de execução judicial. A Ministra Nancy Andriighi, em voto-vista, asseverou que o ato acordado pelos cônjuges não constituía uma promessa de doação verdadeira, por faltar o elemento da liberalidade; tratava-se de uma composição feita para tornar a separação mais amigável e rápida, com o objetivo paralelo de se proteger o interesse da prole.

O entendimento firmado após o julgado anteriormente mencionado acompanha o Superior Tribunal de Justiça até o momento e culminou na aprovação do Enunciado nº 549 na VI Jornada de Direito Civil, que se lê: “A promessa de doação no âmbito da transação constitui obrigação positiva e perde o caráter de liberalidade previsto no art. 538 do Código Civil”. Nesse sentido, criou-se um teste para se verificar o reconhecimento jurídico de uma promessa de uma doação baseado na presença de onerosidade da transação, considerada em contexto global de relações entre as partes.

Em 2006, o Superior Tribunal de Justiça se deparou com o seguinte caso: após o falecimento do genitor comum, dois irmãos celebraram dois instrumentos particulares destinados a reorganizar o patrimônio familiar²⁰¹. O primeiro dispôs sobre cessões e transferências de participações societárias em três empresas familiares, resultando em distribuição desigual: o irmão ficou com aproximadamente 80% do capital social de duas companhias, enquanto a irmã permaneceu com cerca de 20%. O segundo documento, por sua vez, estabelecia que o homem se comprometia a doar à mulher 10% de área imobiliária de 200.000 m² de sua propriedade exclusiva, não integrante do acervo hereditário, ou, caso a regularização fundiária não se concretizasse, 10% dos resultados líquidos de qualquer aproveitamento ou utilização do bem. Sobrevindo desapropriação do imóvel pelo Poder Público, a irmã ajuizou ação de cobrança pleiteando 10% da indenização recebida pelo irmão. A corte, por maioria, entendeu que esse caso se tratava de promessa de doação pura, uma vez que não foi comprovado que os acordos foram celebrados por concessões recíprocas concedidas entre os parentes. Assim, com fundamento em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e considerando que o

²⁰⁰. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 125.859/RJ. Recorrente: Fabiana Carneiro da Cunha Guimarães e outros. Recorrida: Gilberto Carneiro da Cunha. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, julgado em 6 mar. 2001. Publicado em 23 abr. 2001.

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 730.626/SP. Recorrente: Lúcia Abdalla Abdalla. Recorrido: Antônio João Abdalla Filho. Relator: Ministro Jorge Scartezini. Julgado em 17 out. 2006. Publicado em 4 dez. 2006.

animus donandi deve ser atual, o irmão foi liberado de realizar o pagamento. Ao final, a irmã não apenas não recebeu o pagamento acordado, como também sequer recebeu o pagamento de perdas e danos.

Recentemente, em 2017, o Superior Tribunal de Justiça teve que se manifestar em um caso em que um homem, após o divórcio, se recusou a cumprir com suas obrigações assumidas em pacto antenupcial, qual seja, demolir a casa existente em uma propriedade, construir uma nova edificação e, se forma subsequente, transferir a nua-propriedade para a então companheira²⁰². O entendimento do ministro relator, que se sagrou vencedor a despeito da existência de divergências, foi de que a promessa de doação entabulada entre as partes não era revestida pelo “espírito de liberalidade”; pelo contrário, o acordo foi celebrado para que as partes assumissem o regime de separação total de bens. Assim, foi determinada a execução da obrigação.

Note-se que os casos dos tribunais superiores narrados anteriormente nesse trabalho não apontam expressamente se o título que fundamenta a execução corresponde a uma promessa de doação ou a um contrato de doação com prestações diferidas. Assim, é possível que em alguns julgados se tenha empregado equivocadamente o termo “promessa de doação” como intercambiável com contrato de doação com prestações diferidas. Essa situação não altera, no entanto, a análise, considerando que as razões utilizadas não são pautadas em eventual natureza real do contrato de doação, mas sim na ausência de reciprocidade de prestações ou na ausência de *animus donandi*, o que culmina em qualquer cenário com a impossibilidade de se executar uma doação.

Em suma, tanto a doutrina quanto a jurisprudência oferecem os seguintes argumentos para se julgar que as promessas de doação não devem ser reconhecidas como passíveis de execução judicial: i. o *animus donandi* é um elemento essencial da doação e ele deve ser atual no momento que a avença se tornar perfeita, tornando o ato espontâneo; ii. a ausência de sinalagma não é compatível com eventual execução coativa das obrigações acordadas ou com pagamento de perdas e danos; iii. o contrato de doação tem natureza real e não comporta a possibilidade de se convencionar antecontratos nessa espécie contratual; e iv. para que se torne adequado, inclusive sob o ponto de vista moral, o cumprimento impositivo de uma promessa de doação somente pode ocorrer quando esta for modal ou concedida em contexto de troca de concessões, isto é, quando houver

²⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.355.007/SP. Recorrente: CFRJ. Recorrido: MBMdeB. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 27 jun. 2017. Publicado em 10 ago. 2017.

onerosidade, ainda que possa ser depreendida apenas quando observado o contexto geral em que o pré-contrato foi celebrado. *A priori*, nenhuma dessas razões possui fundamento no direito brasileiro.

Como já discutido anteriormente, o *animus donandi* sequer parece ser um elemento constitutivo da doação e somente agrega, despropositadamente, um requisito subjetivo (nesse caso, realmente psicológico) para a formação de um contrato. Porém, considerando a maior parcela da doutrina concorda com posição contrária, é proveitoso se esclarecer se a atualidade da vontade altruísta é razão legítima para afastar a execução da promessa de doação.

Os contratos preliminares, como a própria nomenclatura indica, apenas antecipam a avença principal e nele devem estar presentes os elementos essenciais da transação final. Assim, há alguma diferença entre o *animus donandi* estar presente no momento de celebração da promessa e do efetivo contrato de doação? Caso não exista uma cláusula de arrependimento, o doador em ambos os casos se compromete a praticar o ato ciente de que deve concluir a transação acordada. A efetivação do contrato principal, portanto, “é mera decorrência do ajuste anterior e não importa se a declaração de vontade não coincida com a razão íntima das partes no momento e seja uma consequência da pressão do contrato anterior”, como assevera Paulo Nader²⁰³. Diferenciar a presença do *animus donandi* entre o momento de formação do contrato preliminar e do principal, ante o exposto, não pode ser justificado. Mesmo sob o fundamento socioeconômico de que supostamente seria imprescindível a presença de mecanismos para que o doador possa reverter sua decisão inicial para protegê-lo de decisões imediatista que levem a seu empobrecimento, o contrato preliminar de doação já seria revestido de tal garantia, considerando que a forma especial seria exigida. Uma vez perfectibilizado o ato, não devem existir alternativas adicionais para se retratar, exceto se expressamente convencionado.

O segundo argumento invocado para rejeitar a execução coativa das promessas de doação relaciona-se aos seus supostos efeitos práticos indesejáveis, considerados incompatíveis com a natureza do ato. Nesse ponto, impõe-se o seguinte questionamento: se se admite — como o fazem a maioria da doutrina e a jurisprudência dos tribunais

²⁰³ NADER, op. cit., p. 300. O autor ainda elenca: “Penso que a espontaneidade deve estar presente no *pactum de contrahendo*, qualquer que seja a modalidade contratual. É naquele momento que as partes se vinculam jurídica e moralmente.” (Ibid., p. 300). Arnaldo Rizzardo partilha do mesmo entendimento (RIZZARDO, op. cit., p. 427).

superiores²⁰⁴ — que a doação possui natureza consensual, necessariamente ela deve ser capaz de gerar efeito obrigacional (a entrega da coisa em momento posterior). Se adotada essa premissa, por que razão seria aceitável reconhecer o direito de exigir coercitivamente a entrega do bem já doado e não entregue, mas não a execução da promessa de realizar esse mesmo ato? Em outros termos, por que se entenderia compatível com a vontade do doador constrangê-lo a entregar a coisa, mas inadmissível compelir-lhe à celebração do contrato de doação, quando ambos os caminhos conduzem, em última análise, ao mesmo resultado? A resposta é simples: não há fundamento que justifique tal distinção.

João Baptista Villela captura a ideia acima ao anunciar que a distinção entre o contrato preliminar de doação e o contrato consensual de doação é indiferente²⁰⁵. Como o autor acredita que essa espécie possui natureza real, em sua visão, ambos os cenários citados anteriormente corresponderiam a um compromisso de entrega do bem. Sob esses fundamentos, ele critica os doutrinadores que, por um lado, rejeitam a promessa de doação e, por outro, consideram essa modalidade contratual como de natureza consensual. Apesar de não ser possível aceitar a posição que o autor defende a respeito da necessidade de entrega do bem para tornar a doação um ato perfeito, a exposição demonstra que em ambos os cenários (pré-contrato ou contrato consensual) o doador pode ser compelido a concretizar a transferência contra sua vontade em momento posterior.

A recusa em admitir a exigibilidade coativa da promessa de doação, quando fundamentada em seus supostos resultados jurídicos negativos, apoia-se em razões exteriores ao próprio direito ou em uma concepção excessivamente limitada (e, por isso, inaceitável) da autonomia privada²⁰⁶. No primeiro caso, as consequências práticas dessa posição revelam-se notoriamente problemáticas. Tome-se, a título ilustrativo, o caso apreciado no Recurso Especial nº 730.626/SP: é plausível supor que a irmã sequer tivesse

²⁰⁴ Nesse sentido, em voto-vista que se tornou condutor do acórdão, o Ministro Waldemar Zveiter afirmou: “Fixa, portanto, a própria lei o caráter contratual da doação, pois, a disciplina no Título correspondente aos contratos em espécie, exigindo para seu aperfeiçoamento a aceitação do donatário. Trata-se de contrato unilateral, consensual, gratuito, e via de regra, solene.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 167.069/DF. Recorrente: Norma Furian Reich. Recorrido: Walter Machado de Jesus. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Brasília, julgado em 20 fev. 2001. Publicado em 2 abr. 2001). Por outro lado, a Ministra Nancy Andrighi afirma: “A doação se classifica como contrato unilateral, uma vez que apenas o doador assume obrigação de transferir a propriedade de determinado bem ao donatário. Trata-se de um contrato consensual e gratuito, pois “o donatário não tem preço a pagar, não precisa conservar a coisa no mesmo estado em que a recebeu e nem se obriga a restituí-la ao doador, quando findo o contrato” (SOUZA, Sylvio Capanema de. Comentários ao novo Código Civil. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 86/87).” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 2.173.638/SP. Recorrente: LMA. Recorrido: SMAF - Espólio. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, julgado em 12 ago. 2025. Publicado em 19 ago. 2025).

²⁰⁵ VILLELA, op. cit., p. 550-551.

²⁰⁶ Sérgio Stanicia enuncia a mesma crítica (STANICIA, op. cit., 2023, p. 127.)

ciência de que promessas de doação não seriam juridicamente exigíveis, tratando-se de entendimento técnico, específico e contraintuitivo. É igualmente provável que tenha realizado investimentos, formado expectativas legítimas e orientado sua conduta com base no pré-contrato celebrado com o irmão. Não parece justo que, em benefício dos caprichos supervenientes do promitente — que simplesmente mudou de ideia —, e com base em um elemento psicológico da doação construída sem amparo legal, a beneficiária permaneça completamente desprovida de tutela jurídica. Esse resultado se repetiria em todos os cenários de promessa de doação pura. Além do ângulo socioeconômico, no âmbito jurídico, o princípio *pacta sunt servanda*, basilar à doutrina contratual, deve se sobrepor à suposta ausência do subjetivo *animus donandi*, mesmo porque, como já mencionado, ele está presente no momento da celebração do pré-contrato e a formação da avença principal é mera decorrência desse negócio inicial. Não bastasse, a possibilidade de se descumprir um acordo prometido viola a boa-fé e o princípio do *venire contra factum proprium*, como observa Paulo Lôbo²⁰⁷.

Quanto à posição de que o contrato de doação tem natureza real, na Seção 1.3 já foi explicado o motivo pelo qual esse entendimento não é correto. Contudo, é proveitoso mencionar que Paulo Lôbo, que defende a citada vertente rechaçada, não observa como nula a promessa de doação; na visão do doutrinador, não há óbice legal para que ela ocorra e o instrumento é, inclusive, utilizado regularmente no âmbito do direito de família²⁰⁸.

Por fim, a exigência de que exista um sinalagma, ou ao menos indícios de onerosidade quando considerada a promessa de doação inserida em um contexto global de outros negócios entre as mesmas partes, não encontra amparo no direito brasileiro. Tal argumento parece decorrer de uma resistência doutrinária, com repercussões sobre a jurisprudência, em aceitar que obrigações desprovidas de contraprestação possam gerar efeitos vinculantes plenos, como se a gratuidade enfraquecesse o vínculo obrigacional. Essa percepção, contudo, não se sustenta sob a legislação brasileira.

O Código Civil de 2002 não apenas admite os contratos gratuitos como categoria autônoma e plenamente válida, mas disciplina expressamente a doação pura como modalidade típica e regular. Se o legislador reconhece a eficácia jurídica da doação pura já consumada, bem como não limita os pré-contratos a qualquer espécie de avença específica, não há razão sistemática para negar idêntico tratamento à promessa de doação. Exigir a presença de onerosidade, ainda que velada ou inferida do contexto negocial mais

²⁰⁷ LÔBO, op. cit., p. 285.

²⁰⁸ Ibid., p. 284-285.

amplo, para que o pré-contrato benéfico seja dotado de exigibilidade equivale a criar um requisito não previsto em lei e a subordinar a tutela jurídica do promissário a um elemento estranho à própria natureza do negócio celebrado. Ademais, condicionar a exequibilidade da promessa de doação à existência de contrapartidas implica, em última análise, descaracterizá-la: se há onerosidade, ainda que oculta, já não se trata propriamente de doação, mas de negócio jurídico de outra natureza. As doações modais ou feitas no contexto do direito de família indubitavelmente não deixam de ser dessa espécie contratual e não apenas por questão de *nomen iuris*, mas sim por terem presentes todos os elementos caracterizadores. A gratuidade é substancial para certos negócios reconhecidos pelo direito; essa circunstância não pode, portanto, ser tratada como um defeito ou causa para dispensar a exigibilidade, sem prejuízo de se observar certas garantias, previstas na lei, para se evitar o empobrecimento acima do pretendido pelo benfeitor.

O reconhecimento de que as promessas de doação devem ser executadas em decorrência da ausência de óbice legal é uma posição que ganha força na doutrina brasileira, como observa Sylvio Capanema de Souza²⁰⁹. Essa vertente já é defendida por diversos autores²¹⁰. Maria Celina Bodin de Moraes oferece mais argumentos para essa visão.²¹¹ A autora observa que o Código Civil de 2002 buscou favorecer a confiança gerada a partir das relações contratuais, privilegiando a boa-fé e as legítimas expectativas. Nesse contexto, deve-se proteger também a confiança depositada pelos promissários em todas as avenças, inclusive nas promessas de doação. Ademais, ainda aponta que o diploma disciplinou o contrato preliminar em parte geral, sem fazer exceções à doação. Washington de Barros Monteiro, por sua vez, ainda ressalta que a legislação contempla casos de promessa de doação, como o art. 1º da Lei nº 2.378/1954²¹², que dispõe que o Governo Federal doaria casa residencial a expedicionários falecidos.

Não obstante, as conclusões e observações tecidas até o momento, baseadas no direito positivo brasileiro, é possível que Caio Mário da Silva Pereira tenha razão ao

²⁰⁹ SOUZA, op. cit., p. 104.

²¹⁰ ESPÍNOLA, op. cit., p. 250; DE FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 137; LÔBO, op. cit., p. 288-291; NADER, op. cit., p. 300; RIZZARDO, op. cit., p. 426-428; TARTUCE, op. cit., p. 532-534; VENOSA, op. cit., p. 249.

²¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Notas sobre a promessa de doação. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 1-19, 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/111>. Acesso em: 17 dez. 2025.

²¹² MONTEIRO, op. cit., p. 118-119. O autor ainda cita que o antigo Código de Caça (Dec.-lei nº 5.894/1943, art. 18) também estipulava uma promessa de doação ao preceituar “que as sociedades de tiro poderiam abater pombos domésticos em qualquer época do ano, desde que se obrigassem a doar às cases de caridade parte das aves abatidas.”

indicar que, para que haja um fundamento jurídico e moral para tornar a promessa de doar exigível, deve haver lastro de onerosidade²¹³. A tradição da *common law* parece rejeitar a execução de negócios gratuitos como um todo, com base no instituto da *consideration*. Assumindo um papel de requisito formativo contratual, esse elemento corresponde à existência de onerosidade no acordo entabulado, ainda que não haja equivalência nas prestações. Muitos autores inseridos nessa matriz jurídica buscam justificar a existência do direito privado e de seus institutos, inclusive da *consideration*. Caso haja uma justificativa moral aplicável a todos os sistemas para se impor a onerosidade como condição para a formação contratual, é possível que se encontre um fundamento aceitável para se manter a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, inclusive ampliando-a para que o cumprimento de qualquer doação não possa ser exigível judicialmente, de forma similar ao que defende João Baptista Villela. Assim, analisa-se o instituto da *consideration* para depois avaliá-lo sob o ponto de vista filosófico.

2 A *CONSIDERATION*

A *common law* se desenvolveu de forma diversa do sistema da *civil law*. Enquanto esta última se caracteriza por rupturas com o passado, operadas mediante a sistematização e codificação racional do direito, a tradição inglesa se distingue por um processo de formação gradual, contínuo e histórico, indissociável da própria história da Inglaterra²¹⁴.

O principal marco da formação da *common law* é a conquista normanda do território inglês em 1066, que introduziu uma administração centralizada e sólida²¹⁵. Enquanto invasores do território, a nobreza desse povo não falava a língua dos seus súditos e o rei não poderia confiar nos nativos para distribuir e executar seu poder. Ademais, não havia um direito sistematizado originário do local, a despeito da presença romana durante cinco séculos na região²¹⁶ (à época, associações de homens livres se

²¹³ PEREIRA, op. cit., p. 279.

²¹⁴ DAVID, René; BRIERLEY, John E. C. *Major legal systems of the world today: An introduction to the comparative study of law*. 3. ed. Londres: Steven & Sons, 1985, p. 309. Os autores advertem, no entanto, que o caráter histórico do direito inglês não é tão marcante quanto alguns afirmam ser, vez que os governantes desse império se viram diante dos mesmos problemas sociais enfrentados por franceses e outras nações que adotam o sistema romano-germânico e igualmente tiveram que se adaptar, inclusive por vezes de forma abrupta. Para uma análise completa da história jurídica da Inglaterra, veja “*The Oxford history of laws of England*”, em seus quatro volumes.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 311.

²¹⁶ GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the world*. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 100-103.

reuniam para julgar disputas com base em costumes locais)²¹⁷. Assim, em um primeiro momento, sacerdotes, que constituíam a classe de maior instrução, foram utilizados para verificar o funcionamento das instituições inglesas, sendo mantida a aplicação dos costumes na maior parte das cortes locais²¹⁸. Nesse contexto, o rei somente exercia seu poder de jurisdição em casos especiais²¹⁹. A substituição dos costumes pela *Comune Ley* – ou *common law* –, aplicável de forma unificada para toda a Inglaterra, ocorreu apenas de forma gradual, após séculos de trabalho das cortes reais. No final do século XIII, autoridades já afirmavam que todos os poderes legais emanavam da Coroa²²⁰. A expansão da jurisdição real deu-se por apelo do próprio povo, que enxergava a justiça aplicada pelo rei como superior às demais pelos maiores poderes à disposição (convocar testemunhas, executar decisões, requerer a realização de juramentos), bem como pela aplicação de procedimentos mais modernos, como o júri²²¹.

A despeito da crescente importância das cortes reais na Inglaterra medieval, estas se tornaram tribunais de jurisdição geral somente em 1875. Até sua modernização no século XIX, o acesso a uma decisão dessa corte era um favor concedido: para que um cidadão tivesse acesso a tal benefício, ele deveria formular um pleito a um oficial, o *Chancellor*, solicitando que ele emitisse um *writ*, isto é, uma ordem²²². Cada uma de tais ordens correspondiam a certos direitos materiais subjacentes e possuíam um procedimento específico que deveria ser seguido pelo requerente, caso contrário seu pleito não seria analisado. Assim, até o século XIX, a forma tomava precedência quase absoluta sobre o direito material na *common law* inglesa, sendo que todo requerente deveria primariamente convencer os julgadores que seu caso se amoldava ao *writ* desejado²²³.

²¹⁷ DAVID; BRIERLEY, op. cit., p. 312.

²¹⁸ GLENN, op. cit., p. 103.

²¹⁹ DAVID; BRIERLEY, op. cit., p. 313.

²²⁰ “About the year 1256, therefore, a royal justice like Bracton is already considering the Crown as the sole fountain of justice. A generation later another royal official, whom we only know under the disguise of “Fleta”, presses this doctrine to its extreme limit. In an extraordinary chapter Fleta discusses all the courts of the land and introduces each one of them with the significant formula that “the King has his court....” Although Fleta may have known the historical falseness of this, nevertheless he insists that the King now has his court not only in Parliament, the King’s Bench, the Common Pleas and the Exchequer, but also in the county, in boroughs, in hundreds, and in manors, even although he has ‘no judge there, the decisions being made by suitors. With Fleta, therefore (about the year 1290), we come to the complete dogma that all judicial power is derived from the Crown.” (PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the common law*. 5. ed. Boston: Butterworth & Co, 1956, p. 80-81).

²²¹ DAVID; BRIERLEY, op. cit., p. 314-315.

²²² Ibid., p. 315-316.

²²³ Ibid., p. 315-317.

As cortes tinham o costume de observar decisões proferidas no passado; seguir esse padrão tornava desnecessário analisar novamente matéria já posta para o tribunal²²⁴. Os próprios integrantes desses órgãos julgadores tinham consciência de seu poder estabilizador do direito já no século XIII, embora essa noção tenha se tornado cada vez mais clara com o tempo²²⁵. Assim, as decisões exaradas formavam indiretamente as normas daquele território, pois os cidadãos poderiam se apoiar nesses posicionamentos para guiar seus comportamentos.

A observância a decisões passadas, assim como o respeito por cortes inferiores a julgados de instâncias superiores, passou a integrar o direito inglês, sendo atualmente fonte jurídica primária na *common law*. É nesse sentido que Patrick Atiyah e Robert Summers afirmam que o sistema de precedentes citado significa que “juízes fazem direito [law] no curso da resolução de disputas entre litigantes”²²⁶ e decisões pretéritas podem ser vinculantes ou ao menos persuasivas para julgamentos futuros²²⁷.

²²⁴ PLUCKNETT, op. cit., p. 342.

²²⁵ Ibid., p. 342-350.

²²⁶ Tradução livre. ATIYAH, Patrick S; SUMMERS, Robert S. *Form and substance in Anglo-American Law: A comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 115.

²²⁷ Atiyah e Summers sintetizam o funcionamento do sistema de precedentes da seguinte forma: “Given precedent may be “binding” on subsequent judges, or it may be only “persuasive” authority, to use the terminology of common lawyers. Judges are obligated to follow binding precedents, but not merely persuasive ones. An example of a persuasive precedent is a case decided in another common law jurisdiction, or (in America) another state. To the extent that subsequent judges regard precedents as binding and follow them, they observe the principle of stare decisis. If a decided case is to qualify as a legal precedent and thus as a formal reason for deciding a later case, then it must first of all be taken as authoritative by appropriate classes of subsequent judges, for example by judges of lower courts. It must thus have what we call authoritative formality. If subsequent judges follow the earlier decision merely because they are persuaded by the strength of the substantive reasoning supporting that decision, then they are not treating that case as authoritatively binding on themselves. Lord Devlin once put this in blunt terms: “The principle of stare decisis does not apply only to good decisions; if it did, it would have neither value nor meaning. It is only if a [prior] decision is doubtful that the principle has to be invoked”. But as we shall see shortly, legal systems can differ significantly in how doubtful a precedent may be in substantive terms and still remain authoritative. Further, if a prior case is to qualify as a source of formal reasoning, it is also necessary that the subsequent judges for whom it is authoritatively binding accord it some degree of mandatory formality. That is, the subsequent judges must treat the earlier decision as excluding or overriding or diminishing the weight of countervailing substantive reasons arising out of the circumstances of the later case. Stare decisis, then, generates formal reasons out of precedents which later courts invoke because they are the law. But the principle of stare decisis has its own general justifications, and these of course are substantive in nature, reasons of a second-level kind. As we saw in chapter 1, there is no paradox in saying that a general legal practice-following precedent- that generates formal reasons nevertheless itself rests on general substantive reasons of a different level or order. The general justifying reasons behind a practice need not be of the same kind as the particular reasons generated by the practice. What then are the general substantive reasons behind the practice of stare decisis? Numerous reasons may be suggested. For example, (1) the practice secures equality before the law at least in the sense that like cases are treated alike; (2) it limits the scope for bias, arbitrariness, and the like; (3) it facilitates planning and reliance on the part of private parties by providing a reasonably predictable and stable legal framework within which to make decisions; (4) it helps secure legal compliance on the part of losing parties, for they are more likely to see that decisions are not made against them personally, but apply to a class falling under a rule; (5) it serves efficiency by saving resources that would go into examining each case afresh,

A origem do instituto da *consideration* não é totalmente certa²²⁸, o que leva alguns autores a afirmarem que esse estudo não é proveitoso²²⁹. Contudo, a versão mais disseminada relaciona o desenvolvimento dessa doutrina ao *writ de assumpsit*.

Já no início do século XIII existiam *writs* que reconheciam ilícitos contratuais e o dever de cumprir obrigações assumidas, mas sua aplicação restringia-se aos contratos celebrados sob selo, isto é, revestidos de forma solene específica²³⁰. O *writ de covenant*, por exemplo, caso fosse emitido, determinava que um contrato (geralmente um empréstimo ou arrendamento) fosse executado, independentemente da existência de reciprocidade nas prestações. Em primeiro momento, o único remédio concedido era a tutela específica, porém, já no século XV, a indenização assume papel principal como método de reparação. Nesse período, contudo, a principal ação era o *writ de debt*: por meio desse procedimento, credores poderiam exigir o pagamento de valores devidos em razão de avenças celebradas, desde que atendessem ao requisito do selo²³¹.

O surgimento e subsequente expansão do escopo do *writ de assumpsit* nos séculos XV e XVI altera o paradigma acima. Inicialmente, essa ordem foi vinculada à responsabilidade civil, pois se restringia a reparar danos físicos causados por um devedor em decorrência de sua negligência²³². Um dos marcos mais importantes do avanço desse *writ* se deu em 1505, no Caso da Cevada (*Case of Barley*), em que o tribunal reconheceu que o credor poderia ser indenizado não apenas pela perda da coisa prometida ou por danos físicos, mas também pela impossibilidade de se obter o bem acordado, ainda que por transação não amparada por selo, em um cenário em que um comprador de cevada havia adquirido uma certa quantidade desses grãos e deixado com o vendedor para guardá-lo e este, posteriormente, se recusou a entregar os bens²³³. Ao longo do século XVI, os tribunais ingleses começaram a expandir esse escopo, decidindo litígios cuja matéria subjacente se referia a serviços, contratos com prestações diferidas, limites da

and by discouraging potential litigants from bringing lawsuits or appealing; (6) it brings home to the judges their responsibilities by forcing them when deciding entirely new issues to consider the various possibilities more carefully.” (Ibid., p. 115-116).

²²⁸ MOURA, Miguel Alexandre Calado de Albuquerque e Azevedo. Os limites da vinculação unilateral: a promessa (unilateral) no Direito Civil. 2018. 402. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 60.

²²⁹ CORBIN, Arthur Linton. *Corbin on contracts*. One volume edition. Saint Paul: West Publishing Co., 1952, p. 161.

²³⁰ STOLJAR, S. J. *A history of contract at common law*. Camberra: Australian National University, 1975, p. 5-7.

²³¹ Ibid., p. 7-13.

²³² Ibid., p. 28-32; WILLISTON, Samuel. *A treatise on the law of contracts*. Volume 3. 4. ed. Nova Iorque: Lawyers Cooperative Publishing, 1992, p. 7-9.

²³³ STOLJAR, op. cit., 1975, p. 41-42.

indenização, dentre outros. Diante dessa evolução, tornou-se necessário diferenciar avenças com benefícios e prejuízos mútuos, motivadoras da concessão de indenização como um remédio justo, e as promessas gratuitas, em que apenas uma das partes se beneficiava e, por isso, não seria conferido nenhum tipo de ressarcimento em caso de inadimplemento²³⁴. Esse critério de diferenciação foi chamado de doutrina da *consideration* e se tornou um dos pilares da teoria da formação dos contratos na Inglaterra²³⁵.

Por outro lado, alguns autores traçam a origem desse instituto à *causa* da *civil law*, ou ao menos admitem essa possibilidade. Alfred Simpson, por exemplo, discorre em seu livro sobre a origem da *consideration* também com base nos *writs* de *covenant* e *debt*, bem como na emergência do *writ* de *assumpsit*. Contudo, o autor também se questiona se essas regras não poderiam ter sido importadas no direito canônico, muito presente na Inglaterra medieval, que, por sua vez, foi altamente influenciado pelo direito romano²³⁶.

A principal fonte utilizada por Simpson para embasar a hipótese acima é a obra “*Doctor and Student*”, de 1530, de autoria de Christopher St. Germain, que foi muito popular em seu lançamento. O texto retrata um diálogo entre um doutor em teologia e um estudante da *common law*, examinando em seu escopo as normas jurídicas²³⁷. Segundo Simpson, foram utilizadas fontes canônicas cujo conteúdo discutia a origem das promessas, bem como se o homem se obrigava ao meramente emití-las ou apenas se realmente celebrasse um acordo. Ademais, questionava-se na obra a noção de *causa promissionis*, isto é, a ideia de que uma promessa²³⁸ não é vinculante, exceto se tiver um bom motivo para que tenha sido feita. No entanto, não é possível afirmar de forma incontestada que “*Doctor and Student*” fundou a *consideration* na *common law*, mesmo que

²³⁴ Ibid., p. 38-39.

²³⁵ CARTER, J. W. *Contract law in Australia*. 6a ed. Pequim: LexisNexis Butterworths, 2013, p. 112.

²³⁶ SIMPSON, Alfred W. B. *A history of the common law of contract: The rise of the action of assumpsit*. Londres: Oxford University Press, 1975, p. 375-376. Outro texto que trata do assunto pode ser encontrado em: The Doctrine of Consideration in the Law of Obligations. *Journal of Jurisprudence*, v. 21, n. 250, 1877, p. 530.

²³⁷ Ibid., p. 377-378.

