

P A R E C E R E S

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 21.824

(PRIMEIRO PARECER)

Agravante: Niomar Moniz Sodré Bittencourt

Agravado: o Espólio de Paulo Bittencourt

Não caracteriza "doação" a simples disposição dos cônjuges, manifestada em acôrdo de desquite amigável, de doar, posteriormente, bens imóveis de seu patrimônio a netos do casal, embora homologado judicialmente êsse acôrdo. — Ademais da "aceitação" da liberalidade, a "doação" de bens imóveis de valor acima da taxa legal não prescinde do "instrumento público" e de sua oportuna "transcrição" no Registro de Imóveis. — Inexistência de "fideicomisso" onde não se caracteriza o encargo da "sucessividade" dos beneficiários "em dois graus". — Com essa condição não se confunde a "cláusula de reversão" permitida no art. 1.174 do Código Civil. — A simples "averbação" da sentença homologatória do acôrdo de desquite e respectiva "partilha" dos bens do casal concerne apenas a "modificações de ordem pessoal" entre os próprios cônjuges desquitandos em relação aos ditos bens, de cujos direitos já eram titulares. Sanciona tão só a "extinção do condomínio matrimonial", com efeitos meramente "declaratórios" e não "atributivos de propriedade". — Sobretudo em se tratando de pretensa transmissão, "a terceiros", da propriedade de bens imóveis de valor acima da taxa legal, a simples "averbação" da sentença homologatória não supre a necessidade da "escritura pública" e de sua "transcrição" no Registro de Imóveis. — Inadmissibilidade da "promessa de doação" no direito brasileiro. Direito comparado. — Ainda na hipótese de "doação" devidamente formalizada em instrumento público, a transcrição dêste "após a morte do doador" já não tem força para transformar a preexistente relação de "direito pessoal" numa relação de "direito real", de molde a justificar, sem expressa concordância dos herdeiros, a exclusão do inventário de bens da herança cujo domínio se transmitira direta, imediata e auto-

màticamente do “de cuius” aos seus legítimos sucessores, desde o instante do óbito, por virtude do “direito hereditário”, nos têrmos do art. 1.572 do Código Civil.

PARECER

1 — Niomar Moniz Sodré Bittencourt interpôs agravo de instrumento de decisão do Dr. Juiz de Direito da 2.^a Vara de Órfãos e Sucessões que, no processo de inventário dos bens constitutivos do espólio do Dr. Paulo Bittencourt (fls. 994 a 1.011), deu acolheita à impugnação da herdeira D. Sybil Bittencourt, no sentido de serem excluídos do mesmo inventário os imóveis sitos na Rua do Lavradio n. 106 e na Avenida Gomes Freire n.º 471, (antigos ns. 81 e 83), nesta Capital, por terem sido objeto de um compromisso de doação estipulado em cláusula (7.^a), envolvendo instituição de fideicomisso, no acôrdo do desquite amigável celebrado, no ano de 1951, entre o referido Dr. Paulo Bittencourt e sua espôsa D. Sylvia de Botelho Bittencourt.

2 — No sobredito acôrdo de desquite por mútuo consentimento foi, efetivamente, inserida, como cláusula n.º 7, a seguinte estipulação:

“Dentro de 60 dias, a partir da homologação do presente desquite, o casal fará doação em favor de seus netos, filhos de Sybil, que existirem à época do falecimento do primeiro suplicante, dos imóveis situados à Rua do Lavradio, 106 e Av. Gomes Freire, 81 e 83, nesta Capital, com reserva de usufruto, enquanto viver, em favor do marido Paulo Bittencourt. Caso sobreviva aos seus netos, voltarão tais bens ao patrimônio do primeiro suplicante”.

Entre a época dêsse acôrdo e a do falecimento do Dr. Paulo Bittencourt — em cujo inventário ora se discutem a natureza e os efeitos jurídicos dessa cláusula — transcorreram doze (12) anos, sem que jamais se houvesse efetuado a *doação* que ali fôra dito *se iria fazer* tendo por donatários os netos dos desquitandos (filhos de D. Sybil) que existissem à época do falecimento do cônjuge varão.

Em virtude disso, opinou o ilustre inventariante do espólio do Dr. Paulo Bittencourt que se trataria, *sub specie juris*, não de uma *doação* — que *nunca chegou a efetivar-se*, como acentua na contra-minuta de fls. 49/50 —, nem da instituição de *fideicomisso*, como pretende a agravada D. Sybil Bittencourt, e sim de uma *estipulação em favor de terceiros*, configurando-se, por virtude dela, “uma *obrigação pessoal do de cuius*” em razão da qual, no seu entender, “os referidos imóveis são estranhos à sucessão, face à continuada obrigação do espólio e de D. Sylvia de Arruda Botelho, de doá-los” (*sic*).

3 — No despacho recorrido, decidiu o M.M. Juiz *a quo* mandar *excluir* do inventário do Dr. Paulo Bittencourt os imóveis objeto da questionada convenção, no pressuposto de que teria havido, no acôrdo do desquite, *uma doação* desses bens aos netos do casal, filhos de Sybil, que seriam os *fideicomissários*, pois “o fato de se tratar de uma doação não obsta a que se institua o *fideicomisso*, embora se trate de questão antiga, que tem suscitado sérias controvérsias” (*sic*). Entendeu, outrossim, que, embora celebrada, ali, a *doação* por instrumento particular e não transcrito no Registro de Imóveis, sem embargo de tratar-se de prédios muito acima do valor da chamada *taxa legal* (artigo 1.168, de referência ao art. 134, II, do Código Civil), seria, ainda assim, válida e eficaz a “doação-fideicomissária”, com fulcro no art. 664 do Código de Processo Civil, que, para tornar efetiva e operante a divisão dos bens comuns entre os cônjuges desquitandos, apenas determina a *averbação* da sentença homologatória no Registro Civil e, “havendo bens imóveis, no respectivo Registro”. Destarte, essa mera formalidade daria unção legal à *doação*, de vez que “o acôrdo devidamente homologado é ato jurídico hábil para concretizá-la, e o formal de partilha, expedido pelo Juízo do desquite, título legítimo para transcrição no Registro de Imóveis”; além do que o art. 644 do Código de Processo Civil “não alude a *transcrição*, mas a *averbação*”.

* * *

4 — Na v. decisão impugnada — da qual, a nosso ver, é cabível o recurso interposto — parece-nos, *data venia*, manifesto o equívoco de seu ilustre prolator, em vários pontos, como se passa a demonstrar:

a) *Em primeiro lugar*, quando diz haver-se ajustado, no desquite devidamente homologado, que os ditos prédios “*passariam* aos netos do “*testador*” (?) filhos de Sybil”; pois não é, absolutamente, o que se lê expresso na cláusula 7.^a em exame, onde, bem diversamente, o que se estipulara foi isto:

“Dentro de 60 dias, a partir da homologação do presente desquite, o casal *fará doação*, em favor de seus netos, filhos de Sybil dos imóveis...”

Nem o espírito nem a letra do dispositivo contratual abonam a distorcida versão que se lhe deu, e que só teria cabimento e fidelidade se se houvesse escrito, por exemplo: — “a partir da homologação do desquite *passam à propriedade* dos netos do casal...”, etc.

Alega-se, na decisão recorrida, que “não se condicionou a doação à outorga de escritura” (*sic*). Mas, embora não expressa, essa intenção está claramente implícita no próprio enunciado literal da cláusula em exame, onde foi escrito, na forma verbal *future* — “o casal *fará doação*”,

— consignando-se até, para isso, um prazo: — “dentro de 60 dias” —, o que indica, indubitavelmente, a olhos de ver, a idéia de um ato de doação *a posteriori*; devendo, outrossim, levar-se em conta o fato de ser o outorgante Paulo Bittencourt um homem culto e diplomado em direito, a cujo conhecimento não escapava, decerto, a *necessidade de instrumento público* para a validade jurídica de uma doação de bens imóveis de tão avantajado valor.

b) *Em segundo lugar*, quando afirma que, por aquêlê acôrdo, “a doação ficou definitivamente caracterizada”; pois, em verdade, bem ao revés disso, *não houve doação alguma*, pôsto que não se cumpriu o previsto na cláusula 7.^a, nem no prazo de 60 dias, nem em qualquer tempo até à data do falecimento do cônjuge varão. A simples manifestação platônica daquela *intenção*, jamais cumprida, não bastaria, em bom direito, para “*caracterizar definitivamente*”, uma doação que, pela própria natureza dos bens objetivados (imóveis) e por seu alto valor (art. 1.168 combinado com o art. 134, II, do Código Civil), exigiria a outorga em *escritura pública*, por ser esta *da própria substância do ato*. Ajusta-se como luva à espécie o que entendeu e decidiu, sôbre caso análogo, o acórdão da 1.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 17/8/1956, na apelação n.º 72.446:

“*Não equivale a doação definitiva a obrigação assumida pelos cônjuges desquitandos, na partilha dos bens, de doar determinados prédios aos filhos, embora homologado o desquite. Tratando-se de contrato preliminar que obriga as partes a emitir declaração de vontade, o cônjuge que se recusa a emití-la só por via adequada pode a isso ser compelido*”. (*Revista Forense*, vol. 173, pág. 362).

O texto da cláusula de acôrdo que ensejou essa decisão do Tribunal de São Paulo é análogo ao existente na hipótese *sub judice*, pois no caso paulista rezava — “a doação *será feita* aos filhos” (rev. cit., mesmo vol., pág. 214, *in fine*), enquanto no caso atual foi dito: — “Dentro de 60 dias”... “o casal *fará doação* em favor de seus netos —, havendo, assim, em ambas as situações a projeção no futuro de uma declaração de vontade que os cônjuges pretendiam emitir.

c) *Em terceiro lugar*, quando adota a opinião — *data venia*, manifestamente errônea — de que teria havido, através da sobredita cláusula, uma instituição de *fideicomisso*, falando-se, aliás, em “*testador*”, como se jurídico fôsse confundir-se a aludida cláusula de acôrdo de desquite amigável com uma cláusula testamentária...

