O novo CÃ³digo Civil brasileiro e a doaÃ§Ã£o pura a incapazes

Na esteira da redação então vazada no artigo 1.165 do Código Civil de 1916, é costume, entre nós, ter-se a doação como o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita.

Desse conceito legal, explica Maria Helena Diniz[1], podem ser extraídos os quatro elementos fundamentais que caracterizam a doação, a saber:

a) a *contratualidade*, pois o nosso Direito positivo a considera como *contrato*, "*requerendo para a sua formação a intervenção de suas partes contratantes, o doador e o donatário, cujas vontades se entrosam para que se perfaça a liberalidade por ato* inter vivos…"[2];

b) *o ânimo do doador de fazer uma liberalidade* (*animus donandi*), porquanto o ato do doador deverá revestir-se de espontaneidade, com o só propósito de propósito de ensejar ao donatário certa vantagem à custa do seu patrimônio;

c) *transferência de bens ou de direitos do patrimônio do doador para o do donatário*, pouco importando a extensão do valor da coisa transferida, porquanto o que é elemento fundante do negócio de doação é a translação de valor econômico de um patrimônio a outro, com o desfalque, ainda que diminuto, do patrimônio do doador e o correlato acréscimo ao patrimônio do donatário;

d) a*ceitação do donatário*, corolário do primeiro elemento, pois, por sua natureza contratual, o contrato não se aperfeiçoará enquanto o donatário não manifestar sua intenção de aceitar, "*por desconhecer nosso Código doação não aceita"*[3].

Nesse quadrante, entre nós, não havia grande dissensão na doutrina quanto à tipologia contratual da doação, porquanto não dispensaria, quanto à existência, o *consentimento*, a integração de duas vontades contrapostas, feição que direito anterior bem patenteava na alusão explícita à *aceitação* do donatário, na parte final do enunciado que se construía no artigo 1.165.

A objeção que sempre se fez à aludida definição legal era toda alusiva à impressão que texto ensejava de que a doação, *per se*, transferiria bens ou vantagens patrimoniais, quando o contrato serve apenas de título de aquisição e, a rigor, nada "transfere". Essa impropriedade o anteprojeto do novo Código Civil almejava corrigir, no ponto que averbava considerar a doação "o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, *se obriga a transferir…*". Mas, como explica Jones Figueiredo Alves, o texto do anteprojeto acabou sendo alterado, por parte do Relatório Ernani Satyro, para o restauro da redação do artigo 1.165 do Código anterior e que jamais foi obstáculo ao entendimento de que o contrato de doação é de per si obrigatório[4].

A doação a incapazes no regime brasileiro anterior

2024 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

É da teoria geral dos negócios jurídicos que se colhe a capacidade das partes como um dos requisitos *subjetivos* para a formação válida e regular dos contratos.

Assim, especialmente na quadra da doação, podem doar todas as pessoas capazes de contratar e podem ser donatários as pessoas em geral, porém, como observa Clóvis Beviláqua, com apoio no texto de 1916, "*se as pessoas ainda não têm o necessário desenvolvimento mental, como os menores, ou, por outros fundamentos, são considerados incapazes, como os loucos, necessitam da autorização de seus representantes legais ou da justiça para dar sua aceitação*"***[5]***. Nesse mesmo sentido, permite-se a doação ao nascituro, sendo aceita por seu representante legal (o Código de 1916 falava em aceitação pelos *pais*).

Dito de outro modo, por sua feição contratual, não se aparta, *grosso modo*, a doação da moldura engendrada na Parte Geral do Código para a validade comum dos contratos: se a doação, para a sua *existência*, reclama o consentimento, a integração de duas manifestações de vontade (*animus donandi* e aceitação), a declaração negocial somente galga *validamente* o mundo jurídico se emitida por pessoa *capaz* (capacidade plena de exercício). Nessa contextura, poderia ser dito que a incapacidade do donatário, se não saneada pelos corretivos da representação ou da assistência, inibe a validade da doação.