²³⁸ É importante mencionar que nessa época os conceitos de “contrato” e “promessa” se confundiam, como aponta Miguel Moura: “A colocação de aspas no vocábulo “promessa” tem uma razão de ser: é que, do ponto de vista do *common lawyer* da época, os termos *promise* and *agreement* estavam intrinsecamente ligados e, de uma perspectiva linguística, pode afirmar-se que eram (quase) sinónimos. BAKER ilustra este facto quando escreve “promessa e acordo são um só, pois em cada acordo válido e eficaz há uma promessa” (MOURA, op. cit., p. 61). A diferença entre promessa e contrato ainda é um debate vívido nos países de *common law*; Samuel Stoljar, em texto de 1988, diferencia as promessas como atos unilaterais sobre comportamentos futuros que podem gerar expectativas, enquanto os contratos são a junção de tais promessas recíprocas (STOLJAR, Samuel. Promise, expectation and agreement. *Cambridge Law Journal*, vol. 47, n. 2, julho, 1988, p. 193-212).

seja o primeiro texto a tratar desse tema, de acordo com Simpson²³⁹. As fontes utilizadas por St. Germain centravam-se no foro interno do indivíduo; portanto, é possível que o autor somente estivesse se referindo às promessas morais²⁴⁰.

Independentemente de sua origem, é fato que a doutrina da *consideration* é antiga na *common law* inglesa e foi levada para outros países invadidos e colonizados por esse império. Assim, é possível constatar sua presença em todas as jurisdições mais expressivas inseridas na *common law*²⁴¹, como Canadá, Estados Unidos, Reino Unido e Austrália, sendo uma doutrina norteadora do direito contratual desses países.

Os operadores do direito nos países inseridos na tradição da *common law* não se limitam a considerar precedentes oriundos de suas próprias jurisdições; decisões de diferentes cortes são regularmente invocadas como argumento ou fundamento, ainda que desprovidas de força vinculante, como observa John Bell²⁴². Atiyah e Summers corroboram essa percepção ao explicar que magistrados consideram julgados estrangeiros ao menos como persuasivos²⁴³. Anne-Marie Slaughter avança nessa análise e sustenta que está em formação uma verdadeira comunidade global de cortes, estrutura que transcenderia inclusive a divisão entre *common law* e *civil law*, na medida em que há um diálogo constante entre magistrados de diferentes países, estabelecendo vínculos de cooperação e intercâmbio intelectual²⁴⁴.

Essa circulação transnacional de ideias jurídicas explica o motivo pelo qual o tratamento conferido à *consideration* é substancialmente similar nas diversas jurisdições

²³⁹ Ibid., p. 394-396.

²⁴⁰ Ainda que a *causa* não seja a origem do instituto da *consideration*, é interessante observar que ambos os conceitos desempenham funções convergentes, segundo descreve Markesinis (MARKESINIS, B. S. Cause and consideration: A study in parallel. *Cambridge Law Journal*, vol. 37, n. 1, abr., 1978, p. 53-75). O autor sustenta que, a despeito das diferenças históricas e dogmáticas, os sistemas francês e inglês alcançam resultados práticos amplamente análogos, a despeito das grandes diferenças que se constata *prima facie*. A distinção mais destacada se refere ao fato de que a *causa* acompanha o contrato em toda a sua existência, servindo simultaneamente como requisito de validade, instrumento de controle da licitude e elemento disponível para autorizar a revisão por dificuldades posteriores à formação contratual. A *consideration*, por sua vez, permanece essencialmente restrita à fase de formação contratual, sendo complementada por outros institutos que muitas vezes são tratados como parte da *causa* na tradição da *civil law*.

²⁴¹ MERKIN, Robert; SAINTIER, Séverine. *Poole's textbook on contract law*. 15. ed. Glasgow: Oxford University Press, 2021, p. 98.

²⁴² BELL, John. The relevance of foreign examples to legal development. *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 21, n. 2, 2011, p. 431-460.

²⁴³ ATIYAH; SUMMERS, op. cit., 1987, p. 115.

²⁴⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, vol. 44, n. 1, inverno, 2003, p. 191-219. Antje Wiener e Philip Liste testaram a hipótese posta por Slaughter considerando a atividade jurisdicional do Canadá e da Alemanha. Ao final, os pesquisadores constataram que essa comunidade global mencionada pela autora ainda não surgiu, considerando a ausência de princípios globais, contudo reconhecem que o diálogo entre os oficiais do direito dos dois países realmente ocorre (WIENER, Antje; LISTE, Philip. Lost in translation? Cross-referencing and a new global Community of courts. *Indiana Journal of Global Studies*, vol. 21, n. 1, inverno, 2014, p. 263-296).

mais expressivas da *common law*. Assim, ainda que a doutrina tenha sido desenvolvida na Inglaterra e enviada quando das invasões de outros países, sua conformação atual em cada território é razoavelmente homogênea em razão da influência recíproca entre magistrados, especialmente em relação às características centrais, mais antigas e arraigadas, do instituto.

Diante dessas circunstâncias, o presente trabalho adotará como opção metodológica a consideração de autores e precedentes oriundos de diferentes jurisdições da *common law* (Reino Unido, Estados Unidos, Canadá e Austrália), tanto nesta Seção 2 quanto na 3. Essa abordagem se justifica pelo fato de que tais autores, a despeito de eventuais particularidades locais, observam essencialmente o mesmo objeto jurídico. Além disso, não se pretende apresentar, de forma exaustiva, todas as circunstâncias associadas à doutrina da *consideration*. O volume II da célebre série de Samuel Williston “*Williston on Contracts*”, por exemplo, conta com 766 páginas apenas sobre o tema. Assim, a intenção é apenas apresentar as características nucleares desse instituto, sem mencionar pormenorizadamente decisões conflitantes, o que é comum considerando que a *common law* não raramente aplica precedentes de 200 anos atrás e considera decisões de diversas jurisdições.

2.1 Caracterização jurídica da *consideration*

Não há uma definição única e pacífica de *consideration*. Corbin, por exemplo, afirma que não há como apresentar um único conceito para esse elemento da formação dos contratos, mesmo porque as normas que regem seu escopo sofreram alterações ao longo do tempo e incontáveis decisões foram proferidas sobre o tema²⁴⁵.

A maior parte dos autores ressalta que nenhum sistema jurídico atribui reconhecimento a todas as promessas indistintamente²⁴⁶. Em qualquer ordenamento, inclui-se critérios seletivos que determinam quais manifestações de vontade serão dotadas

²⁴⁵ CORBIN, op. cit., p. 161 e 167.

²⁴⁶ BEATSON, Jack; BURROWS, Andrew; CARTWRIGHT, John. *Anson's Law of Contract*. 29. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 91-92; FURMSTON, Michael; MILK, Elize; TOLHURST, G. J. Formation of contracts. In: HARGOVAN, Anil (ed.). *The law of contract*. 6. ed. Londres: LNUK, 2019, p. 284-285; SWAN, Angela; ADAMSKI, Jakub; NA, Annie Y. *Canadian contract law*. 4a ed. Toronto: Lexis Nexis, 2018, p. 33; MCKENDRICK, Ewan. *Contract law: text, cases and materials*. 5a ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p.146. CARTER, op. cit., p. 323. WILLISTON, op. cit., p. 11-12; MERKIN; SAINTIER, op. cit., p. 98-99; TREITEL, G. H. *An outline of the law of contract*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 29-30. CALAMARI, John D.; PERILLO, Joseph M. *The law of contracts*. 4. ed. St. Paul: West Group, 1998, p. 166.

de força vinculante e quais não receberão essa chancela, isto é, não sendo exigíveis judicialmente. Nesse contexto, a doutrina da *consideration* constitui o conjunto de regras desenvolvido pela *common law* para aferir se um acordo receberá reconhecimento jurídico, hipótese em que será qualificado como “contrato” e poderá ser objeto de execução judicial.

A *consideration* não representa o único mecanismo de vinculação contratual nessas jurisdições. Em alguns casos, promessas desprovidas de *consideration* podem tornar-se exigíveis, por exemplo, quando revestidas de certas formalidades. É o caso do *deed* e da tradicional regra do selo (*seal*), que ainda resiste em certas jurisdições. Tais exceções evidenciam que a exigibilidade das promessas na *common law* não decorre de um princípio único, mas de uma pluralidade de fundamentos que coexistem, a despeito da centralidade dessa doutrina.

Em geral, os autores relacionam a ideia de *consideration* à existência de promessas mútuas, resultando em obrigações recíprocas²⁴⁷, sendo a segunda promessa²⁴⁸ proferida em resposta à primeira, em um modelo de barganha²⁴⁹. Esse formato promoveria uma relação em que há um prejuízo (*detriment*) para o promissário ou um benefício para o promitente (*benefit*)²⁵⁰. Como ambos os polos contratuais são geralmente promissário e promitente simultaneamente, ambos o prejuízo e o benefício estão frequentemente presentes também simultaneamente em transações, porém exige-se somente a constatação de somente um deles²⁵¹. A consequência mais evidente dessa doutrina é que acordos informais, de prestação diferida, gratuitos e em que a parte beneficiária não fez investimentos no momento da inadimplência, geralmente não são exigíveis judicialmente²⁵².

²⁴⁷ BEATSON, BURROWS, CARTWRIGHT, op. cit., p. 91; TREITEL, op. cit., p. 29; MERKIN; SAINTIER, op. cit., p. 98.

²⁴⁸ O conteúdo da segunda promessa não é rígido, podendo assumir diferentes feições desde que constitua, em geral, uma obrigação: “*Consideration is provided by the promisee ‘paying for’ the promise, by doing, or promising to do, or forbearing, or promising to forbear from doing, something in return for it.*” (FURMSTON; MILK; TOLHURST, op. cit., p. 14).

²⁴⁹ MERKIN; SAINTIER, op. cit., p. 98.

²⁵⁰ TREITEL, op. cit., p. 29.

²⁵¹ Nesse sentido, observa-se o seguinte exemplo: “*So, for example, there was a contract between a pupil barrister and the chambers whose offer of pupillage she had accepted. Even though no detriment was suffered by her, because she did not undertake to perform any work or services for any member of the chambers, the benefit to the chambers in having a pool of pupil barristers who would compete for recruitment as members of the chambers sufficed.*” (BEATSON; BURROWS; CARTWRIGHT, op. cit., p. 92).

²⁵² CALAMARI; PERILLO, op. cit., p. 166-167.

Tome-se como exemplo o contrato de compra e venda de uma commodity. Nesse caso, a *consideration* dada para a promessa do comprador de pagar o vendedor é a promessa deste último de entregar o bem adquirido ou efetivamente entregá-lo no momento da celebração do contrato²⁵³. Nesse contexto, o comprador possui um prejuízo e um benefício (respectivamente, o pagamento e o recebimento da coisa adquirida), assim como o vendedor (respectivamente, a entrega do bem e a obtenção do pagamento). Como os requisitos citados anteriormente encontram-se presentes na hipótese descrita, de forma geral, esse acordo seria reconhecido na *common law* como um “contrato” judicialmente, sendo provida a execução pelos tribunais competentes²⁵⁴.

É importante pontuar que a *consideration* não é o único requisito para a formação dos contratos; reconhece-se que outros elementos são necessários, como o consentimento. Ademais, ainda que um tribunal verifique no caso a observância à regra, isso não torna o pacto automaticamente exigível. Uma promessa pode não ser executada judicialmente, por exemplo, caso se entenda que as partes não desejavam esse resultado ou mesmo por outras razões que viciam a formação do contrato na *common law*, como *fraud*, *duress* e *undue influence*²⁵⁵, institutos que se assemelham à fraude e coação do ordenamento brasileiro. Alguns acordos podem ser objeto de recusa de reconhecimento jurídico também por serem ilegais ou por seu cumprimento implicar ato contrário à ordem pública²⁵⁶.

A partir dessas noções gerais, os tribunais da *common law* reconheceram outras regras aplicáveis à *consideration*. Ewan McKendrick as agrupa sob quatro premissas, que se subdividem em subtópicos: i. a *consideration* deve ser “suficiente”, mas não precisa ser adequada; ii. a *consideration* não pode ser um dever pré-existente já assumido pelo promitente; iii. a *consideration* não deve ser pretérita; e iv. a *consideration* deve ser transferida do promissário ao promitente²⁵⁷.

²⁵³ Sobre o momento de execução da *consideration*: “As far as the relation of the consideration to the promise in respect of time is concerned, a consideration may be executory, a promise given for a promise; or it may be executed, an act or forbearance given for a promise. An executory consideration consists of a promise to do, forbear, or suffer, given in return for a like promise. Thus mutual promises, for example, a promise to do work in return for a promise of payment, are illustrations of executory consideration. (...) A contract arises upon a present or executed consideration when one of the two parties has, either in the act which constitutes an offer or in the act which constitutes an acceptance, done all that party is bound to do under the contract, leaving an outstanding liability on one side only.” (BEATSON; BURROWS; CARTWRIGHT, op. cit., p. 95).

²⁵⁴ TREITEL, op. cit., p. 29-30.

²⁵⁵ FURMSTON; MILK; TOLHURST, op. cit., p. 14.

²⁵⁶ Ibid., p. 14.

²⁵⁷ MCKENDRICK, op. cit., p. 145.

A primeira regra revela que, para existir uma relação qualificada como contratual, deve ser possível extrair uma barganha entre as partes, ainda que esta não seja vantajosa ou nos melhores termos para ambos os polos da relação²⁵⁸. Isso não significa que a lei da *common law* não esteja interessada em promover, em certo grau, uma ideia de justiça a partir do equilíbrio entre as prestações. Pelo contrário, o direito está profundamente preocupado com essas questões, porém elas não são tratadas por essa doutrina, mas sim por outros institutos, como os já citados *fraud*, *duress* e *undue influence*.

A necessidade de que exista *consideration*, ainda que não se inquiria a respeito de sua adequação no contexto negocial envolvido, enseja uma pergunta: quem define a adequabilidade das prestações? Seriam as partes ou os tribunais? Sobre esse tema, McKendrick e Treitel observam que os contratantes têm liberdade de definir o que seria uma contraprestação suficiente, sob o argumento de que as cortes geralmente reconhecem e executam contratos em que é oferecida uma prestação simbólica – como uma libra ou um grão de pimenta do reino -, chamada de *nominal consideration*²⁵⁹. Assim, é irrelevante se a parte que receberá o benefício realmente utilizará o bem ou serviço recebido em seu favor, desde que a obrigação seja efetivamente cumprida²⁶⁰. Nesse sentido, Treitel afirma que a utilização de uma *nominal consideration* seria uma segunda alternativa para se realizar contratos gratuitos na *common law*, ao menos em sua essência²⁶¹.

Na jurisprudência estadunidense parece haver uma tendência em tentar não reconhecer a existência de contraprestação se esta for simbólica, especialmente se o bem oferecido for de mesma qualidade e natureza daquele que se refere à promessa principal (por exemplo, oferecer 1,00 dólar para receber 1.000.000,00 de dólares)²⁶². No entanto, essa nova corrente, na visão de Williston, não afasta a aplicabilidade da regra de que os

²⁵⁸ Ibid., p. 145.

²⁵⁹ Ibid., p. 148-149; TREITEL, op. cit., p. 32-34. Um caso clássico citado pelos autores é Chappell & Co v. The Nestlé Co Ltd. O cenário envolvia uma promoção da companhia alimentícia que oferecia discos de vinil de uma música de propriedade intelectual da gravadora Chappell por 1 shilling e 6 pence, mais três embalagens vazias de chocolate, em que não foi requerida autorização da autora. A detentora dos direitos autorais iniciou o processo para reaver danos e uma das questões centrais era considerar se a entrega das embalagens constituía parte da *consideration* que os consumidores deveriam pagar, o que impactaria no valor da indenização. Ao final, o tribunal decidiu em favor da autora (REINO UNIDO. House of Lords. Chappell & Co v. The Nestlé Co Ltd. AC 87, 1960). O mesmo precedente também diferencia uma *consideration* de uma condição (BEATSON; BURROWS; CARTWRIGHT, op. cit., p. 92-93).

²⁶⁰ CARTER, op. cit., p. 127.

²⁶¹ TREITEL, op. cit., p. 33.

²⁶² A jurisprudência estadunidense dá ênfase mais forte à teoria da barganha, inquirindo com mais firmeza sobre a efetiva existência de uma troca, do que outras jurisdições, como a Austrália (CARTER, op. cit., p. 116).

tribunais, em geral, não analisarão a simetria entre as prestações ao avaliarem a *consideration*²⁶³.

Beatson, Burrows e Cartwright adicionam ainda que a *consideration* deve ser real, isto é, ela deve ser considerada algo de valor sob a perspectiva legal e não deve ser algo que o promitente se abstém de fazer, sendo que ele já adotaria tal omissão de toda forma²⁶⁴. Nesse sentido, não há configuração desse elemento de formação dos contratos em razão de uma obrigação moral ou motivo pessoal, ainda que relevante, para a celebração do contrato. O caso *Eastwood v. Kanyon*²⁶⁵ marca o reconhecimento dessa regra. O cenário subjacente ao julgado é de uma menor cuja criação foi realizada durante vários anos por um benfeitor, que não integrava sua família, e voluntariamente contraiu dívidas durante seu período de tutela da criança para arcar com custas de sua educação. A infante, então, prometeu pagar os débitos assumidos em seu favor quando atingisse a maioridade. Quando alcançou esse marco e se casou, o então marido, sensibilizado pela história do protetor de sua esposa, decidiu também se obrigar a pagar as dívidas contraídas para arcar com a educação de sua companheira. No entanto, ambos não honraram os termos acordados. Ao final, o tribunal reconheceu que o contrato celebrado pela tutelada e seu cônjuge de um lado e o benfeitor de outro não possuía *consideration*, pois foi realizado em caráter de uma obrigação moral, e concluiu por não impor o pagamento dos débitos. A despeito do exposto anteriormente, o motivo pessoal (como um dever moral) pode ser útil para se distinguir a existência de intenção de beneficiar uma das partes ou se há barganha entre partes independentes e desinteressadas, o que, principalmente na jurisprudência estadunidense que apresenta uma interpretação mais restritiva sobre a *nominal consideration*, é relevante²⁶⁶.

A premissa de que a *consideration* deve ser real também afasta promessas impossíveis no tempo da formação do contrato, seja por natureza legal ou física²⁶⁷. Os autores ilustram essa afirmação com um caso em que um estaleiro promete realizar uma viagem em data já passada.

Outra característica derivada da regra mencionada por Beatson, Burrows e Cartwright é que a promessa feita em reciprocidade não pode ser excessivamente vaga, de forma a torná-la sem substância para ser executada. Em *White v. Bluett*, após o

²⁶³ WILLISTON, op. cit., p. 403-405.

²⁶⁴ BEATSON; BURROWS; CARTWRIGHT, op. cit., p. 101.

²⁶⁵ REINO UNIDO. Queen's Bench. *Eastwood v. Kanyon*. 11 Ad & E 438, 1840.

²⁶⁶ CALAMARI; PERILLO, op. cit., p. 179.

²⁶⁷ BEATSON; BURROWS; CARTWRIGHT, op. cit., p. 102.

falecimento de Bluett Sr., alguns credores foram executar dívidas perante o espólio. Bluett Jr., um de seus filhos, alegou que não poderia ter sua parte da herança deduzida dos valores eventualmente utilizados para satisfação da dívida, uma vez que seu pai teria isentado sua responsabilidade em contrapartida a uma promessa de sua parte de que pararia de reclamar que era preterido por seus irmãos²⁶⁸. Ao final, o tribunal decidiu que a promessa de não incomodar o pai não constituía uma *consideration* certa o suficiente para ser executada. Os autores indicam, contudo, que em alguns casos, em diferentes jurisdições, decidiram que fazer uma criança feliz pode ser parte de uma contraprestação válida e tornar o contrato exigível²⁶⁹.

A regra de que a *consideration* deve ser real não deve ser interpretada como uma limitação substancial para que uma prestação seja reconhecida como tal elemento. Nesse sentido, mesmo a promessa de se abster de ajuizar um processo ou executar um título que as partes sequer reconhecem na transação como válido, por um período determinado de tempo, pode ser entendido como suficiente para atender aos requisitos legais²⁷⁰. Em *Callisher v. Bischoffsheim*²⁷¹, o autor afirmou ao réu, agindo como representante do governo de Honduras, que o citado Estado lhe devia dinheiro. Assim, celebraram um contrato estabelecendo que o requerente não executaria a suposta dívida por certo período e, em troca, o requerido lhe entregaria alguns títulos, o que não foi adimplido. Bischoffsheim alegou no curso da ação que nenhum valor era devido a Callister e a ação deste último de se abster de executar a dívida não constituía, portanto, *consideration*. A corte refutou a defesa apresentada, argumentando que o acordo celebrado representava espécie de aposta em que o requerido assumiu o risco de o débito ser verdadeiro para evitar um ato negativo.

A segunda regra sobre a *consideration* citada por McKendrick refere-se à proibição de esta ser fundada em um dever pretérito, já existente. O posicionamento dos tribunais varia de acordo com a natureza da ação que gerou tal dever.

O primeiro cenário tratado pelo autor se refere à realização (ou promessa de realização) de um ato já devido perante um terceiro em decorrência de algum arranjo contratual entre o promissário e o promitente. Essa hipótese, na visão dos tribunais, configura *consideration*. Em *New Zealand Shipping Co Ltd v. A M Satterthwaite & Co*

²⁶⁸ REINO UNIDO, Court of Exchequer Chamber, *White v. Bluett*, LJ Ex 36, 1853.

²⁶⁹ BEATSON; BURROWS; CARTWRIGHT, op. cit., p. 102.

²⁷⁰ Ibid., p. 103.

²⁷¹ REINO UNIDO. Queen's Bench. *Callisher v. Bischoffsheim*. LR 5 QB 449. 1869-1870.

*Ltd (The Eurymedon)*²⁷², o *Privy Council*, um conselho formado por representantes do legislativo, entendeu que um embarcador havia assumido o compromisso perante estivadores, que eram responsáveis pela descarga de mercadorias, de não tomar ações judiciais contra eles por eventuais avarias ocorridas durante a operação. A obrigação de desembarcar os bens já havia sido assumida pelos estivadores perante um terceiro, o transportador. A questão inquirida pelo órgão era se os estivadores teriam oferecido *consideration* pelo benefício oferecido pelo embarcador, para que a obrigação se tornasse exigível. A corte concluiu em favor dos estivadores: a descarga dos bens, ainda que já fosse um dever assumido perante um terceiro, cumpria os requisitos legais para tornar as promessas em um contrato.

A resolução dada ao caso acima não se aplica, no entanto, caso o dever pretérito seja decorrente de lei. Nesse cenário, os tribunais não reconhecem uma promessa com tal obrigação ou a execução de ato sob essa premissa como *consideration*. Em *Gonçalves v. Regent Intern Hotels Ltd.*²⁷³, o Poder Judiciário foi acionado para resolver uma disputa contratual. No caso subjacente, uma hóspede teve suas joias furtadas de um cofre no hotel, que, por sua vez, acionou uma cláusula que limitava sua responsabilidade a 500 dólares. Ao final, a corte entendeu que o contrato era nulo, pois a hospedaria não forneceu *consideration*, repelindo a alegação de que a mera disponibilização de um local seguro para armazenamento de bens, que era uma obrigação legal no local dos fatos, seria uma contraprestação válida para cumprir o requisito legal.

Por outro lado, são controvertidas as respostas em relação ao reconhecimento da existência de *consideration* quando há aditamento contratual em que apenas uma das partes recebe benefícios. McKendrick fornece um exemplo para tornar a questão mais clara: B compromete-se a construir uma casa para A por 100.000 libras. Durante a execução, B percebe que o preço é insuficiente e comunica a A que só concluirá a obra mediante pagamento suplementar de 10.000 libras. A concorda, mas, terminada a construção, recusa-se a pagar o valor adicional. B poderia exigir judicialmente a quantia acrescentada à relação negocial?²⁷⁴

Tradicionalmente, a doutrina inglesa entendia que não havia *consideration* no aditamento contratual no caso supracitado, de forma que B não teria direito sobre o valor

²⁷² REINO UNIDO. Privy Council. *New Zealand Shipping Co Ltd v. A M Satterthwaite & Co Ltd*. AC 154. 1975.

²⁷³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New York Court of Appeals. *Gonçalves v. Regent Intern Hotels Ltd*. 460 N.Y.S.2d 750, 58 N.Y.2d 206, 447 N.E.2d 693. 1983.

²⁷⁴ MCKENDRICK, op cit., p. 166.

adicional. Esse entendimento foi assentado no conhecido no precedente *Stilk v. Myrick*²⁷⁵. Nesse caso, uma viagem retornando a Londres estava em risco quando dois marinheiros abandonaram o navio. O capitão, em resposta, prometeu pagar o valor que seria destinado aos salários dos desertores ao restante da tripulação em partes iguais a todos, caso o barco conseguisse atingir seu destino. A embarcação chegou a Londres, mas os marinheiros que persistiram na viagem não receberam o pagamento adicional. O tribunal reconheceu nesse caso que a tripulação remanescente se limitou a fazer apenas o que já faria por força do contrato original, de forma que não houve nenhuma outra nova prestação ou contrapartida que formasse uma *consideration*.

Esse paradigma foi alterado no recente *Williams v. Roffey Bros*²⁷⁶. Nesse julgamento, reconheceu-se que, mesmo na ausência de uma obrigação para a relação contratual nova, a promessa de pagamento adicional pode ser exigível quando o promitente obtém um benefício prático (*practical benefit*) com seu cumprimento. No caso subjacente, o autor era um carpinteiro que foi contratado para realizar obras para uma incorporadora. Em certo momento, Williams percebeu que não conseguiria executar os trabalhos, já que o preço acordado era incompatível com as despesas incorridas. Para garantir que o serviço seria cumprido, evitando a responsabilização pelos compradores dos apartamentos, a incorporadora concordou em pagar um valor adicional ao carpinteiro. O tribunal reconheceu que houve *consideration* nesse caso e a quantia acrescentada em favor de Williams seria exigível judicialmente, uma vez que a incorporadora se beneficiou do serviço prestado, que não teria sido executado sem o pagamento adicional.

McKendrick considera que a nova resposta fornecida pelos tribunais enseja duas questões controversas: i. o benefício prático deve ser avaliado de acordo apenas com a natureza jurídica ou podem ser consideradas circunstâncias fáticas; e ii. como lidar com a coação ou outras pressões indevidas, como um motim em uma viagem já em curso²⁷⁷. Essas colocações ainda se encontram pendentes de resposta, em sua visão.

A regra acima suscita similar debate na jurisprudência americana. Por um lado, pretende-se manter a premissa geral de que aditamentos contratuais não ensejam *consideration* se não houver promessas recíprocas, assim como no momento da formação do vínculo²⁷⁸. Por outro, a norma não honra expectativas razoáveis e a confiança nas

²⁷⁵ REINO UNIDO. King's Bench. *Stilk v. Myrick*. EWHC KB J58. 1809.

²⁷⁶ REINO UNIDO. Court of Appeal. *Williams v. Roffey Bros*. 1 QB 1. 1991.

²⁷⁷ MCKENDRICK, op cit., p. 166.

²⁷⁸ CALAMARI; PERILLO, op. cit., p. 182-183.

relações. Assim, Calamari e Perillo observam que, na jurisprudência americana, diversas exceções foram postas à regra geral, que corresponde ao entendimento tradicional do direito inglês exposto acima.

Uma forma utilizada pelos advogados estadunidenses para afastar a regra sobre aditamentos e *consideration* envolve caracterizar o negócio como um distrato, com nova constituição de contrato quando da celebração do aditivo. Essa abordagem, contudo, não consegue afastar o problema, uma vez que pressupõe a inexistência de continuidade do vínculo contratual, o que não é pretendido ou praticado pelas partes. Assim, a recepção dessa tese não é ampla nos tribunais²⁷⁹.

Parcela da jurisprudência estadunidense admite outra atenuação: obstáculos surgidos após a contratação e não antecipados pelas partes justificariam a revisão do ajuste mesmo sem contrapartida adicional. No entanto, esse paradigma não se harmoniza bem com a regra geral e poderia ser utilizado como fundamento para suscitar-se vícios²⁸⁰ contratuais relacionados à impossibilidade superveniente²⁸¹.

Uma das estratégias mais praticadas para contornar essa regra se assenta na interpretação de que a parte que renuncia à possibilidade de inadimplir o contrato ao modificar a avença estaria incorrendo em detrimento, o que configuraria *consideration*. Outras abordagens adotadas pelos tribunais são: i. considerar, de forma ficta, que as contraprestações do contrato original se incorporam automaticamente ao aditamento, o que dispensa nova promessa; ii. abandonar a exigência de *consideration* para modificações consensuais; iii. o aditamento seria parte do dever de mitigar danos (*duty to mitigate the loss*) e, por ordem pública, seria reconhecido e exigível; e iv sustentar que as modificações contratuais são enquadradas como *promissory estoppel*²⁸², tornando-as exigíveis.

O último reflexo da regra de que a *consideration* não pode constituir um dever pré-existente é que o pagamento de parte de um débito não satisfaz esse requisito para a formação dos contratos²⁸³. O caso em que esse entendimento foi sedimentado no Reino Unido é *Foakes v. Beer*²⁸⁴. Em suma, a Sra. Beer havia obtido uma sentença judicial contra o Dr. Foakes no valor aproximado de 2.090 libras. As partes celebraram um acordo

²⁷⁹ Ibid., p. 184.

²⁸⁰ Calamari e Perillo criticam essa abordagem, sob o fundamento de que a modificação não significa que uma das partes tenha obtido vantagem reconhecida juridicamente (Ibid, p. 186).

²⁸¹ Ibid., p. 185.

²⁸² Doutrina tratada na subseção seguinte.

²⁸³ MCKENDRICK, op. cit., p. 183-199.

²⁸⁴ REINO UNIDO. House of Lords. *Foakes v. Beer*. 9 App Cas 605. 1884.

pelo qual o homem pagaria 500 libras imediatamente e o restante em parcelas. Em contrapartida, a mulher comprometeu-se a não executar a sentença enquanto os pagamentos fossem cumpridos. Dr. Foakes quitou integralmente o valor principal, mas a Sra. Beer posteriormente ajuizou ação cobrando os juros incidentes sobre o débito, que não foram mencionados no acordo entre as partes. Ao final, a corte entendeu que o acordo celebrado não possuía *consideration* e não representava um contrato vinculante, pois não abarcava todo o débito devido à Sra. Beer, permitindo que a mulher executasse os juros.

Williston observou que já havia, em sua época, um crescente sentimento de insatisfação com a citada regra criada em *Foakes v. Beer*²⁸⁵. Assim, nos Estados Unidos, alguns estados estabeleceram leis gerais para afastá-la e, mesmo em jurisdições que ainda aplicam o precedente, foram criadas exceções específicas para afastar a premissa geral²⁸⁶.

A terceira regra geral citada por McKendrick sobre a *consideration* refere-se à vedação quanto à possibilidade de ela ser pretérita, em outras palavras, não poderá anteceder temporalmente a troca de promessas²⁸⁷. O motivo para isso é que ela não proporciona qualquer benefício ao promitente ou ônus para o promissário em resposta à promessa formulada inicialmente. Trata-se apenas de um ato praticado no passado sem que tenha havido repercussão jurídica relevante. Portanto, caso o beneficiário de uma conduta anterior (por exemplo, o salvamento de um afogamento) desejar fazer algum sacrifício em favor do benfeitor, sua promessa será considerada gratuita e inexigível. Essa conduta se diferencia da chamada *executed consideration*, que é parte de uma transação e feita em resposta a promessas mútuas, correspondendo ao cumprimento da prestação concomitante à celebração do contrato. Duas exceções, contudo, merecem destaque: i. caso um ato tenha sido feito a pedido do promitente, uma promessa subsequente poderá formar um contrato²⁸⁸; e ii. um débito antecedente pode configurar uma *consideration*, desde que na forma de um compromisso de abstenção de executá-lo²⁸⁹.