Conquanto hajam vários civilistas brasileiros opinado pela admissibilidade da instituição de fideicomisso por ato *inter vivos*, assim, pois, nas doações (“doações fideicomissárias”), — *exempli gratia*, no direito anterior, GOUVEIA PINTO, *Testamentos e Sucessões*, § 235; CARLOS DE

CARVALHO, *Nova Consolidação*, art. 1.941; TEIXEIRA DE FREITAS, *Testamentos e Sucessões*, pág. 329; e outros já na vigência do Código Civil, tais como ALFREDO BERNARDES, CLÓVIS BEVILAQUA, FRANCISCO MORATO, PHILADELPHO AZEVEDO, ESTEVÃO DE ALMEIDA e VIEIRA FERREIRA, — certo é que muitos eminentes civilistas, do porte de CARLOS MAXIMILIANO, PONTES DE MIRANDA e CARVALHO SANTOS, sustentam, com poderosos argumentos, que, em face do Código Civil Brasileiro, o “fideicomisso somente poderá ser instituído em testamento” (CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 4.^a ed., vol. XXIV, pág. 171).

Todavia, ainda que se prefira esposar a doutrina permissiva, a hipótese do *fideicomisso* é de ser, *data venia*, afastada, no presente caso, ante a manifesta impossibilidade de caracterizá-la na urdidura textual da cláusula em exame — alusiva a uma futura doação, que jamais chegou a efetuar-se.

Razão sobeja assiste, neste ponto, ao douto inventariante do espólio quando sustenta que “*não se trata, evidentemente, de fideicomisso, que, como o próprio nome indica, exprime uma relação de confiança, fideijussória, imposta por uma pessoa a outra; esta deve fidelidade àquela, no cumprimento da missão que lhe foi confiada*”; e isto porque “no caso dos autos, Paulo Bittencourt não recebeu de ninguém o encargo de transmitir os imóveis em questão a seus netos”, mas “*êle e sua mulher é que assumiram, um para com o outro, a obrigação de lavrar uma escritura de doação, que nunca chegou a ser feita*” (*sic*).

Dando a noção de *fideicomisso*, explicou o eminente e saudoso civilista Des. SADY DE GUSMÃO que

“o fideicomisso é uma forma de substituição, e onde não há substituição, não há fideicomisso”. (*Fideicomisso*, no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, ed. Borsoi, vol. 22, pág. 206).

A substituição fideicomissária, segundo CLÓVIS, é aquela

“na qual o herdeiro ou legatário recebe a herança ou legado, para transmitir, por sua morte, ou em outro tempo, ao seu substituto”. (*Código Civil comentado*, 2.^a ed., vol. VI, página 198).

Há de haver, no fideicomisso, duas liberalidades sucessivas. O instituidor deixa um bem ao fiduciário para que, depois de sua morte, o transmita a um terceiro beneficiário; ou, como diz CARVALHO SANTOS, “o fideicomisso só existe quando o testador ordena a passagem dos bens a outrem, por morte do primeiro chamado a suceder” (*op. cit.*, mesmo vol., págs. 163-164). É uma liberalidade com *sucessividade* dos beneficiários em dois graus: — “*ordine sucessiva et non simultanea*”. Tal como explica, por sua vez, FERREIRA ALVES:

“A substituição fideicomissária é aquela na qual o herdeiro ou legatário (fiduciário ou gravado), recebe a herança ou legado, sob a condição de transmiti-los, por sua morte, ou em outro tempo determinado, a seu substituto (fideicomissário)”. (*Do Direito das Sucessões, Manual do Código Civil Brasileiro*, de PAULO DE LACERDA, vol. XIX, 2.^a ed., pág. 346).

“O que caracteriza o fideicomisso” — explica ANTÃO DE MORAES — “é a ordem sucessiva de transmissão: primeiro ao gravado, depois ao fideicomissário”. (Parecer *in Revista Forense*, vol. 149, pág. 99).

Ora, em nenhum ponto da estipulação em tela (cláusula 7.^a) se mostra essa duplicidade ou sucessividade de substituições. O que se convencionou foi que o casal Paulo Bittencourt (instituidor), dentro de 60 dias, a partir da homologação do desquite, faria doação, em favor de seus netos, filhos de Sybil, que existissem à época do falecimento do primeiro suplicante (*únicos e exclusivos beneficiários da liberalidade*), dos imóveis situados na rua do Lavradio, 106 e av. Gomes Freire 81 a 83, nesta Capital, com reserva de usufruto (vitalício) em favor do marido, Paulo Bittencourt. Note-se que, na convencionada divisão dos bens entre os cônjuges, êsses mesmos imóveis haviam tocado à *exclusiva propriedade do marido*.

Onde, pois, a sucessividade, em dois graus, dos beneficiários, caracterizadora da substituição fideicomissária?

* * *

Pretende-se, canhestamente, endossando opinião manifestamente errônea de “um representante da Fazenda”, que teria sido a esposa, D. Sylvia, quem, como proprietária da metade dos imóveis, instituíra, com a sua parte, um fideicomisso, em que o marido seria o fiduciário e os netos do casal desquitando os fideicomissários.

Mas isso não passa, *data venia*, de uma construção fantasiosa e cerebrina, que foge por completo não só à letra da estipulação como à própria realidade dos fatos.

Com efeito, a simples leitura do acôrdo do desquite amigável mostra que, pela divisão dos bens do casal constante das cláusulas 4.^a e 5.^a (anteriores, portanto, à questionada cláusula 7.^a), os referidos prédios, sítos nas ruas do Lavradio n. 106 e Gomes Freire ns. 81 e 83, ficaram pura e simplesmente incluídos no quinhão (ou meação) do marido Paulo Bittencourt, cabendo a êste — e somente a êle — a inteira, total e exclusiva propriedade sobre tais imóveis, sem qualquer participação da esposa, à qual foram atribuídos outros bens, relacionados, separadamente, na cláusula 5.^a.

Assim, pois, não faz sentido dizer-se, de referência àqueles dois imóveis (*aquinhoados total e exclusivamente ao marido, na cláusula 4.^a*), que, *pela cláusula 7.^a*, a espôsa teria instituído, “*com a sua parte*” (?), “um fideicomisso a favor de Paulo Bittencourt, passando a propriedade plena dos bens, por sua morte, aos netos”.

Vale, neste passo, atentar-se no que justamente observa o ilustrado Dr. Procurador-Geral do Estado, em seu lúcido parecer (fls. 54), no qual, depois de lembrar que “o inventariado era casado *pelo regime da separação de bens com a comunhão dos adquiridos*, de acôrdo com o art. 259, combinado com o art. 269 (que transcreve) e seguintes, do Código Civil”, acrescenta:

“Êsses bens foram havidos pelo cônjuge varão *por herança de seu pai*.”

Por isso, não podiam ser divididos no desquite; e quando se faz referência ao “*casal fará doação*”, é *porque precisava êle da outorga uxória para essa alienação*”.

Através do ensaiado malabarismo argumentativo não se pode, portanto, engendrar a configuração do pretenso “*fideicomisso*”.

* * *

É certo que, logo a seguir, se estabeleceu: — “Caso sobreviva aos seus netos, voltarão tais bens ao patrimônio do primeiro suplicante”. Mas, o que aí se depara é nada mais nada menos do que a *cláusula de reversão*, permitida, nas doações, pelo Código Civil, em seu art. 1.174, *in verbis*: — “O doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio se sobreviver aos donatários”; — cláusula essa que “não pode ser estipulada senão em favor do *próprio doador*, e não de terceiro” e, por isso mesmo, é *inconfundível com a figura do fideicomisso*, como bem mostra CARVALHO SANTOS:

“A *cláusula de reversão* não pode ser estipulada senão em favor do próprio doador. É o que se deduz dos termos do Código, quando, no texto supra, preceitua claramente: “*voltem ao seu patrimônio*”.

Daí a conclusão: não pode ser estipulada a cláusula de reversão em proveito dos herdeiros do doador ou em proveito de terceiros.

Não quer isto dizer, porém, que não seja possível ao doador estipular que, falecendo o donatário, passem os bens a um terceiro, mesmo que seja herdeiro dêle doador”... “Mas já aí não haverá uma *cláusula de reversão*, mas sim a instituição de um *fideicomisso, o que é coisa diversa*”. (O destaque é nosso). (*Op. cit.*, vol. XVI, págs. 378-379).

CUNHA GONÇALVES, em crítica ao Código Civil português, considera “erro”... “a equiparação da *cláusula de reversão à substituição fideicomissária*”, pois que, como diz:

“A reversão é uma condição resolutiva, em virtude da qual a coisa doada regressa ao patrimônio do doador, como se a doação nunca fôra feita”. (*Tratado de Direito Civil*, 2.^a edição atualizada e aumentada e 1.^a edição brasileira, vol. VIII, tomo I, pág. 180).

Assim também BAUDRY-LACANTINERIE et MAURICE COLIN, doutrinando acêrca do caráter jurídico do *retour conventionnel*, ensinam:

“Il constitue une condition résolutoire de la donation: le donataire devient propriétaire sous la condition résolutoire de la survie du donateur”. (*Traité théorique et pratique de Droit Civil — Des Donations entre vifs*, tomo I, páginas 612/613).

* * *

É de observar-se, aliás, que, embora manifestada nas doações, nem sempre a sucessividade de beneficiários pela ordem da vocação hereditária caracteriza, *necessariamente*, uma instituição de fideicomisso, consoante se tem entendido em doutrina e em jurisprudência:

“O fato de ter o doador disposto que por morte dos donatários o imóvel doado passará aos filhos dêles, em virtude das cláusulas impostas, não autoriza a conclusão de que foi instituído um *fideicomisso*. Essa passagem de pais a filhos decorre da ordem natural da sucessão”. (Acórdão unânime da 6.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 7/3/1952, na Apel. n.º 56.729, in *Revista Forense*, vol. 154, pág. 271).

Não há, pois, que falar, no caso, em *fideicomisso*.