Nada obstante, no regime do direito anterior havia hipótese excepcional em que se habilitava pessoa ordinariamente incapaz de obrar contratos para a *aceitação* de doações puras, ou seja, aquelas que se estatuem sem quaisquer restrições ou modificações para a sua constituição ou execução. Por esse dispositivo legal (art. 1.170), parece então legítimo afirmar que havia como que um alargamento dos lindes da capacidade civil de obrar: especialmente para a *aceitação* de doação pura, admitia-se, *validamente*, a manifestação de vontade do incapaz.

É certo que a disposição em comento (art. 1.170), ao aludir singelamente "*às pessoas que não puderem contratar*", ensejava dúvidas quanto à possibilidade de os absolutamente incapazes receberem doação pura. Lembra Paulo Geraldo de Oliveira Medina que "*alguns doutrinadores entendiam ser a norma aplicável a todos os incapazes (Clóvis, Orosimbo), enquanto outros afirmavam que tal dispositivo somente se aplicava aos relativamente incapazes (Agostinho)*"[6].

De qualquer modo, ao receber validamente do incapaz a aceitação das doações puras, o Código como que preservava, com maior nitidez, a *contratualidade* como elemento medular da doação. Em termos diversos, ao averbar que o incapaz era "capaz" de aceitar doações puras, o Código bem patenteava a imprescindibilidade da aceitação, da manifestação de vontade do donatário, expressa ou tácita, para a formação do negócio jurídico de doação, que então assumia típica e indisputável tipologia contratual.

A doação a incapazes no novo Código Civil. Posição do problema.

O novo Código procurou inequivocamente contornar as já aludidas dúvidas que o dispositivo anterior ensejava quanto à possibilidade de os absolutamente incapazes receberem doações puras. Nesse sentido, giza o novel artigo 543: "*Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura*"

2024 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

.

Ocorre que sob o pálio de contornar aquelas dúvidas que suscitava a redação do artigo 1.170 do então Código de 1916, o novo texto acabou por infundir questionamentos mais profundos.

Por primeiro, sendo a doação mesmo um contrato, como dispensar-se a aceitação? E cumpre notar que essa questão ganha maior vulto à luz focada na redação do artigo 538 do novo Código que, ao encabeçar os enunciados sobre a doação, propõe-se à conceituação do negócio em comento. Aparentemente, simples decalque do artigo 1.165 do Código anterior, mas não! A parte final do texto anterior, alusiva à aceitação ("que os aceita"), já não se vê no novo enunciado. Seria então lícito reavivar a discussão, tão acesa no século XIX, sobre a natureza jurídica da doação? Será que, a despeito da posição topográfica dos enunciados que a tipificam[7], a feição contratual da doação, máxime quando absolutamente incapaz for o donatário, pode ser questionada?

Cumpre, porém, notar que afora esse questionamento — diríamos estrutural — sobre o negócio jurídico de doação, outras questões marginais podem ser construídas a partir do enunciado do artigo 543: afinal, se ao absolutamente incapaz dispensa-se a própria aceitação, quando simples for a doação, por que então não dispensar a assistência aos donatários relativamente incapazes e por que fazer depender a doação ao nascituro do aceite de seu representante (art. 542)?

A doação a incapazes no direito comparado.

4.1 No Código Civil argentino

Da doação ocupa-se o Código civil argentino por seus artigos 1.789 e seguintes, imersos na Seção Terceira do Livro Segundo, alusiva às obrigações que nascem dos contratos.

Não obstante o artigo 1.789 não aludir à aceitação como elemento da doação, ao oferecer uma definição para essa modalidade negocial, a feição contratual da doação parece extreme de dúvida, não apenas em razão da posição topográfica do trato do instituto, mas, sobretudo, frente aos claros termos do artigo 1.792, segundo o qual: "*Para que la donación tenga efectos legales debe ser aceptada por el donatário, expresa o tacitamente, recibiendo la cosa donada*".

Sobre a capacidade para aceitar doações, há disposição genérica no artigo 1.804, segundo o qual " *Tiene capacidad para hacer y aceptar donaciones, los que podem contratar, salvo los casos em que expresamente las leyes dispusiesen lo contrario*".