Por fim, a última regra é que a *consideration* deve ser transferida pelo promissário. Beatson, Burrows e Cartwright entendem que essa norma é obscura e introduzem três

²⁸⁵ WILLISTON, op. cit., p. 478.

²⁸⁶ CALAMARI; PERILLO, op. cit., p. 189-190.

²⁸⁷ BEATSON; BURROWS; CARTWRIGHT, op. cit., p. 95-96.

²⁸⁸ Uma corte inglesa delimitou as condições para aplicação dessa regra nessa jurisdição: “*An act done before the giving of a promise to make a payment or to confer some other benefit can sometimes be consideration for the promise. The act must have been done at the promisor's request, the parties must have understood that the act was to be remunerated either by a payment or the conferment of some other benefit, and payment, or the conferment of a benefit, must have been legally enforceable had it been promised in advance.*” (REINO UNIDO. Privy Council. *Pau On v. Lau Yiu Long*. AC 614. 1980).

²⁸⁹ BEATSON; BURROWS; CARTWRIGHT, op. cit., p. 96-97.

conceitos possíveis²⁹⁰. Em sua primeira acepção, a máxima simplesmente reitera que uma promessa somente é passível de execução judicial se respaldada por uma *consideration*, não adicionando nada à compreensão geral desse requisito para a formação dos contratos. Uma segunda possibilidade é que a contraprestação deve originar de quem busca a tutela jurisdicional para o cumprimento do contrato. O terceiro entendimento citado se refere à compreensão de que o promissário não pode ajuizar ação para exigir o cumprimento de uma promessa em seu favor quando a *consideration* tiver sido fornecida por outrem. Os autores fornecem um exemplo: se A promete a B que, em contrapartida aos serviços prestados por C a A, pagará 1.000 libras a B, este não poderá exigir o cumprimento da promessa. Nesse cenário, B não sofreu nenhum prejuízo e A somente auferiu benefícios de terceiros, de modo que a necessidade de presença de *benefit* ou *detriment* não seria atendida. Treitel indica que essa última conotação seria a correta e ainda ressalta que a *consideration* não precisa ser transferida do promitente (apenas do promissário), de modo que não é necessário que este sofra um prejuízo, desde que receba um benefício²⁹¹.

Por fim, é proveitoso esclarecer que a *consideration* se presta somente a prevenir a execução de *promessas* não cumpridas. A *common law* não impede a realização de doações, um ato presente em todas as culturas. Nesse sentido, não há nenhum óbice para que se entregue um bem a um donatário com intenção de beneficiá-lo, situação em que será chamado de *executed gift*. No cenário descrito, a *consideration* não pode ser suscitada para a proteção do doador, caso exista intenção de doar e o objeto já tenha sido transferido²⁹².

A exposição acima evidencia que a *consideration* integra as raízes da *common law*. Apesar disso, diversos autores sinalizam que esse requisito está sofrendo diversos ataques.

Beatson, Burrows e Cartwright apontam que foram desenvolvidos outros institutos que resultam na ausência de utilidade da doutrina. Por exemplo, o direito inglês requer que haja real intenção de constituição de um contrato para celebração de uma avença, de forma que não são necessários outros marcadores para distinguir promessas reconhecidas e não reconhecidas pelo direito²⁹³. Ademais, atualmente existem outras bases para se evitar que um aditivo contratual feito mediante coação, ainda que

²⁹⁰ Ibid., p. 98-99.

²⁹¹ TREITEL, op. cit., p. 35-36.

²⁹² HYLAND, op. cit., p. 350.

²⁹³ BEATSON; BURROWS; CARTWRIGHT, op. cit., p. 129-130.

meramente econômica, exista. Outras doutrinas, como a *promissory estoppel*, tratada abaixo, também minam o argumento de que a *consideration* é necessária porque o direito inglês se sustenta em barganhas. Nesse sentido, os autores concluem que a *consideration* é um “canivete suíço” cumprindo diversas funções, de um modo “engenhoso, mas imperfeito”²⁹⁴. Assim, destacam as conclusões do Comitê de Revisão estabelecido em 1937, cuja conclusão foi de que a *consideration* era uma burocracia inconciliável com parâmetros negociais, praticidade e senso comum. Assim, recomendou-se a extinção desse elemento da *common law* inglesa²⁹⁵.

Merkin e Santier registram que diversos autores apontam que investimentos (*reliance*) representam uma base melhor para se distinguir contratos de acordos não reconhecidos pelo direito, o que é defendido por Patrick Atiyah e foi aplicado por uma corte da Nova Zelândia²⁹⁶. Carter, por sua vez, observa que a análise da *consideration* por tribunais não é lógica e parece subjetiva, apoiando-se em métodos discricionários para escolher quando a mera vontade das partes (por exemplo, em casos de aditamento contratual) pode ou não cumprir esse requisito²⁹⁷.

McKendrick destaca que, após o entendimento firmado em *Williams v. Roffey Bros*, em que se alterou a regra sobre aditamentos contratuais e necessidade de *consideration*, a doutrina sequer apresenta coerência interna. Assim, o autor observa um grande espaço para reformas²⁹⁸.

Feitos os esclarecimentos necessários sobre essa doutrina, passa-se à análise de dois outros institutos que lhe são complementares: *promissory estoppel* e, em seguida, o tratamento atual da regra do selo.

2.2 A doutrina de *promissory estoppel*

A *promissory estoppel*²⁹⁹ deriva de um princípio geral de *equity*, isto é, uma fonte normativa paralela à *common law* formada por casos (*case law*) – mas ainda inserida

²⁹⁴ “The doctrine has in the past been the Swiss army knife of the law, performing these functions in an ingenious but imperfect way” (ibid., p. 130).

²⁹⁵ MERKIN; SAINTIER, op. cit., p. 126.

²⁹⁶ Ibid., p. 126.

²⁹⁷ CARTER, op. cit., p. 150-151.

²⁹⁸ MCKENDRICK, op. cit., p. 245.

²⁹⁹ McKendrick afirma que *estoppel* não é uma palavra utilizada na língua comum inglesa, mas que uma definição no dicionário indica uma obstrução (MCKENDRICK, op. cit., p. 213). Carter, por sua vez, indica outra definição: “To say that a person is ‘estopped’ is to say that a person is ‘precluded’. Estoppel therefore refers to situations where a person is precluded from saying something.” (CARTER, op. cit., p. 152).

nessa tradição jurídica-, fundada em concepções amplas de justiça e razoabilidade. Por meio desse instituto, impede-se que uma parte se retrate de uma promessa ou premissa sobre a qual a outra tenha legitimamente pautado sua conduta e feito investimentos (*reliance*), considerando os atos e palavras transmitidos à parte induzida, ainda que inexista *consideration* para fornecer um signo necessário para que seja promovido o reconhecimento judicial da exigibilidade de certas obrigações firmadas³⁰⁰. Assim, Furmston, Milk e Tolhurst ressaltam que esse instituto “pode ser usado ‘como um escudo, mas não como espada’ e prevê uma base para a execução negativa de uma promessa relacionada a direitos decorrentes de um contrato pré-existente ou uma relação”³⁰¹. Alguns autores registram que essa doutrina é similar à *waiver* desenvolvida no direito inglês, segundo a qual uma parte perde o direito de executar uma promessa nos seus exatos termos, caso tenha agido de forma a permitir condutas que não sejam realizadas nas condições definidas pelas partes³⁰². A *promissory estoppel* não é única; trata-se de uma modalidade inserida no gênero de *estoppels*, como a *proprietary estoppel*, que permite se adotar um remédio para contratos cujo objeto seja a transação de direitos reais que seguiram os requisitos formais adequados³⁰³. Ela será, no entanto, o foco do presente trabalho, dado que é a espécie que trata de um tema comum com a *consideration*.

No direito inglês, a origem desse instituto remonta a uma decisão de 1877. Em *Hughes v. Metropolitan Railway Co.*³⁰⁴, o arrendante notificou o arrendatário para que realizasse reparos em imóveis objeto de arrendamento no prazo de seis meses. O descumprimento dessa notificação autorizaria o arrendante a resolver o contrato. As partes iniciaram negociações para que fosse adquirido o bem objeto do arrendamento, que se prolongaram por quase todo o período concedido na notificação. Pouco antes do término do prazo, o arrendante interrompeu as negociações e em seguida ajuizou ação de

Calamari e Perillo registram que o termo deriva do francês e significa “parar” (CALAMARI; PERILLO, op. cit., p. 252).

³⁰⁰ Beatson, Burrows e Cartwright definem a doutrina da seguinte forma: “*Promissory estoppel is one strand in a broader equitable principle whereby parties to a transaction who have conducted their dealings in reliance on an underlying assumption as to a present, past, or future state of affairs, or on a promise or representation by words or conduct, will not be allowed to go back on that assumption, promise or representation when it would be unfair or unjust to do so. The Court will do what is necessary, but not more, to prevent a person who has relied upon such an assumption, promise, or representation from suffering injustice*” (BEATSON; BURROWS; CARTWRIGHT, op. cit., p. 116-117).

³⁰¹ “*Promissory estoppel, it is said, may be used as a ‘shield but not a sword’ and provides a basis for the negative enforcement of a promise which relates to rights under a pre-existing contract or relationship.*” (FURMSTON; MILK; TOLHURST, op. cit., p. 16).

³⁰² BEATSON; BURROWS; CARTWRIGHT, op. cit., p. 116-117; FURMSTON; MILK; TOLHURST, op. cit., p. 16.

³⁰³ BEATSON; BURROWS; CARTWRIGHT, op. cit., p. 116.

³⁰⁴ REINO UNIDO. House of Lords. 2 App Cas 439. 1877.

imissão na posse alegando a resolução do contrato. Ao final, a corte decidiu que, ao iniciar as negociações, o arrendante prometeu implicitamente suspender a eficácia da notificação anteriormente enviada, bem como que o arrendatário agiu com base nessa promessa ao deixar de realizar os reparos, de modo que o prazo de seis meses deveria ser contado do rompimento das tratativas, sendo considerado que uma parte não poderia ser prejudicada se tiver sido induzida a considerar que certos direitos não seriam exercidos.

Mais de 70 anos depois, esse julgado foi utilizado para fundamentar a decisão que assentou a *promissory estoppel* no ordenamento inglês. No caso *Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd*³⁰⁵, o autor arrendou um edifício pelo prazo de 99 anos, com aluguel de 2.500 libras, em 1937; em 1940, muitos apartamentos já estavam vagos em decorrência da 2ª Guerra Mundial, de forma que o requerente ajustou que o aluguel da construção seria reduzido pela metade, sem nenhuma contraprestação em seu favor. Após o fim do conflito na Europa, o autor exigiu o pagamento do valor inicialmente combinado a partir de 1945, bem como em algumas datas pretéritas a esse ano, posteriormente ajuizando uma ação para satisfação do crédito. A ação foi julgada procedente, sendo registrado que a intenção das partes era criar um benefício temporário em razão de circunstâncias específicas. A importância da decisão, contudo, consiste na tese desenvolvida por um dos votos, em que se afirmou que o arrendante estaria impedido (*estopped*) de cobrar o valor integral pelo aluguel entre 1940 e 1945, mesmo que ausente a *consideration*³⁰⁶.

O julgamento acima não permaneceu isento de críticas. A primeira é de que o entendimento fixado não é compatível com uma regra criada em outro precedente, segundo a qual uma afirmação (*representation*) em relação a um fato futuro não pode subsidiar uma exceção de *estoppel*. As segunda é que a decisão não se harmoniza com a regra relativa à ausência de *consideration* com base em deveres pré-existentes fixada em *Foakes v. Beer*, comentado no tópico anterior³⁰⁷.

Do outro lado do Atlântico, Calamari e Perillo atribuem o surgimento dessa doutrina no direito estadunidense especialmente ao trabalho de Samuel Williston³⁰⁸, que teria definido o escopo dessa doutrina para esse território. O autor, em conjunto com Corbin, teria guiado sua inclusão no primeiro *Restatement of Contracts*, um guia

³⁰⁵ REINO UNIDO. King's Bench. *Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd*. KB 130. 1947.

³⁰⁶ BEATSON; BURROWS; CARTWRIGHT, op cit., p. 116.

³⁰⁷ Ibid., p. 118.

³⁰⁸ CALAMARI; PERILLO, op. cit., p. 247.

doutrinário que compila opiniões de especialistas renomados e, apesar de não ser uma lei, possui influência considerável nas decisões.

O escopo do instituto do *promissory estoppel* foi aperfeiçoado após o seu reconhecimento. Beatson, Burrows e Cartwright elencam algumas dessas características.

Em primeiro lugar, os autores ressaltam que a promessa deve ser “clara e inequívoca”³⁰⁹; não obstante isso, ela pode ser inferida a partir da conduta das partes ou de frases proferidas. Assim, os termos e condições não poderão ser indefinidos de forma que a parte induzida não tenha agido de forma não razoável ao realizar seus investimentos em razão da suposta promessa da contraparte. McKendrick resalta que a lei não pode prejudicar promitentes, devendo obedecer estritamente às suas renúncias e desejos estritamente nos limites acordados. Assim, deve ser provado que a promessa evidentemente afetava a relação com o promissário específico e que um direito estaria sendo abdicado³¹⁰.

Segundo, para que surja uma situação de incidência de *promissory estoppel*, deve ser considerado que o promitente não poderia se retratar em relação à sua promessa em conformidade com a *equity*³¹¹. Essa regra afasta, por exemplo, casos em que o promitente foi obrigado a emitir seus termos sob coação externa³¹².

Terceiro, o promitente deve ter alterado o seu status e ter feito investimentos (*reliance*) confiando na promessa feita. Esse requisito não possui apenas uma interpretação. Uma alternativa possível parte de uma compreensão da modificação do *status* significando que, caso fosse realizada a retratação em relação a uma promessa, o promissário estaria em uma posição inferior em comparação ao cenário em que nenhuma oferta lhe havia sido feita. Contudo, no paradigmático *Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd*, citado anteriormente, esse requisito não seria atendido, já que

³⁰⁹ BEATSON; BURROWS; CARTWRIGHT, op cit., p. 119.

³¹⁰ MCKENDRICK, op. cit., p. 220.

³¹¹ Treitel explica essa questão da seguinte forma: “*The notion of what is “inequitable” cannot be defined with anything approaching precision. The basic idea is that the promisee must have acted in reliance on the promise, such that he cannot be restored to the position in which he was before he acted in this way. For example, the promisee may have continued his attempts to perform the contract—as in the case of a seller who continues to make efforts to perform in reliance on the buyer’s promise that late delivery will be accepted. Alternatively, he may have refrained from taking steps to safeguard his position—as in the case of a tenant who neglects to carry out repairs in reliance on the landlord’s promise that performance of the obligation to repair would not be enforced. Even where there has been such reliance, outside events may justify the promisor in going back on his promise. For instance, the retraction of a creditor’s promise not to insist on punctual payment of a debt may be justified by the fact that a third party is about to levy execution on the property that formed the security for the debt. Nor will it be inequitable for the promisor to go back on his promise if he does so promptly, while it is still possible to restore the promisee to the position in which he was before the promise was made.*” (TREITEL, op. cit., p. 48).

³¹² BEATSON; BURROWS; CARTWRIGHT, op cit., p. 119-120.

não há como se provar que a companhia arrendatária conduziria seus negócios de maneira diversa, não houvesse sido agraciada com a redução do aluguel³¹³. Assim, os autores indicam que uma compreensão mais aceita é de que não é necessário um prejuízo para o promissário e as cortes poderão inquirir casuisticamente se as circunstâncias realmente suscitariam dúvida quanto à razoabilidade de se realizar investimentos em razão da promessa.

Quarto, o instituto do *promissory estoppel* teria um efeito geralmente suspensivo, isto é, o promitente pode retomar os termos da avença ou relação após uma notificação³¹⁴. No entanto, é possível que seu efeito seja extintivo, por exemplo, se não for possível retomar os termos originais.

Quinto, no direito inglês, a doutrina do *promissory estoppel* não pode ser compreendida como uma causa para se ajuizar uma ação, uma vez que não substitui a *consideration*, constituindo tão somente defesa³¹⁵. No direito australiano essa regra já foi superada; há precedente possibilitando o ajuizamento de execução de promessas voluntárias e não formais fundado somente em *promissory estoppel*. Nesse caso, os autores apontam que não há permuta de nenhuma função jurídica com a *consideration*, mas sim coexistência; enquanto a *consideration* protege expectativas, a *promissory estoppel* tutela a confiança legitimamente gerada³¹⁶. Os autores indicam que o direito inglês ainda resiste a essa questão sobretudo em razão da preocupação em preservar a centralidade da *consideration*³¹⁷. Apesar disso, a jurisprudência inglesa admite a tutela da confiança por outras vias dogmáticas, como enriquecimento sem causa, e a noção já tratada de *practical benefit*. Esses elementos indicam que já há fundamentos jurídicos necessários para que o *promissory estoppel* seja uma causa de ação autônoma.

Nos Estados Unidos essa doutrina também evoluiu para ser um substituto à *consideration*, especialmente porque casos envolvendo promessas gratuitas geralmente envolvem a provocação de investimentos na parte beneficiada³¹⁸. Esse não é, contudo, seu único uso. Essa doutrina é utilizada também para resguardar a confiança gerada por ofertas, especialmente se uma das partes foi induzida a achar que um contrato havia se formado, e promessas feitas durante tratativas³¹⁹.

³¹³ Ibid., p. 120.

³¹⁴ Ibid., p. 121.

³¹⁵ Ibid., p. 123.

³¹⁶ CARTER, op. cit., p. 158-159.

³¹⁷ BEATSON; BURROWS; CARTWRIGHT, op. cit., p. 126-127.

³¹⁸ CALAMARI; PERILLO, op. cit., p. 258-259.

³¹⁹ Ibid., p. 258-263.

Em geral, o reconhecimento de *promissory estoppel* ensejará a aplicação de remédios proporcionais ao dano sofrido pelos investimentos feitos em confiança à promessa³²⁰. Contudo, tais danos podem ser apurados de duas formas. Em uma primeira construção, pode ser concedida a oportunidade para que o promitente retifique seus erros e restitua todos os valores perdidos. Uma forma alternativa seria obrigar o promitente a ser responsável pelas expectativas geradas por seus atos, executando o pacto informal como se contrato fosse. Essa última hipótese reforça a tese de que o *promissory estoppel* possui base para se constituir como substituto da *consideration*, uma vez que a tutela concedida seria baseada em expectativas (*expectation damages*), tornando mais sublimine a diferença prática entre esses institutos.

2.3 Regra do selo

Os instrumentos contratuais sob selo foram reconhecidos pelos aparatos judiciais na *common law* séculos antes do desenvolvimento da *consideration*³²¹. Como os ingleses medievais e do período renascentista eram em sua maioria iletrados, esse método foi útil para identificar as partes de um contrato³²². Após o surgimento da *consideration*, por vezes as cortes passaram a entender que o selo implicava presunção de atendimento desse requisito legal³²³. No entanto, com o desenvolvimento do direito contratual em sua complexidade, passou-se a exigir também a existência de texto suficiente para se depreender as obrigações, a entrega do contrato, partes capazes e, em alguns casos, pode ser requerida a execução de alguma prestação antes de que seja exigível o cumprimento coercitivo pela via judicial³²⁴.

As cortes podem se recusar a aplicar o remédio típico do inadimplemento contratual na *common law*, qual seja, a indenização por *expectation damages*, quando se tratar de um contrato gratuito, mesmo que celebrado em estrita conformidade com os requisitos legais do selo, sob o fundamento de que a medida não é compatível com a

³²⁰ CARTER, op. cit., p. 167-169.

³²¹ CALAMARI; PERILLO, op. cit., p. 268.

³²² HYLAND, op. cit., p. 335-336.

³²³ Calamari e Perillo explicam que, ainda que o selo afaste o requisito da *consideration*, em uma corte em que institutos de *equity* sejam aplicáveis, o tribunal poderá mitigar essa conclusão: “*Although a sealed instrument did not require consideration, a court of equity may take into account the absence of consideration in determining whether an equitable remedy such as specific performance should be granted*” (CALAMARI; PERILLO, op. cit., p. 269).

³²⁴ *Ibid.*, p. 268-269.

ausência de reciprocidade. Nesse cenário, curiosamente aplica-se a tutela específica, o que representa uma medida muito mais gravosa do que o simples pagamento³²⁵.

O principal efeito do selo, de acordo com as regras clássicas da *common law*, é permitir que um acordo gratuito se torne exigível perante o Poder Judiciário³²⁶. No entanto, essa não a única repercussão jurídica da utilização desse mecanismo. Tradicionalmente, compreendia-se que um documento celebrado com o selo somente poderia ser modificado ou extinto por igual instrumento, mantendo o paralelismo das formas. Essa regra, contudo, foi majoritariamente abandonada³²⁷. Outras duas normas que também sofreram modificações ao longo do tempo são: i. a permissão de que um mandante oculto não poderia ajuizar ou ser parte em uma ação com base em acordo com selo, o que já foi permitido em alguns casos; e ii. a possibilidade de um terceiro beneficiário seja a parte a executar o contrato, geralmente admitido nos dias de hoje. Por fim, em alguns locais dos Estados Unidos, os documentos feitos sob selo contam com prazos prescricionais mais longos do que avenças firmadas sem tal formalidade³²⁸.

Em seu surgimento, o ato de selar consistia em despejar uma pequena quantidade de cera quente em um documento, que seria então pressionado por um objeto para deixar a marca pessoal do contratante ou seu brasão familiar³²⁹. Contudo, atualmente, “a única coisa uniforme sobre o selo é a incerteza que envolve esse assunto”³³⁰, sendo que certas jurisdições estaduais dos Estados Unidos, Canadá e Austrália, assim como o Reino Unido, tratam o tema de forma diversa, inclusive sobre o que constitui um selo ou se sequer é possível celebrar um documento selado (*sealed document*).

No continente europeu, o selo foi extinto apenas em aparência por meio da *Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989*³³¹. O direito inglês manteve a possibilidade de se celebrar um acordo gratuito, sem *consideration*, capaz de ser reconhecido como contrato; no entanto, estabeleceu-se que avenças firmadas como escrituras (*deed*) dispensam a necessidade de reciprocidade nas obrigações. Em outras palavras, ainda se utiliza uma formalidade, trocando-se apenas a solenidade aplicável. Para se enquadrar como escritura, o documento deve ser (i) feito por escrito, (ii) deixando claro que a intenção é de que ele constitua uma escritura, (iii) ser assinado pelo declarante,

³²⁵ CARTER, op. cit., p. 117; CALAMARI; PERILLO, op. cit., p. 269.

³²⁶ CORBIN, op. cit., p. 349.

³²⁷ CALAMARI; PERILLO, op. cit., p. 274.

³²⁸ Ibid., p. 274-275.

³²⁹ HYLAND, op. cit., p. 336.

³³⁰ “Today the only thing uniform about the seal is the uncertainty that surrounds it” (Ibid., p. 341).

³³¹ MERKIN; SANTIER, op. cit., p. 98.

na presença de uma testemunha, ou assinado em sua direção na sua presença em conjunto com duas testemunhas, e (iv) ser entregue (*be delivered*) na condição de escritura³³². O requisito do selo permanece para contratos de constituição de empresas em certos cenários, porém se utiliza um adesivo, um círculo contendo as letras LS, em referência a *locus sigilli*, ou mesmo uma demarcação no papel indicando que o espaço representa um selo³³³. Por sua vez, o ato de “entregar” não significa a ação física de mover o contrato para a contraparte. A entrega corresponde a qualquer ato ou palavra dita que represente uma confirmação de que o documento é vinculante, podendo ocorrer de forma condicional se houver alguma circunstância que deve ser implementada antes do fechamento da avença.

No Canadá e na Austrália, a utilização do selo de forma ampla ainda é uma faculdade das partes³³⁴. No país da Oceania, as regras variam de acordo com a jurisdição estadual. Por exemplo, em Nova Gales do Sul, de acordo com o *Conveyancing Act* de 1919, exige-se, além do selo, que uma pessoa que não seja parte do contrato atue como testemunha. No Canadá, a província de Québec possui um sistema jurídico baseado no *civil law* e, naturalmente, não aplica a regra do selo. Nas províncias que adotam a *common law* como regra geral, aplica-se todos os efeitos de um contrato selado já mencionados³³⁵. Em *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, a Suprema Corte do Canadá reiterou a vigência da regra na *common law* canadense³³⁶, a despeito das crescentes críticas feitas a essa norma. No caso, Final Note Ltd., agindo como mandatária de mandantes ocultos, celebrou uma hipoteca sob a citada formalidade, na posição de devedor, com Friedmann Equity Developments Inc. Posteriormente, o devedor inadimpliu suas obrigações e o credor buscou reparações não somente em relação à contratante, mas também dos mandantes ocultos, que não eram parte do acordo. Os terceiros, então, arguíram que não poderiam ser acionados, vez que o contrato selado não permite que mandantes ocultos sejam acionados judicialmente por contrato celebrado apenas com o mandatário. Em suas razões, Friedmann Equity advogou pela extinção da regra do selo no Canadá, especialmente em relação ao efeito que impediria a empresa de

³³² MCKENDRICK, op. cit., p. 259. O acesso às regras completas sobre a criação de *deeds* está disponível de forma gratuita no portal do governo inglês.

³³³ BEATSON; BURROWS; CARTWRIGHT, op cit., p. 77.

³³⁴ CARTER, op. cit., p. 117; SÉRAFIN, Stéphane. Sealed and Delivered: A Theory of Unilateral Transfer at Common Law. *Alberta Law Review*, vol. 62, n. 01, 2020, p. 927-956. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3483200>, acesso em 09 de janeiro de 2025.

³³⁵ SÉRAFIN, op. cit., p. 927.

³³⁶ CANADÁ. Supreme Court of Canada. *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.* SCC 34 (CanLII), 1 SCR 842. 2000.

processar os beneficiários do devedor estabelecido no contrato. Ao final, a Suprema Corte canadense entendeu que tribunais não poderiam extinguir uma regra tão enraizada na *common law*, devendo tal mudança, se eventualmente ocorresse, ser realizada apenas por via legislativa³³⁷.

Os Estados Unidos representam as jurisdições em que houve crítica mais expressiva à regra do selo, principalmente sob o fundamento de que se tratava de um mecanismo anacrônico e ultrapassado, já que era pouco utilizado³³⁸. Essas críticas resultaram em impactos reais: na maior parte dos estados a possibilidade de se firmar documentos selados foi extinta ou seus efeitos foram atenuados. Calamari e Perillo dividem a legislação sobre selos em três tipos principais³³⁹.

Na primeira espécie, majoritária, os estados aboliram a regra. De forma complementar, algumas jurisdições criaram legislação em que um contrato é exigível, exceto se for comprovado que não há *consideration*, alterando o ônus probatório. Além disso, em certas legislações previu-se que renúncias dadas por escrito dispensam a necessidade de reciprocidade. Posteriormente, algumas jurisdições observaram que seria

³³⁷ É interessante observar as razões apresentadas pela Corte: “*A proposed change in the common law must be necessary to keep the common law in step with the evolution of society, to clarify a legal principle or to resolve inconsistency. A change should be incremental and its consequences should be capable of assessment. Courts should not intervene if a change will have complex, uncertain and far-reaching effects. Here, no compelling reasons exist for the abolition of the sealed contract rule. There is no conflicting appellate authority regarding whether the rule applies in Canada and its inclusion in Canadian common law is not out of step with other jurisdictions. The rule is consistent with commercial reality and with other rules that apply to sealed instruments, and continues to serve a useful purpose in our law. It has not caused inconvenience in commercial transactions nor great hardship. The sealed contract rule is part of a system of property and contract rules. To abolish it simply because the historical rationale for the rule is no longer important would necessarily call into question the validity of other rules that apply to sealed instruments and of other technical rules, both in the law of contract and in the law of property, which no longer appear to have any modern day rationale, thereby creating uncertainty both in commercial relations and in the law itself. The abolition of the sealed contract rule could also have far-reaching effects on existing contractual relationships. It would have the unfair result of creating uncertainty for those who had relied on the rule in executing their contracts. To avoid uncertainty and any unfairness to those parties who have structured their commercial relationships in accordance with the sealed contract rule, any change to the law should operate prospectively. Only a legislature has the power to create a prospective change in the law. (...) The foregoing analysis has focussed on the effects of the abolition of the sealed contract rule. In my view, the need to preserve certainty in commercial relations must be considered when a court is asked to make a change to the sealed contract rule. For example, a statement that the sealed contract rule does not apply to corporations would create uncertainty as to the potential liability of all those individuals who had corporate agents insulate them from any obligations under the contract by executing it under seal. While such uncertainty may not be as widespread as that which would result from the outright abolition of the rule, such a change in the law could still have the effect of frustrating the intentions of those parties who entered into their agreements with the understanding that the rule applied. Courts should be loath to make even smaller modifications to the sealed contract rule without clear evidence that such a change is necessary to keep in step with evolving commercial reality and that it will not have unwarranted far-reaching effects.*”

³³⁸ SÉRAFIN, op. cit., p. 931. Outra crítica, citada por Corbin, é de que não parecia justo manter um contrato gratuito em razão de uma formalidade “vazia” (CORBIN, op. cit., p. 352).

³³⁹ CALAMARI; PERILLO, op. cit., p. 275.

necessário criar um mecanismo para facultar a celebração de contratos gratuitos, instituindo outra mecânica substitutiva da antiga regra do selo³⁴⁰.

O segundo tipo prevê que o selo representa apenas presunção da existência de *consideration*, o que somente ocorreria em contratos com prestações diferidas. Assim, o ônus da prova recai sobre o réu, promissário, ainda que o autor não comprove ou sequer discuta o cumprimento do requisito para a formação contratual anteriormente citado, ou seja, se realmente a ação se pauta em um contrato³⁴¹.

O terceiro tipo se refere a situações em que se equiparou instrumentos sem selo e selados, entendendo-se em ambos que se presume a existência de *consideration*³⁴². Portanto, nesse cenário não há motivo para se adotar as formalidades.

Nos estados em que ainda se permite utilizar o selo, utiliza-se regras similares ao direito inglês citadas anteriormente³⁴³. Por exemplo, além do tradicional uso da cera quente, aceita-se qualquer símbolo que represente a formalidade, como adesivos, desenhos, e a indicação das letras “LS”. Ademais, as partes devem reconhecer e ter intenção de celebrar o acordo por meio do selo, podendo tal vontade ser demonstrada, por exemplo, nos considerandos do contrato.

A despeito das críticas ao uso dos selos, alguns autores reforçam que esse mecanismo é útil. Calamari e Perillo indicam quatro utilidades: i. função probatória de formação de um contrato; ii. função de evitar atos apressados e impensados; iii. função canalizadora, considerando que as partes sabem as consequências de utilização do instrumento; e iv. função esclarecedora, já que as partes tendem a detalhar melhor os termos e condições de seus contratos por escrito³⁴⁴.

Stéphane Sérafin, por sua vez, entende que o selo é um instituto pouco valorizado e muito criticado na *common law* por ser compreendido equivocadamente. O autor propõe que esse mecanismo não deve ser considerado como relacionado à *consideration*, mas sim uma nova forma de transferência de bens como os *executed gifts*, em que a mudança de titularidade ocorre na formalização do ato³⁴⁵.