* * *

d) Em quarto lugar, avulta o desacêrto quando se invoca, na decisão recorrida, a par da Lei de Registros Públicos, o art. 644 do Código de Processo Civil — segundo o qual basta a simples *overbação* da sentença de desquite no Registro Civil e, havendo bens imóveis, no

Registro de Imóveis, para legitimar a divisão dos bens comuns entre os cônjuges desquitandos, — pretendendo-se, com essa invocação, justificar a desnecessidade de *transcrição*, e até mesmo do *instrumento público*, para atribuir-se validade e eficácia à suposta *doação* de bens *imóveis de valor acima da taxa legal* pelo casal Paulo Bittencourt a seus netos (filhos de Sybil), constante de simples *prometimento* em acôrdo de desquite amigável.

Trata-se, *data venia*, de uma interpretação manifestamente errônea e inadmissível do mencionado dispositivo processual (art. 644), que diz respeito, tão-só e exclusivamente, à divisão de *bens comuns* do casal *entre os próprios cônjuges* (hipótese em que não há necessidade de transcrição por se tratar apenas de *divisão* de bens *entre condôminos*) e, pois, sem nenhuma possibilidade de aplicação à hipótese de *transmissão da propriedade* de quaisquer bens imóveis do casal a terceiros.

Com efeito, a regra do art. 644 do Código de Processo Civil há de ser entendida em necessária consonância com a do art. 642, II (atinentemente à *partilha dos bens comuns do casal entre os próprios cônjuges*) e com o art. 631 do Código Civil — do qual é um corolário —, em cujos termos

“a divisão entre condôminos é simplesmente declaratória e não atributiva de propriedade”.

Em casos que tais, salienta CARVALHO SANTOS, “*não há mutação de domínio com a operação divisória*; e aduz que a regra

“se aplica não somente na divisão propriamente dita, mas também a todo ato que faça *cessar a indivisão*, de um modo definitivo, de uma maneira absoluta, *entre os condôminos*, não se aplicando, pois, somente aos co-herdeiros, mas, igualmente, às divisões *entre condôminos*”. (*Op. cit.*, vol. VIII, páginas 322 e 330).

Isto se verifica e apura, *ex abundantia*, na prestimosa obra de VICENTE DE FARIA COELHO, *O Desquite na Jurisprudência dos Tribunais*, através de elucidativo acórdão da antiga 4.^a Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (relator o então Des. RIBEIRO DA COSTA), ali transcrito, onde se mostra, de referência ao acôrdo entre os cônjuges constante da petição de desquite, no modo pelo qual é convenionada a partilha, que “a averbação à margem da transcrição no Registro de Imóveis” é feita *quando a divisão de bens imóveis “não seja atributiva de propriedade”*, e sim, como ali mesmo se explicita,

“relativamente às *modificações de ordem PESSOAL*, ou seja, naquilo em que “*apenas modifiquem a situação jurídica do*

imóvel em relação direta com os titulares dos direitos sobre o imóvel" (SERPA LOPES, *Trat. Regs. Públs.*, vol. 1, n.º 7)".

E mais:

"Pela partilha, conseqüente ao desquite amigável, dá-se a *extinção pura e simples da comunhão de bens*; corresponde esse ato a um dos meios pelos quais se opera a *extinção do condomínio*.

Em se tratando, pois, de divisão de bens imóveis, conseqüentemente à homologação judicial, *simplesmente declaratória, e não atributiva da propriedade, não há transmissão de bens a outro cônjuge*. (Cód. Civil, arts. 262, 266, 267, n.º III, e 631)". (VICENTE DE FARIA COELHO, *op. cit.*, págs. 74 e 76).

O que exprime a tese do acórdão é que, *em relação aos cônjuges*, o caso é de *averbação* e não de transcrição, pois não há, na realidade, uma mudança de titular do direito, e, sim, uma *simples modificação da condição jurídica*, ou seja, do *status*, da *qualidade ou qualificação jurídica do titular*: quem era casado passa a ser desquitado; quem tinha a propriedade em nome seu e do outro cônjuge, por ser o regime da comunhão universal de bens, passa a ter o imóvel apenas em seu nome. Mas a "*averbação*" não é meio de transferir a propriedade, e sim apenas de esclarecer "*modificações pessoais*" ocorridas na posição jurídica do titular, em virtude do "modo pelo qual é convencionada a partilha".

É o que ensina o próprio SERPA LOPES, no texto a que se refere o acórdão, quando distingue a *transcrição*, meio de transferir a propriedade, da *inscrição*, modo de criar direitos reais limitados, e da *averbação*, que, no dizer do saudoso mestre, ocorre

"quando se cogita de atos ou fatos fora das duas categorias principais supracitadas, mas que, nada obstante, possam ou MODIFICAR A SITUAÇÃO JURÍDICA NORMAL DOS TITULARES DE DIREITO REAL, ou mesmo a própria situação física do imóvel, como a mudança de numeração, a transformação em edifício de apartamentos, etc..." (MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Tratado de Registros Públicos*, 4.ª ed., 1960, vol. I, n. 7, pág. 27).

Assim, e de acôrdo com a lição de SERPA LOPES, é inconteste que a *transferência da propriedade a terceiros* sempre depende de *transcrição*, só sendo admissível a *averbação* para o acertamento das situações patrimoniais *entre os cônjuges*, em relação aos quais ocorre, realmente, a *modificação de situação jurídica pessoal*, pôsto que, pelo desquite homologado, passam de casados a desquitados. Neste caso,

a averbação decorrente do desquite tem o mero efeito de *modificar* a transcrição anterior do pacto antenupcial determinado pelo art. 261 do Código Civil. *Averba-se* o desquite com a finalidade de *modificar* ou *esclarecer a situação dos bens do casal* em decorrência da dissolução da sociedade conjugal, sendo, pois, de evidência meridiana, palmar, que tal “averbação” *não pode criar direitos dominiais em favor de terceiros*.

O acórdão transcrito pelo eminente Desembargador VICENTE DE FARIA COELHO, em que se afirma a atribuição de bens aos cônjuges pela simples *averbação* do desquite, conclui, esclarecendo a posição jurisprudencial assumida, que a partilha, no caso, *só tem efeito declaratório*, e *não atributivo de propriedade*, não havendo, aí, *transmissão* de bens de um a outro cônjuge (*op. cit.*, pág. 76). E se é essa — como, realmente, é — a razão pela qual se admite, em tal hipótese, a *averbação*, faz-se evidente que tal argumento não se pode aplicar a *uma doação feita em favor de terceiros*.

PONTES DE MIRANDA, por sua vez, se refere, na espécie em análise, à “*partilha dos bens*” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.^a ed., 1959, tomo VIII, n.º 6, pág. 96). E é claro que a “*partilha*” dos bens do casal, em desquite, só pode ocorrer *entre os cônjuges*. A *averbação* do ato extintivo do *condomínio* conjugal só é, pois, admissível — com dispensa da transcrição — no pressuposto de que essa mesma partilha não implica ou não envolve *transmissão de propriedade*.

Haja vista, ao propósito, para o acórdão unânime da 8.^a Câmara Cível do antigo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de 6/5/1955 (relator o Des. EMANUEL DE ALMEIDA SODRÉ), na apelação cível número 29.429, em o qual, de referência mesmo à inteligência e aplicação da regra do art. 644 do Código de Processo Civil, ficou explícito não bastar a formalidade da simples *averbação* quando no acórdão relativo aos bens do casal, em desquite amigável, *mais do que simples divisão entre condôminos*, meramente *declaratória* e *não atributiva da propriedade* (art. 631 do Código Civil), tenha havido, mesmo entre os próprios cônjuges, *adjucação de bens* COM TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE DE IMÓVEIS.

“Acordam os Juizes da 8.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Quer a apelante *averbar* o seu desquite amigável no Registro de Imóveis. No respectivo acórdão lhe foram adjudicados todos os bens do casal. Entendia o oficial do Registro que era indispensável que se apresentasse *Carta de Adjucação*, para ser *transcrita*.

Decidiu o Dr. Juiz *a quo* julgando em parte procedente a dúvida, para “autorizar” que se fizesse a *averbação* do desquite e da mudança de nome.

Insiste a requerente em que também se *averbe* o *acôrdo sôbre os bens*, constante do desquite amigável. Não é razoável o que pretende, porque *ato tão grave, como é a partilha ou adjudicação de bens com transferência da propriedade de imóveis e arrecadação fiscal não se pode resumir em simples petição de acôrdo sumariamente homologado*". (Diário da Justiça, Ap. ao n.º de 1/11/1955, pág. 3.079 e ALEXANDRE DE PAULA, *O Processo à luz da Jurisprudência*, Vol. XX, n.º 29.633-A, pág. 1.138).

Que dizer-se, então, de referência a uma pretensa "*doação*" de importantes e valiosos *bens imóveis*... *A TERCEIRO?*...

A conclusão que se impõe, em face dos fartos subsídios legais, doutrinários e jurisprudenciais até aqui expostos, é, portanto, a de que, quando, em acordos que tais, não se trate tão somente da *partilha de bens comuns do casal entre os próprios cônjuges* — mera *divisão entre condôminos*, simplesmente *declaratória e não atributiva da propriedade* (art. 631 do Código Civil), importando apenas *modificações de ordem PESSOAL entre os desquitandos* — e sim de ato ou contrato criador de DIREITO REAL, *atributivo da propriedade a terceiro*, seja, ou não herdeiro dos pactuantes, não se pode, com interpretação extensiva, de todo ponto incabível, aplicar à distinta relação jurídica de outorga TRANSLATIVA DE DOMÍNIO, máxime a *pessoa outra que não os próprios cônjuges-condôminos*, a aludida regra do art. 664 do Código de Processo Civil, para o efeito de dispensar-se o adequado *instrumento público* e substituir-se por simples *averbação* a indeclinável *transcrição do título aquisitivo da propriedade* no Registro de Imóveis.

A verdade, patente e inarredável, no direito positivo brasileiro, é que a *averbação de acôrdo sôbre divisão de bens em desquite* só pode operar os seus específicos efeitos *entre os cônjuges*, não podendo, jamais, constituir-se em meio hábil e idôneo a *transferir bens à propriedade de terceiros*.