4.2 No Código Civil suíço

No Código Civil suíço a doação também vem tipificada na quadra das modalidades contratuais. Por seu artigo 239, considera-se doação "*toda a atribuição pela qual uma pessoa, à custa de seu patrimônio, enriquece uma outra sem uma correspondente contraprestação*".

A disposição, como explica o próprio título do artigo, ocupa-se não propriamente da definição, senão do

2024 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

conteúdo do negócio. Talvez por isso a falta de alusão ao elemento da aceitação do donatário. Mas este requisito está claramente delineado na parte final do artigo 244, que abre ao doador a possibilidade de desistir da atribuição, desde que o faça "*antes da aceitação por parte do donatário*".

Sobre a capacidade para ser donatário, a lei suíça oferece interessante disciplina: uma doação pode ser recebida e adquirida validamente, mesmo por um incapaz de negócio, quando for ele capaz de *discernimento* (art. 241-1). Ressalva, contudo, que a doação não subsistirá se o re-presentante legal proibir a sua aceitação ou ordenar a sua restituição (art. 241-2).

4.3 No Código Civil alemão

O *B.G.B.* não enseja dúvidas quanto à tipologia contratual da doação, não apenas em razão do trato topográfico do instituto, na quadra das "obrigações em particular", mas quando averba, por seu parágrafo 516, que uma atribuição pela qual alguém, à custa do seu patrimônio, enriquece outro, é doação "*quando ambas as partes estiverem acordo sobre a circunstância de que a atribuição tenha lugar a título de gratuito*". Na segunda parte, o dispositivo abre espaço para a hipótese de aceitação tácita, quando o doador insta o donatário a aceitação em determinado prazo e este silencia.

Não há disposição especial sobre a capa-cidade de ser donatário. Ocorre que do texto do parágrafo 107, da Parte Geral do Código, e que se ocupa da capacidade de obrar negócio jurídico, infere-se que ao menor de idade será lícito aceitar doações puras, pois o aludido dispositivo legal faz depender do consentimento do representante legal do menor apenas a validade das declarações de vontade pela qual não adquira o incapaz, exclusivamente, uma vantagem jurídica. Cumpre notar que o parágrafo seguinte (108) parece ir além e permitir ao menor a aceitação de doações onerosas, mas *ad referendum* do representante, ao condicionar a "eficácia" do contrato concluído pelo menor de idade à ratificação do representante.

4.4 No Código Civil francês

O Código Napoleão aparentemente considera a doação um *ato unilateral*, ao sobre ela dispor ao flanco dos testamentos. Assim muitos a consideram, por influência de Napoleão, que, intervindo nos debates, impusera seu ponto de vista baseado na falsa suposição de que a criação de obrigação unilateral não se afeiçoa à idéia de contrato[8]. Em verdade, "*o legislador francês conformou-se à orientação do Direito romano, através das Institutas de Justiniano, que incluíam a doação entre os meios de aquisição da propriedade. O Código francês regulou-a, em conseqüência, ao lado dos testamentos, reunindo os atos de liberalidade "inter vivos" e "mortis causa", dos quais resultam a transmissão da propriedade, a que são idôneos"* ***[9]***.

Com efeito, em que pese à localização geográfica do instituto, a feição contratual da doação parece não ser negada, senão confirmada pelo conceito que o artigo 894 propõe-se a construir, segundo o qual " *a doação "inter vivos" é um ato pelo qual o doador se despoja, atual e irrevogavelmente, da coisa doada, em favor do donatário, que a aceita*" (grifei).

2024 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Sobre a capacidade para receber em doação, reza o artigo 902 que todas as pessoas a tem, *"com exceção daquelas que a lei declara incapazes"*. Exceção que parece ter pouco significado diante da extensão da norma do artigo 906, segundo a qual *"para ser capaz de receber "inter vivos", basta estar concebido ao tempo da doação"*. Ocorre que a capacidade a que alude à disposição é a *capacidade jurídica* ou *de direito* e não dispensa a capacidade de exercício, que se constrói, *a contrario sensu*, a partir do enunciado do artigo 1.124, que se ocupa do elenco dos incapazes de contratar.