A exposição realizada ao longo desta seção permite compreender o arcabouço normativo com o qual se deparam os autores que buscam teorizar sobre os fundamentos

³⁴⁰ CORBIN, op. cit., p. 352-353.

³⁴¹ Ibid., p. 352-353.

³⁴² CALAMARI; PERILLO, op. cit., p. 276.

³⁴³ Ibid., p. 270-275.

³⁴⁴ Ibid., p. 269.

³⁴⁵ SÉRAFIN, op. cit., p. 946-956.

do direito contratual na *common law*. Conforme demonstrado, a *consideration* constitui o principal critério de seleção das promessas juridicamente exigíveis nessa tradição, operando como filtro entre manifestações de vontade dotadas de força vinculante e aquelas que existem apenas fora do direito. Paralelamente, institutos como o *promissory estoppel* e a regra do selo revelam que a exigibilidade das promessas não decorre de um princípio único, mas de uma pluralidade de fundamentos que coexistem, por vezes de forma não inteiramente harmônica. Esse cenário, marcado por tensões internas e críticas doutrinárias crescentes, constitui o contexto sobre o qual se desenvolvem as teorias que serão analisadas a seguir.

2.4 *Consideration*, promessas de doação e a jurisprudência do STJ

A *consideration* revela-se como elemento de formação contratual consideravelmente mais complexo e multifacetado do que sua definição tradicional poderia sugerir. Embora seu núcleo conceitual de fato refira-se à exigência de reciprocidade entre prestações para que um acordo informal adquira o status de contrato, a aplicação concreta dessa doutrina pelos tribunais da *common law* nem sempre obedece a critérios uniformes ou logicamente consistentes. Em diversas situações, constata-se um esforço artificial para identificar *consideration* onde a reciprocidade é tênue (por exemplo, a onerosidade extraída da obrigação de fazer uma pessoa feliz). Por outro lado, em cenários como os das obrigações morais ou pretéritas, os tribunais se recusam a reconhecer a existência de reciprocidade, ainda que o promitente tenha manifestado clara intenção de se vincular e o promissário possua razões legítimas para esperar o cumprimento.

Ademais, não é possível compreender adequadamente o papel da *consideration* na *common law* sem considerar os institutos que a complementam e, em certa medida, atenuam seus rigores, como a regra do selo, *promissory estoppel* e *nominal consideration*. Em todas essas doutrinas, o promissário pode possuir direito à indenização ou ao cumprimento contratual com base em razões alheias à reciprocidade.

Ainda assim, não há como ignorar as semelhanças estruturais entre o núcleo da *consideration* e a jurisprudência consolidada nos tribunais superiores brasileiros a respeito das promessas de doação. O critério distintivo adotado no Brasil para diferenciar promessas de doação puras (inexigíveis) daquelas inseridas em transações familiares e com *modus* (exigíveis) aproxima-se funcionalmente da lógica subjacente à *consideration*.

Em ambos os casos, o elemento determinante para o reconhecimento da exigibilidade é a identificação de alguma forma de reciprocidade, ainda que oculta sob a aparência de liberalidade ou diluída no contexto mais amplo das relações entre as partes, sendo o trabalho das cortes, portanto, encontrar algum elemento de onerosidade. O resultado prático de ambos os sistemas é, nesse sentido, convergente: promessas de doação puras, desprovidas de contrapartida identificável, não são executáveis judicialmente. Caso a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros ainda realmente se estenda sobre os contratos consensuais de doação pura, como suscitado na Seção 1.5, há uma aproximação ainda maior com a *common law*.

Outro ponto de convergência se refere ao tratamento dispensado às doações já consumadas. Na *common law*, o *executed gift* não pode ser contestado com base na ausência de *consideration*. No Brasil, de modo análogo, o Código Civil de 2002 disciplina a doação como contrato típico e reconhece plenamente sua eficácia após a tradição do bem, o que não é contestado na jurisprudência.

No entanto, existem diferenças entre a posição brasileira e a *common law*. A mais relevante delas refere-se ao modo de formação dos contratos e à previsibilidade de cada sistema. A *consideration* consolidou-se como elemento de formação contratual por meio de *case law*. Trata-se de doutrina amplamente conhecida pelos operadores do direito nos países de tradição anglo-saxã. Essa disseminação permite que os agentes orientem sua conduta de forma adequada, buscando formalidades alternativas quando desejarem conferir força obrigatória a compromissos desprovidos de *consideration*.

No Brasil, a situação é diferente. A posição jurisprudencial que nega exigibilidade às promessas de doação puras não decorre de texto normativo expresso, mas sim de construção jurisprudencial com fundamentação dogmática precária. O entendimento dos tribunais superiores, portanto, não parece ser disseminado e conhecido pelos sujeitos submetidos ao direito. Ademais, considerando a existência de *nominal consideration*, da regra do selo e do *promissory estoppel* na *common law*, o donatário ou promissário-donatário dispõe de instrumentos para conferir força obrigatória a doações com prestações diferidas ou a promessas de doação. No Brasil, portanto, a jurisprudência criou uma regra ainda mais severa do que aquela presente na tradição anglo-saxã. Mesmo a adoção de forma especial é desconsiderada. O promissário brasileiro encontra-se, assim, em situação de maior desamparo jurídico do que seu congênere da *common law*, desprovido de mecanismos alternativos para tutelar suas expectativas legítimas.

Diante do panorama traçado, as discussões filosóficas desenvolvidas no âmbito da *common law* assumem particular relevância para o direito privado brasileiro. A posição jurisprudencial consolidada nos tribunais superiores carece de fundamento normativo explícito, mas isso não significa que ela seja desprovida de justificação. É possível que razões de ordem moral ou filosófica sustentem a distinção entre promessas de doação exigíveis e inexigíveis.

Por outro lado, a posição jurisprudencial brasileira pode representar não apenas uma solução pontual para o problema das promessas de doação, mas o sintoma de uma tensão mais profunda no interior do próprio sistema. Se os tribunais superiores estão corretos ao exigir reciprocidade como condição de exigibilidade, o ordenamento brasileiro pode conter uma incongruência que demande uma revisão geral legislativa de forma a se incorporar um requisito como a *consideration*. Alternativamente, caso as teorias filosóficas demonstrem a inadequação de se condicionar a vinculação contratual à presença de onerosidade, o resultado é a necessária mudança da jurisprudência brasileira.

Ademais, a análise filosófica permite a apuração de razões ocultas invocadas pelos tribunais brasileiros ao se exigir a onerosidade. Essas questões subjacentes são necessárias para se determinar a exigibilidade das obrigações, a diferença entre acordos e contratos em termos de seus poderes normativos, bem como o papel do consentimento, confiança e expectativa no direito privado.

Para a próxima seção, o presente trabalho considerará que um autor é capaz de justificar a jurisprudência brasileira se ele explicar o motivo pelo qual doações com prestações diferidas ou promessas de doação não devem ser exigíveis com base na *consideration*. Em outras palavras, o autor, para obter sucesso para os fins deste trabalho, deve não apenas justificar a *consideration*, mas também rejeitar os contratos de doação em todas as suas formas. Esse método é satisfatório, pois o critério da reciprocidade das obrigações é o que fundamenta a doutrina anglo-saxã, bem como a jurisprudência brasileira tratada neste trabalho

3 TEORIAS DO DIREITO CONTRATUAL E SUA POSIÇÃO QUANTO A *CONSIDERATION*

A doutrina brasileira tende a privilegiar uma abordagem dogmática em relação ao direito privado, voltada à sistematização e interpretação das normas postas, como se observa na Seção 1. Esse esforço inegavelmente possui seu valor; a compreensão da lei

em seus aspectos mais aparentes é essencial para apoiar os agentes envolvidos nas práticas jurídicas a navegarem nas teias normativas. Todavia, a abordagem dogmática, por si só, não ilumina questões mais fundamentais: *por que* o direito privado se estrutura de determinada forma? Quais valores ou objetivos justificam suas regras? Como aplicar ou modificar as normas para se adequarem a eventual estrutura subjacente?

Essas perguntas não são estranhas à experiência jurídica brasileira. No direito constitucional, doutrina e jurisprudência há muito recorrem a teorias filosóficas, políticas e econômicas para interpretar a Constituição³⁴⁶. O direito privado, embora estruturado em regras mais específicas, enfrenta prática análoga: seus institutos centrais, principalmente o contrato, a propriedade e a responsabilidade civil, também se amparam em concepções de justiça, autonomia e eficiência que se encontram subjacentes à aparência.

No ambiente acadêmico da *common law*, a noção acima foi percebida mais cedo. Desde o início do século XX, juristas inseridos nessa tradição têm desenvolvido teorias que buscam explicar e justificar o direito privado, fornecendo subsídios para os agentes envolvidos na prática jurídica se guiarem. Será a partir de algumas de tais teses que se examinará se há uma justificativa racional para negar a exigibilidade de promessas de doação puras no direito brasileiro.

No campo do direito contratual em específico, o trabalho que inaugurou o esforço de teorização pode ser atribuído ao artigo “*The Reliance Interest in Contract Damages*”, de autoria de Lon L. Fuller e William R. Perdue Jr., publicado em 1936³⁴⁷. Conforme aponta Peter Benson, ao contrário de outros autores da época, esses doutrinadores “não simplesmente partem do princípio da indenização por interesse positivo do contrato (*expectation damages*) como o princípio fundamental da compensação, mas clara e decisivamente questionam ele”³⁴⁸. Nesse sentido, o autor destaca que, pela primeira vez,

³⁴⁶ Não raramente são citados autores como Konrad Hesse, Robert Alexy, Lênio Streck, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin em decisões do Supremo Tribunal Federal. A título de exemplo, confira-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário* n. 1.263.641/RS. Recorrente: Marcos Alessandro Zampieri. Recorrido: Presidente da Junta Comercial do Estado de Santa Catarina e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, julgado em 13 out. 2020, publicado em 28 out. 2020.

³⁴⁷ BENSON, Peter (ed.). *The theory of contract law: new essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 1.

³⁴⁸ “*The reason why twentieth-century contract theory begins with Fuller's article is precisely because it in contrast to the work of these other scholars, does not simply take the expectation principle as the fundamental principle of compensation but clearly and decisively questions it. In doing so, Fuller challenges the coherence of contract on a point that goes to its very core. For the first time in the twentieth century, contract scholarship must ask at a fundamental level what is the normative basis of contract*” (Ibid., p. 2).

a doutrina “*deve se perguntar em um nível fundamental qual é a base normativa dos contratos*”.

No artigo mencionado acima, Fuller e Perdue partem da premissa de que a indenização por interesse positivo parece, ao menos *prima facie*, um remédio contratual “esquisito” (*queer*)³⁴⁹. Isso porque, em casos em que a prestação é diferida e não houve nenhum tipo de investimento pelas partes para o cumprimento da promessa (*reliance*), não há nenhum prejuízo ou dano, de modo que não haveria nenhum bem jurídico tutelado que ensejasse a reparação. Portanto, esse método de cálculo da indenização considera que o autor teve algo que nunca foi dele. Em primeira análise, outras duas espécies indenizatórias parecem ser mais adequadas para ensejar reparação financeira, pois representam casos em que o credor realmente sofreu prejuízo: i. indenização por interesse negativo (*reliance damages*), que corresponde ao retorno do *status quo ante* da celebração do contrato, com pagamento dos investimentos feitos pela parte lesada; e ii. restituição (*restitution*), decorrente de casos em que houve o enriquecimento sem causa por uma das partes.

A indenização por interesse positivo, na visão dos autores, deturpa a estrutura formal do direito privado, referente à justiça corretiva aristotélica, em que uma parte deve à outra exatamente o que lhe tirou. Nessa espécie indenizatória, a lei promove o surgimento de uma nova situação e não a retomada do *status quo ante*, aplicando, na verdade, a justiça distributiva de Aristóteles³⁵⁰.

A despeito de reconhecer que a indenização por interesse positivo não parece justificável, Fuller e Perdue se propõem a buscar uma forma de explicá-la, considerando que se trata de uma norma fundamental da *common law*. Após analisar diversas posições, os autores endossam que o interesse positivo atua como uma forma mais eficiente de proteger investimentos feitos em confiança da promessa (*reliance*)³⁵¹. Os esforços da parte inocente muitas vezes são de difícil comprovação, o que impossibilitaria a indenização; conceder o interesse positivo, por sua vez, resguarda os interesses do credor.

³⁴⁹ FULLER, L. L.; PERDUE JR., William R. The reliance interest in contract damages. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 46, 1936, pp. 52-96.

³⁵⁰ *In verbis*: “*In passing from compensation for change of position to compensation for loss of expectancy we pass, to use Aristotle’s terms again, from the realm of corrective justice to that of distributive justice. The law no longer seeks merely to heal a disturbed status quo, but to bring into being a new situation. It ceases to act defensively or restoratively and assumes a more active role. With the transition, the justification for legal relief loses its self-evident quality. It is as a matter of fact no easy thing to explain why the normal rule of contract recovery should be that which measures damages by the value of the promised performance*” (Ibid., p. 56-57.)

³⁵¹ Ibid., p. 57-62.

A maior facilidade para obter a compensação possui uma repercussão própria: os devedores têm menos incentivos para inadimplir suas obrigações, uma vez que, na prática, sabem que será imposta uma sanção grave em seu desfavor. Ademais, ao criar uma situação jurídica em que os credores têm confiança que receberão o que esperavam ganhar com o contrato, cria-se um ambiente favorável para transações comerciais.

O texto mencionado acima não foi a única obra em que Lon Fuller se debruçou sobre o motivo pelo qual algumas regras do direito privado devem existir. Um artigo tão importante quanto o supracitado é “*Consideration and Form*”, publicado em 1941. Nesse texto, Fuller investiga a racionalidade das formalidades legais, bem como as políticas (*policies*) subjacentes à doutrina da *consideration* na *common law*, demonstrando que esse elemento contratual possui uma relação estreita com a forma³⁵². O autor sustenta que a *consideration* possui um aspecto formal e outro substantivo. O primeiro requisito protege os contratantes de decisões precipitadas que poderiam conduzi-los à celebração de promessas gratuitas, tornando inexigíveis os contratos que não atendam a esse pressuposto³⁵³. Em relação ao aspecto substantivo, argumenta-se que promessas gratuitas não possuem relevância suficiente para justificar a intervenção judicial.

Fuller identifica três funções desempenhadas pelas formalidades legais: i. de evidência ou probatória, referente à facilidade de comprovar a existência e o conteúdo dos contratos celebrados; ii. preventiva, que visa evitar que os indivíduos pratiquem atos impensados ou precipitados; iii. canalizadora, que consiste em marcar ou sinalizar uma promessa como contrato, de modo que sua exigibilidade não precise ser colocada à prova quando executada coativamente. A função canalizadora merece especial atenção, pois permite que pessoas leigas participem do mundo jurídico com maior segurança, distinguindo claramente as promessas que geram obrigações daquelas que não possuem essa implicação³⁵⁴. A identificação dessas funções é importante, pois permite avaliar quando uma regra relativa às formas é boa ou ruim, dependendo do quanto é aderente aos objetivos das solenidades elencados acima.

No tocante às bases substantivas, o Fuller se refere às razões que justificam a intervenção judicial para fazer cumprir uma promessa. Nesse sentido, o doutrinador apresenta que a base mais difundida é o princípio da autonomia privada, segundo o qual

³⁵² FULLER, Lon L. *Consideration and Form*. *Columbia Law Review*, vol. 41, n. 5, maio, 1941, p. 799-824.

³⁵³ Nota-se que esse argumento é muito similar ao utilizado pelos doutrinadores brasileiros para justificar a necessidade de que o contrato de doação tenha natureza solene.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 800-803.

a lei atribui às pessoas privadas a capacidade de criar regras vinculantes para si mesmas. Quando um tribunal determina o cumprimento de um contrato, portanto, está aplicando uma norma estabelecida pelas próprias partes por meio de exercício de poder similar ao de legislar³⁵⁵. A segunda base possível se refere à proteção de potenciais ou efetivos investimentos feitos por uma das partes em razão do acordo firmado (*reliance*). A terceira é a prevenção do enriquecimento sem causa, que o pensador compreende como uma forma agravada da base acima³⁵⁶.

Fuller pondera, contudo, que simultaneamente à existência das razões substantivas descritas acima para se executar um contrato, há também motivos da mesma ordem de importância para não tornar um acordo exigível. Nesse contexto, os custos podem impactar na análise política de tornar uma promessa exigível, tanto considerando as despesas do Poder Judiciário, quanto também levando em conta a perda de certa liberdade, por exemplo, quando se torna necessário tomar mais cuidado durante as tratativas para evitar a formação acidental de uma avença³⁵⁷.

A conexão entre forma e bases substantivas para a vinculação contratual é crucial para o argumento de Fuller. O autor sustenta que, quanto mais presentes estiverem as razões substantivas para a responsabilidade contratual, menor será a necessidade de formalidades. Inversamente, quanto mais etéreas tais bases, maior será a importância da forma como garantia³⁵⁸. Essa relação permite a Fuller construir uma gradação entre diferentes situações contratuais.

Em um extremo encontram-se os contratos em que uma das partes já cumpriu sua obrigação. Nesses casos, há investimento evidente e risco de enriquecimento sem causa. É nesses cenários que as razões substantivas para execução contratual são mais robustas, de modo que a exigência de forma pode ser amplamente flexibilizada. No outro extremo estão as promessas gratuitas, das quais não se extrai nenhuma base substantiva. O autor observa que esses contratos não são exigíveis tanto na *civil law* quanto na *common law*, respectivamente por ausência de forma solene e por inexistência de *consideration*, o que corrobora suas conclusões.

³⁵⁵ Ibid., p. 806-810. Fuller reconhece que a autonomia privada não pode ser ilimitada enquanto base para a execução de contratos e conclui: “*It is this general desideratum which underlies the principle of private autonomy. Whenever we can reinforce this general need for regulation by a showing that in the particular case private agreement is the best or the only available method of regulation, then in such a case ‘the principle of private autonomy’ may properly be referred to as a ‘substantive’ basis of contract liability*” (Ibid., p. 810).

³⁵⁶ Ibid., p. 810-813.

³⁵⁷ Ibid., p. 813.

³⁵⁸ Ibid., p. 814-819.

Entre esses dois opostos, há uma espécie intermediária: os contratos de prestação diferida, nos quais ambas as partes se comprometeram com obrigações, mas nenhuma cumpriu ainda. Nesses casos não há a presença de investimento ou enriquecimento sem causa, porém sua exigibilidade, sem que fossem cumpridos requisitos formais, foi reconhecida pelos tribunais a partir do século XVI. Fuller entende que esse desenvolvimento tardio ocorreu justamente porque não existem tantas bases substantivas para tornar essa promessa exigível, sendo a única base a autonomia privada e o fato de que, sob o ponto de vista formal, cumpre-se as funções canalizadora e preventiva. Em casos de *consideration* simbólica (*nominal consideration*), as razões para se reconhecer tal acordo pelo direito se alteram, uma vez que não há uma barganha; nesses casos, o referido elemento da formação contratual exerce função meramente formal, de forma similar aos selos, já que as partes tomaram o cuidado de estabelecê-lo, revelando seu desejo de formar um vínculo obrigacional³⁵⁹.

Por fim, Fuller oferece considerações prospectivas. O autor entende que, a despeito de uma tendência à informalidade nas relações comerciais, as questões relativas à forma dificilmente desaparecerão, pois suas funções permanecerão relevantes³⁶⁰. Ademais, ele rejeita a abolição da *consideration*, que considera improvável e inadequada, considerando que os problemas que esse instituto visa resolver não desaparecerão. A melhor alternativa, em sua visão, é abandonar uma concepção que pretende aplicar a doutrina desconectada de suas finalidades³⁶¹⁻³⁶².

³⁵⁹ Ibid., p. 820.

³⁶⁰ O autor conseguiu prever a extinção dos selos e a ascensão da *nominal consideration*: “*Doubt may legitimately be raised, however, whether there will be any place in the future for what may be called the ‘blanket formality’, the formality which, like the seal, suffices to make any kind of promise, not immoral or illegal, enforceable. It is not that there is no need for such a device. The question is whether with our present-day routinized and institutionalized ways of doing business a “blanket formality” can achieve the desiderata which form is intended to achieve. Under modern conditions perhaps the only devices which would be really effective in achieving the formal desiderata would be that of a nominal consideration actually handed over, or a requirement that the promise be entirely in the hand-writing of the promisor. As the holographic will shows, even the second of these devices would be inadequate from the standpoint of the ‘channeling’ function.*” (Ibid., p. 823).

³⁶¹ Ibid., p. 823-824.

³⁶² A teoria de Fuller não pode fundamentar a inexigibilidade das promessas de doação no direito brasileiro, pois conduziria ao afastamento de todo e qualquer contrato gratuito do Poder Judiciário. Tal conclusão é incompatível com o nosso sistema jurídico, que deve reconhecer a executabilidade do contrato de doação dada sua natureza consensual. Ademais, as conclusões do autor acerca dos contratos gratuitos não deixam dúvida quanto à possibilidade de exigir judicialmente uma avença sem reciprocidade de prestações, desde que observados os requisitos formais previstos. Nesse contexto, cumpre recordar que, no Brasil, o contrato de doação é solene e se submete justamente a essa exigência de forma, razão pela qual a teoria de Fuller, acaba por reforçar entendimento diametralmente oposto àquele defendido e aplicado pela jurisprudência brasileira.

Após os trabalhos de Fuller, a teorização sobre o direito contratual permaneceu sem relevância expressiva até o final da década de 70 e início dos anos 80. Nesses últimos anos, que Benson denomina de primeira onda pós-Fuller³⁶³, foram desenvolvidas diversas teorias contestando e reforçando a doutrina contratual estabelecida.

Grant Gilmore, em sua célebre obra “*The Death of Contract*”, adota uma abordagem genealógica da teoria contratual da *common law*. O autor afirma que o direito dos contratos nessas jurisdições seguia o desenvolvimento casuístico e histórico próprio dessa tradição jurídica até o século XVIII, porém, no século XIX, houve um esforço doutrinário e jurisprudencial para criar um corpo jurídico racional (em semelhança ao que fazemos na *civil law*)³⁶⁴ até então inexistente. A cola que juntou todas as peças desse arranjo artificial foi justamente a doutrina da *consideration*, cuidadosamente reformulada como um conjunto de regras mais ou menos concatenadas, que até então não era algo conceituado. E, de fato, como se observa na Seção 2, todas as decisões que guiam a interpretação desse instituto em sua acepção atual surgiram a partir do século XIX.

Uma das características dessa nova teoria contratual da *common law*, chamada de doutrina clássica³⁶⁵, foi separar e delimitar, de forma cirúrgica, os limites da responsabilidade contratual e responsabilidade por atos ilícitos (*torts*). Essa invenção, defende Gilmore, foi proposital e sintética, porém influenciou profundamente como as cortes interpretavam e, por consequência, produziam direito. A asserção inovadora do autor se refere à sua observação de que a doutrina clássica contratual estaria

³⁶³ BENSON, op. cit., 2001, p. 4.

³⁶⁴ GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: The Ohio State University Press, 1974, p. 18-19.

³⁶⁵ Patrick Atiyah descreve com clareza a legislação imposta pela teoria clássica: “By 1870, as we have seen, classical law had arrived its mature form. A model of contractual theory had been largely worked out by the Courts which had been superimposed on the specific relationships and rules applicable to particular transactions. A general law of contract had come into existence with two principal characteristics. The first was that the model of contract was based on the economic model of the free market transaction; and the second was that contract was seen primarily as an instrument of market planning, that is to say, the model was that of the wholly executory contract. The model of the executory contract was so powerful that, even where the actual formation of the contract had not proceeded in accordance with the model, lawyers tended to conceptualize the process as though it had. Thus, partly executed, and even wholly executed, transactions were still seen by lawyers as corresponding to this model. The source of legal obligation was still seen as located in mutual acts of will which created the contract, even where actual benefits had been rendered and accepted, or acts of reliance had been performed. Moreover, the contract once made was ‘binding’ without more. It is true that in certain circumstances (e.g., where market prices did not change) it substantive results flowed from a breach of such binding contract; if it was still wholly executory, but that was a part of the law of damages, and not relevant to the formation or nature of the contract. Above all, of course, the model was suffused with the notion that the consequences of the contract depended entirely on the intention of the parties, and were not imposed by the Courts. The Courts did not make contracts for the parties, nor did they adjust or alter the terms agreed by the parties. The fairness and justice of the exchange was irrelevant.” (ATIYAH, Patrick S. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 681.)

desaparecendo e cedendo lugar, novamente, para a responsabilidade por atos ilícitos, especialmente por fenômenos como o surgimento da *promissory estoppel* e outros que permitem a indenização apenas com base em investimentos feitos por uma parte³⁶⁶.

Outro autor que, ao longo da década de 1970, recorreu à história do desenvolvimento do direito contratual para formular teorias nesse campo foi Patrick Atiyah. O jurista inglês produziu um trabalho imponente sobre a história do direito na *common law*, incorporando análises de ordem social, econômica e política. Em seus estudos, ele descreve o processo de progressiva valorização da liberdade contratual, posteriormente alçada pela doutrina clássica do *common law* ao status de elemento central das relações contratuais, bem como as circunstâncias históricas e institucionais que impediram que a autonomia da vontade se afirmasse, de forma contínua, como a principal fonte de vinculação obrigacional.

Segundo Atiyah, até o final do século XVIII, as cortes inglesas não extraíam obrigações das promessas; estas serviam para demonstrar a existência de um contrato, mas não eram o motivo pelo qual se impunha, coativamente, certos deveres em razão de um acordo³⁶⁷. A fonte obrigacional reconhecida pelo Poder Judiciário era amparada, na maior parte dos casos, em enriquecimento ilícito e investimentos feitos em razão do contrato (*reliance*), motivo pelo qual o direito contratual se baseava amplamente em avenças de prestação instantânea ou em que uma parte cumpria seus deveres na assinatura³⁶⁸.

A partir do final do século XVIII e até o final do século XIX, Atiyah observa que diversas condições institucionais, econômicas, políticas, jurídicas e sociais, tais como a ascensão do individualismo e do utilitarismo, o foco no formalismo em detrimento da equidade e a expansão do livre mercado, viabilizaram o surgimento de uma teoria voluntarista do contrato. Nessa visão, as avenças decorrem exclusivamente da vontade das partes e estas são responsáveis por todos os aspectos do cumprimento obrigacional, inclusive pelas repercussões jurídicas de eventual inadimplemento³⁶⁹. Assim, os contratos de prestação diferida surgem como o principal instrumento e método de criação de deveres contratuais, uma vez que representam o cenário por excelência em que a intenção das partes tem maior poder normativo.

³⁶⁶ GILMORE, op. cit., p. 96-98.

³⁶⁷ ATIYAH, op. cit., 1979, p. 139-144.

³⁶⁸ Ibid., p. 199.

³⁶⁹ Ibid., p. 408-411.

No entanto, já no final do século XIX, Atiyah percebe que houve crescente desvalorização da vontade como elemento central da constituição e responsabilidade contratuais. O surgimento de uma sociedade de consumo, o atingimento da forma final do capitalismo não regulado - o monopólio -, a criação de direitos coletivos e outras circunstâncias estabeleceram condições para que políticos e juízes estipulassem leis que culminavam por permitir a intervenção e revisão de avenças, mesmo contra a vontade das partes. Assim, o autor observa que houve a retomada da situação em que se valorizava mais aspectos diferentes da intenção para a formação de contratos³⁷⁰.

A abordagem histórica, contudo, não foi a única que ganhou fôlego nos anos 70 com a intenção de questionar as normas postas para o direito contratual. Nessa mesma década, a corrente de pensamento “Estudos Críticos do Direito” (*Critical Legal Studies*) ganhou projeção. Esse movimento se ampara em duas críticas principais. A primeira se refere ao questionamento do formalismo defendido por juristas do século XIX e ainda presente atualmente, correspondente à possibilidade de se criar um método de argumentação jurídica exclusivo para a ciência do Direito, isolado de outras disputas da vida comum³⁷¹. Por conseguinte, na visão criticada, um corpo de estudos jurídicos somente pode existir enquanto disciplina com racionalidade interna própria, sem ou com poucas influências externas. A segunda tese principal dos Estudos Críticos do Direito é a descrença no objetivismo, conceito relacionado à existência de uma moralidade subjacente às normas jurídicas que conectam todas elas de forma razoavelmente lógica.

A obra mais expressiva para a primeira onda pós-Fuller em matéria contratual inserida nos Estudos Críticos do Direito foi escrita por Duncan Kennedy, chamada “*Form and Substance in Private Law Adjudication*”. O texto retrata o estado da retórica estadunidense sobre o direito privado, utilizando o direito contratual como exemplo principal. Kennedy observa que há duas dicotomias no discurso jurídico: i. de origem formal, entre as normas gerais claramente definidas (*rules*) e os padrões mínimos criados em sua maioria para casos específicos (*standards*); e ii. de ordem substantiva, entre o individualismo, como doutrina ética que valoriza apenas os desejos pessoais, e o altruísmo, moralidade em que o “eu” não deve ser tão importante quanto a comunidade³⁷². O autor observa que os *standards* possuem maior compatibilidade com ideias

³⁷⁰ Ibid., p. 729-778

³⁷¹ UNGER, Roberto Mangabeira. *The critical legal studies movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1983, p. 1-2.

³⁷² KENNEDY, Duncan. Form and substance in private law adjudication. *Harvard Law Review Association*, vol. 89, n. 8, jun. 1986, p. 1685-1778.

substantivas vinculadas ao altruísmo, ao passo que as regras geralmente recorrem ao individualismo como ideologia subjacente. A grande tese do autor é que ambos os extremos propostos pela doutrina estadunidense são falhos e insuficientes, revelando uma crise institucional e humana entre duas moralidades irreconciliáveis.

Segundo Kennedy, entre 1850 e 1940, se formou uma posição de “tudo ou nada” entre o individualismo e o altruísmo nas instituições, sendo prevalescente uma rejeição completa à segunda base substantiva na doutrina jurídica. A noção individualista adotada naquele momento era peculiar e acreditava-se que seria consistente e completa o suficiente para ser fonte de ordenamentos jurídicos como um todo. Assim, a autonomia e a vontade ganham força como fonte normativa, da qual se derivam, por processo dedutivo, regras e princípios³⁷³. O problema atual surge quando essa posição paulatinamente consolidada nos séculos XIX e XX não se mostra suficiente para explicar todas as instituições do direito privado. O retorno de argumentos morais e de políticas públicas (*policy*) é um sintoma da erosão da noção clássica do individualismo rejeitada na era moderna³⁷⁴.

A grande conquista de Kennedy com esse estudo é escancarar a imperfeição do modelo atual, provocando a mudança do paradigma³⁷⁵. Ademais, ao observar o altruísmo como uma parte essencial do processo de aplicação de normas, o autor contesta a visão de que essa moralidade abre espaço para a tirania.

Dentre todas as teorias sobre o direito privado que surgiram na primeira onda pós-Fuller, é razoável afirmar que duas se tornaram as mais influentes: a análise econômica do direito e as explicações filosóficas do direito privado, especialmente o trabalho de Charles Fried. Ambos os pensamentos citados anteriormente serão tratados em detalhe adiante, porém é importante mencionar que a análise econômica do direito se tornou o movimento predominante em várias áreas da doutrina jurídica nos Estados Unidos, inclusive no direito contratual³⁷⁶, transformando-se na tese central a ser antagonizada pelas teorias baseadas na filosofia³⁷⁷.