* * *

5 — Com razão, e em harmonia com os doutrinadores civilistas em geral, ensina e sustenta AGOSTINHO ALVIM que

"se a doação versa sôbre imóvel, a escritura pública é imprescindível..." (Da Doação, 1963, n.º 15, pág. 62).

E assim é, porque não se trata de simples elemento de prova, mas de solenidade *ad substantiam*, sem a qual o ato inexistente. Dispondo *sôbre imóveis*, a doação por instrumento particular é juridicamente *inválida*, o que importa dizer — *inexistente*.

Nos mesmos rumos do direito doutrinário se tem encarreirado a jurisprudência pátria, ao reconhecer, através de vários e expressivos arestos, que — sendo, como é, a *escritura pública* formalidade *substancial* para a validade das doações de bens imóveis, *ex vi* do art. 134, II, do Código Civil — não pode o acôrdo amigável de desquite servir de instrumento hábil à realização de tais doações.

Haja vista, a título de exemplo ilustrativo do asserto, para o que, a respeito, decidiu, há menos de um ano, o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação cível n.º 159.185, numa hipótese praticamente idêntica à que ora se aprecia. E porque seja realmente notável a semelhança entre as duas hipóteses em confronto, permitimo-nos reproduzir aqui o teor integral da decisão paulista:

“DOAÇÃO. Cláusula constante de acôrdo, na petição inicial de desquite amigável, que implica em “doação de imóvel” dos desquitandos à filha do casal. Inadmissibilidade diante do disposto no art. 134, inciso II, do Código Civil.

Simplees declaração em petição de desquite communi consensu não é meio hábil para a transferência de domínio”.

— Apelação Cível n.º 159.185 — São Paulo — Apelante: Juízo de Direito da Sétima Vara da Família e das Sucessões “*ex-officio*”; — Apelados: Joaquim Maciel e Maria de Lourdes Monteiro Maciel”.

ACÓRDÃO

“Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n.º 159.185, da Comarca de São Paulo, em que é Apelante o Juízo de Direito da Sétima Vara de Família e Sucessões, “ex officio”, sendo apelantes Joaquim Maciel e Maria de Lourdes Monteiro Maciel, ACORDAM, em sessão da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao recurso, confirmando, destarte, a sentença homologatória do desquite consensual dos apelados, no qual foram observados os requisitos e formalidades legais. Observa, todavia, a Câmara Julgadora que, na cláusula terceira do acôrdo constante da inicial, os desquitandos estipularam que o único imóvel dos cônjuges “passa a pertencer à filha do casal” (sic), com reserva do usufruto em favor da desquitanda. A partilha pressupõe a propriedade em comum. A referida cláusula implica em doação do único imóvel dos desquitandos à filha. Ora, a doação só pode ser efetuada mediante escritura pública, se o valor do imóvel fôr superior a Cr\$ 10.000. A escritura pública é essencial à validade do ato (Código Civil, art. 134, n.º II), exigência essa que deverá ser cumprida pelos desquitandos. Simplees de-

claração em petição de desquite “communi consensu” “não é meio hábil para a transferência do domínio. *Com essa ressalva, necessária à execução do julgado, confirma-se, a sentença homologatória do desquite consensual dos apelados. Custas como de direito. São Paulo, 10 de fevereiro de 1957. ALMEIDA BICUDO, Presidente com voto, PAULO OTAVIANO, Relator*”. (*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ano I. Vol. 1, págs. 90-91*).

Não se trata, porém, de uma decisão isolada e acidental no entendimento da matéria em causa, mas da reiteração de uma tese jurídica já sustentada em precedentes julgados dos nossos tribunais. Além do já citado acórdão de 17/8/1956, em o qual, na apelação n.º 72.446, a Primeira Câmara Cível do mesmo Tribunal decidiu que

“*não equivale à doação definitiva a obrigação assumida pelos cônjuges desquitando, na partilha dos bens, de doar determinados prédios aos filhos, embora homologado o desquite*” (*Revista Forense*, vol. 173, pág. 362, e *Revista dos Tribunais*, vol. 257, pág. 209),

é de ver-se que, em 1963, também o Tribunal de Alçada de São Paulo se pronunciou no sentido da *invalidade da doação prometida em acórdão de desquite consensual*, em aresto cuja ementa assim reza:

“Doação. Promessa em favor dos filhos do casal desquitando em processo amigável. Cominatória para os desquitando efetivarem a liberalidade. Improcedência. Voto vencido. — *A doação é incompatível com a promessa de doar*”. (*Revista dos Tribunais*, vol. 348, pág. 338).

Fica, assim, pelo exposto, amplamente demonstrado, com irrecusável sufrágio doutrinário e jurisprudencial:

- a) que não é de admitir-se como *doação* definitiva juridicamente válida a de imóveis de valor superior à taxa legal, feita ou prometida fazer pelos cônjuges em acórdão de desquite amigável —, seja por faltar *atualidade* à doação pretendida, seja por inexistir o elemento formal *substancial*, que é a *escritura pública*;
- b) que, sendo a escritura pública *essencial* para a validade da doação, a sua ausência implica manifesta *nulidade* da outorga, por isso que expressa em instrumento inábil, que *não pode ser transcrito* e não oferece, assim, condições para transferir a propriedade a terceiro.

6 — Acresce observar, em refôrço do argumento, o seguinte: Constituí, hoje, entendimento correntio na melhor doutrina — adotada, aliás, pelo Código Civil pátrio (art. 1.165) — o do caráter *contratual* da doação: esta só se aperfeiçoa e configura mediante o *acôrdo de vontodos entre o doador e o donatário*, manifestado pela *aceitação* da liberalidade por parte dêste. De modo que, antes da “*aceitação*” a doação inexistente “*porque o contrato não chegou a firmar-se*” (CLÓVIS, *op. cit.*, 2.^a ed., tomo IV, págs. 335/336).

Isto pôsto, um raciocínio elementar se impõe com a fôrça da evidência: — Se, *ainda quando formalizada por instrumento público com observância de todos os requisitos legais*, considera-se a doação *inexistente* quando ou enquanto não praticado o ato da *aceitação* pelo donatário, — com maioria de razão é de reputar-se *inexistente* uma pretensa doação de imóveis de valor acima da taxa legal *que não chegou sequer a constituir-se instrumentalmente em forma legal*.

* * *

7 — Tampouco se poderá, no caso, falar, com propriedade e acêrto jurídico, em “*promessa de doação*”, como se demonstrará, a seguir:

a) — Se, consoante o ensino dos mais autorizados civilistas, a “*promessa de contrato*” é inconfundível com a “*oferta*”, mais ainda o será com a *simples intenção declarada de contratar*. Haja vista à preleção de PLANIOL, RIPERT e BOULANGER:

“La promesse de contrat, ou avant-contrat, est la *convention* par laquelle une personne s’oblige envers *une autre* a conclure un contrat dont les conditions sont des ce moment, déterminées”.

.....
“*Différence avec l’offre*. — On voit par la apparâitre la différence entre l’offre et la promesse de contrat. L’offre est une déclaration de volonté qui provoque la conclusion du contrat mais qui peut être retractée. La promesse de contrat est un *accord de volontés* qui est relatif a une offre: elle a pour resultat de fixer l’ofre et est grâce a cet accord préalable que le bénéficiaire pourra conclure le contrat, s’il le veut”.

(*Traité élémentaire de Droit Civil*, 3.^a ed., tomo II, págs. 127 e 128).

Bem nítida é, assim, a diferença entre as duas figuras: a *oferta* se traduz em mera declaração *unilateral* de vontade, espontânea e retratável, e que caduca com a morte do autor; ao passo que a “*promessa de contrato*” se concretiza numa *convenção* formalizada *entre as partes*

outorgante e outorgada, que *reciprocamente se obrigam* para a conclusão de um futuro contrato mediante certas e preestabelecidas condições.

Ainda a admitir-se como juridicamente válida, em nosso direito, uma *promessa de doação* pura, — além de ser imprescindível que o contrato preliminar revestisse a *mesma forma instrumental (escritura pública) exigida, no caso* (relativo a imóveis de valor acima da taxa legal), *para a própria doação*, — é óbvio que não bastaria para caracterizá-la uma simples oferta, e, menos ainda, a singela declaração do *intento de doar* feita tão-somente pelos próprios cônjuges proprietários dos imóveis, num acôrdo particular entre êles; mas, ao revés, a relação jurídica pré-contratual teria, necessariamente, de estabelecer-se *entre o casal promitente-doador, como outorgante, e os destinatários da futura liberalidade, como outorgados e aceitantes*, — o que, evidentemente, não ocorreu.

“Es necesario no confundir el contrato preliminar con la mera oferta, ni con la promesa no aceptada, que no es más que un antecedente del contrato; ni con los tratos, tanteos o discusiones que suelen preceder a la celebraci6n del contrato, que no vinculan a las partes y en los que es lícito el disentiimiento;”.

(“Promesa”, in *Diccionario de Derecho Privado*, de CASO Y ROMERO e JIMÉNES-ALFARO, Editorial Labor S/A, Barcelona, 1950, tomo II, pág. 3.146).

Destarte, na espécie em mira, não se poderia ver na cláusula 7.^a da petição de desquite amigável do casal Paulo Bittencourt algo mais do que uma simples *intenção* dos cônjuges desquitandos, que nem chegou a configurar uma típica oferta, e cuja *não efetivação* no prazo alvitrado, e *em nenhum tempo* até à época do falecimento do aludido declarante, só poderia ser entendida como tácita retratação ou arrependimento.

b) — Atenta a própria natureza jurídica da *doação*, não tem cabida em nosso direito — como no da maioria dos povos cultos do mundo — a figura da “*promessa de doação*”.