4.5 No Código Civil italiano

Por marcada influência do Código Napoleão, o Código Civil italiano hospeda a disciplina das doações na quadra do Livro II, relativo as sucessões. A definição a que se propõe o enunciado do artigo 769 não alude ao elemento da aceitação, nem por isso questiona-se a sua tipologia contratual, tanto que à aceitação refere-se às claras o artigo 782, ao se ocupar sobre a forma de doação, e o artigo 784, que, ao dispor sobre a doação ao nascituro, remete à disciplina da aceitação às disposições dos artigos 320 e 321, alusivos à representação dos incapazes. Segundo o artigo 321, se o pai não quiser aceitar as doações atribuídas aos filhos, poderão elas ser aceitas pela mãe ou qualquer outro ascendentes, com prévia autorização judicial.

Assim, para a validade da doação feita ao incapaz, não se prescinde da aceitação por parte de seu representante, legal ou judicial. A doação feita ao incapaz que não a aceita por seu representante será *anulável*, e somente ao incapaz confere-se ação de anulação, com prazo prescricional de cinco anos, contados da data da cessação da incapacidade (arts. 1.441 e 1.442).

De fato, na glosa de Antonio Palazzo, *"Il legislatore del '42 abbandonata l'assimilazione della capacita di donare a quella di testare l'há ancorato allá disciplina generale dei contratti ed é a questa disciplina che si deve ricorrere per comprendere sai la capacita ad accettare che quella di donare del minori"*[10].

4.6 No Código Civil português

Por sem dúvida, o regime engendrado no Código Civil brasileiro de 2002 para as doações abeberou-se, à larga, no sistema lusitano. Hospedada entre os contratos em espécie, a doação, no Código civil português, não ostenta, na noção construída no artigo 940º, alusão explícita a aceitação, mas deste elemento o Código refere-se à parte, mais à frente, por seu artigo 945º, no ponto em que averba, por seu parágrafo primeiro, que *"a proposta de doação caduca, se não for aceita em vida do doador"*. O mesmo dispositivo, por seu parágrafo segundo, alude à aceitação tácita, no ponto em que averba que a recepção da coisa, em qualquer momento, da coisa móvel doada, ou do seu título representativo, traduz aceitação.

Sobre a aceitação por parte de incapazes, o artigo 951º prescreve que as pessoas que não têm capacidade para contratar não podem aceitar doações com encargos senão por intermédio dos seus representantes legais, contudo, *"as doação puras feitas a tais pessoas produzem efeitos independentemente de aceitação em tudo o que aproveite aos donatários"*. Nessa disposição ancorou-se, por sem dúvida, o legislador brasileiro para a construção do enunciado do artigo 543 do Código Civil.

2024 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Análise e conclusão.

Da análise do direito comparado, verifica-se que não há mais espaço para a discussão sobre a natureza jurídica da doação. Por sem dúvida ela é um *contrato* e assim dependente, quanto à formação, da integração de duas vontades contrapostas: a do doador, de efetuar uma atribuição patrimonial, e a do donatário, em admiti-la. Desse modo, força é convir que a exclusão da expressão final "que os aceita" na conceituação do artigo 538 do novo Código Civil, confrontado com a disposição simular que se lia no artigo 1.165 do Código revogado, longe de reavivar o problema da tipologia do negócio, fez-se apenas para que não recaísse a redação em redundância ou superfetação, porque, sendo contrato, na doação há necessariamente que se observar uma convergência de vontades[11].

Quanto aos absolutamente incapazes, em que pese o texto do artigo 543, não há própria "dispensa" da vontade do donatário (elemento interno), senão a substituição da *manifestação* desta, da *declaração negocial* propriamente dita (elemento externo), por um ato de cumprimento.

Nesse sentido, o Código reflete a tendência da hodierna Teoria Geral dos Contratos em admitir figuras negociais formadas não a partir da comunhão de declarações negociais propriamente ditas, segundo o binômio clássico *proposta-aceitação*, senão mediante simples *atuação da vontade*.