³⁷³ Ibid, p.1728-1729.

³⁷⁴ Ibid., p. 1730-1731.

³⁷⁵ Ibid., p. 1775.

³⁷⁶ FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015, p. xii. Ver também: POSNER, Eric. A. *Economic analysis of contract law after three decades: success or failure?* *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 146, 2002.

³⁷⁷ Robert Cooter e Thomas Ulen explicitam a influência acadêmica desse movimento: “*Economics has changed the nature of legal scholarship, the common understanding of legal rules and institutions, and even the practice of law. As proof, consider these indicators of the impact of economics on law. By 1990 at least one economist was on the faculty of each of the top law schools in North America and some in Western Europe. Joint degree programs (a Ph.D. in economics and a J.D. in law) exist at many prominent*

Benson identifica ainda uma segunda onda de teorizações sobre o direito privado, iniciada no final da década de 1980³⁷⁸. Esse movimento renovado tem como marco a crítica formulada por Richard Craswell no influente artigo “*Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising*”. O autor, embora vinculado ao movimento da análise econômica do direito, distingue-se pelo engajamento sério com teorias filosóficas do contrato, característica que lhe confere posição peculiar no debate³⁷⁹.

O ponto de partida de Craswell é um reconhecimento: as teorias contratuais de fundamento moral surgidas entre o final dos anos 1970 e o início dos 1980, notadamente Charles Fried, com sua tese baseada na promessa e na autonomia privada, e Randy E. Barnett, com sua base no consentimento, oferecem explicações satisfatórias para a força normativa dos contratos, sendo úteis para se determinar “*agreement rules*”, isto é, normas de formação do contrato³⁸⁰. Todavia, Craswell sustenta que essas mesmas teorias fracassam diante de uma segunda questão: a determinação do conteúdo das obrigações contratuais. Conceitos abrangentes de substância neutra, como autonomia privada e consentimento, embora adequados para fundamentar a força obrigatória das avenças, seriam insuficientes para preencher as *default rules*. Essas normas, por sua vez, regulam aspectos centrais da relação contratual: critérios para aferição de danos indenizáveis, distinção entre interesse positivo e interesse negativo na quantificação de perdas e danos, cânones hermenêuticos aplicáveis à interpretação de cláusulas ambíguas e lacunas, entre

*universities. Law reviews publish many articles using the economic approach, and there are several journals devoted exclusively to the field. An exhaustive study found that articles using the economic approach are cited in the major American law journals more than articles using any other approach. Many law school courses in America now include at least a brief summary of the economic analysis of law in question. Many substantive law areas, such as corporation law, are often taught from a law-and-economics perspective.5 By the late 1990s, there were professional organizations in law and economics in Asia, Europe, Canada, the United States, Latin America, Australia, and elsewhere. The field received the highest level of recognition in 1991 and 1992 when consecutive Nobel Prizes in Economics6 were awarded to economists who helped to found the economic analysis of law—Ronald Coase and Gary Becker. Summing this up, Professor Bruce Ackerman of the Yale Law School described the economic approach to law as “the most important development in legal scholarship of the twentieth century.” The new field’s impact extends beyond the universities to the practice of law and the implementation of public policy. Economics provided the intellectual foundations for the deregulation movement in the 1970s, which resulted in such dramatic changes in America as the dissolution of regulatory bodies that set prices and routes for airlines, trucks, and railroads. Economics also served as the intellectual force behind the revolution in antitrust law in the United States in the 1970s and 1980s. In another policy area, a commission created by Congress in 1984 to reform criminal sentencing in the federal courts explicitly used the findings of law and economics to reach some of its results. Furthermore, several prominent law-and-economics scholars have become federal judges and use economic analysis in their opinions (...)” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6a ed. Boston: Addison-Wesley, 2012, p. 1).*

³⁷⁸ BENSON, op. cit., 2001, p. 5-6.

³⁷⁹ POSNER, op. cit., 2002.

³⁸⁰ CRASWELL, Richard. Contract law, default rules, and the philosophy of promising. *Michigan Law Review*, vol. 88, n. 3, dez. 1989, p. 489-529.

outros³⁸¹. Por exemplo, a opção entre indenização pelo interesse positivo (*expectation damages*) ou pelo interesse negativo (*reliance damages*) não pode ser resolvida pela noção de autonomia privada, pois nenhuma das alternativas poderia promover “mais” ou “menos” autonomia que a outra; ambas são neutras quanto a esse referencial.

As constatações de Craswell permitem uma conclusão inicial de que apenas teorias instrumentais do direito privado seriam capazes de justificar e explicar o conteúdo das *background rules*. Os autores da segunda onda de teorização contratual pós-Fuller identificada por Benson assumem o desafio de enfrentar o problema evidenciado por Craswell, especialmente para demonstrar que é possível conferir coerência interna ao direito privado e justificar o conteúdo de suas normas a partir de conceitos dessa própria disciplina. Pensadores como o próprio Peter Benson, James Gordley e Alan Brudner se encontram nesse movimento.

Desde o final dos anos 80, observa-se certa constância em novas publicações por parte dos supracitados doutrinadores. Ademais, novos atores também surgiram e se tornaram peças centrais na filosofia contratual da *common law*, notadamente Aditi Bagchi, Seana Shiffrin, Dori Kimmel, Hanoch Dagan, Michael. E. Heller, John Gardner e Daniel Markovits³⁸².

Para o estudo de como a filosofia dos contratos pode justificar a *consideration* e, por sua vez, a inexigibilidade das promessas de doação foram escolhidas as obras de pensadores que focam na explicação dessa doutrina, ainda que estejam inseridos em diferentes ondas. Ademais, mostra-se oportuno iniciar as discussões com a visão da posição acadêmica dominante: a análise econômica do direito.

3.1 A posição da análise econômica do direito

A análise econômica do direito constitui um movimento que se propõe a aplicar os instrumentos teóricos e metodológicos da ciência econômica ao estudo das searas jurídicas, em suas múltiplas dimensões³⁸³. Esse estudo se assenta sobre uma premissa: a economia, enquanto ciência humana, dedica-se ao estudo do comportamento humano e,

³⁸¹ CRASWELL, op. cit., p. 517-528.

³⁸² É interessante notar que recentemente houve a publicação do “Research Handbook on the Philosophy of Contract Law”, o que indica um interesse surgente sobre o assunto, considerando que se trata de um livro introdutório e de compilação.

³⁸³ COOTER; ULEN, op. cit., p. 3-4.

portanto, é capaz de antecipar os prováveis resultados entre diferentes escolhas normativas, considerando incentivos e desincentivos.

No plano normativo, a análise econômica do direito tradicionalmente elegeu a eficiência como critério orientador. O conceito de eficiência, nesse contexto, assume formulações diversas. No entanto, esse método não pode ser reduzido à busca pela eficiência. Em alguns casos, utiliza-se a economia para modelar formas de distribuição de renda, por exemplo³⁸⁴.

Um dos maiores expoentes do movimento da análise econômica do direito é Richard A. Posner³⁸⁵. Esse autor tratou dos contratos gratuitos em sua prolífica produção. Assim, sua escolha para representar essa corrente é propícia.

Nesse contexto, é importante mencionar que o autor adota um conceito de eficiência particular. Em sua visão, a utilização eficiente de recursos ocorre quando, por meio de trocas voluntárias, “os recursos são direcionados para os usos em que o valor para os consumidores, medido por sua disposição a pagar, é mais elevado”³⁸⁶.

A respeito dos contratos gratuitos, o ponto de partida de Posner consiste em uma pergunta: por que alguém faria uma promessa sem receber algo em troca³⁸⁷? Segundo o autor, em uma análise inicial, as promessas tendem a induzir trocas equivalentes. Portanto, se a intenção dos agentes for realizar uma doação, por que não a efetuar de imediato, no momento em que essa disposição se manifesta?

A resposta de Posner para justificar a existência (e não necessariamente exigibilidade) das promessas gratuitas como ação humana se sustenta na tese de que, ao possibilitar a vinculação de uma conduta, ela gera mais utilidade ao promitente (na doação, o doador) do que a mera transferência³⁸⁸. Isso ocorre porque, ao criar uma obrigação contratual, o valor presente da doação é ampliado para o promissário (na doação, o donatário), sem custos para o promitente³⁸⁹. Esse fenômeno se deve à certeza gerada pela obrigação vinculante em comparação com um fluxo incerto de prestações futuras. Portanto, a não exigibilidade de promessas gratuitas elimina essa utilidade e cria um incentivo para que todas as transações com obrigações assimétricas fossem imediatas.

³⁸⁴ Ibid., p. 3-4.

³⁸⁵ Para uma análise da importância de Posner para a análise econômica do direito, ver HARNAY, Sophie; MARCIANO, Alain. Posner economics and the law: from “law and economics” to an economic analysis of law. *Journal of the History of Economic Thought*, vol. 31, n. 2, jun. 2009, p. 215-232.

³⁸⁶ POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986., p. 9.

³⁸⁷ POSNER, Richard A. Gratuitous promises in economics and law. *The Journal of Legal Studies*, vol. 6, n. 2, jun. 1977, p. 411-426.

³⁸⁸ Ibid., p. 412-413.

³⁸⁹ Ibid., p. 412-413.

Ademais, o promitente pode julgar que a vinculação de seus atos futuros, aumentando o valor presente do bem gratuito, gera mais utilidade para si do que a liberdade de mudar a ideia em momento posterior. Assim, tornar esses acordos sem reciprocidade nas prestações em contratos reconhecidos pelo direito também aumenta a riqueza social por esse ponto de vista.

Não obstante a demonstração de que promessas gratuitas podem gerar utilidade para o promitente, Posner reconhece que nem todas devem ser executadas perante o Poder Judiciário. O desenho das normas jurídicas leva em consideração os custos judiciais de se exigir uma avença, o que, na grande maioria dos casos, envolve despesas sociais. Não se trata apenas das expensas administrativas, há de se considerar também os custos da ocorrência de erro judicial, causando a execução de um acordo que não correspondia a um contrato efetivamente³⁹⁰.

A partir desses critérios, o autor examina a abordagem dos tribunais da *common law*³⁹¹. A regra geral é que as promessas gratuitas não são exigíveis. Esse princípio apresenta justificativa econômica: promessas de pequeno valor produzem pouco incremento de utilidade por um lado e, por outro, envolvem custos de erro judicial elevados, além das próprias despesas judiciais que tornam a execução desses pactos improvável. Além disso, nesses cenários geralmente existe outra sanção disponível para o promissário, qual seja, a recusa de se envolver em novos acordos com o promitente, pois pequenas promessas gratuitas ocorrem com frequência dentro da mesma família³⁹².

Entre as exceções à regra geral, Posner analisa primeiramente os casos de *past consideration*³⁹³. Em casos de promessas de pagamento de dívidas não exigíveis por prescrição, falência ou anulabilidade, a utilidade para o promitente é elevada, pois o compromisso melhora a sua reputação perante o mercado. Como a obrigação subjacente é bilateral, os custos de execução tendem a não ser superiores àqueles de contratos onerosos. Esse contexto justifica tornar essas promessas exigíveis. Ainda tratando sobre *past consideration*, cenários em que um promitente doador se obriga a beneficiar um salvador ou benfeitor também justificam reconhecimento judicial na visão do autor, pois há baixo risco de erros judiciais.

³⁹⁰ Ibid, p. 415.

³⁹¹ Posner observa que a doutrina do *promissory estoppel* se apoia em fundamentos econômicos distintos daqueles analisados em seu estudo sobre promessas gratuitas, uma vez que sua lógica se aproxima mais do regime da responsabilidade civil por ilícitos. Além disso, os arranjos negociais que dão ensejo à aplicação do *promissory estoppel* não são, necessariamente, de natureza gratuita. (Ibid., p. 416).

³⁹² Ibid, p. 417.

³⁹³ Ibid., p. 417-419.

Posner também considera que a regra do selo, referente à possibilidade de tornar uma promessa gratuita exigível por meio de uma formalidade, é justificável por reduzir substancialmente os custos judiciais associados com a execução³⁹⁴. Nesse sentido, o autor critica a extinção dessa faculdade em diversos estados.

No tocante às promessas de doação a instituições filantrópicas (*charitable pledges*), o pensador defende que existem razões para flexibilizar a *consideration* para esses casos a ponto de ela ser negligenciável, considerando que geralmente envolvem grandes valores e pagamentos diferidos por razões tributárias ou de liquidez³⁹⁵. Posner rejeita, portanto, que os tribunais seriam tendenciosos em relação à caridade.

Por fim, o doutrinador examina as modificações contratuais, especificamente casos em que um aditamento é considerado como um contrato mesmo sem *consideration*. A maior preocupação nessas hipóteses se refere à utilização de coação e extorsão para obter-se a alteração dos termos contratuais, de forma que se busca meios de coibir essas práticas. De acordo com o autor, a exigibilidade deve ser reconhecida apenas em casos em que um evento posterior torne o cumprimento excessivamente oneroso para o promitente, devendo ser negada quando decorrer de uma pressão financeira³⁹⁶.

A leitura a partir do método da análise econômica do direito parece justificar a possibilidade de execução das promessas de doação no Brasil em qualquer cenário. Sob o ponto de vista da utilidade gerada a partir da criação dessa faculdade, aplicam-se as mesmas conclusões de Posner quanto ao aumento do valor-presente para o promitente em razão da certeza gerada ao promissário. Quanto aos custos judiciais, deve-se reconhecer que são baixos pela necessidade do uso da formalidade especial (contrato escrito), de forma que as conclusões do doutrinador a respeito da regra do selo são aplicáveis.

Existem ainda quatro fatores econômicos específicos do contexto brasileiro que reforçam a conclusão acima. O Poder Judiciário brasileiro enfrenta uma explosão no número de processos e não é razoável imaginar que isso se deve a ações de cobrança e de execução fundadas em promessas de doação. Assim, considerando o gigantesco acervo, proporcionalmente os custos administrativos para a tutela jurisdicional dessas hipóteses é ínfima. Ademais, tais custos são fixos (salários, manutenção predial, e outras despesas correntes) e certamente não seriam impactados de forma significativa pelo reconhecimento da exigibilidade das promessas de doação.

³⁹⁴ Ibid., p. 419-420.

³⁹⁵ Ibid., p. 420.

³⁹⁶ Ibid., p. 423.

Além disso, em regra, os litigantes devem pagar custas pela administração da justiça. Essa prática pode reduzir significativamente o impacto financeiro do processo judicial aos cofres públicos, a depender dos valores cobrados.

Existe ainda um incentivo econômico para que as doações de bens de pequenos valores ocorram de modo imediato, dadas as regras da doação manual. Portanto, os casos que resultam em intervenção judicial provavelmente se limitam a doações de média e grande expressão econômica, se adequando à premissa de Posner em relação à reserva de acionamento do Poder Judiciário apenas quando a expressão econômica é mais elevada.

Por fim, a inexigibilidade das promessas de doação não decorre de disposição legal expressa, mas de uma construção jurisprudencial com suporte doutrinário precário. Isso significa que, ao realizar uma promessa de doação, é esperado que promitente razoavelmente acredite estar assumindo uma obrigação juridicamente vinculante, considerando as regras gerais aplicáveis aos contratos preliminares e às doações. A descoberta *a posteriori* de que sua promessa não gera qualquer dever jurídico frustra expectativas legítimas fundadas na confiança depositada no sistema jurídico. Tal resultado não apenas prejudica o promissário no caso concreto, mas também mina a confiança geral na previsibilidade das normas contratuais. Se os agentes econômicos não podem confiar que promessas formalmente realizadas serão exigíveis, a tendência é que se tornem mais cautelosos e menos dispostos a realizar transações baseadas na palavra dada, o que pode reduzir o volume geral de trocas e a eficiência do sistema contratual como um todo. Ademais, podem ser incentivados a gastar mais com custos legais (advogados e contadores) em cada transação para evitar imprevistos relacionados à aplicação de entendimentos jurisprudenciais pouco compatíveis com a lei positivada.

3.2 Teorias promissórias

As teorias promissórias abarcam a visão tradicional voluntarista. Em outras palavras, reconhece-se que as obrigações contratuais decorrem do exercício da vontade e da autonomia. Stephen Smith aponta que esse termo é apropriado, pois reforça que os contratos não seriam apenas resultados intencionais, mas que expressam “uma intenção de assumir uma obrigação”³⁹⁷.

³⁹⁷ SMITH, Stephen A. *Contract theory*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 56.

3.2.1 Contratos como promessas – Charles Fried

Charles Fried é o principal expoente da primeira onda de teorização do direito contratual no período pós-Fuller e figura entre os autores mais influentes da filosofia do direito das avenças. Embora sua teoria não tenha se consolidado como hegemônica, seu esforço intelectual foi decisivo para o desenvolvimento desse campo de estudos, na medida em que diversos trabalhos tomam sua obra como referência ou como ponto de partida para o debate.

A tese central do trabalho de Fried é provocativa. Em sua visão, os contratos possuem uma estrutura unificadora subjacente que se origina de poucos princípios morais básicos, dos quais são extraídas as normas reguladoras de obrigações. O pensador sustenta que o princípio promissório (*promise principle*) constitui tal base moral dos contratos. Segundo essa concepção, a promessa constitui o mecanismo pelo qual indivíduos estabelecem obrigações para si próprios, partindo de um estado de neutralidade moral anterior, isto é, de uma situação em que não existia qualquer dever de agir de determinada forma para um em que há de fato um dever³⁹⁸⁻³⁹⁹.

A teoria de Fried possui inegável caráter liberal. Nesse arranjo, os contratos correspondem a instrumentos de transação de direitos previamente reconhecidos pela legislação que rege a propriedade privada e a responsabilidade civil. Essa concepção pressupõe a premissa liberal de que as pessoas são titulares de direitos e podem deles dispor livremente. A teoria promissória dos contratos se revela, portanto, como consequência do individualismo liberal, ao reconhecer que as obrigações são contraídas pela própria vontade dos agentes e não impostas por fontes externas⁴⁰⁰.

Fried desenvolve uma fundamentação moral de base kantiana para explicar o princípio promissório. O autor parte da premissa liberal de que o “eu” e as coisas de propriedade de tal agente não estão disponíveis para exploração de outros, existindo uma obrigação moral de permitir que todos persigam seu ideal próprio de “vida boa” e que expressem suas vontades⁴⁰¹. Nesse contexto, dois conceitos não podem ser confundidos:

³⁹⁸ FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. 2a ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015, p. 1.

³⁹⁹ Fried não esconde suas pretensões com sua obra. Seu objeto central é reafirmar a centralidade da promessa e de teorias voluntaristas no direito contratual estadunidense após diversas investidas surgidas na década de 70, notadamente aquelas já citadas na seção anterior, como Grant Gilmore, Patrick Atiyah, Duncan Kennedy e Richard Posner (*ibid.*, p. 2-5).

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 1-2.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 7.

o bom (*good*), que seria uma avaliação pessoal, do certo (*right*), que representa os limites das ações⁴⁰². Ademais, a ausência de interferência do outro significa que cada um é responsável por seus atos e pelas consequências advindas deles.

Embora tudo deva estar disponível para utilização dos seres humanos para perseguição de seus próprios fins, existe uma exceção: outros indivíduos não podem ser instrumentalizados, pois eles também são agentes capazes de autodeterminação. Tratá-los como meros meios corromperia a fonte do próprio poder moral de qualquer ser humano, inclusive da pessoa que instrumentalizasse outro indivíduo. Não seria produtivo, contudo, impossibilitar ações conjuntas entre humanos, pois isso limitaria as possibilidades de atingir a “vida boa”. Portanto, foi uma grande descoberta quando se percebeu que os indivíduos podem livremente acordar operações conjuntas, não apenas por medo ou favores recíprocos, mas por uma obrigação de origem moral. Fried ressalta que a confiança depositada em outra pessoa e na expectativa de que ela cumprirá sua palavra constitui um instrumento poderoso de convergência de vontades, de tal magnitude que frequentemente optamos pela cooperação em detrimento de um ato cumprido por medo.

A promessa representa o instrumento por excelência da confiança. Ao prometer, o indivíduo confere um motivo moral para o cumprimento de uma ação até então moralmente neutra, isto é, não havia nenhuma razão específica para realizar o ato prometido. A moralidade subjacente à promessa revela que o compromisso assumido vincula a vontade de modo permanente e independente das intenções do promitente.

Uma pergunta surge nesse contexto: qual é a origem do poder moral da promessa? Segundo Fried, tal força não pode ser explicada pela mera reprovabilidade da mentira, uma vez que mentir envolve uma falha no próprio momento da enunciação, caracterizada pela ausência de qualquer intenção de cumprir o que se afirma. A promessa, ao contrário, projeta uma carga moral sobre o presente e torna um erro uma potencial retratação no futuro⁴⁰³. A existência de um dano ao promissário ou benefício ao promitente também não podem ser a base do poder moral das promessas; eventuais reparações somente são devidas quando há uma lesão causada injustamente e o que define tal critério é a existência da promessa em si. O dano causado pelos investimentos perdidos pelo promissário também não explica o poder moral das promessas. Se a obrigação decorresse desse fator, qual seria o limite da vinculação da conduta do promitente com base em

⁴⁰² Ibid, p. 8.

⁴⁰³ Ibid, p. 9.

expectativas desarrazoadas, criadas unilateralmente? Ademais, caso não houvesse nenhum investimento, por que não seria possível a retratação posterior a qualquer momento, o que evidentemente não pode ocorrer nas promessas⁴⁰⁴?

A resposta de Fried quanto ao fundamento da obrigatoriedade das promessas reside na ideia de que, uma vez reconhecido o caráter vinculante de uma promessa em um caso específico, por consequência lógica todas as demais devem possuir o mesmo poder obrigacional. Esse argumento, a despeito de parecer abstrato, representa como funciona qualquer convenção social (deve-se reconhecer certas regras que delimitam o seu uso e os motivos para invocação dessas normas não são relevantes)⁴⁰⁵.

A promessa surge como convenção social criada para que os seres humanos possam criar obrigações para si mesmos, dessa forma possibilitando novas ações coordenadas que desbloqueiam a possibilidade de se alcançar projetos muito mais grandiosos e ambiciosos. A confiança é o elemento central dessas relações de cooperação, a qual somente surge quando se torna uma ação neutra em moralmente obrigatória. Portanto, a possibilidade de restringir condutas futuras no presente acaba por aumentar a autonomia dos indivíduos, ao viabilizar um maior número de opções no futuro pela existência da cooperação⁴⁰⁶.

Para finalizar sua hipótese, Fried explica o motivo pelo qual as promessas proíbem a mudança futura de mentalidade (ou ao menos a execução de um comportamento diferente do comprometido). O autor explica que, ao se utilizar do mecanismo promissório, o promitente invoca uma convenção social criada especificamente para permitir a confiança do promissário. Assim, não a cumprir significa instrumentalizar o promissário, desrespeitando sua autonomia, o que não é permitido na teoria kantiana⁴⁰⁷.

Com base nessas premissas, Fried analisa todas as doutrinas do direito contratual, inclusive a *consideration*. Segundo o autor, esse requisito de formação dos contratos tem sido paulatinamente mitigado para se reconhecer cada vez mais hipóteses em que há a formação de uma avença mesmo sem promessas recíprocas. Ademais, esse elemento seria o responsável por diferenciar, para muitos pensadores, as promessas dos contratos, representando a base normativa para se criar obrigações exigíveis⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ Ibid, p. 10-11.

⁴⁰⁵ Ibid, p. 12.

⁴⁰⁶ Ibid, p. 12-13.

⁴⁰⁷ Ibid, p. 14-17.

⁴⁰⁸ Ibid, p. 28-29.

No desenvolvimento de seu argumento, Fried observa que a *consideration* se assenta sobre duas premissas: i. uma *consideration* é uma promessa de fazer algo ou efetivamente a realização de um ato em resposta a uma promessa recebida; e ii. a adequação (simetria) dessa *consideration* não é avaliada. Esses pressupostos se mostram incompatíveis, pois o primeiro busca restringir a liberdade contratual enquanto o segundo visa expandi-la.

Nesse sentido, o autor observa a existência de decisões contraditórias envolvendo a *consideration*. Por exemplo, Fried cita um caso em que a abstenção de um sobrinho de consumir bebidas alcoólicas até os 25 anos foi considerada uma *consideration* adequada, enquanto em outro cenário a promessa de dar um grão de pimenta do reino não teria cumprido o requisito legal. O estudioso cita ainda casos em que há uma barganha (por exemplo, a chance de se ter um livro publicado em troca da outorga de direitos exclusivos de publicação durante seis meses), mas ainda assim não se considera que há *consideration*. Menciona-se ainda casos envolvendo a modificação de contratos sob pressão econômica, sem contraprestação aparente da outra parte. Em um cenário, reconheceu-se a validade do aditamento, pois a renegociação decorreu da descoberta de fatores supervenientes que tornaram excessivamente onerosas as prestações originalmente pactuadas, o que justificaria a alteração contratual. Em outro, negou-se a execução das novas obrigações, uma vez que a modificação resultou exclusivamente de pressão econômica exercida mediante ameaça de abandono do projeto, sem qualquer motivação legítima para o aumento do pagamento exigido.⁴⁰⁹

Todos esses exemplos demonstram que a doutrina da *consideration* não possui princípios internos consistentes ou coerentes, devido à contradição de suas duas premissas basilares. Por um lado, o primeiro pressuposto citado anteriormente define que apenas a vontade das partes não é suficiente para a celebração de contrato, sendo exigida a onerosidade. Por outro, o segundo reafirma o respeito à autonomia das partes ao não se inquirir se a *consideration* é adequada ou não. No entanto, os exemplos mostram que não há liberdade contratual real por meio da utilização dessa doutrina, que esvai, inclusive, projetos legítimos.

A *consideration* se mostra, portanto, como um requisito anômalo e com efeitos “irritantes”, merecendo ser descartada. O autor conclui que não existem motivos para se diferenciar promessas gratuitas de onerosas; ambas representam transações válidas. A lei

⁴⁰⁹ Ibid, p. 30-34.

da *common law* reconhece isso ao permitir doações, desde que os bens já tenham sido entregues. A possibilidade de realizar promessas gratuitas seria, na verdade, um instrumento social importante para aumentar as possibilidades do exercício da autonomia individual⁴¹⁰.

O autor conclui que na *common law* as promessas não correspondem a contratos no direito positivo, devido ao requisito da *consideration*. No entanto, ele observa que a tendência é sua eliminação ou mitigação, como com o reconhecimento da doutrina do *promissory estoppel* e da possibilidade de modificação dos contratos, bem como com a utilização de outros institutos para evitar a execução de contratos celebrados mediante coação econômica⁴¹¹.

É importante mencionar que Fried altera sua posição na 2ª edição de sua obra, em aproximação à análise econômica do direito. No capítulo adicionado para responder a diversas críticas feitas à sua teoria após 30 anos de sua publicação, o doutrinador reconhece que a *consideration* pode ser explicada pelos custos externos de se executar um contrato⁴¹². Além de evitar erros quanto à formação de uma avença, o requisito da reciprocidade permite que o aparato judicial seja utilizado somente para casos “mais sérios”, o que beneficia a sociedade como um todo. Assim, essa doutrina cumpriria um papel importante desempenhado pela formalidade no *civil law*, por exemplo.

Como se percebe, Fried defendia que as promessas gratuitas deveriam ser exigíveis judicialmente, advogando pela extinção do requisito da *consideration* por analisá-lo como inconsistente e incoerente. Essa concepção reforça o erro de não se permitir a execução judicial de promessas de doação, como é feito pelo Superior Tribunal de Justiça.

Não obstante a mudança de posição do autor, mesmo nesse novo paradigma não se justifica reputar as promessas de doação como inexistentes. Sua posição é similar, se não idêntica, àquela da análise econômica do direito. Portanto, as mesmas razões que demonstram a compatibilidade da execução do pré-contrato de doação com os custos do Poder Judiciário também podem ser aplicadas para essa teoria de justificação.

3.2.2 Contratos como colaboração – Daniel Markovits

⁴¹⁰ Ibid., p. 37.

⁴¹¹ Ibid., p. 39.

⁴¹² Ibid, p. 153.

Daniel Markovits se dedica principalmente ao estudo da análise econômica do direito. Essa orientação não o impediu, no entanto, de elaborar uma teoria contratual baseada na filosofia.

O autor observa que as promessas são um ponto central da experiência moral, ao passo que os contratos fazem parte indissociável da vivência jurídica⁴¹³. Em todos os cenários em que esses mecanismos são utilizados há o estabelecimento de uma relação entre as partes. Embora a comunidade gerada por essas associações entre indivíduos seja um fator relevante, as teorias que tratam dessas práticas geralmente focam em uma abordagem individualista, a partir apenas dos participantes da promessa ou do contrato. Markovits sugere que as abordagens focadas nos agentes não capturam corretamente a moralidade inerente a essas práticas, que somente é evidenciada nas relações criadas por elas. O pensador inova ao buscar uma teoria contratual baseada no valor das relações de reconhecimento e respeito especiais que surgem das práticas promissórias e contratuais⁴¹⁴. Apresenta ainda uma asserção que merece atenção referente à criação de uma comunidade respeitosa entre os participantes de contratos, ainda que as partes sejam guiadas pelos próprios desejos aparentemente antagônicos. Por fim, Markovits ainda argumenta que a forma, em vez das condições substantivas, é o fator essencial para a formação de tais comunidades, que geram, por sua vez, colaboração entre os agentes.

O autor inicia sua discussão a partir das promessas e das noções gerais de moral que as acompanham. Assim como Fried, o Markovits aborda o ato de contar a verdade e o de mentir. A diferença é notória: enquanto o primeiro permite a criação de uma comunidade, vez que o declarante permite que outras pessoas interajam com sua visão de mundo e partilhem seus conhecimentos, o segundo afasta os agentes ao não permitir o compartilhamento de ideias ou a construção conjunta da sabedoria⁴¹⁵.

Além disso, contar verdades e mentiras possui repercussões físicas, pois esses dois aparatos da linguagem podem ser utilizados para induzir comportamentos. Novamente, o primeiro ato possibilita a criação de uma comunidade pela construção conjunta de condutas; por exemplo, uma médica pode preferir revelar todo o diagnóstico a um paciente, não obstante sua gravidade, para desenvolver uma solução conjunta mais adequada para as pretensões de vida do enfermo. Por outro lado, a mentira aliena a

⁴¹³ MARKOVITS, Daniel. Contract and Collaboration. *Yale Law Journal*, v. 113, n. 7, maio 2004, p. 1474-1491.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 1419-1421.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 1422-1423.

participação das pessoas ao permitir dois níveis distintos de conhecimento sobre o mesmo fato para a tomada de decisões.

Para se aprofundar nessas ideias, Markovits utiliza as ideias de Immanuel Kant sobre a mentira, que é vista como um ato imoral. O filósofo alemão, na segunda das formulações de seu imperativo categórico, afirma: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, nunca como um meio, mas sempre ao mesmo tempo como um fim”⁴¹⁶. Essa passagem, explica Markovits, representa dois comandos para a formação de uma comunidade: i. nunca instrumentalizar outro indivíduo; e ii. não tratar as pessoas como meios, mas apenas como fins. É necessário destacar que Markovits extrai do segundo comando que as pessoas devem estar abertas a umas às outras, tanto para criar relações para permitir projetos mais trabalhosos, como também para se evitar a solidão⁴¹⁷.