Com efeito, em virtude do caráter de *espontaneidade* da liberalidade, que é da essência mesma da doação, como sublinha CARVALHO DE MENDONÇA (*Contratos*, vol. 1, n.º 3), ela pressupõe o “*animus donandi*” atual, no momento em que se realiza, e, assim, não se coaduna com a obrigatoriedade decorrente da “*promessa*”. Trata-se de um ato *personalissimo*, que requer condições peculiares de *liberdade de decisão no momento em que é praticado*. Daí haver sustentado — e com razão inteira — o Tribunal de Alçada de São Paulo que

“a doação é incompatível com a promessa de doar”.
(*Revista dos Tribunais*, vol. 257, pág. 209).

SERPA LOPES destarte se expressou sôbre o tema :

“A doação, porém, conforme já vimos, é um contrato de natureza gratuita, o que torna *inadmissível* poder constituir-se em objeto de uma *promessa* de contrato”.

E aduziu, num lógico raciocínio :

“Na verdade, se alguém se compromettesse a *doar*, a outorgar uma escritura de doação, e no momento da exigibilidade dessa prestação, não a quisesse realizar? Qual a conseqüência jurídica dêsse inadimplemento? Poder-se-ia pedir a *execução coativa* dessa obrigação a título gratuito ou uma indenização por perdas e danos? Entendemos *impossível* qualquer das duas soluções, já que, nos atos a título gratuito, só por dolo responde aquêle a quem o contrato não favoreça (Código Civil, art. 1.057). Foi o que já decidiu a Quarta Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Acórdão de 11/12/1952, in *Diário da Justiça* de 15/4/1953, pág. 1933). Tal é, igualmente, a orientação seguida pela doutrina”. (*Curso de Direito Civil*, 3.^a ed., Rio, 1961, págs. 387 e 388).

O ilustre Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em dissertação sôbre o problema de poder alguém *obrigar-se* a realizar uma doação pura (*pactum de donando*), depois de aludir a essa possibilidade sob o aspecto puramente *formal*, acrescenta :

“Acontece que não se pode deixar de encarar o problema sob o aspecto ontológico, e, assim considerado, a *solução negativa impõe-se*. É da própria essência da *promessa de contratar* a criação de compromissos dotados de *exigibilidade*. O promitente obriga-se. O promissário adquire a faculdade de reclamar-lhe a execução. Sendo assim, o mecanismo natural dos efeitos do pré-contrato levaria a esta conclusão: se o promitente-doador recusasse a prestação, o promitente-donatário teria ação para *exigi-la*, e, então, ter-se-ia uma *doação coativa*, doação por determinação da justiça, liberalidade por *imposição* do juiz e ao arrepio da vontade do doador. No caso da prestação em espécie já não ser possível, haveria a sua conversão em perdas e danos, e o beneficiário lograria reparação judicial, por não ter o benfeitor querido efetivar o benefício. Nada disso se coaduna com a essência da doação, e, conseqüentemente, a *doação pura não pode ser objeto de contrato preliminar*”. (*Instituições de Direito Civil*, vol. III, n.º 232, págs. 168-169).

Dêsse modo de ver não destoa o douto jurista AGOSTINHO ALVIM:

“... a natureza do negócio da *doação* é incompatível com o seu aperfeiçoamento sem o “*animus donandi*” atual”.

.....
A necessidade de ser *atual* o “*animus donandi*” tem constituído óbice à *promessa de doação*. E isso porque entre a promessa e sua efetivação pode ter havido arrependimento. É possível coagir a entregar a coisa doada, *não a doar*”.
(*Da Doação*, São Paulo, 1963, pág. 43, texto e nota 1).

Não menos autorizado é o parecer do eminente juriconsultô Desembargador ANTÃO DE MORAES e que, por sinal, se ajusta como luva à hipótese aqui examinada, talqualmente o revela, ademais do conteúdo doutrinário, o próprio enunciado liminar da respectiva ementa, *in verbis*: “*Desquite por mútuo consentimento — Partilha de bens — Cláusula fazendo doação de prédios a filhos menores e instituindo reserva de usufruto para o marido*”... “*Simple promessa de doação — Nulidade — Aplicação dos arts. 1.165 e 145, n.º II, do Código Civil*”:

“5 — Reza a cláusula 5.^a: “que dêsses bens resolveram, como de fato resolvido têm, de mútuo e perfeito acôrdo, *doar* às suas filhas ... com as cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade, os prédios... cujas aquisições, confrontações, metragens e transcrições serão dadas oportunamente. A doação será feita em partes iguais, ficando reservado ao pai o usufruto dêsses bens”.

Pergunta-se no primeiro quesito: “Qual é a natureza jurídica da *promessa de doação* constante da parte final da cláusula 5.^a?”

Não importa indagar a natureza jurídica dessa *promessa* — se se trata de obrigação de dar ou de fazer, PORQUE ESSA CLÁUSULA É ABSOLUTAMENTE NULA, NENHUM EFEITO PODENDO PRODUZIR” (Os destaques e grifos são nossos).

6 — CLÓVIS BEVILAQUA define a doação (“*Obrigações*”, 3.^a ed., § 81): “Doação é o contrato unilateral, gratuito e consensual, pelo qual uma pessoa (o doador), com intuito de liberalidade, desloca do seu, para o patrimônio de outra (o donatário) uma vantagem que vai aumentar os haveres do segundo, na proporção em que decrescem os do primeiro”. É idêntica a essa a noção de GIULIO VENZI (*Manuale del diritto civile italiano*”, Firenze, 1925, n.º 478 (pág. 464): “Doação é o contrato pelo qual alguém (doador), por puro espírito de beneficiar (“*animus donandi*”) diminui o seu

patrimônio em vantagem do patrimônio de um outro (*donatário*), que aceita o benefício”.

Desta definição mais se aproxima a do art. 1.165 do Código Civil Brasileiro: — “Considera-se *doação* o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita”.

Sendo absolutamente semelhantes as noções de VENZI, de CLÓVIS BEVILAQUA e do Código Civil, com diferença apenas de palavras, mas com perfeita identidade substancial, vejamos quais os elementos fundamentais da doação. Sirva-nos de guia GIULIO VENZI no tópico citado:

- a) A doação é um contrato unilateral, gratuito e consensual;
- b) A doação deve ser *espontânea*, isto é, executada “*nullo jure cogente*”; se fôsse *obrigação* não seria doação;
- c) A doação é uma *liberalidade*;
- d) A doação tem por efeito o empobrecimento do doador, isto é, a diminuição do seu patrimônio com o correlativo aumento do patrimônio do donatário;
- e) O empobrecimento deve ser *atual* e irrevogável.

M. I. CARVALHO DE MENDONÇA aceita êsses elementos (“*Contratos*”, vol. 18, ns. 3 e 4). Quanto à *atualidade*: — “É essencial, é característica da doação, que ela diminua o patrimônio do doador e aumente o do donatário; que aquêle se torne *atual* e irrevogavelmente “*pauperior*” em benefício dêste, que, pelo mesmo ato, fique “*locupletior*”.

Quanto à *espontaneidade*: — “O que constitui a essência da doação é, como vimos, a *espontaneidade* da liberalidade e seu caráter de irrevogável”.

7 — Ora, se a doação deve ser *atual*, isto é, com imediata transferência da coisa doada; e se deve ser *espontânea*, isto é, “*nullo jure cogente*”, não se compreende como possa uma *promessa* vinculativa de doação ter valia jurídica; essa promessa, sendo *obrigação*, tira ao ato a *espontaneidade*; e, sendo de execução *futura*, briga com a *atualidade* da transmissão. Daí não ser válida a *promessa de fazer doação*. Vamos verificá-lo com a torrente dos tratadistas:

.....

“16 — Provado, assim, que a *promessa de doação* constante do contrato, que os desquitandos fizeram, é *nula*, por ser juridicamente *impossível* o seu objeto (Código Civil, art. 145, n.º II), vejamos o segundo quesito: — “Essa promessa de doação feita em petição de desquite dá direito à execução específica?”

Prejudicado, pela resposta anterior. Se não fôsse *nula* a promessa, não teria execução específica *por faltarem a êsse contrato preliminar as condições de validade do definitivo* (Código de Processo Civil, art. 1.006, § 2.º). (Revista dos Tribunais, vol. 257, págs. 74, 75 a 76 e 79).

No mesmo caso opinou o insigne mestre EDUARDO ESPÍNOLA, o qual, depois de aludir às controvérsias que, noutros sistemas legislativos, tem suscitado o problema da admissibilidade e eficácia de uma “*promessa de doar*”, observa:

“Repelida terminantemente pelo direito francês, como atestam PLANIOL, RIPERT e BOULANGER (“*La promesse de donation est donc radicalement nulle*” — *Traité élémentaire de droit civil*, vol. 3.º, 3.ª edição, 1943, n.º 3.277); discutida no direito italiano, em face do nôvo Código Civil; é expressamente admitida pelos Códigos Civis da Alemanha e Suíça.

Mas, o que é certo é que, ainda nas legislações que a reconhecem e regulam, a *promessa de doação* só produz algum efeito depois de *aceita* pelo donatário e *quando se revista da forma requerida para a própria doação*.

O Código Civil Alemão vai além, porque, não exigindo a forma solene para o contrato de doação, *a requer para a promessa de doação*”.

.....

“Em conclusão, se houvesse, na espécie configurada na consúta, uma *promessa de doação* (que não há, como ficou demonstrado), *ela nenhum efeito jurídico poderia produzir*, por não ter a *forma solene* requerida para a doação de imóveis, e antes de *aceita* pelas donatárias, representadas por um curador especial, uma vez que doadores seriam os seus representantes legítimos. O que aí se verifica é a declaração da *resolução*, que tomaram os cônjuges desquitandos, de destinarem determinados bens, que *deixaram de partilhar entre si*, à doação que *iriam fazer às suas filhas...*”.

.....

“Ainda quando se houvesse constituído uma verdadeira e própria *promessa de doação*, no acôrdo dos cônjuges, e tivesse ela sido aceita pelas donatárias, não poderia subsistir com qualquer eficácia jurídica, *constando apenas da petição de desquite*”.