A propósito, já antevia o gênio de Orlando Gomes, em substancioso artigo publicado na Revista do Advogado, ano II, 8, quando, escorado nas lições de Larenz, observava que um contrato mediante atuação de vontade forma-se por três modos: ou por um ato de execução, ou por um ato de apropriação, ou por um ato de utilização.

Assim, quando o donatário absolutamente incapaz recebe o bem doado e dele se apropria[12], houve atuação de sua vontade convergente ao intento do doador, aperfeiçoando o negócio. Nesse caso, parece legítimo afirmar que há verdadeira exceção ao *consensualismo* da doação, verdadeira cedência ao *princípio da realidade*, eis que o negócio dependerá, quanto à sua formação, da entrega da coisa doada, pois mediante esta é que a vontade do donatário atuará validamente.

*De lege*ferenda, parece que de melhor prudência seria o Código se, a exemplo do suíço, subordinasse a validez dessa atuação da vontade do absolutamente incapaz à anuência de seus representantes, aos quais se abriria a possibilidade de adrede proibir o recebimento da coisa ou para logo refutá-la, quando aceita.

De outro turno, a perplexidade entre a dispensa da aceitação para o donatário absolutamente incapaz e a suposta exigência da assistência para a validez da aceitação do donatário capaz relativamente não é real, senão aparente: cabe, aqui, o argumento *a fortiori* para a construção do adequado sentido e alcance do enunciado do artigo 543: sendo pura a doação, se é dispensada a declaração negocial do donatário absolutamente incapaz, com muito mais razão não há reclamá-la ao incapaz relativamente. Esse é o entendimento que melhor se afeiçoa à razão histórica da novel disposição: dissipar as dúvidas que suscitava a redação do artigo 1.170 do então Código de 1916 sobre a abrangência ou não dos absolutamente incapazes, pois, no regime anterior, sobre a aptidão dos relativamente incapazes para a

2024 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

aceitação das doações puras, independentemente de assistência, nunca houve dissentimento.

Ao cabo, é de se indagar por que razão o Código não dispensou o aceite dos representantes, nos casos de doação feita ao nascituro (art. 542). Mas a razão vem depressa, porque ressuma óbvio: o nascituro não detém personalidade jurídica e assim não há v*ontade* por fazer atuar. A aquiescência do "representante" [13] é de se impor para a formação de um *estado de vinculação* da coisa doada, em vista do surgimento futuro de uma pessoa com um direito sobre ela[14].

Bibliografia

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*, Campinas: Red. Livros, 2000.

FIUZA, Ricardo (coord). *Novo Código Civil Comentado.* São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos* Contratos, v. 4, São Paulo: Saraiva, 1993.

_____ . *Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 3º*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio: Forense, 1977.

_____ . *Algumas inovações na Teoria Geral do Contrato*, in Revista do Advogado – Ano II – nº 8.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil.* Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

OLIVEIRA MEDINA, Paulo Geraldo de. *A doação.* Estudo publicado no livro *O novo Código Civil – Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: Ltr, 2003.

PALAZZO, Antonio. *La donazioni. Il Codice Civile Commentario (diretto da Piero Schlensinger).* Milano: Giuffrè, 1991.

[1] *Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º v.*, p. 209/214.

[2] Idem, p. 210.

[3] Idem, p. 213.

[4] *Novo Código Civil Comentado*, p. 475.

[5] *Direito das Obrigações*, p. 300.

[6] *O novo Código Civil, Estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*, p. 465.

[7] No bojo do Título VI, do Livro I da Parte Especial – Das várias espécies de *contratos*

2024 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[8] Orlando Gomes, *Contratos*, p. 244.

[9] Ibidem.

[10] *Il Codice Civile Commentario*, p. 128.

[11] Cf. Paulo Medina, op. cit,. P. 461.

[12] Lembre-se, *v.g.*, que a tradição, por ser ato-fato, não reclama capacidade do recebedor.

[13] Porque de representação propriamente dita não se trata.

[14] cf. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, forte em Lehmann e Manuel de Andrade, p. 197

2024 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.