A mentira representa um ato contrário ao imperativo categórico em suas duas dimensões. Primeiro, o declarante trata outro indivíduo como objeto se a mentira obtiver sucesso, uma vez que o agente é instrumentalizado para cumprir qualquer que seja o objetivo do promitente. Segundo, a vítima não é tratada como um fim, mas como uma coisa a ser manipulada, de forma que propósitos do declarante não são compartilhados com o ouvinte⁴¹⁸.

A promessa, ainda que não cumprida, é diferente da mentira. No primeiro caso, o resultado é o desapontamento, enquanto no segundo promove-se a ilusão.

As promessas podem ser verdadeiras ou falsas. Markovits avalia que a promessa falsa (não há pretensão real de cumprimento), ao contrário do que muitos autores afirmam, se aproxima da mentira. Isso ocorre porque o promissário adentra na comunidade sem estar de acordo com sua vontade real diante do desconhecimento da situação no mesmo nível do promitente, bem como porque a base de uma comunidade respeitosa deve ser partilhada, enquanto nesse caso o promitente monopoliza os fins⁴¹⁹.

Ainda que uma seja promessa verdadeira, caso ela não seja cumprida, não se alcança a formação de uma comunidade respeitosa⁴²⁰. Ao fazer uma promessa, o promitente assume fins vinculados à prestação prometida que passam a coincidir com os

⁴¹⁶ “Act in such a way that you always treat humanity, whether in your own person or in the person of any other, never simply as a means, but always at the same time as an end” (KANT, Immanuel. *Groundwork of the metaphysics of morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 38.

⁴¹⁷ MARKOVITS, op. cit., p. 1425.

⁴¹⁸ Ibid, p. 1427.

⁴¹⁹ Ibid., p. 1429.

⁴²⁰ Ibid, p. 1431-1434.

fins do promissário. Essa coincidência não é aleatória; o promitente pretende se comprometer com esses fins e confia autoridade ao promissário para exigi-la, subordinando sua própria vontade ao outro. O adimplemento da promessa concretiza tal transferência de autoridade e funda uma relação de respeito mútuo, na qual o promissário é tratado como um fim em si mesmo. Essa relação estabelece uma comunidade moral com conteúdo determinado, pois define fins específicos compartilhados entre as partes. A quebra da promessa não apenas desfaz esse vínculo, mas o trai ativamente, ao substituir fins comuns por objetivos incompatíveis com os do promissário. Com isso, gera-se uma forma de afastamento moral que vai além do simples retorno à condição inicial: o inadimplemento transforma a relação em uma situação de conflito.

A teoria exposta até o momento é bastante abstrata. Markovits então enfrenta o trabalho de trazê-la para os contratos, enquanto espécie particular de promessa.

A aplicação da moralidade promissória à doutrina contratual, apesar de parecer direta, uma vez que somente se altera a dimensão em que essas obrigações se operam (moral e jurídica), não pode ocorrer de forma tão simples, segundo Markovits. O jurista observa que uma transposição desassociada do questionamento dos próprios motivos pelos quais as partes celebram contratos não é esclarecedora⁴²¹. O problema central decorre do aparente conflito de interesses existente em cada polo contratual, mesmo que as partes tratem uma à outra como fins, enquanto nas promessas os objetivos almejados tendem a ser partilhados sob qualquer ponto de vista. Assim, há justificada desconfiança inicial quanto à possibilidade de formação de comunidades por meio de contratos. Todavia, Markovits insiste que mesmo os contratos mais desinteressados culminam na formação de uma comunidade respeitosa.

Para caracterizar os fins compartilhados no contrato, Markovits recorre à teoria da intenção compartilhada (*shared intention*) de Michael Bratman⁴²². Na visão desse autor, a forma mais geral de criar intenções compartilhadas é por meio da atividade intencional conjunta (*joint intentional activity*), como um casal caminhar junto. Bratman observa que isso somente pode ocorrer quando cada participante tem uma intenção adequada, qual seja, de participar da atividade, porém apenas essa característica não é suficiente, sendo necessário uma composição mais detalhada de fatores. Por exemplo, uma das pessoas do casal pode querer caminhar em uma trilha e a outra na praia, causando conflitos em um

⁴²¹ Ibid, p. 1448-1449.

⁴²² Ibid, p. 1451-1456.

plano inferior. Caso esses “subplanos” sejam compatíveis, eles podem se misturar (“*mesh*”).

Para se atingir uma atividade intencional conjunta, contudo, são necessários ainda outros elementos, notadamente uma disposição de interagir com o outro. Considerando que as intenções dos participantes são mutuamente responsivas, eles adaptam seus subplanos para formar um conjunto viável para a mistura, gerando uma coordenação pré-estabelecida (*prepacked coordination*). Para além da convergência de planos, uma atividade intencional conjunta exige o cumprimento da ação e a acomodação da intenção do parceiro para manutenção das intenções partilhadas. Embora as condições para a atividade intencional conjunta sejam muitas, o autor reconhece que elas podem ocorrer entre estranhos (por exemplo, um segundo violinista se juntando a um primeiro enquanto este tocava em uma praça).

Bratman sugere que, quando algum dos participantes da atividade intencional conjunta falha, o parceiro não o apoia para se reerguer. Essa dinâmica não se repete em uma situação em que o vínculo entre as partes é mais significativo, chamada atividade cooperativa compartilhada (*shared cooperative activity*). Segundo o autor, a cooperação introduz um requisito suplementar à atividade intencional conjunta: as intenções dos participantes devem ser estruturadas de modo que, ao menos em determinada situação, um deles dependa do auxílio do outro para a execução da tarefa comum, sem apresentar qualquer incentivo adicional para tanto, e, mesmo assim, o auxílio seja voluntariamente prestado.

Os contratos representam, conforme aponta Markovits, a comunidade gerada por meio das relações criadas segundo as atividades acima⁴²³. O autor aponta que as avenças são, sem dúvida alguma, atividades intencionais conjuntas, já que ambas compartilham o fim (o objeto transacionado, como a realização de um serviço em troca de pagamento), de acordo com subplanos comuns (o modo como deve ser feito o serviço, por exemplo), e há um esforço de adequar as intenções durante a realização da atividade. Os contratos, no entanto, geralmente não criam atividades cooperativas compartilhadas, já que envolvem duas partes com interesses opostos e sem incentivos para ajudarem a contraparte, ainda que em alguns casos certo apoio seja oferecido de forma meramente egoísta para se obter a conclusão da atividade acordada.

⁴²³ Ibid., p. 1456-1464.

As avenças, contudo, possuem um diferencial, mesmo em relação às atividades cooperativas partilhadas, para a geração de uma comunidade: além da intenção compartilhada, há uma intenção de cumprir o estabelecido, impossibilitando mudanças de comportamento futuro. Em um contrato, o promitente não quer apenas que o promissário tenha sucesso, ele efetivamente dá autoridade para que isso ocorra. Assim, ainda que a celebração de uma avença não envolva o compartilhamento como outras atividades, esse ato implica o surgimento de uma relação moral. A comunidade gerada possui um aspecto formal, pois se encontra adstrita aos termos acordados. Assim, ainda que não exista cooperação nos contratos, há colaboração.

As comunidades colaborativas, explica Markovits, envolvem respeito mútuo tal qual comunidades cooperativas, vez que se partilham os fins da mesma forma. Ademais, envolvem uma relação moral diferenciada, pautada no respeito à palavra dada.

Markovits aponta que sua teoria implica uma limitação de natureza subjetiva: nem todos podem colaborar, pois nem sempre as partes são pessoas. O autor indica a existência de três tipos de avenças: i. entre pessoas; ii. entre pessoas e organizações; e iii. apenas entre organizações⁴²⁴. Considerando que as bases fundamentais sobre as quais sua tese se assenta são a impossibilidade de instrumentalização do outro e o compartilhamento de fins, mencionados por Kant na segunda formulação do imperativo categórico, as conclusões apresentadas anteriormente somente se aplicam a relações criadas entre pessoas, pois apenas indivíduos são seres morais. As pessoas jurídicas existem com o propósito de serem instrumentalizadas, podendo ser tratadas como meio e não como fim em si mesmo. Ainda que organizações sejam criadas por, e beneficiadoras de, pessoas (investidores), elas não são a parte que participa do contrato.

Diante do exposto, Markovits observa que as relações contratuais entre organizações, por não gerarem comunidades, não são contratuais no sentido mais técnico, tratando-se de vínculo completamente diferente daquele entre pessoas naturais⁴²⁵. Assim, elas são geridas por regras próprias, como a eficiência, que não são aplicáveis e nem devem ser aplicadas para as avenças entre pessoas naturais, cujo propósito deve ser estimular e valorizar a comunidade gerada a partir dessas relações.

A teoria de Markovits parece abstrata e dissociada da realidade, porém o autor se certifica de demonstrar sua aplicabilidade por meio da demonstração com questões clássicas do direito contratual da *common law*, dentre elas a *consideration*. Para iniciar

⁴²⁴ Ibid., p. 1464-1466

⁴²⁵ Ibid., p. 1470.

essa discussão, o autor esclarece que adotará a posição do *Restatement (Second) of Contract*, segundo a qual uma prestação ou promessa de contraprestação somente constitui *consideration* quando resulta de uma barganha, isto é, quando é buscada pelo promitente em troca de sua promessa e oferecida pelo promissário como contrapartida dessa mesma promessa⁴²⁶. O autor observa que a aplicação dessa doutrina é problemática.

Partindo das premissas construídas por Fried mencionadas na Seção 3.2.1, o autor concorda que há uma tensão interna no instituto da *consideration* que, por um lado restringe a liberdade contratual ao criar um requisito a mais para a formação de uma avença e, por outro, promove-a ao não analisar a adequação das prestações. Essa contradição permite a prolação de decisões contraditórias.

Markovits reconhece que essas tensões podem ser parcialmente conciliadas em um plano formal e doutrinário. Seria possível argumentar, em sua visão, que o direito não exige que as promessas exigíveis sejam justas, bastando que a barganha seja real ou que cumpra alguma função além da mera formalidade. Uma interpretação desse fenômeno jurisprudencial sugeriria que os tribunais estariam simplesmente tentando evitar o ressurgimento da doutrina do selo, mas essa explicação falha em esclarecer o motivo pelo qual se insiste na existência da barganha⁴²⁷.

Markovits propõe que sua teoria explica a *consideration*, assim com a ênfase dada à barganha. Segundo o autor, as complexidades dessa doutrina desaparecem se for possível atribuir um valor intrínseco à estrutura formal da reciprocidade. Em sua concepção, sua teoria alcança essa finalidade ao permitir a conclusão de que a colaboração está intrinsecamente associada à barganha, razão pela qual a *consideration* é um instituto legítimo e que deve ser mantido.

Markovits sustenta que a estrutura bilateral da barganha incorpora os elementos essenciais da colaboração sobre os quais a moralidade do contrato se funda. A reciprocidade envolve decisões mútuas, das quais as partes participam para definição, tratando cada qual como autoritativa e capaz de exercer tal autoridade⁴²⁸. Portanto, o resultado é a formação de uma comunidade respeitosa. A colaboração nesse cenário, como se observa, não decorre de uma paridade nas prestações, mas apenas da estrutura bilateral.

⁴²⁶ Ibid, p. 1477-78.

⁴²⁷ Ibid, p. 1479.

⁴²⁸ Ibid, p. 1482-1484.

Markovits afirma também que a centralidade conferida às barganhas cumpre a função de afastar da disciplina contratual determinadas categorias de obrigações voluntárias que não possuem caráter colaborativo, como as trocas imediatas, por não ensejarem a conferência de autoridade e o partilhamento de fins. Nesse contexto, o autor observa que a parte que age passivamente, não demandando o cumprimento de sua obrigação, não pode criar uma relação contratual, pois não há intenção colaborativa nesse cenário, mas sim apatia⁴²⁹.

O doutrinador reconhece que a barganha não constitui um indicador exclusivo das relações colaborativas que separam promessas de contratos, pois, em certos casos, há colaboração mesmo sem uma reciprocidade de prestações. São nessas hipóteses que a *consideration* é mitigada. Dentre esses casos, se destacam os contratos de doação, em certas condições.

À primeira vista, a doação poderia ser compreendida como um caso de promissário passivo, no qual não há colaboração. Contudo, nem todas as doações envolvem promissários passivos. Sua teoria premia a intenção colaborativa, ainda que não haja reciprocidade, de modo que, se o promissário adotar essa postura, buscando seus direitos e engajando ativamente, deve ser reconhecida a existência de um contrato. O autor observa que isso ocorre, por exemplo quando os tribunais intervêm para acolher as pretensões de promissários que se apoiaram com o contrato e com base na promessa⁴³⁰.

Diante do exposto, percebe-se que a teoria de Markovits sobre o direito contratual não está apta para justificar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial que recusa a exigibilidade das promessas de doação no Brasil. Em primeiro lugar, a posição do jurista possui uma limitação subjetiva que já a afasta de pronto; o entendimento jurisprudencial não diferencia os contratos preliminares de doação envolvendo apenas pessoas ou pessoas e empresas ou apenas empresas, ele adota uma posição uniforme, independente das qualidades das partes.

Ademais, o próprio autor reconhece que nem todas as doações devem ser afastadas na esfera jurídica, devendo analisar-se se há intenção de colaboração. Nesse sentido, o mero ato de se exigir judicialmente o cumprimento do acordo parece se mostrar como uma posição ativa, que seria valorizada pelo ideal de colaboração. Os argumentos utilizados pela jurisprudência e doutrina brasileiras, no entanto, não permitem tal separação.

⁴²⁹ Ibid, p. 1484-1487.

⁴³⁰ Ibid., p. 1489-1491.

Por fim, há certa obscuridade nos argumentos de Markovits quanto à afirmação de que as doações geralmente não ensejam colaboração. É possível argumentar, por exemplo, que a necessidade de aceitação, o que se dispensa em apenas um cenário bastante específico na legislação brasileira, já enseja certa forma de engajamento. Nesse cenário, há determinado reconhecimento de autoridades mútuas, de um lado quanto à possibilidade de dispor de um bem e, de outro, de exigí-lo. Esse argumento, contudo, é mais frágil que os anteriores, pois pressupõe uma visão de autoridade possivelmente diferente daquela propugnada pelo autor por considerar que o aceite já é um ato que implica tratar o outro como autoritativo.

3.2.3 Promessas e propriedade - Stephen Smith

A visão pessoal de Smith sobre o direito contratual é desenvolvida em seu capítulo “*Towards a Theory of Contract*”. Nesse texto, após analisar algumas das correntes mais influentes da teorização contratual, o autor conclui que nenhuma delas é satisfatória. Para ser bem-sucedida, uma tese deve atender a três condições fundamentais, segundo Smith: (i) comprovar que o descumprimento contratual configura a violação de um direito pertencente ao promissário; (ii) demonstrar que tal direito tem sua origem no próprio vínculo contratual; e (iii) deixar claro que o conteúdo desse direito corresponde à pretensão ao adimplemento da obrigação assumida⁴³¹.

Smith observa que uma das maiores objeções às teorias promissórias se refere à compreensão central de que as partes podem criar direitos de onde antes não havia nada. Nesse sentido, o autor observa que isso se deve à habitualidade dos contratualistas em observar seu objeto em meio ao *tort* e enriquecimento sem causa, áreas que se ocupam apenas da proteção de direitos conferidos pela lei⁴³². O jurista constata, no entanto, que a criação de direitos pela vontade de indivíduos não é algo isolado ou inovador no direito contratual; isso está presente na propriedade.

Como quase todas as coisas do mundo já estão sob propriedade de alguém, nos ocupamos quase sempre apenas com a transferência de bens. Porém, a existência de propriedade pressupõe a aquisição originária, que também possui regras. Caso se aceite

⁴³¹ SMITH, Stephen. *Towards a theory of contract*. In HORDER, Jeremy. *Oxford essays in jurisprudence*. 4th Series. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 107-129.

⁴³² *Ibid.*, p. 122-123.

que os direitos de propriedade são legítimos, portanto, não há motivos para que seja possível a criação de direitos por meio do contrato⁴³³.

Smith entende que é necessário explicar a natureza do surgimento da propriedade para se justificar, também, os efeitos contratuais. Após examinar algumas opções, ele conclui que as teorias baseadas na intenção do indivíduo são a melhor alternativa, as quais defendem que a criação de uma relação de titularidade decorre de manifestações de intenções específicas pelo agente com pretensão de estabelecer um vínculo normativo entre si e a coisa. Essa visão, observa o autor, é coerente com o direito contratual, uma vez que uma promessa se formaria pela declaração de uma intenção de assumir obrigações⁴³⁴.

O doutrinador se volta, então, ao estudo das próprias intenções. Acerca desse ponto, Smith aponta que qualquer teoria baseada na intenção para a propriedade deve ter duas partes: uma teleológica, que explica por que permitir a criação de direitos é algo bom, e outra deontológica, a fim de se compreender que esses direitos devem ser efetivamente normas e não meras razões para agir. O pensador elege teorias baseadas nas relações como a melhor alternativa. Segundo essa visão, a promessa é intrinsecamente valiosa, isto é, seu mérito não decorre de ser um instrumento. Seu valor decorreria do fato de que elas criam relações especiais entre promitente e promissário, os aproximando, de forma que esses vínculos são parte da busca pela vida boa e, também, intrinsecamente valiosos⁴³⁵. Essa abordagem somente é possível se for considerado que as promessas são capazes de constituir direitos, bem como que as promessas são parte integrante da relação especial, não apenas um meio para viabilizá-las.

Enquanto a explicação acima justifica a parte teleológica, a respeito da parte deontológica, Smith afirma que ao formular uma promessa, o promitente assume o dever de conferir ao promissário um tratamento diferenciado. O autor aceita a visão de Joseph Raz de que as obrigações acordadas funcionam como razões adicionais para se cumprir a prestação, que somente podem ser descartadas, portanto, diante de circunstâncias muito excepcionais em que se existem motivos ainda superiores para o inadimplemento⁴³⁶.

A conclusão de Smith é que os direitos decorrentes das promessas assim são direitos cuja violação configura um dano à propriedade (*harm*). Se os direitos de

⁴³³ Ibid., p. 123-124.

⁴³⁴ Ibid., p. 125-126.

⁴³⁵ Ibid., p. 128.

⁴³⁶ Ibid., p. 127-128.

propriedade são reconhecidos, não haveria razão para negar a mesma conclusão para os contratos⁴³⁷.

Em seu livro “*Contract Theory*”, Smith desenvolve um trabalho único sobre a filosofia do direito contratual. Ao invés de simplesmente expor suas próprias ideias, o autor opta por analisar as doutrinas contratuais da *common law* também sob a ótica de diversas vertentes e avaliá-las em termos de adequação à prática, coerência interna, moralidade subjacente e transparência (consistência com a compreensão das razões efetivamente utilizadas nas decisões que formaram as regras dos institutos contratuais)⁴³⁸. Como o autor aborda a doutrina da *consideration* nesta obra, ela foi escolhida para o presente trabalho.

Após breve exposição da doutrina, o autor constata que provavelmente não existe outro instituto mais controverso no direito contratual da *common law*. A regra aparenta incentivar injustiças ao não permitir o cumprimento do contrato por partes que confiaram em promessas sérias. Ademais, o autor observa que não há uma explicação clara para a existência da *consideration*; não há nada que sugere sua necessidade de forma ínsita à promessa, ela não tem relação com investimentos feitos (*reliance*) e também não cria justiça nas relações⁴³⁹.

O autor aborda, então três métodos de justificação. O primeiro, se baseia na tese de que a *consideration* cumpre um requisito formal, com dupla função: preventiva, evitando que indivíduos pratiquem atos impensados ou precipitados, e canalizadora, que consiste em marcar ou sinalizar uma promessa como contrato, de modo que sua exigibilidade não precise ser colocada à prova quando executada coativamente. A obra mais relevante dessa corrente, escrita por Lon Fuller, já foi relatada em sua integralidade na Seção 3 deste trabalho⁴⁴⁰.

Se a explicação instrumental da doutrina da *consideration* for aceita, tem-se uma situação similar ao sistema brasileiro, em que para se fazer uma doação exige-se o cumprimento de um requisito formal. Se esta abordagem estiver correta, observa Smith, a citada doutrina contratual deveria ser utilizada como um elemento de menor relevância, apenas para tornar promessas gratuitas vinculantes por meio da *consideration* simbólica.

⁴³⁷ Ibid, p. 129.

⁴³⁸ SMITH, op. cit., p. 1-32.

⁴³⁹ Ibid, p. 215-216.

⁴⁴⁰ Ibid., p. 216-217.

Smith examina três objeções potenciais à justificação formal. A primeira, que julga menos importante, é que formalidades não seriam necessárias para certas promessas gratuitas, como nos casos de aditamento contratual. Essa crítica, contudo, perdeu sentido no direito inglês após o caso *Williams v. Roffey Bros*, que permite que modificações contratuais ocorram sem *consideration* caso haja benefício prático para o promitente. Esse resultado seria consistente com a justificação baseada na função da forma, pois são apenas as doações que precisariam de uma formalidade adicional⁴⁴¹.

A segunda objeção é que essa explicação não é adequada aos contratos em que o promissário executa sua prestação diretamente, simbolizando a aceitação da proposta, pois uma oferta de celebrar um acordo dessa natureza pode vincular o ofertante mesmo sem nenhuma contraprestação. Nesses casos a *consideration* não cumpre nenhuma função específica.

Smith argumenta, contudo, que a relevância dessa crítica depende se este tipo de hipótese deve ensejar de fato a utilização de uma formalidade, pois apesar de serem gratuitas, promessas que se enquadram nessa situação não têm intenção de constituírem doação pura, como em casos de oferta de recompensa. Independentemente de ser uma oferta para um terceiro indefinido ou para um indivíduo em particular, esse tipo de contrato cumpre a função formal, na visão do autor, pois em ambos os casos a oferta feita pelo promitente permite ser extinta e geralmente a prestação do promissário não será executada de imediata, permitindo que o ofertante reflita sobre sua proposta.⁴⁴²

A terceira crítica elenca que os tribunais não observam a *consideration* como um requisito formal para alguns contratos, mas como elemento necessário para formação de uma avença. Assim, há um descompasso entre a teoria e a prática jurídica.

O segundo método de justificação da *consideration* citado por Smith se refere às teses substantivas, isto é, que explicam esse instituto a partir de seu valor jurídico para o ordenamento. Nesse contexto, o jurista lista duas abordagens, a primeira das quais já foi tratada extensivamente na Seção 3.1, acerca do valor econômico das promessas gratuitas e, por esse motivo, não será repetida⁴⁴³.

A segunda teoria trazida por Smith argumenta que tornar acordos sem contraprestação exigíveis acaba por reduzir o valor social dessa transação. Essa tese se assenta no pressuposto de que quem doa, o faz por um motivo especial e essa expressão

⁴⁴¹ Ibid, p. 218-219.

⁴⁴² Ibid., p. 220-221.

⁴⁴³ Ibid., p. 222-224.

de ajudar o próximo atribui um significado diferenciado, que deve ser respeitado. Tornar as promessas gratuitas vinculantes, portanto, retiraria a possibilidade dos doadores de representarem esse sentimento aos donatários.

Smith considera que a justificação pautada em bases substantivas está significativamente vulnerável a objeções, principalmente porque não explica jurisdições em que a regra do selo é válida, assim como a *consideration* simbólica. Ademais, o autor questiona se, pelo senso comum, as pessoas realmente atribuiriam menos valor a uma doação por ela poder ser exigível. Por fim, o pensador ainda elenca que, caso tornada vinculante, uma promessa gratuita teria o mesmo valor de uma doação já executada, de forma que não haveria redução de significado simbólico.

A terceira e última teoria de justificação citada por Smith é a realista. Essa concepção se apoia na história para afirmar que a *consideration* se tornou, ao final do século XIX⁴⁴⁴, um conceito geral para se determinar quais promessas valem a pena serem executadas judicialmente, mas sem um rigor técnico. Assim, diversos fatores extrínsecos à reciprocidade, como investimentos feitos pela contraparte e boa-fé, teriam sido absorvidos pela doutrina⁴⁴⁵.

Embora o jurista reconheça que diversas decisões se encaixem no raciocínio acima, ele apresenta algumas críticas à justificação realista. Primeiro, Smith observa que, ainda que os fatores extrínsecos sejam considerados, não é razoável pensar que a regra básica – a reciprocidade – não é aplicada nunca. Segundo, a teoria realista não é integralmente consistente com a prática atual dos tribunais, pois nem sempre os investimentos feitos por uma parte são valorizados como *consideration*, como no caso de uma recompensa prometida e posteriormente cumprida, o que é considerado como uma avença gratuita na *common law*. Terceiro, a prática jurídica dos tribunais não parece demonstrar que, em termos das razões utilizadas, os juízes deliberadamente tentem inventar motivos para identificar uma contraprestação em uma transação, a despeito de efetivamente manipularem as regras para se encaixarem em certas decisões. Quarto, a justificação realista sugere que as cortes atuam de maneira arbitrária e discricionária, o que seria contrário ao *rule of law*.

Smith conclui que, a despeito de a justificação com base nas funções da formalidade não explicar como os tribunais compreendem a *consideration*, essa visão é a

⁴⁴⁴ Ver a Seção 3 para uma análise mais abrangente da revolução empreendida no direito contratual da *common law* ao final do século XIX.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 225-232.

que melhor explica essa doutrina em seu cerne. Essa conclusão, na sua visão, sugere que o instituto merece uma reforma para torná-lo mais transparente e alinhado com sua visão formal⁴⁴⁶.

A teoria de Smith adotada acima propugna que a *consideration* se torne apenas mais uma solenidade, assim como o selo, a fim de criar uma distinção entre contratos gratuitos exigíveis e não exigíveis. É notório, portanto, que essa conclusão aproxima o sistema da *common law* com a *civil law*, como reconhecido pelo próprio autor⁴⁴⁷.

A perspectiva acima não se alinha ao entendimento consolidado dos tribunais brasileiros acerca das promessas de doação. Ao contrário, no sistema jurídico brasileiro, a exigência de forma especial para a validade das doações (e, como já ressaltado ao longo deste trabalho, também das promessas de doação), por integrarem a própria substância do negócio, já desempenha a função formalística que Smith vincula ao reconhecimento judicial. Assim, a teoria proposta pelo autor não oferece um critério distintivo relevante, no plano da exigibilidade, entre promessas de doação e contratos (ou pré-contratos) onerosos, desde que observada a solenidade aplicável, como já ocorre pela legislação brasileira.

3.3 A teoria aristotélica de James Gordley

James Gordley não é o único autor a empregar noções aristotélicas em sua teoria sobre o direito contratual; como visto anteriormente, conceitos como “justiça corretiva” e “justiça comutativa” ocupam papel central nas teses já expostas. Gordley persegue um propósito distinto dos autores anteriores: ele recorre a Aristóteles não como simples apoio argumentativo, mas como eixo estruturante de sua construção teórica.

Aristóteles acredita que toda ação, investigação ou arte parece buscar o que é “bom”⁴⁴⁸, a despeito da existência de diversos fins almejados. O filósofo grego conclui que, se há um fim que os seres humanos buscam por ele mesmo, não por outro motivo

⁴⁴⁶ Ibid., p. 232-233.

⁴⁴⁷ “Thus understood, the common law consideration rule appears strikingly similar to the requirement found in civil law regimes that donative promises are not binding unless they satisfy a formality (e.g., a writing or notarization requirement). Indeed, according to this explanation, the civil law account of what kinds of promises are binding provides a more illuminating description of what actually happens in the common law than that provided by common law description. If the formal justification is correct, then rather than describing the rule as (roughly) ‘only promises made in exchange for consideration are binding’, the rule should be described as (roughly) ‘promises are generally binding, although some promises, such as gratuitous promises and promises for the sale of land, also require the presence of a formality such as a seal or nominal consideration’” (Ibid., p.217).

⁴⁴⁸ ARISTÓTELES. *Nicomachean ethics*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2014, I 1.

alheio à própria finalidade (o que levaria a uma cadeia de regressão infinita), tal fim é o que almejamos em última análise⁴⁴⁹. O fim supremo, na visão de Aristóteles, é a atividade da alma em conformidade com a virtude, e, se há mais de uma delas, de acordo com a melhor e mais completa. A atividade referida pelo pensador corresponde a todas as escolhas, durante toda a vida, não em um ato isolado⁴⁵⁰. As ações corretas, portanto, são aquelas feitas para atingimento do fim último, isto é, a conduta em acordo com a virtude.

Os seres humanos são capazes de exercer prudência, o que corresponde à capacidade de deliberar corretamente sobre o que é bom para si, tanto para aumentar sua saúde, como também para atingir a vida boa. Essa habilidade, portanto, envolve a razão para avaliação do que é “bom” e “mau”⁴⁵¹.

Com base no pensamento acima desenvolvido por Aristóteles, em conjunto com outras ideias desenvolvidas pelo filósofo grego, como as noções de justiça distributiva e corretiva, assim interpretadas por São Tomás de Aquino, alguns autores dos séculos XVI e XVII buscaram construir um ordenamento jurídico coerente a partir do direito romano interpretado pelos juristas medievais. Essa tentativa fez parte de um movimento maior chamado escolástica tardia, que se estendeu sobre diversas áreas do conhecimento. No campo jurídico, autores como Domingo de Soto, Luis de Molina e Leonard Lessius podem ser ressaltados.

Esses autores, a maioria de origem espanhola, teriam influenciado não apenas a *civil law*, como também o desenvolvimento da *common law*, uma vez que foram essenciais para as teses do fundador da escola de direito natural, Hugo Grotius⁴⁵². Com o passar do tempo, contudo, as ideias da escolástica tardia teriam sido gradualmente esquecidas, enquanto diversas outras doutrinas e conceitos emergiram, transformando o direito privado⁴⁵³. A tese central de Gordley é que a melhor leitura dessa disciplina somente pode ser alcançada a partir do direito tal como interpretado pela escolástica tardia e que, quanto mais o pensamento jurídico se afasta dessas ideias, mais incoerente e sem sentido ele se torna.

A respeito dos contratos, a escolástica tardia elaborou que existiam dois propósitos pelos quais as partes celebram avenças (*causae*): i. por exercício da liberalidade, o que

⁴⁴⁹ Ibid., I 2.

⁴⁵⁰ Ibid., I 7.

⁴⁵¹ Ibid., VI 5.

⁴⁵² GORDLEY, James. *Foundations of American contract law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2023, p. 5.

⁴⁵³ GORDLEY, James. *Foundations of private law: property, tort, unjust enrichment*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, p. 14-16.

significava beneficiar o próximo da exata maneira pretendida pelo benfeitor; ii. receber algo em valor equivalente ao que foi oferecido, como expressão da justiça comutativa. Nos contratos baseados na liberalidade, é possível que uma das partes não tenha pretensão de favorecer a contraparte às suas custas, mas apenas fazer algo que não lhe implique sacrifícios, porém que beneficie o outro. Nesses casos, o contrato se tornava vinculante a partir do consentimento, mas o promitente poderia se retratar se descobrisse que teria gastos. Em outras situações, contudo, a liberalidade implica a intenção de beneficiar o outro assumindo efetivamente os custos correspondentes. Nesses cenários, a liberalidade era concebida não como mera entrega, mas como um ato que deveria ser praticado com prudência, motivo pelo qual o direito romano adicionou como requisito a formalidade, o que foi herdado durante a Idade Média⁴⁵⁴.