“Mas, conforme tenho insistido, *a espécie não é de promessa de doação*, que tenham feito os cônjuges às suas filhas. Houve, tão-sòmente, um *ajuste* ou um *acôrdo* entre êles, no

qual declaram *terem resolvido doar* vários prédios às suas filhas, razão pela qual *deixaram de fazer a partilha dos mesmos*". (*)

(*Revista dos Tribunais*, vol. 257, págs. 80 e 83).

A posição do problema, tal como se oferece — e, por igual, no direito brasileiro e no direito lusitano, — assim nos é apresentada pela autoridade de CUNHA GONÇALVES:

“Não é possível, ou não tem valor algum, portanto, uma promessa de doar. A doação, ou existe, ou não existe. Sendo um favor, ela não pode ser exigida sob pena de indenização de perdas e danos; teríamos, assim, uma doação forçada; e um benefício não se impõe. Faltaria à doação o seu caráter de espontaneidade, — “*nullo jure cogente*”. O doador, não fazendo a doação prometida, poderá causar decepção ao pretense donatário; mas não comete ato ilícito. As promessas, só são exigíveis nos contratos a título oneroso, que são negócios jurídicos, com prestações recíprocas”. (*Tratado de Direito Civil*, edição brasileira, vol. VIII, tomo I, pág. 80).

CLÓVIS BEVILAQUA, ao ensinar que o que caracteriza a doação é o *animus donandi*, salienta, mui justamente, que este “não está na intenção de enriquecer o donatário (SAVIGNY), nem nos motivos finalísticos do ato (BECKER), mas na liberalidade, elemento subjetivo pessoal do agente, ora beneficente, ora generosa, ora expressão de estima e apreço” (*op. cit.*, vol. IV, pág. 336). E é clara a inconciliabilidade entre o substrato moral da pura liberalidade e a idéia de obrigatoriedade e coerção, como bem mostra CARVALHO SANTOS:

“A liberalidade é da essência da doação. Constitui um elemento essencial à sua caracterização. Por meio dela é que se traduz o *animus donandi*, isto é, o elemento subjetivo pessoal da doação, que se pode manifestar com vários propósitos: de beneficência, de generosidade, ou de expressão de estima ou apreço”.

.....

“Para que haja, doação, é essencial que a liberalidade seja toda espontânea, sem nenhum resquício de constrangi-

(*) No caso concreto *sub judice* os bens imóveis foram objeto de partilha feita no desquite amigável, entre os cônjuges, e ficaram pertencendo exclusivamente ao marido (cláusula 4.^a).

mento nem de violência. Por isto mesmo, onde há o cumprimento de uma obrigação, não é de doação que se trata. . .” (“Doação”, verb. no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, ed. Borsoi, vol. 18, págs. 301 a 302 e 303).

Os autores mais complacentes, no particular, opinam que a figura de um “*compromisso de doação*”, dotado de exigibilidade judicial por parte do beneficiário, somente seria de admitir-se *quando reunindo todos os requisitos substanciais e formais de uma doação*; o que implica, em última análise, negar-lhe o caráter de *pacto preliminar* para identificá-lo com o próprio *contrato definitivo de doação*.

Assim é que, encarando o problema do “*Compromisso de fazer doação*”, escreve o Prof. LUIS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL:

“O art. 1.165 do Código Civil define *doação* o contrato em que uma pessoa, *por liberalidade*, transfere, do seu patrimônio para o de outra pessoa, bens ou vantagens que são, por esta última, aceitos. É essencial ao conceito de *doação*, como se vê, a idéia de *liberalidade*. Para que haja *doação*, ensina CARVALHO SANTOS, é essencial que a liberalidade seja *tôda espontânea*, sem nenhum resquício de constrangimento ou violência. Se assim é, dos contratos preliminar e definitivo de doação, apenas o primeiro poderia ser como tal considerado; nunca o último, que seria um ato *devido*, não *espontâneo*.”

Não pretendemos, com isso, excluir a obrigatoriedade de um pacto nessas condições. O que negamos é a sua qualidade de *pacto preliminar*. O beneficiário da promessa poderá exigir judicialmente o objeto da doação se êle tiver ficado especificado no *contrato*, e *êste contiver os requisitos de uma doação*; não poderá, porém, pedir ao Juiz um pronunciamento que valha por instrumento de doação, em virtude do requisito da *espontaneidade*, inseparável da idéia desse contrato”.

(*Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*, no livro *Direito Processual Civil*, edição Saraiva, São Paulo, 1965, pág. 181).

Êste ponto de vista foi, aliás, o adotado pelo então Juiz de Direito da 2.^a Vara de Órfãos e Sucessões do antigo Distrito Federal, Dr. ALOYSIO MARIA TEIXEIRA (hoje Desembargador e ilustre Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara), em notável sentença de 10/11/1952, na qual, embora reconhecendo — em face de um *contrato preliminar* de doação — que, “*em princípio, a execução compulsória não é possível em se tratando de doação, para não lhe tirar o caráter essencial de espontaneidade*” (*sic*), entendeu, porém, que

aquêlo efeito era cabível em se tratando, ali, de um pré-contrato celebrado *por escritura pública*, com cláusula de *irretratabilidade*, inscrito no *Registro de Imóveis*, e que *preenchia tôdas as condições substanciais e formais da própria escritura definitiva de doação*, tendo havido, outrossim, a expressa *aceitação* da liberalidade pelo paciente beneficiário e a *imissão dêste na posse do imóvel* que lhe constituíra objeto.

* * *

8 — Na maioria dos sistemas jurídicos estrangeiros — excetuados, particularmente, e ainda assim com autorizadas dissidências, o suíço e o alemão, aos quais, entre nós, em minoria doutrinária, se filiaram, nomeadamente, PONTES DE MIRANDA e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO — vigem e dominam os mesmos princípios contrários à admissibilidade da “*promessa de doação*”.

Assim no direito português, como vimos, há pouco, através da invocada lição de CUNHA GONÇALVES, de que “*não é possível ou não tem valor algum, uma promessa de doar*” (*op. cit.*, vol. 8.º, tomo I, pág. 80).

ASCENÇÃO BARBOSA, figura de prol entre os modernos civilistas lusitanos, ministra-nos sôbre o assunto esta explanação magistral:

“7. *Impossibilidade da existência de contratos-promessa que tenham por objeto realizar o contrato de doação*”.

.....

“O contrato de doação — contrato não sinalagmático —, pela sua índole especial, não admite a distinção entre um *contrato-promessa* e um *contrato-definitivo* que lhe diga respeito (já no Direito Romano não podia ter-se como válido o “*pactum de donando*”).

Partindo do princípio de que seja admissível o contrato-promessa de doação (distinção do contrato definitivo de doação, como todo o contrato-promessa é distinto do contrato definitivo), o que resultaria daqui? Resultaria o seguinte: o credor (futuro donatário) teria o direito de *exigir* a celebração do contrato de doação, e o devedor (futuro doador) seria sujeito da *obrigação* de o realizar.

Ora, suponhamos que, depois de concluído um tal contrato-promessa, o futuro doador não desejaria fazer a doação, mas, reecendo a *coaçoão judicial*, acabaria por realizá-la.

Poderia ter-se esta doação como válida?

Não hesitamos em afirmar a *nulidade* de um tal negócio jurídico, porquanto a doação é um *ato espontâneo por natureza*, devendo realizar-se com *plena liberdade*, à margem de qualquer espécie de coação, “*nullo jure cogente*”. E não

há dúvida de que não poderá considerar-se juridicamente *espontâneo* um ato que é praticado como cumprimento de uma *obrigação* jurídica anterior. A espontaneidade pressupõe a inexistência de qualquer que seja o vínculo jurídico. Apenas é conciliável com a obrigação moral que, como motivo interno da decisão, não tem relevância para que o ato deixe de ser considerado pelo Direito, como praticado *espontâneamente*.

E não se diga que o contrato de doação pode ligar-se ao contrato-promessa, fonte da obrigação de o celebrar, se este tiver sido espontâneo, porque isso seria o mesmo que colocar o contrato de doação no lugar do contrato-promessa, em vez de o localizar — como deve fazer-se — na execução dêste. O contrato-promessa valeria como doação e, por isso mesmo, não seria contrato-promessa.

Fala-se, algumas vezes, de promessa de doação quando o objeto da promessa é uma declaração de obrigação feita pelo doador. O que pensar de tais hipóteses?

“Se se fala algumas vezes de promessa de doação quando o objeto da promessa é uma declaração de obrigação subscrita pelo doador” — diz SAVIGNY (*System* — tradução francesa — volume IV, página 122, citação de COVIELLO) — “é errôneo entender que a doação esteja na execução da promessa; ao contrário, a verdadeira e só doação é, neste caso, a promessa que consuma o enriquecimento; a entrega subsequente não é senão o *pagamento* de um débito e não uma *doação*”.

Concluindo e repetindo: *Não é possível a existência de um contrato-promessa que tenha por objeto celebrar um contrato de doação*”.

(PEDRO DE ASCENÇÃO BARBOSA, “*Do Contrato-Promessa*”, 2.^a edição. Coimbra Editôra Limitada, — 1957, págs. 136/138).

Assim no direito espanhol, consoante o atesta o Professor FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, catedrático da Universidade de Madri, ao assinalar, no tocante aos contratos que podem ser objeto de *promessa* que “*especiales dificultades ha creado a la doctrina*” a possibilidade de ser objeto de *promessa* de contrato a *doação*. (“*La Promesa de Contrato*”, no *Anuário de Derecho Civil*, Madri, 1950, tomo III, fascículo IV.^o págs. 1172 a 1173).

Assim, por igual, nos direitos francês e belga, onde é, a bem dizer, unânime o apoio à tese da invalidade da “*promessa de doação*”:

“La promesse de conclure un acte solennel est valable pour certains actes, par exemple pour l'hypothèque. Elle ne

peut avoir aucune valeur quand la solennité est destinée à protéger le consentement. *La promesse de donation est donc radicalement nulle*".

(PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit Civil, revu et complété par GEORGES RIPERT*, 3.^a ed., tomo III, Paris, 1948, n.º 3.277, pág. 1.039).

Afirma, por sua vez, HENRI DE PAGE:

"Il est tout à fait certain que *la promesse de donation est nulle*".

.....
"En matière de donations, ces phases préliminaires n'existent pas en droit. Ni la *promesse* de donation — même authentique — ni l'*offre* de donation — même authentique — n'ont de valeur obligatoire".

(*Traité élémentaire de Droit Civil Belge*, Bruxelas, 1944, tomo 8.º, vol. 1, págs. 452 e 468).

Assim também no direito italiano. Já em 1914, à luz do antigo Código Civil peninsular, entendiam os seus civilistas que o pressuposto da *atualidade* da doação era incompatível com a idéia da *vinculação* de alguém a uma liberalidade *ad futurum*.

"La stessa definizione dell'art. 1.050" — salientava VITTORE VITALI — "esige l'*attualità* e la irrevocabilità dello spoglio".

(*Della Donazioni*, Nápoles/Turim, 1914, pág. 44).

Desde então, até hoje, o mesmo entendimento se firmou, definitivamente, na doutrina itálica, segundo o testemunho de seus expoentes mais conspícuos.

DANTE CAPORALI, versando o tema dos *Contratos Preliminares*, preleciona:

"Quanto al consensuali unilaterali abbiamo già accenato alla disputa, risolvendola nel senso che anche in essi si possa *generalmente* dare un contratto preliminare. Pero è da escludere il *factum donationis*, perchè la donazione, atto spontaneo, ripugna a qualunque forma di coazione diretta o indiretta: a promessa di donazione, anche rivestita di atto pubblico sarebbe per tale ragione *nulla* come promessa e non potrebbe nemmeno valere come donazione, mancando l'*attualità* dello spoglio".

(*Contratti preliminari*", no *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, de VITTORIO SCIALOJA, edição Vallardi, Milão, vol. II, página 455).

IGNAZIO MOSCHELLA não é menos categórico quando, ao propósito do mesmo tema, especifica:

“Qualche contratto unilaterale, come la *donazione*, non tollera, per la sua natura di atto spontaneo liberale, la distinzione fra un *patto preliminare* e un *patto definitivo*. La *promessa* è rivolta al futuro, mentre nella donazione lo spoglio deve essere immediato e non soggetto a coazione giuridica, come avverrebbe se si dovesse ritenere valida la *promessa di donare* distinta dalla donazione stessa”.

(“*Contratti preliminari*”, no *Nuovo Digesto Italiano*, de MARIANO D'AMELIO, Turim, 1938, vol. IV, pág. 27).

Concorde com êsses ensinios é o do eminente mestre LEONARDO COVIELLO, o qual, após o asserto de que “nel diritto comune e nel diritto positivo italiano in ispecie *non è riconosciuta l'obbligatorietà dell'offerta*”, assim se externa de referênciã à relação jurídica da *doação*:

“Tale è la *donazione* che secondo la dottrina prevalente vuolsi considerare come un contratto.

De vero, ammesso che la *promessa della donazione*, distinta della donazione stessa sia da ritenersi valida, che cosa ne seguiribbe?

Che il creditore, cioè el futuro donatario, avrebbe diritto a pretendere la conchiusione del contratto di donazione e il debitore, futuro donante, vi sarebbe costretto.

Or suppongasi che fatta una tale promessa il donante non abbia più volontà di mantenerla, oppur nondimeno temendo. La coazione giudiziale, compia l'atto di donazione; saberebbe questa *una vera donazione*? No, perchè l'atto di donazione è essenzialmente un atto *spontaneo* e deve compiersi *nullo jure cogente*”.

(“*Contratto Preliminare*”, na *Enciclopédia Giuridica Italiana*, sob a direção de PASQUALE STANISLAO MANCINI, vol. III, parte III, sezione seconda, páginas 105/106).

PACIFICI-MAZZONI realça, igualmente, no conceito da *doação* a título gratuito, o essencial pressuposto de que

“Il donante la faccia per sua *spontanea liberalità*, cioè senza che sia tenuto affato a dare al donatario la cosa donata (*nullo jure cogente*)”.

(*Istituzioni di diritto civile italiano*, 3.^a ed., Turim, 1927, vol. V, parte 1.^a, pág. 3).

GIULIO VENZI, a seu turno, acentua:

“La donazione dev'esser *spontanea*, cioè, compiuta *nullo jure cogente*; dove sia obbligazione non può essere donazione”.

E, advertindo do equívoco a que pode conduzir a expressão “*promessa de doação*” (por vèzes impròpriamente empregada quando a *execução da doação* não é contemporânea do ato), pelo risco de poder confundir-se com as outras promessas de contrato, esclarece, em nota à mesma página:

“Prendendo la espressione alla lettera, si cade in un absurdità, perchè elemento essenziale della donazione è la *spontaneità*, e spontaneità non può esservi più quando si sia assunto l'obbligo di donare e si debba *eseguire* tale obbligo”. (*Manuale di Diritto Civile Italiano*, 8.^a ed., Turim, pág. 480, texto e nota 1).

Veja-se, outrossim, o que, sob a epígrafe “*La promessa di donazione*”, regista um dos mais modernos e conceituados civilistas italianos, ANDREA TORRENTE, conselheiro da Córte de Cassação e professor na Universidade de Roma:

“La dottrina e la giurisprudenza prevalenti negano appunto validità a questa figura, ponendosi da un punto di vista diverso, ma no meno convincente.

La promessa di donazione fa, invero, nascere a carico del promittente l'obbligo di donare. Ma tale obbligo contrasta con il requisito della *spontaneità*”.

.....
“L'incongruenza ci sembra aggravata in un sistema, come quello vigente, che consente l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto (art. 2.932 Cod. Civ.). Non soltanto il donante sarebbe giuridicamente obbligato a donare, ma, per di più, il promissario potrebbe ottenere una sentenza che produrrebbe gli effetti della donazione non conclusa.

La riflessione sulte ci inducono al aderire alla prevalente dottrina che, come abbiamo visto, *nega validità alla promessa di Donazione*”.

(*La Donazione*, Milão, 1956, pág. 243).

No mesmo sentido opinam SCUTO, *Donazione*, Catânia, 1928, páginas 142-143; BALBI, *Saggio sulla Donazione*, Turim, 1942, pág. 106; MAROI, *Delle Donazioni*, Turim, 1936, págs. 64-65, etc.

9 — Ainda mesmo de referência aos sistemas legislativos alemão e suíço, que, excepcionalmente, cogitam da “*promessa de doar*”, é de considerar-se atentamente o que, ao propósito, observam CUNHA GONÇALVES e AGOSTINHO ALVIM:

“É certo que o Código Civil Alemão, arts. 518 a 520, e o Código Civil Suíço, título final, art. 273, aludem claramente à *promessa de doar pensões* ou prestações periódicas; mas, nesses artigos, a palavra “*promessa*” foi empregada com impropriedade; pois, a pessoa que se obriga a dar pensão, vitalícia ou temporária, não faz *promessa*, antes efetua *definitiva doação*. As prestações ou mesadas posteriormente entregues são, apenas, *atos executivos da doação*. É assim que o Código Civil brasileiro, art. 1.172, alude exatamente à “*doação em forma de subvenção periódica*”. (CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, vol. 8.º, tomo I, n.º 1.114, *in fine*, págs. 80 a 81).

“O Código Suíço das Obrigações, no art. 242, fala em *promessa de doação*, mas no sentido de *doação promissória*, que não se confunde com *promessa de doação* (SCHNEIDER et FICK)”.

.....
“... fala em *promessa de doar* mas não no sentido de *doação que se promete fazer futuramente*, e sim no de *doação promissória*, ou *obrigatória*, em contraposição à doação real; por outras palavras, *promessa de doação* no sentido de *doação*, só que desacompanhada da tradição simultânea. Como entre nós as que se fazem por escrito, *para depois entregar*. (SCHNEIDER et FICK).

.....
“No Direito Alemão, igualmente, a promessa de doação tem esse mesmo sentido de *doação promissória*, em contraposição à doação real”.
(AGOSTINHO ALVIM, *op. cit.*, páginas 43, nota 1, e 53, nota 4).

10 — Assinalável, outrossim, é que, nesses mesmos sistemas jurídicos, se exige, para a validade da “*promessa*” de doar, que ela revista a *forma solene*, ou que seja celebrada *por instrumento público* quando este *fôr exigido para a própria doação*, consoante registra EDUARDO ESPÍNOLA, num dos trechos do seu parecer anteriormente citado (*Revista dos Tribunais*, vol. 257, págs. 80-81).

Daí haver PONTES DE MIRANDA — sabidamente afeiçoado ao direito germânico e um dos poucos autores brasileiros concordantes com a admis-

sibilidade da *promessa de doação* — advertido, no que concerne ao *direito pátrio*, que

“O art. 1.168 do Código Civil, referente à doação, também incide quanto às promessas de doar (pré-contrato de doação)”.

(Tratado de Direito Privado, 2.^a ed., tomo 46, pág. 242).

Ora, o aludido art. 1.168 do nosso Código Civil, ao preceituar que *“a doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular”*, faz imediata e expressa remissão ao art. 134, onde, precisamente, se declara que *“é da substância do ato a escritura pública”* (II): *“nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a um conto de réis, excetuado o penhor agrícola”*.

Como se vê, não há válvula de escape. Qualquer que seja o sistema que se prefira, qualquer que seja o argumento derivativo a que se recorra, não existe fórmula salvadora capaz de infundir alento jurídico à pretensa *“promessa de doação”* (e muito menos à imaginária *“doação”*) que se intenta vislumbrar na questionada cláusula 7.^a da petição de desquite amigável, ora submetida à análise.

* * *

11 — Com inteiro aprumo tem, pois, procedido a jurisprudência dos nossos tribunais, ao proclamar que

“a doação é incompatível com a promessa de doação”.
(Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação n.º 59.169, in *Revista dos dos Tribunais*, vol. 348, pág. 338).