Nos contratos chamados “de troca”, isto é, cuja motivação é realizar uma transação com equivalência de valores, o princípio da igualdade foi invocado pelos escritores da escolástica tardia para explicar o motivo pelo qual o direito romano impunha obrigações não dispostas expressamente pelas partes ou porque se aplicava um remédio mais oneroso quando uma lesão contratual era mais gravosa. Lia-se, por exemplo, que um vendedor garantia a qualidade dos bens vendidos, exceto se houvesse disposição em contrário, considerando que é necessário preservar a equivalência das prestações acordadas⁴⁵⁵.

A pretensão dos pensadores dos séculos XVI e XVII não era afirmar que cada polo contratual atribuía o mesmo valor aos objetos transacionados ou mesmo que o preço justo de um bem era estável, já que se acreditava que este é determinado por um mercado com flutuações diárias. Assim, na visão desses autores, nenhuma das partes poderia ser gravemente prejudicada ou beneficiada injustamente com a transação no momento de sua celebração, mas assumindo os riscos naturais do negócio após a celebração em relação à variação de preços normal de todo bem⁴⁵⁶.

Essas ideias foram repudiadas pelos doutrinadores da chamada doutrina clássica no século XIX. Segundo esses pensadores, a ideia de equivalência nas prestações era irrelevante, bem como qualquer influência sobre o cumprimento do contrato externa à vontade das partes seria paternalista.

⁴⁵⁴ GORDLEY, op. cit., 2023, p. 6.

⁴⁵⁵ Ibid., p. 7.

⁴⁵⁶ Ibid., p. 8.

Com base nos dois propósitos contratuais elencados acima, Gordley analisa os contratos. Em relação à *consideration*, o autor observa que se trata de um instituto criado em decorrência do funcionamento das cortes inglesas por meio de *writs*, sendo que, no momento de seu surgimento, ela consistia em um conceito geral e abstrato para se afirmar que existiam boas razões para reconhecer o acordo como contrato e executá-lo judicialmente⁴⁵⁷. Com a tentativa de sistematização artificial de um direito contratual coerente e organizado na *common law* no século XIX, a *consideration* teria assumido outro papel, tendo sido associada à presença de trocas e barganhas. No entanto, negócios que não se encaixavam no requisito de reciprocidade de obrigações reputavam-se contratos por diversos motivos.

Após a tentativa de sistematização do direito contratual, alguns autores afirmavam que a *consideration* correspondia à causa da *civil law*, que era complementada pela formalidade para promessas gratuitas (os selos), assim como nos sistemas continentais. No entanto, esses institutos não possuem equivalência. Muitas vezes os tribunais apuravam a existência da *consideration* onde não havia barganha, como em empréstimos gratuitos de bens infungíveis (comodatos). Observa o autor que, como não há sacrifício de quem empresta, na *civil law* trata-se de contrato consensual (não formal), ao passo que a doação exigiria uma forma solene por representar um enriquecimento às custas do doador⁴⁵⁸.

Ademais, ao analisar a *consideration*, as cortes não devem avaliar a equivalência das prestações, sendo que no século XIX se acreditava que sequer poderia haver um preço justo para um item. Portanto, também sob esse prisma essa doutrina se afasta da causa da *civil law*.

Gordley observa que a doutrina da *consideration* foi reformulada para que fosse possível extraí-la a partir de qualquer prejuízo suportado por uma das partes em troca da promessa do promitente. Nessa mesma linha, desenvolveu-se posteriormente a doutrina do *promissory estoppel*, a fim de permitir que, em casos como o comodato, se reconhecesse uma relação contratual capaz de fundamentar a existência de obrigações entre as partes⁴⁵⁹.

O autor conclui que a *consideration* não é uma boa doutrina, pois agrupa casos que não deveriam estar juntos. Assim, a melhor solução para a formação dos contratos

⁴⁵⁷ Ibid., p. 12-13.

⁴⁵⁸ Ibid., p. 14-15.

⁴⁵⁹ Ibid., p. 22.

parece advir da tradição da *civil law*: nos contratos gratuitos que envolvem sacrifício para o promitente, exige-se uma formalidade; já quando não há esse prejuízo, dispensa-se tal requisito, tal como ocorre nos negócios de troca.

Diante disso, Gordley observa que os contratos gratuitos devem ser executados. A respeito da espécie em que há um sacrifício, sendo a doação o exemplo por excelência, o autor introduz um questionamento feito por Cajetan, que se pergunta por que reconhecer esses acordos, já que um inadimplemento não implica prejuízo e, portanto, em termos de justiça corretiva, não há nada a ser retificado. Luis de Molina resolve essa questão ao apontar que, ao prometer a doação, a titularidade da coisa já é transferida ao donatário. Portanto, não cumprir essa prestação significa retirar algo que já pertence a alguém, demandando a atuação da justiça corretiva para sanar a lesão praticada⁴⁶⁰. Ademais, como Aristóteles aponta que a liberalidade exige temperança e reflexão e as doações são feitas com esse propósito, a exigência da formalidade para a formação do contrato é necessária e justificável para esse tipo de transação.

Como se observa acima, a teoria de Gordley elenca que a doação é um contrato que deve ser reconhecido por se basear em um dos dois propósitos para a celebração de avenças reconhecidos pela escolástica tardia a partir das ideias de Aristóteles, isto é, a liberalidade. De forma similar ao que propõe o autor grego, a legislação brasileira exige a forma especial para os casos com maior expressão econômica para permitir que o doador reflita antes da transação. A flexibilização desse requisito ocorre apenas em casos menos relevantes que não deixarão efeitos determinantes para o doador que conceder o benefício de forma apressada.

Destaca-se que o jurista baseia sua exposição não em doações já finalizadas, com a entrega do bem já realizada, mas sim em casos em que a transferência física ainda não foi concluída, pois essa situação representa um desafio maior para se justificar. Nesse sentido, o negócio se assemelha, em termos substanciais, à promessa de doação. Considerando que o autor conclui que a formalização da doação implica transferência imediata do bem ao donatário e, portanto, negar a transferência seria se recusar a dar algo que já é de alguém, a justificativa de Gordley não corrobora a visão majoritária da jurisprudência brasileira sobre o tema; pelo contrário, ela se afasta da *consideration* e entende necessário se permitir a celebração de negócios jurídicos gratuitos com prestações diferidas.

⁴⁶⁰ Ibid., p. 32-33.

3.4 Teorias hegelianas

O núcleo do projeto filosófico hegeliano, que permeia não apenas a “Fenomenologia do Espírito”, como também outras obras da fase tardia de Hegel, consiste na tentativa de explicar a cognição humana e a possibilidade de conhecimento do mundo de forma não mediada, isto é, em sua essência. Para o filósofo prussiano, o conhecimento é sempre mediado por estruturas conceituais pré-constituídas, próprias do ser humano⁴⁶¹. Assim, temas como razão, pensamento e autoconsciência são centrais para sua filosofia.

A autoconsciência, segundo Hegel, possui uma dimensão histórica e outra social. Na primeira, a humanidade progride gradualmente em direção a um conhecimento mais verdadeiro do mundo, em um processo cumulativo no qual cada ordem dominante de uma época absorve e supera os avanços da precedente, refinando continuamente os instrumentos conceituais para apreender a realidade⁴⁶². Já na dimensão social, a autoconsciência só pode se desenvolver plenamente na interação com outros agentes racionais. Esse processo demanda reconhecimento recíproco: cada indivíduo deve reconhecer o outro como um igual, e, simultaneamente, ser reconhecido como tal⁴⁶³.

Uma relação desprovida de reciprocidade, como a que se estabelece entre senhor e escravo, não permite a formação de uma autoconsciência plena. O senhor pode obter obediência do servo, mas não o reconhecimento genuíno de seu valor enquanto ser humano, pois este não provém de um igual, mas de alguém que ocupa uma posição de subserviência. De forma irônica, a consciência obtida pelo escravo, ainda que não plena, é superior à do senhor, que sequer consegue entender que sua vontade não poderá ser ilimitada, uma vez que outros seres humanos devem ser tratados com respeito.

Com base nessas ideias, Hegel direciona suas lentes sobre o direito em “Princípios da Filosofia do Direito”. O projeto hegeliano nesse caso se refere a uma explicação de origem ética, que vincula o que é “bom” à materialização gradual do espírito humano (a liberdade) por meio de instituições. Porém, nesse caso, a liberdade não significa a existência de possibilidade de escolha, mas sim de escolher por meio de um processo

⁴⁶¹ HOULGATE, Stephen. *An Introduction to Hegel: Freedom, Truth and History*. 2. ed. Oxford: Blackwell, 2005, p. 1.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 18.

⁴⁶³ KNOWLES, Dudley. *Routledge Philosophy GuideBook to Hegel and the Philosophy of Right*. Londres: Routledge, 2002, p. 94

racional sem obediência a fatores externos e somente às normas individuais de autodeterminação do sujeito.

Nesse sentido, conceitos como “autonomia” e “vontade” recebem atenção especial na obra hegeliana. Na visão do filósofo, a vontade livre refere-se à capacidade prática do pensamento de determinar um objeto apenas com exercícios a partir da razão⁴⁶⁴. O pensamento teórico implica que o agente observa o objeto e abstrai as características sensoriais dele, tornando-o uma representação generalizada que divide apenas o indivíduo e o mundo, mas tal representação pertence exclusivamente ao próprio sujeito. O pensamento prático, por sua vez significa a determinação posterior que o agente faz determinando a si mesmo, diferenciando-o do mundo, já que somente seus fins e seus atos pertencem a si. Em suma, “vontade” corresponde ao próprio pensamento enquanto fundamento absoluto do agir, sendo ela que torna possível a ação intencional e autoconsciente e que nos permite compreender o comportamento humano como manifestação de inteligência.

A força motivadora da vontade livre, entende Hegel, é tornar seu objeto a própria liberdade, de modo que esta se torne o sistema racional do sujeito, de forma materializada⁴⁶⁵. Considerando que a vontade livre sempre parte de uma representação de algo físico no mundo, ela somente está presente no agente que se libertar de normas externas para exercer suas escolhas, significando que o objeto da vontade livre se tornou a própria liberdade⁴⁶⁶.

O conceito de vontade livre pode ser compreendido em três fases. Na primeira, a vontade aparece como a faculdade de escolher sem depender de qualquer conteúdo imposto. Isso significa que ela não se prende a nada específico e se mostra como algo universal em caráter abstrato. Esse estágio inicial corresponde à liberdade negativa: a vontade não se apoia em fatores externos e, por isso, pode se autodeterminar⁴⁶⁷. No segundo momento, a vontade revela sua capacidade de criar para si mesma um conteúdo particular. Para que exista ação com propósito, é necessário escolher algo concreto. O que a vontade é, portanto, não pode ser separado do ato de querer. Mas, como essa determinação nasce da própria vontade mesma, ao escolher algo específico, ela reafirma sua própria essência. Ao se limitar, a vontade reconhece que essa limitação é fruto de sua

⁴⁶⁴ HEGEL, G.W.F; *Elements of the philosophy of right*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, §4.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, § 27.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, § 21.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, §5.

própria decisão, não uma imposição externa⁴⁶⁸. O terceiro estágio é a junção entre universalidade e particularidade, formando a unidade que expressa plenamente o conceito de vontade. Esse momento tem importância única: a síntese resultante é a vontade, tendo a si mesma como objeto e finalidade, ou seja, originando a verdadeira liberdade⁴⁶⁹.

Diante desse contexto, os direitos surgem como uma existência que represente a vontade livre, na sua forma pura. O direito surge como algo “completamente sagrado”, uma vez que encarna o conceito absoluto de autodeterminação, que exclui qualquer elemento exógeno⁴⁷⁰.

O ponto de partida inicial para a construção de um direito decorre da distinção entre vontade arbitrária e vontade verdadeiramente livre. A primeira, embora tenha aparência inicial de livre, permanece dependente de conteúdos dados por inclinações ou circunstâncias externas e, por isso, é contingente e contraditória⁴⁷¹. Já a vontade livre se coloca em contraposição a essas características, não sendo dependente de nenhum fator externo. Assim, tem-se como pressuposto para a vontade livre um estado de autoconsciência no qual todas as limitações já foram dissolvidas e reconhecidas como elementos de uma situação compreendida, diante da qual o sujeito pode agir, separando o que foi produzido e recebido pelo pensamento. Ao se distinguir o que é do agente e o que é externo, ele toma consciência da existência de um “eu”, bem como de circunstâncias que lhe afetam, e entende que possui escolhas em relação ao que é exógeno. Essa autoconsciência imediata é o que Hegel denomina personalidade. Personalidade é, portanto, a consciência de si como indeterminada por qualquer fator interno ou externo⁴⁷². Nesses termos, ainda não há individualização da personalidade, sendo que essa condição é o que dá origem aos direitos formais, que dependem do maior nível de abstração para imposição por se basearem na unidade mais genérica.

A abstração universal, contudo, não representa todo o espectro da personalidade. Em contraste com o mundo sensível, com o qual a personalidade não se confunde, esta é inerentemente individual e, nesse contexto, constrói fins determinados para si, que são encontrados, por sua vez, ao se confrontar o mundo sensível⁴⁷³. É importante mencionar

⁴⁶⁸ Ibid., §6.

⁴⁶⁹ Ibid., §7.

⁴⁷⁰ Ibid., §29 e 30.

⁴⁷¹ Ibid., §14-15.

⁴⁷² Ibid., §35-36.

⁴⁷³ Ibid., §34.

que a personalidade é única porque ela não pode se limitar a negar a vontade arbitrária, caso contrário ela não se autoafirmaria como parte da vontade livre.

Um problema surge diante do fato de que a personalidade precisa se afirmar enquanto vontade livre: ela depende inicialmente de elementos externos para se diferenciar. Assim, a menos que possa se incorporar sobre coisas externas, a vontade livre não pode se desenvolver. A relação entre sujeito e objeto só pode ser compreendida se a coisa for subordinada à personalidade, isto é, se ela assumir a forma de algo pertencente ao “eu”. A coisa não se transforma em uma segunda autoconsciência, mas passa a figurar como aquilo que é “meu”. Nesse sentido, a propriedade não tem valor próprio: ela aparece apenas como o elemento externo no qual a personalidade pode adquirir expressão. Quando a vontade se projeta sobre uma coisa desse modo, essa coisa se constitui como propriedade e deve ser reconhecida de acordo com a natureza livre e igual da pessoa. A propriedade é, portanto, a objetivação da personalidade, pois torna efetiva a distinção radical entre pessoas e coisas: ela afirma que é moralmente inadmissível tratar pessoas como simples instrumentos, ao passo que é moralmente legítimo fazê-lo em relação aos objetos⁴⁷⁴. O direito à propriedade, portanto, é essencial por tornar possível o surgimento da vontade livre.

Ainda que a apropriação concreta de bens dependa de finalidades individuais, necessidades subjetivas e condições externas, tais elementos não constituem o fundamento normativo da propriedade nem definem seu sentido conceitual. O propósito da propriedade não é atender à dimensão particular da vontade, mas permitir que a personalidade abstrata adquira existência objetiva. Por essa razão, fatores como preferências, carências ou bem-estar não têm relevância para a justificação normativa da propriedade.

O direito abstrato se revela nesse contexto como o primeiro estágio da materialização da vontade livre nos direitos, pois ele se funda na personalidade, isto é, na autoconsciência mínima como independência em relação à inclinação. Nesse sentido, o direito abstrato se revela na máxima de respeitar o próximo enquanto pessoa⁴⁷⁵.

Esse imperativo é essencialmente negativo: ele não prescreve fins substantivos nem exige a perseguição de objetivos particulares. O direito abstrato apenas proíbe condutas incompatíveis com a possibilidade de pessoas terem propriedade e tratarem os

⁴⁷⁴ Ibid., § 40-42.

⁴⁷⁵ Ibid., §40-46.

outros de qualquer modo que não uma pessoa. Por isso, ele é indiferente à esfera da particularidade.

O direito abstrato também se caracteriza pela exterioridade: seus deveres não precisam ser conscientemente adotados como fins e podem ser impostos externamente, inclusive por coerção. Além disso, ele julga interações apenas do ponto de vista da universalidade formal, abstraindo de intenções e circunstâncias particulares.

Sua estrutura fundamental é interacional: o direito abstrato se expressa como uma relação externa entre duas pessoas, organizada como correlação entre direito e dever. Ninguém tem obrigação positiva de incorporar-se em coisas, mas todos têm o dever de respeitar a capacidade alheia de possuir. Negar o reconhecimento da propriedade de outro é autocontraditório, pois pressupõe a personalidade ao mesmo tempo em que nega o que ela implica. Assim, o direito abstrato consagra uma obrigação incondicional de respeitar o direito igual de toda pessoa de ter coisas externas como propriedade, constituindo o ponto inicial de uma teoria do direito fundada na autodeterminação.

O direito de propriedade se expressa de três formas, em uma sucessão hierárquica da materialização da personalidade em cada ato. A posse representa o ato mais básico: o “eu” nasce com um corpo indissociável e deve ter direito a ele. Portanto, ao segurar um objeto, os outros agentes devem respeitar no mínimo esse limite. É possível, contudo, projetar ainda a personalidade sobre a coisa, pelo qual ela se torna do indivíduo, que, portanto, exclui o direito de todas as outras sobre o mesmo bem, caso contrário estes estariam desrespeitando o primeiro enquanto pessoa (aquisição originária)⁴⁷⁶. Embora superior à posse, o uso ainda não constitui uma forma adequada de efetivação da personalidade, uma vez que o “eu” ainda depende da coisa para confirmar seu domínio sobre ela, tornando-se refém de objeto, e se exclui outros participantes da interação⁴⁷⁷. Por fim, a alienação completa o ciclo do direito da posse, em que se encerra o vínculo do sujeito com a coisa, retornando à situação original⁴⁷⁸.

O direito à posse, contudo, somente possibilita a criação de uma autoconsciência primária, baseada na separação dos fatores externos. Para que a vontade seja realmente livre, e se autoafirme não apenas em relação às influências exógenas, ela exige que uma outra consciência a reconheça, isto é, é necessário o reconhecimento de um outro sujeito.

⁴⁷⁶ Ibid., §54-58.

⁴⁷⁷ Ibid., §59-64.

⁴⁷⁸ Ibid., §65-70.

Desse contexto surgem os contratos. Esses instrumentos, decorrentes da alienação, permitem que dois indivíduos se reconheçam como titulares de direitos e responsáveis pelos seus atos, existindo a interação entre duas vontades.

A partir das conclusões acima, os próximos dois autores explicam o direito contratual. Enquanto Benson se atém aos termos mencionados na obra “Princípio da Filosofia do Direito”, Brudner explora com mais profundidade as conclusões mais abstratas presentes em textos anteriores do autor. Assim, a despeito de partirem da mesma largada, alcançam resultados completamente distintos, o que justifica o detalhamento de cada uma de suas teorias.

As teorias hegelianas possuem, sem sobra de dúvidas, as bases mais abstratas. Não obstante, como se constatará, ambos os autores conseguem utilizá-las para explicar o direito em seus aspectos mais concretos.

3.4.1 Alan Brudner

Brudner observa que existe uma tensão inerente ao direito contratual moderno; por um lado, privilegia-se doutrinas que prezam pelo individualismo e pela vontade das partes, por outro, a lei frequentemente mitiga direitos formais em prol de um ideal de justiça. Os problemas do direito contratual e de suas teorias decorreriam de uma demonstração deficitária de como essa seara jurídica deve ser entendida para que esses dois lados sejam harmônicos, permitindo uma atuação discricionária dos tribunais a respeito de qual espectro aplicar⁴⁷⁹. A absolutização de apenas um dos valores sempre levará a consequências desastrosas: a maximização da liberdade contratual culminará no direito dos mais fortes se imporem, ao passado que a ultimação da igualdade implica rejeição da própria noção de autonomia que permite fundamenta os contratos⁴⁸⁰. Assim, sua teoria contratual tem como objetivo superar a dicotomia entre formalismo e funcionalismo a partir da teoria do reconhecimento recíproco e do sistema de direitos idealizados por Hegel, formando um todo unitário compreendendo ambos os lados como necessários para a doutrina das avenças.

Brudner denomina a unidade originada da junção dos dois paradigmas do direito contratual “comunidade dialógica”. Nessa estrutura, o bem comum não tem valor, caso

⁴⁷⁹ BRUDNER, Alan. *The Unity of the Common Law*. 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, edição Kindle, p. 163.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 167.

implique a extinção da individualidade. Na verdade, esse valor comunitário somente é bom quando validado pelo agente como sua fonte de valor pessoal frente à comunidade política. Assim, o status de fim da comunidade pressupõe o caráter de fim também do “eu” e do reconhecimento que esse pode fazer. Como a comunidade depende do reconhecimento do agente, este deve ter liberdade para se determinar. De forma similar, o indivíduo também deve respeitar a comunidade política que o possibilita possuir valor frente ao coletivo. Esse respeito mútuo é o que torna compatível a conciliação dos fins coletivistas e individualistas.

O autor chama a concepção baseada na personalidade abstrata que fundamenta a liberdade contratual de “direito formal”. Embora tenha sua importância, essa seara não reconhece necessidades materiais, os fins materiais, motivos e as questões humanitárias que os contratantes possuem. Isso ocorre porque o direito formal está fundamentado na forma mais abstrata da humanidade, enquanto diferenciada de suas inclinações, e no respeito da personalidade enquanto externalizada sobre o direito de propriedade. Assim, ela implica somente o respeito ao direito de escolha dos sujeitos. Contudo, como visto anteriormente, apenas negar o que é exterior não é se confirmar enquanto vontade livre.

Em contraste, o “paradigma da autonomia real” observa as preferências pessoais para determinar o direito. Pode-se perceber a presença dessa fonte normativa em noções de *equity* e na observação do caráter infungível de certos bens para uma pessoa⁴⁸¹. Esse direito a uma justiça individual se manifesta de três formas: i. em primeiro lugar, há uma proteção ligada aos propósitos do agente, que impede que alguém seja colocado sob determinações nas quais uma pessoa racional não poderia identificar a expressão de seus próprios objetivos; em segundo lugar, um direito a procedimentos imparciais; em terceiro lugar, um direito às condições culturais e materiais para perseguir uma vida autônoma.

O resultado da junção do direito formal e do paradigma da autonomia real – a comunidade dialógica – possui seu fundamento na teoria do reconhecimento e na alegoria do senhor e do escravo. Para iniciar seu argumento, Brudner aceita a noção hegeliana de que a vontade livre não surge apenas do desprendimento de fatores externos para a determinação, mas também da autoafirmação como determinação, o que somente pode ocorrer de forma mediada de outro sujeito (também um fim)⁴⁸². O escravo, portanto, não é capaz de gerar uma consciência no senhor, que, ao se negar a reconhecer o primeiro como um ser dotado de status de fim em si, não pode obter o reconhecimento de um

⁴⁸¹ Ibid., p. 172.

⁴⁸² Ibid., p. 175-176.

agente a partir do escravo. Desse modo, nenhum direito pode emergir de uma relação de subordinação unilateral, mesmo que voluntária. Portanto, direitos e deveres somente emanam de uma relação com reconhecimento mútuo de seres que afirmam o status-fim da contraparte.

Quando o indivíduo fundamenta sua pretensão de valor apenas na liberdade formal de escolher, a relação intersubjetiva que emerge entre os sujeitos assume um caráter incompleto e alienado. Nesse plano, somente surge a vontade comum dos contratantes como pessoas genéricas, tratando-se tipicamente do direito privado⁴⁸³. Em contraste, se o indivíduo afirma sua dignidade enquanto agente moral autodeterminante, o nexu intersubjetivo passa a conservar e respeitar a distinção entre as partes. Nesse estágio, o direito não opera mais por meio de uma abstração indiferente às circunstâncias, mas incorpora consideração pelas diferenças concretas entre os sujeitos. Essa modalidade de relação corresponde às normas por *equity* da *common law*. Brudner então explica doutrinas ligadas aos direitos de ambas as naturezas para concluir que a junção entre as duas é o único caminho para explicar o direito privado.

Aceitando as noções da progressiva expressão do direito de personalidade tratada no tópico anterior, Brudner também entende que há uma hierarquia entre posse, uso e contrato em termos da relação de reconhecimento gerada. O autor, contudo, inclui um elemento a mais em relação aos tipos de contratos que podem ser celebrados. Brudner entende que as doações promovem um reconhecimento: o donatário reconhece o doador como ser capaz de dispor de suas coisas e aquele, por sua vez, é reconhecido como um fim em si mesmo pelo doador por sua capacidade de ter bens. No entanto, o donatário não é reconhecido como um ser capaz de se livrar de seus apegos materiais e o doador, portanto, é reconhecido por um agente que não se revela integralmente como ser autoritativo, de modo que se produz uma relação pobre em termos de reconhecimento⁴⁸⁴.

Em negócios onerosos, os problemas acima são resolvidos, dado que ambas as partes possuem direitos e deveres, portanto, há um reconhecimento real de ambos como autoritativos e fins em si mesmos. No entanto, caso a troca ocorra de forma instantânea, as partes não conseguem provar para si e para a outra que são capazes de desapego material. Assim, os contratos de prestação diferida surgem como modalidade por

⁴⁸³ Ibid., p. 178-179.

⁴⁸⁴ Ibid., p. 181-184.

excelência da comunidade dialógica⁴⁸⁵. Brudner conclui que o direito formal surge a partir dessas noções de propriedade e reconhecimento.

A doutrina da *consideration* incorpora por completo as ideias acima. Ela surge como uma manifestação inequívoca da comunidade dialógica, ao se exigir que ambas as partes forneçam prestações para a formação de um contrato, materializando uma relação sem qualquer dominação ou subordinação⁴⁸⁶.

Brudner reconhece que na *common law* admite-se a formação de acordos gratuitos, desde que estes sejam celebrados sob um selo. Porém o autor esclarece que estes não correspondem a contratos, mas sim a escrituras (*deeds*), que possuem um regime jurídico complementemente diferente. Nesse sentido, a exigibilidade das promessas gratuitas sob selo ocorria não como uma avença, mas por uma ficção de que a coisa teria sido transferida ao promissário no ato de formalização (*executed gift*), ainda que não tenha ocorrido a efetiva entrega do bem⁴⁸⁷. Portanto, as promessas gratuitas sob selo não se confundiriam com contratos.

Algumas características da *consideration* podem promover, no limite, relações de subserviência e dominação. A estrutura da barganha, por exemplo, pode ser utilizada para que uma das partes se obter preços exageradamente vantajosos a partir do aproveitamento de circunstâncias particulares de uma das partes, como necessidade extrema⁴⁸⁸. Ademais, os tribunais não avaliam a adequação da *consideration* em termos materiais, sendo sua avaliação restrita apenas à existência de um requisito formal a respeito da negociação e formação da avença. Portanto, assim como na barganha, essa característica, decorrente do direito formal, pode produzir relações de dominação⁴⁸⁹.

Diante dessas circunstâncias, a *equity* deve ser utilizada para corrigir casos em que a autonomia produz resultados inconcebíveis para a teoria do reconhecimento⁴⁹⁰. Assim, essa doutrina garante que apenas relações válidas sejam executadas, atuando apenas em um segundo momento para corrigir ou suspender a aplicação do direito formal exclusivamente para se preservar a comunidade dialógica. As doutrinas da *promissory estoppel* e *unconscionability* surgem nesse contexto.

⁴⁸⁵ Ibid., p. 183-187.

⁴⁸⁶ Ibid., p. 199-200.

⁴⁸⁷ Ibid., p. 197-198.

⁴⁸⁸ Ibid., p. 207-209.

⁴⁸⁹ Ibid., p. 209-215.

⁴⁹⁰ Ibid., p. 218-220.

Brudner adverte, contudo, que a absolutização da *equity* promoveria relações de dominação também. Caso qualquer tipo de investimento feito em razão de um contrato fosse indenizável, o promitente estaria sempre à mercê do promissário, que poderia agir como bem entender sem nenhuma responsabilidade diante da perspectiva de compensação futura em qualquer cenário. Nesse sentido, negar-se-ia a autonomia, um instituto central do espírito humano, o que não pode ocorrer⁴⁹¹.

Ante o exposto, Brudner conclui que a explicação racional do direito contratual não se encontra nem no direito formal nem na *equity* puramente, mas sim na complementaridade harmônica, procedimental e racional. A *equity*, por buscar realizar de modo efetivo a autonomia dos indivíduos, depende da existência do direito contratual formal como um sistema independente. Ao mesmo tempo, ela atua para corrigir esse direito e reconduzi-lo ao seu verdadeiro propósito interno, garantindo que ele cumpra plenamente sua função. De forma inversa, o direito formal aceita as correções e complementações trazidas pela *equity* porque elas são necessárias para preservar o reconhecimento da pessoa como um fim em si mesma, e não apenas como um agente abstrato de escolhas e obrigações.

Os argumentos de Brudner parecem justificar, em primeira análise, a necessidade de onerosidade para que exista qualquer vínculo obrigacional. Como o próprio autor aponta, a comunidade dialógica somente pode existir quando ambos os polos da relação são tratados como autoritativos e seus fins são reciprocamente reconhecidos, sendo que a única forma de se demonstrar isso é a assunção bilateral de compromissos. As doações, portanto, não criam uma comunidade dialógica real, mas sim meramente formal, de modo que não podem ser vistas como um contrato.

No entanto, seu pensamento sobre as doações feitas sob selo merece atenção. O autor não aponta que estas devem ser eliminadas; pelo contrário, ele oferece uma justificção para elas. Segundo Brudner, promessas gratuitas formadas sob selo são executadas como *executed gifts* por uma ficção jurídica, de modo que pertencem ao promissário no momento da celebração do acordo. Assim, esses arranjos não seriam contratos verdadeiros, incidindo uma legislação de natureza diversa. O autor reconhece que essa visão não reflete a prática jurídica americana, o que pode ser objeto de críticas,

⁴⁹¹ Ibid., p. 228-232.

porém o que seria crucial para seu argumento é a distinção entre leis aplicáveis para promessas sob selo e contratos⁴⁹².

A exposição acima coloca o pensamento de Brudner em um lugar único. Considerando que o autor não se importa em apresentar uma teoria que necessariamente reflita a prática dos tribunais, não haveria motivos para fazer o mesmo ao tentar se aplicar a legislação brasileira. Em outras palavras, ao aplicar essa tese no Brasil, poder-se-ia afirmar que os contratos gratuitos são regidos por princípios diversos dos contratos onerosos – como de fato o são – e elencar a mesma ficção jurídica: devem ser executados com fundamento em enriquecimento ilícito ou como delito, por apropriação de algo que não pertence mais ao doador. Assim, se utilizado o mesmo método que o próprio Brudner emprega para justificar a *common law* em relação à doação, ela também não justificaria a inexigibilidade das promessas de doação na legislação brasileira.