Outra não foi, senão essa, a tese esposada pela Col. Quarta Câmara do então Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em acórdão de 7/12/1951, na apelação n.º 13.272, relator o ilustre Desembargador MARTINS TEIXEIRA:

“Quem promete doar não fica obrigado a outorgar a escritura definitiva de doação, nem como tal vale a promessa”.
.....

“... não é para valer contra terceiros uma simples promessa de doação — exceção legal que apenas foi estabelecida para a compra”.
.....

“Ninguém pode ficar obrigado a doar, pois é ato de liberalidade”.

(Diário da Justiça, apenso ao n.º 87, abril de 1952, pág. 1.933).

Mais recente ainda é esta decisão da Justiça de São Paulo:

“Sem qualquer valia a simples promessa de doação, por não ser juridicamente exigível”.

(Acórdão do 2.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Alçada de São Paulo, de 9/3/1965, na *Revista dos Tribunais*, vol. 383, pág. 274).

* * *

12 — Isto pôsto: se *não houve*, como, realmente, *não houve*, doação alguma dos bens imóveis mencionados na aludida cláusula 7.^a da petição de desquite amigável; se tal acôrdo não chegou, sequer, a configurar uma “*promessa*” de doação, — e, se a houvesse configurado *formalmente*, seria ela *substancialmente nula* e, pois, de *nenhum efeito*, em face dos motivos já expostos e demonstrados; se, ainda na hipótese de se haver confeçoado uma doação substancial e formalmente válida, não se teria operado a *transmissão da propriedade* de tais bens imóveis aos terceiros pretensos donatários, pela óbvia razão de que o domínio imobiliário não se transmite por virtude da simples outorga da escritura, e sim pela *transcrição* dela no Registro de Imóveis, — formalidade que, em se tratando de *alienação de imóveis a terceiros* não poderia jamais ser suprida por simples “*averbação*” de sentença homologatória de desquite amigável; se, realmente, na sistemática do nosso Código Civil, — excetuadas as hipóteses, fora de cogitação, na espécie, da acessão e do usucapião, — a propriedade imobiliária só se transmite pela *transcrição do título de transferência no Registro de Imóveis* (art. 530, n.º I) ou *pelo direito hereditário* (art. 530, n.º IV); é claro que os ditos prédios, *transcritos em nome de Paulo Bittencourt*, continuaram indiscutivelmente na *propriedade dêle* até o instante de sua morte. E, se com êle estavam, como não se contesta, *o domínio e a posse dos ditos bens, por ocasião do seu óbito*, operou-se, *ipso facto, de imediato*, a transmissão de tais posse e domínio, por virtude do *direito hereditário*, aos herdeiros legítimos e testamentários *do de cujus*, nos precisos termos do art. 1.572 do Código Civil, *in verbis*:

“Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Pôsto que, com o falecimento do proprietário dos questionados bens, ocorreu a *abertura da sucessão* antes que o direito dominial sôbre qualquer dêles se houvesse transferido a alguém pelo único meio idôneo a tal fim — a *transcrição* de título hábil no Registro de Imóveis, — e, portanto, ao depois de transmitidos, assim, “*desde logo*”, *ex vi legis* (art. 1.572), *o domínio e a posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários*, não há acrobacia jurídica nem artifício dialético ou

interpretativo capaz de fazer convalescer, sob qualquer aspecto, um ato unilateral incompleto, irritado, inoperante e radicalmente nulo, para o efeito de, *a pretexto dêle*, pretender-se *excluir do respectivo inventário* os aludidos bens e — o que é mais grave! — para, sob color de dar cumprimento a suposta “vontade” do *de cujus*, efetivar, *após seu falecimento*, e sem a concordância de todos os herdeiros, uma “doação” que, *em vida*, durante quase três lustros, *êle não fêz e não quis fazer!*

Essa estranha “doação *post-mortem*” (?) mesmo a título de “encargo do espólio” para cumprimento de uma alegada “obrigação pessoal do *de cujus*” (*sic*), — (“obrigação” inexistente, porque, como já demonstrado, não há, no direito pátrio “obrigação de doar”) — constitui anomalia incomportável nos moldes de nosso ordenamento jurídico.

* * *

Aliás, ainda que se tivesse celebrado uma *verdadeira doação*, substancial e instrumentalmente válida, o só fato de não haver sido feita a sua *transcrição* no Registro de Imóveis *antes do falecimento do doador* teria acarretado, como conseqüência inelutável para o beneficiário, a impossibilidade de auferir, pelo posterior registro, uma propriedade que, *por força do direito hereditário* (art. 530, n.^a IV), *já se transmitira necessariamente, desde o instante do decesso* (art. 1.572), aos herdeiros do benfeitor. O registro do título aquisitivo intentado *após o falecimento do outorgante e, portanto, ao depois de se haver transmitido a herança, por imperativo legal, aos seus herdeiros legítimos e testamentários*, jamais teria a virtude, o condão de haurir o direito de propriedade na fonte de onde já se êle houvera exaurido por *anterior e inevitável transferência* aos herdeiros, que — independentemente até de sua vontade — adquiriram o domínio da herança por um título hábil, capaz de transmiti-lo *independentemente de transcrição: o direito hereditário*.

A tardia *transcrição* do título de outorga contratual não teria a virtude de retrotrair à data da liberalidade, ou mesmo à época da vida física do doador, face à *intercorrência de um fato jurídico nôvo*, modificador da preexistente relação de direito, não consolidada legalmente, e gerador de direitos dos herdeiros. Resultaria tão inoperante quanto o seródio registro que fizesse um primeiro comprador, negligente, para o fim de obter a propriedade de um imóvel posteriormente alienado a um segundo comprador, diligente, que se lhe houvesse antecipado na aquisição dessa mesma propriedade pela devida e oportuna *transcrição* de seu título (embora cronologicamente posterior) no registro imobiliário. Porque, afinal, como *modos de adquirir* a propriedade imóvel, tão idôneo e eficaz é o *direito hereditário* (art. 530, IV), quanto a “*transcrição do título de transferência no registro do imóvel*” (art. 530, I). Ambos se nivelam em valia e até se acham enunciados no mesmo dis-

positivo legal. De onde se segue que o único critério preferencial ou de prevalência entre um e outro é e só pode ser o da *precedência cronológica* dos respectivos fatos jurígenéticos indicados na lei civil.

Não há, pois, como se possa justificar a *exclusão*, de plano, dos multicitados bens imóveis do inventário de Paulo Bittencourt. Se a algum interessado coubesse, na hipótese, reivindicar direitos, o caminho adequado seria o apêlo às *vias ordinárias*.

* * *

13 — Ante o exposto, e CONCLUSIVAMENTE:

1) Não há cogitar-se, no caso, de *fideicomisso*, — figura que, absolutamente, não se caracteriza na relação jurídica *sub judice*.

2) O pagamento de impôsto, como cumprimento de mera exigência fiscal *preliminar* para a formalização instrumental dos atos e contratos, não implica a caracterização jurídica dos mesmos, porventura imprecisa ou errônea, nem obriga, tampouco, à efetiva celebração deles. Sobeja razão tem, pois, o ilustre Procurador-Geral do Estado ao afirmar, no seu douto parecer às fls. 53:

“Se no processo houve cálculo de instituição de fideicomisso, e se êsse impôsto chegou a ser pago, essa circunstância não altera em nada a situação. O pagamento dêsse tributo era medida *preliminar* para a escritura de doação que deveria ser lavrada, tal como o impôsto de transmissão de propriedade *inter vivos* é previamente pago para a assinatura da escritura definitiva de compra e venda. Assim, como neste último caso, quando os contratantes não levam a têrmo a transação, o comprador só teria o direito de pedir a devolução do impôsto pago; na hipótese dêstes autos, quem pagou o impôsto de fideicomisso pode pedir a devolução, porque o promitente da operação faleceu sem assinar a escritura de doação. Em nenhum dos dois casos, porém, o pagamento do impôsto obriga ninguém à assinatura do compromisso”.

3) Não houve *doação* dos imóveis em referência, mas simples manifestação de um *desígnio*, de uma *intenção de doar (ad futurum)*, que não chegou a se concretizar nos moldes legais.

4) O acôrdo feito no desquite amigável, entre os desquitandos, por escrito particular, só pode compreender a partilha dos bens do casal *entre os próprios cônjuges*, para a extinção do *condomínio matrimonial*, não sendo meio idôneo à *criação de um título de propriedade em favor de terceiros*, — o qual exigiria, necessariamente, *escritura pública*.

5) A “*averbação*” não transfere a propriedade; limita-se a fazer constar do Registro de Imóveis *modificação* da qualificação e do estado civil dos titulares do direito, não podendo afetar positiva ou negativamente situação jurídica de *terceiros* (no caso, os netos do casal).

6) Tratando-se de *imóveis de valor superior à taxa legal* (na época mil cruzeiros antigos ou um conto de réis) (redação do art. 134, II, do Código Civil, anterior à Lei n.º 1.768, que é de 18/12/1952, enquanto o desquite é de 1951), ainda que se tivesse feito, realmente, *uma doação*, não seria a mesma válida por *falta de instrumento hábil* (*escritura pública, da substância do ato*) e de *transcrição* do mesmo no Registro de Imóveis, nos precisos termos do art. 530, I, do Código Civil.

7) Não houve, sequer, “*promessa de doação*”, — figura que, aliás, não teria qualquer valia nem existência jurídica no direito brasileiro.

8) Assim, pois, não tendo havido, como não houve, *transferência da propriedade* dos ditos imóveis a terceiro, mas, ao revés, tendo *permanecido* tais bens integrados no patrimônio do inventariado, em cujo nome já estavam e continuaram inalteravelmente transcritos até o momento do óbito, em virtude do qual se transmitiram “*desde logo*” (art. 1.572 do Código Civil) aos seus herdeiros legítimos e testamentários, *devem tais bens ser incluídos no inventário*, sem prejuízo da apreciação, oportuna, das pretensões ou eventuais direitos dos netos do *de cujus*, que somente poderá ser feita *pelas vias ordinárias*, através de ação própria.

LEOPOLDO BRAGA
Procurador-Geral da Justiça