Note-se que mesmo adotando o argumento de Brudner por completo, sem realizar nenhum ajuste, o resultado prático de uma promessa de doação ou doação em si seriam o mesmo: o donatário deve receber o bem. Isso porque, ainda que não possuam natureza contratual e efeito obrigacional em sua tese, esses arranjos seriam capazes de promover a transferência de titularidade, de modo que de toda forma o donatário terminaria por poder exigir o objeto doado, ainda que a justificativa jurídica para tanto seja diversa de um contrato. Por sua vez, o entendimento doutrinário majoritário brasileiro deixa o promissário-donatário sem nada ao final da transação.

3.4.2 Peter Benson

Em sua obra “*Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory*”, Peter Benson deseja criar uma teoria não distributivista do direito privado, em oposição a outras teses criadas para explicar o direito privado, como de Fried e Kronman⁴⁹³. Para conquistar esse feito, o autor

⁴⁹² “*The distinction between sealed deeds of gift and contracts for consideration will perhaps seem artificial to those who see only the identical act of promising in both cases. However, what matters for our understanding of deeds and contracts is not that the same raw acts of promising underlie both; what matters is the theory behind the legal enforcement of these acts*” (Ibid., p. 199)

⁴⁹³ O texto escolhido para o presente trabalho não corresponde à formulação mais recente da obra de Benson, o que poderia, à primeira vista, suscitar uma objeção de falha metodológica. Essa escolha, contudo, não é despropositada. Após seus trabalhos desenvolvidos nas décadas de 1980 e 1990, Benson passa a perseguir um projeto teórico distinto: a construção de uma base pública de justificação para o direito contratual. Como observa Leandro Martins Zanitelli, uma justificação pública dos contratos no sentido pretendido por Benson deve, entre outras exigências, partir de institutos e doutrinas efetivamente presentes na cultura jurídica local, além de oferecer razões que possam ser manejadas de modo relativamente direto

se ampara nas noções hegelianas de personalidade e direito, que são indiferentes às preferências pessoais dos agentes para a definição de direito formal.

O ponto de partida do argumento de Benson é que o contrato está relacionado à vontade comum de dois sujeitos e, como expressão de duas personalidades, ela não está limitada a contingências físicas⁴⁹⁴. Assim, a vontade presente nas avenças é abstrata e independente de preferências pessoais, de forma que o instrumento contratual não considera relevante as circunstâncias individuais. A vontade comum pode ser compreendida, portanto, como a interação voluntária considerada exclusivamente sob a ótica da característica negativa do direito abstrato: a exigência de que a personalidade possa assumir forma no âmbito externo. Ela se reduz ao elemento do reconhecimento recíproco, constatável de modo exterior, no qual os envolvidos aparecem apenas como pessoas formalmente iguais, portadoras da aptidão para deter propriedade. Diante do exposto, o direito contratual não se interessa pelos motivos da formação do contrato, bem como não obriga que os agentes firmem esses acordos, mas apenas deve viabilizar que esse tipo de arranjo aconteça.

A relação contratual se expressa em termos de posse inteligível, de forma que o aspecto físico, dependente da particularidade, não é objeto, mas meio para servir à vontade comum, de acordo com Benson. Assim, as prestações de um contrato são diferentes do contrato em si. A distinção entre um acordo de vontades e sua execução só pode ser captada pelo pensamento e, por isso, precisa adquirir uma forma determinada adequada à cognição, sendo a linguagem o instrumento mais apropriado. No contrato, portanto, a palavra é um ato completo que forma a vontade comum, sendo seus termos fixados de maneira objetiva e externa; o elemento material surge apenas como consequência secundária da transferência já realizada no plano inteligível da posse⁴⁹⁵.

pelos cortes (ZANITELLI, Leandro Martins. Contract law and public justification. *University of Bologna Law Review*, v. 8, n. 2, p. 53–74. Disponível em: <https://doi.org/10.6092/issn.2531-6133/18609>. Acessado em 26 jan. 2026). Ocorre que a noção de reciprocidade como requisito estruturante da formação contratual (o que se tornou uma característica central nessa nova teoria pela importância da *consideration*) não constitui uma doutrina amplamente empregada na prática jurídica brasileira; ela aparece apenas de forma residual, sendo empregada pela posição majoritária dos tribunais superiores exclusivamente para justificar a não exigibilidade de promessas de doação. Assim, as conclusões alcançadas por Benson em sua tentativa de fundamentação pública não oferecem, para os propósitos desta pesquisa, razões mais convincentes do que aquelas desenvolvidas no texto aqui analisado, pois o objeto originário é diferente. Diante disso, a opção metodológica por esse trabalho específico se justifica por se tratar de uma formulação com base filosófica e normativa a partir da visão de personalidade e direito de propriedade aplicável a todos os seres humanos, oferecendo um arcabouço mais substantivo para a investigação proposta.

⁴⁹⁴ BENSON, Peter. Abstract right and the possibility of a nondistributive conception of contract: Hegel and contemporary contract theory. *Cardozo Law Review*, vol. 10, n. 5, 1989, p. 1077-1198.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 1.188-1.189.

Na medida em que o contrato é um tipo de aquisição que pressupõe necessariamente a presença de dois sujeitos, ele se define pela conjugação de dois movimentos: a alienação do bem por um lado e sua incorporação por outro. Esses atos, tomados em conjunto, são suficientes e indispensáveis para que se produza, entre pessoas distintas, a passagem da posse em seu sentido inteligível, e constituem precisamente os dois componentes que formam a vontade comum. Desse modo, derivam daí apenas duas modalidades contratuais elementares a partir da leitura de Benson da teoria hegeliana, pois só existem duas formas básicas pelas quais essa vontade compartilhada pode ser instituída. No caso de negócios gratuitos (*gift*), as funções se dividem: um sujeito apenas renuncia ou transfere, enquanto o outro apenas recebe ou apropria. Já nos negócios onerosos (*exchange*), ambos desempenham simultaneamente os dois papéis, de modo que cada parte figura como proprietária antes e depois da transação⁴⁹⁶.

Para que qualquer uma dessas espécies seja compreendida como contrato, ela deve obedecer a duas premissas: i. ambas as partes devem ser proprietárias simultaneamente em algum momento; e ii. a vontade abstrata de cada uma das partes deve coincidir plenamente com a vontade comum. Os negócios gratuitos, embora sejam compreendidos como modalidade contratual por se adequar a esses postulados, não ensejam a explicitação da vontade comum verdadeira. Isso ocorre porque, a despeito da aparente coincidência para a formação de uma vontade comum, o conteúdo de cada parte não é o mesmo, de modo que há uma concatenação entre alienação e apropriação. Assim, a estrutura contratual desses arranjos pressupõe, de modo implícito, uma coincidência plena entre as vontades, embora, no plano explícito, as apresente como distintas⁴⁹⁷. Em termos da primeira premissa, os negócios gratuitos são falhos por não possibilitar que ambas as partes saiam da relação como proprietárias, pois somente há um objeto. Assim, Hegel caracterizaria essa espécie como formal. No tocante ao segundo postulado, embora formalmente as partes tenham direitos e deveres correlativos, isso somente existe no plano estrutural, uma vez que o conteúdo revela que somente uma das partes possui prestações. Desse modo, a identidade das partes como pessoas não pode ser expressa nos contratos gratuitos.

Em contraposição ao exposto acima, os negócios onerosos representam o conceito de propriedade em seus melhores termos⁴⁹⁸. Nessa modalidade, há duas partes e duas

⁴⁹⁶ Ibid., p. 1.189-1.190.

⁴⁹⁷ Ibid., p. 1.190-1.191.

⁴⁹⁸ Ibid., p. 1.192-1.193.

coisas sendo transacionadas, de modo que ambas terminam a relação como proprietárias, bem como há uma unificação da vontade comum para a alienação e apropriação simultâneas. Nesse contexto, algo se mantém constante durante a relação para que ambas as partes sejam sempre proprietárias, que não pode ser a coisa material: isso seria o valor. O valor apenas pode ser compreendido mediante uma relação entre objetos concretamente distintos, exigindo a completa abstração das características particulares que singularizam as coisas, reduzindo-as à sua referência comum enquanto meios de atender a necessidades humanas.

Benson entende que o valor só pode servir como o elemento comum que o contrato exige se, no ato de transferir sua propriedade, cada parte obtiver uma quantidade equivalente daquilo que entrega. Caso contrário, não se poderia sustentar que ambas permanecem proprietárias da mesma coisa em sentido abstrato: se cada uma recebesse uma medida diversa de valor, os bens trocados não poderiam ser formulados como correspondentes, e a relação deixaria de expressar uma igualdade formal entre os sujeitos. O que diferencia os negócios gratuitos e onerosos, portanto, seria a equivalência quantitativa entre as prestações, o que permite uma maior expressão da personalidade⁴⁹⁹. A partir dessas ideias o autor conclui que é possível construir uma teoria não distributiva do direito contratual, pois suas bases não se amparam em preferências pessoais em qualquer nível.

Percebe-se a partir do pensamento de Benson que contratos onerosos e gratuitos ensejam relações diversas, de modo que devem receber tratamento diferenciado. No entanto, o autor reconhece que as doações devem ser fonte de obrigação, correspondendo a uma das espécies contratuais. Portanto, sua explicação não pode justificar a jurisprudência brasileira que nega a execução das promessas de doação.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa propôs-se a investigar possíveis justificativas filosóficas para a jurisprudência que se sedimentou nos tribunais superiores brasileiros, referente à recusa à execução judicial de promessas de doação. Tais justificativas seriam necessárias diante da incongruência entre o tratamento jurídico dado às promessas de doação, especialmente

⁴⁹⁹ Ibid., p. 1.193-1.195.

as puras, e o direito material positivado em território nacional, que não exige a reciprocidade de obrigações como requisito para formação de avenças.

Por esta investigação, demonstrou-se que a doação, conforme caracterizada pelo Código Civil de 2002, representa um contrato, de natureza consensual e solene, em que o donatário enriquece às custas do empobrecimento voluntário do doador. Assim, concluiu-se que a doação produz efeitos obrigacionais desde a formação do consentimento, servindo como título hábil para a transferência da propriedade. As promessas de doação, enquanto contratos preliminares, submetem-se ao regime geral dos contratos e, preenchidos os requisitos de validade, deveriam ensejar execução específica, nos termos do art. 463 do Código Civil.

A despeito disso, uma parte da doutrina e a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores brasileiros afirmam que as promessas de doação pura não são exigíveis, por carecerem de *animus donandi* atual. No entanto, essa mesma corrente defende que promessas de doação celebradas em contextos relativos ao direito de família podem ser executadas judicialmente, haja vista que possuem reciprocidade das obrigações em um contexto mais abrangente. Em outras palavras, o que tornaria vinculante uma promessa de doação é a existência de onerosidade. Esse entendimento, como se demonstrou, aproxima-se substancialmente da doutrina da *consideration* da *common law*.

A análise da *consideration* revelou tratar-se de instituto desenvolvido historicamente para distinguir promessas juridicamente vinculantes daquelas desprovidas de força obrigacional. Examinou-se, assim, sua caracterização jurídica, obtendo-se a conclusão de que se trata de um instituto cujo núcleo é a reciprocidade de obrigações para a formação contratual, a despeito de existirem diversas doutrinas mitigadoras que a complementam. A proximidade substancial entre o conceito central da *consideration* e a jurisprudência brasileira a respeito das promessas de doação exige uma investigação profunda de eventuais justificativas filosóficas do primeiro elemento para se buscar uma fundamentação para o entendimento das cortes do Brasil.

A análise econômica do direito, paradigma dominante na *common law* atualmente, demonstrou que a exigibilidade de promessas gratuitas pode gerar utilidade social ao aumentar o valor presente da doação para o donatário sem custos adicionais para o doador. No contexto brasileiro, os baixos custos judiciais em termos relativos e a existência de formalidade especial que reduz erros induzem à conclusão de que existem razões econômicas favoráveis para se reconhecer a exigibilidade de promessas de doação no geral.

As teorias promissórias de Charles Fried e Daniel Markovits fundamentam a obrigatoriedade contratual na autonomia da vontade. Para Fried, de acordo com a forma original de sua teoria, os contratos são promessas dotadas de força moral que merecem reconhecimento jurídico independentemente da existência de contraprestação. Markovits, por sua vez, sustenta que os contratos formam comunidades colaborativas baseadas no respeito mútuo e, desde que haja a construção de tal relação colaborativa, as doações podem ser contratos. Nenhuma dessas teorias exige reciprocidade de prestações como condição para a formação de obrigações contratuais, de modo que ambas são incompatíveis com os argumentos da jurisprudência brasileira.

Stephen Smith propõe uma visão formalista da *consideration*, segundo a qual este requisito deveria funcionar apenas como solenidade para distinguir promessas vinculantes de não vinculantes, aproximando os sistemas da *common law* e da *civil law*. Considerando que o direito brasileiro já exige forma especial para doações, essa função formalística está cumprida, não havendo justificativa para fundamentar a posição jurisprudencial brasileira tratada no presente trabalho.

A teoria aristotélica de James Gordley, fundamentada na escolástica tardia, distingue dois propósitos contratuais: a liberalidade e a troca. Nos contratos baseados no primeiro, o promitente assume custos em benefício do outro, o que justifica a exigência de formalidade para proteção do doador. Uma vez observada a solenidade, contudo, a obrigação deve ser reconhecida.

As teorias de matriz hegeliana, representadas por Alan Brudner e Peter Benson, apresentaram os maiores desafios argumentativos. Brudner sustenta que a *consideration* expressa a comunidade dialógica baseada no reconhecimento recíproco, o que exigiria obrigações bilaterais. No entanto, o próprio autor admite que promessas gratuitas sob selo são executáveis como *executed gifts*, por uma ficção de transferência instantânea da propriedade. Aplicando-se a mesma lógica ao sistema brasileiro, as promessas de doação formais poderiam ser executadas com fundamento em enriquecimento sem causa ou como apropriação de bem alheio.

Benson, por sua vez, reconhece que os negócios gratuitos constituem modalidade contratual, ainda que não expressem a vontade comum em seus termos mais elevados. Sua teoria não nega a eficácia obrigacional das doações; pelo contrário, reconhece-as como fonte normativa, embora não possuamos mesmos efeitos de negócios onerosos.

Diante do exposto, nenhuma das teorias filosóficas encontra-se apta a justificar a recusa de se reconhecer as promessas de doação puras como fonte de obrigações perante

o Poder Judiciário. A análise revela que as teses expostas anteriormente corroboram posição contrária.

Portanto, diante da ausência de justificativas dogmáticas ou filosóficas, impõe-se a reforma do entendimento jurisprudencial, passando-se a aceitar a execução das promessas de doação, inclusive puras. O cumprimento da palavra dada, princípio fundamental do direito das obrigações, deve prevalecer também nos negócios gratuitos, assegurando-se ao donatário a tutela jurisdicional adequada para obter a prestação prometida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEM, Fábio P. *Contrato preliminar: níveis de eficácia*. São Paulo: Almedina, 2018.
- ALLAMI, Abdullah Wahib. *Principlizing Islamic zakat as a system of taxation*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) — Brunel Law School, Londres, 2015.
- ALVIM, Agostinho. *Da doação*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972.
- ARISTÓTELES. *Nicomachean ethics*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2014.
- ASSIS, Araken; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. v. 5. São Paulo: Forense, 2007. Coordenadores: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza.
- ATIYAH, Patrick S. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- ATIYAH, Patrick S.; SUMMERS, Robert S. *Form and substance in Anglo-American law: A comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*. Oxford: Oxford University Press, 1987.
- AZEVEDO, Miguel Alexandre Calado de Albuquerque e Azevedo. *Os limites da vinculação unilateral: a promessa (unilateral) no direito civil*. 2018. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2018. Disponível em: <https://run.unl.pt/handle/10362/50989>. Acesso em: 26 dez. 2025.
- BEATSON, Jack; BURROWS, Andrew; CARTWRIGHT, John. *Anson's Law of Contract*. 29. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- BELL, John. The relevance of foreign examples to legal development. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 21, n. 2, 2011, p. 431–460.
- BENSON, Peter (ed.). *The theory of contract law: new essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- BENSON, Peter. Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory. *Cardozo Law Review*. Vol. 10, n. 5, p. 1079-1196, mar. /apr., 1989.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BEVILACQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- BIRCHAL, Telma. Eros e agape. *Síntese: Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, v. 17, n. 48, p. 95–106, jan. 1990.
- BRASIL. *Código Civil*. Decreto nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Diário Oficial, Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1916/L3071.htm. Acesso em: 27 jan. 2026.

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 27 jan. 2026.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 1939*. Decreto-Lei nº 1.608, de 6 de outubro de 1939. Diário Oficial, Rio de Janeiro, 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/cp1939.htm. Acesso em: 27 jan. 2026.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial, Brasília, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 27 jan. 2026.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 27 jan. 2026.

BRASIL. Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937. Dispõe sobre a organização judiciária e dá outras providências. Diário Oficial, Rio de Janeiro, 1937.

BRASIL. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 dez. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *AgInt no Recurso Especial* n. 1.351.529/SP. Recorrente: FFM. Recorrido: JCP. Relator: Ministro Lázaro Guimarães. Brasília. Julgado em 24 de abr. 2028. Publicado em 3 de mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *AgRg no Agravo em Recurso Especial* n. 228.629/PR. Recorrente: Maria José Teixeira de Oliveira e Outro. Recorrido: Francisco Henrique Lopes. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgado em 26 maio 2015. Publicado em 24 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial* n. 730.626/SP. Recorrente: Lúcia Abdalla Abdalla. Recorrido: Antônio João Abdalla Filho. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Julgado em 17 out. 2006. Publicado em 4 dez. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial* nº 30.647/RS. Recorrente: Carla Azambuja Centeno Bocchese e outros. Recorrida: Glenda Azambuja Centeno e outros. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, julgado em 23 nov. 1998. Publicado em 12 abr. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. *Embargos de Divergência em Recurso Especial* n. 125.859/RJ. Embargante: Gilberto Carneiro da Cunha. Embargados: Fabiana Carneiro da Cunha Guimarães e outros. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 26 jun. 2002. Publicado no Diário da Justiça em 24 mar. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. *AgRg no Agravo de Instrumento* n. 1.326.439/RJ. Recorrente: União. Recorrido: Marlene Neves Machado. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, julgado em 7 out. 2010. Publicado em 2 fev. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *Recurso Especial* n. 1.355.007/SP. Recorrente: CFRJ. Recorrido: MBMdeB. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 27 jun. 2017. Publicado em 10 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *Recurso Especial* n° 125.859/RJ. Recorrente: Fabiana Carneiro da Cunha Guimarães e outros. Recorrida: Gilberto Carneiro da Cunha. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, julgado em 6 mar. 2001. Publicado em 23 abr. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *Recurso Especial* n° 167.069/DF. Recorrente: Norma Furian Reich. Recorrido: Walter Machado de Jesus. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Brasília, julgado em 20 fev. 2001. Publicado em 2 abr. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *Recurso Especial* n° 2.173.638/SP. Recorrente: LMA. Recorrido: SMAF - Espólio. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, julgado em 12 ago. 2025. Publicado em 19 ago. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Recurso Extraordinário* n° 71.742. Recorrente: Alonso Ferguson e outros. Recorrido: Departamento de Estradas de Rodagem de São Paulo. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, julgado em 1 jun. 1971. Publicado em 9 jul. 1971.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Recurso Extraordinário* n° 105.862. Recorrente: Cotonifício Moreno S/A. Recorrido: Estado de Pernambuco. Relator: Ministro Oscar Correa. Brasília, julgado em 30 ago. 1985. Publicado em 20 set. 1985.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* n° 4.324. Recorrente: Alice Effantin Lopes Pinto. Recorrido: Arthur da Fonseca Soares e outros. Relator: Ministro Barros Barreto. Brasília, julgado em 9 dez. 1943.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Recurso Extraordinário* n° 88.716/RJ. Recorrente: Distribuidora de Comestíveis Disco S/A e outros. Recorrido: Supermercados Pão de Açúcar S/A. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, julgado em 11 set. 1979. Publicado no Diário da Justiça em 30 nov. 1979.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Recurso Extraordinário* n° 20.807. Recorrente: Aleindo de Souza. Recorrido: João Antônio de Souza. Relator: Ministro Lafayette de Andrada. Brasília, julgado em 5 ago. 1952. Publicado em 9 abr. 1953.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Recurso Extraordinário* n 75.293. Recorrente: Vitória Bertaglia Segatto e outros. Recorrido: Departamento de Estradas de Rodagem de São Paulo. Relator: Ministro Thompson Flores. Brasília, julgado em 11 maio 1973. Publicado em 8 jun. 1973.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário* n. 1.263.641/RS. Recorrente: Marcos Alessandro Zampieri. Recorrido: Presidente da Junta Comercial do Estado de Santa Catarina e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, julgado em 13 out. 2020, publicado em 28 out. 2020.

BRUDNER, Alan. *The Unity of the Common Law*. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

CALAMARI, John D.; PERILLO, Joseph M. *The law of contracts*. 4. ed. St. Paul: West Group, 1998.

CANADÁ. Supreme Court of Canada. *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.* SCC 34 (CanLII), 1 SCR 842. 2000.

CARTER, J. W. *Contract law in Australia*. 6. ed. Pequim: LexisNexis Butterworths, 2013.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2012.

CORBIN, Arthur Linton. *Corbin on contracts*. One volume edition. Saint Paul: West Publishing Co., 1952.

CRASWELL, Richard. Contract law, default rules, and the philosophy of promising. *Michigan Law Review*, v. 88, n. 3, dez. 1989, p. 489–529.

DAVID, René; BRIERLEY, John E. C. *Major legal systems of the world today: An introduction to the comparative study of law*. 3. ed. Londres: Steven & Sons, 1985.

DAWSON, John P. *Gifts and promises*. New Haven: Yale University Press, 1980.

DE FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. *Curso de direito civil: Contratos*. Vol. 4. 7^a ed. ver. atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New York Court of Appeals. *Gonçalves v. Regent Intern Hotels Ltd.* 460 N.Y.S.2d 750, 58 N.Y.2d 206, 447 N.E.2d 693. 1983.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015.

FULLER, L. L.; PERDUE JR., William R. The reliance interest in contract damages. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 46, 1936, p. 52–96.

FULLER, Lon L. Consideration and Form. *Columbia Law Review*, v. 41, n. 5, maio 1941, p. 799–824.

FURMSTON, Michael; MILK, Elize; TOLHURST, G. J. Formation of contracts. In: HARGOVAN, Anil (ed.). *The law of contract*. 6. ed. Londres: LNUK, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Contrato de doação*. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book.

- GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: The Ohio State University Press, 1974.
- GLENN, H. Patrick. *Legal traditions of the world*. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GORDLEY, James. *Foundations of American contract law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2023.
- GORDLEY, James. *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- HARNAY, Sophie; MARCIANO, Alain. Posner economics and the law: from “law and economics” to an economic analysis of law. *Journal of the History of Economic Thought*, v. 31, n. 2, jun. 2009, p. 215–232.
- HEGEL, G. W. F. *Elements of the philosophy of right*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- HEGEL, G. W. F. *Philosophy of Right*. Kitchener: Batoche Books Limited, 2001
- HYLAND, Richard. *Gifts: a study in comparative law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009.
- KANT, Immanuel. *Groundwork of the metaphysics of morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- KENNEDY, Duncan. Form and substance in private law adjudication. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 8, jun. 1986, p. 1685–1778.
- KLATT, Matthias; DE SOUSA, Felipe Oliveira. Normatividade Semântica e a Objetividade da Argumentação Jurídica. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 2, n. 2, p. 201-213, jul./dez. 2010.
- KNOWLES, Dudley. *Routledge Philosophy GuideBook to Hegel and the Philosophy of Right*. Londres: Routledge, 2002.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários ao Código Civil: parte especial: das várias espécies de contratos. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil*. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 3. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.
- MARKESINIS, B. S. Cause and consideration: A study in parallel. *Cambridge Law Journal*, vol. 37, n. 1, abr., 1978, p. 53-75
- MARKOVITS, Daniel. Contract and Collaboration. *Yale Law Journal*, v. 113, n. 7, maio 2004, p. 1474–1491.
- MAUSS, Marcel. *Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas*. Lisboa: Edições 70, 2011.

MCKENDRICK, Ewan. *Contract law: text, cases and materials*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MEDINA, Paulo Geraldo de Oliveira. A doação. In: FRANULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra (coords.). *O novo Código Civil*. São Paulo: LTr, 2003.

MERKIN, Robert; SAINTIER, Séverine. *Poole's textbook on contract law*. 15. ed. Glasgow: Oxford University Press, 2021.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 4. ed. Stanford: Stanford University Press, 2018.

MIRABELLI, G.; PICCININI, S. Dialoghi in tema di liberalità. In: VV.AA. *Scintillae iuris – Studi in memoria di Gino Gorla III: contratto, responsabilità, proprietà, impresa e società, processo, amministrazione pubblica*. Milano: Giuffrè, 1994.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. 2ª Parte. São Paulo: Saraiva, 1987.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Notas sobre a promessa de doação. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 1–19, 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/111>. Acesso em: 17 dez. 2025.

MOURA, Miguel Alexandre Calado de Albuquerque e Azevedo. Os limites da vinculação unilateral: a promessa (unilateral) no Direito Civil. 2018. 402. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 60.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. v. 3. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 1. ed. e-book, baseada na 11. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters, [s.d.]. E-book.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual: uma nova teoria do contrato*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 3: contratos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PLANIOL, Marcel Ferdinand. *Traité élémentaire de droit civil: conforme au programme officiel des facultés de droit*. Tomo III. 10. ed. Paris: Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1927.

PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the common law*. 5. ed. Boston: Butterworth & Co, 1956.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Tomo XLVI: direitos das obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

POSNER, Eric A. Economic analysis of contract law after three decades: success or failure? *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 146, 2002.

POSNER, Richard A. Gratuitous promises in economics and law. *The Journal of Legal Studies*, v. 6, n. 2, jun. 1977, p. 411–426.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986.

REINO UNIDO. Court of Appeal. *Williams v. Roffey Bros.* 1 QB 1. 1991.

REINO UNIDO. Court of Exchequer Chamber. *Currie v. Misa*. LR 10 Ex 153, 1875.

REINO UNIDO. Court of Exchequer Chamber. *White v. Bluett*. LJ Ex 36. 1853.

REINO UNIDO. House of Lords. *Chappell & Co v. The Nestlé Co Ltd*. AC 87. 1960.

REINO UNIDO. House of Lords. *Foakes v. Beer*. 9 App Cas 605. 1884.

REINO UNIDO. House of Lords. *Hughes v. Metropolitan Railway Co*. 2 App Cas 439. 1877.

REINO UNIDO. King's Bench. *Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd*. KB 130. 1947.

REINO UNIDO. King's Bench. *Stilk v. Myrick*. EWHC KB J58. 1809.

REINO UNIDO. Queen's Bench. *Callisher v. Bischoffsheim*. LR 5 QB 449. 1869-1870.

REINO UNIDO. Queen's Bench. *Eastwood v. Kanyon*. 11 Ad & E 438. 1840.

REINO UNIDO. Privy Council. *New Zealand Shipping Co Ltd v. A M Satterthwaite & Co Ltd*. AC 154. 1975.

REINO UNIDO. Privy Council. *Pau On v. Lau Yiu Long*. AC 614. 1980.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Porto Alegre: L&PM, 2008.

RUSTAD, Michael L.; KAVUSTURAN, Elif. A commercial law for software contracting. *Washington and Lee Law Review*, v. 76, n. 2, p. 777–894, 2019.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del diritto romano attuale*. Torino: UTET, 1889.

SCHERIBER, Anderson *et al.* *Código Civil comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SÉRAFIN, Stéphane. Sealed and Delivered: A Theory of Unilateral Transfer at Common Law. *Alberta Law Review*, v. 62, n. 01, 2020, p. 927–956. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3483200. Acesso em: 09 jan. 2025.

SILVER, Douglas. Overview of the industry. In: SILVER, Douglas (ed.). *Rise of the mining royalty companies*. Englewood: Society for Mining, Metallurgy & Exploration, 2023.

- SILVER, Douglas. Preface. In: SILVER, Douglas (ed.). *Rise of the mining royalty companies*. Englewood: Society for Mining, Metallurgy & Exploration, 2023.
- SIMPSON, Alfred W. B. *A history of the common law of contract: The rise of the action of assumpsit*. Londres: Oxford University Press, 1975.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, inverno 2003, p. 191–219.
- SMITH, Stephen A. *Contract theory*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- SMITH, Stephen. Towards a theory of contract. In: HORDER, Jeremy (ed.). *Oxford essays in jurisprudence. 4th Series*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 107–129.
- SOUZA, Sylvio Capanema de. Das várias espécies de contratos: da troca ou permuta; do contrato estimatório; da doação; da locação de coisas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. v. 8. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- STANICIA, Sergio Tuthill. A doação no Código Civil brasileiro: reflexões sobre sua estrutura contratual e obrigatoriedade do cumprimento pelo doador. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD*, [S. l.], n. 33, p. 104–135, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/25672>. Acesso em: 04 ago. 2025.
- STANICIA, Sergio Tuthill. *Liberalidade e gratuidade no âmbito da doação*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2016.
- STOLJAR, S. J. *A history of contract at common law*. Camberra: Australian National University, 1975.
- STOLJAR, Samuel. Promise, expectation and agreement. *Cambridge Law Journal*, v. 47, n. 2, jul. 1988, p. 193–212.
- SWAN, Angela; ADAMSKI, Jakub; NA, Annie Y. *Canadian contract law*. 4. ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. v. 3: teoria geral dos contratos em espécie. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- TEIXEIRA, Tarcisio. Contrato preliminar empresarial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, p. 699–743, jan./dez. 2006.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- The doctrine of consideration in the law of obligations. *Journal of Jurisprudence*, v. 21, n. 250, 1877, p. 530.
- TORRENTE, Andrea. La donazione. In: CICALA, Antonio; MESSINEO, Francesco (org.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. v. XLII. Milano: Giuffrè, 1956.
- TREITEL, G. H. *An outline of the law of contract*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.

- UNGER, Roberto Mangabeira. *The critical legal studies movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- VARGAS, Pedro Paulo de Siqueira. *O contrato de doação como instrumento de planejamento sucessório no direito civil brasileiro*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2014.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- VILLELA, João Baptista. Contrato de doação: pouca luz e muita sombra. In: FARIA, Juliana Cordeiro de *et al.* (orgs.). *João Baptista Villela: obra selecionada*. São Paulo: Dialética, 2023.
- WALD, Arnoldo. *Direito civil*. v. 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- WIENER, Antje; LISTE, Philip. Lost in translation? Cross-referencing and a new global community of courts. *Indiana Journal of Global Studies*, v. 21, n. 1, inverno 2014, p. 263–296.
- WILLISTON, Samuel. *A treatise on the law of contracts*. v. 3. 4. ed. Nova Iorque: Lawyers Cooperative Publishing, 1992.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 9ª ed. Frankfurt am Main: Literarische Anstalt Rütten & Scenig, 1906.
- ZANITELLI, Leandro Martins. Contract law and public justification. *University of Bologna Law Review*, v. 8, n. 2, p. 53–74. Disponível em: <https://doi.org/10.6092/issn.2531-6133/18609>. Acesso em: 26 jan. 2026.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Londres: Oxford University Press, 1996.