

Doação e perigo*

Richard HYLAND**

(trad. Eduardo NUNES DE SOUZA)***

RESUMO: A intensidade da interação da lei com a realização de doações sugere que o exame dessa relação pode produzir deduções interessantes tanto sobre as doações quanto sobre a lei. No entanto, nenhum cientista social já examinou seriamente as normas sobre doação incluídas nos modernos sistemas de direito privado. A complexidade do regime das doações se deve à interação de duas ideias sociais concorrentes: a preocupação legal de que doações representam um perigo à sociedade e o poder das obrigações consuetudinárias de doar para engendrar e manter relações sociais. A lei se envolve na realização de doações quando sente que as partes precisam de proteção, e esse envolvimento varia consideravelmente entre os sistemas jurídicos. Alguns sistemas suspeitam de transferências inter vivos, ao passo que outros tendem a ver doações como permutas. Como os requisitos legais formais não afastam obrigações costumeiras, esse campo provê uma oportunidade de examinar como a lei é moldada pelas obrigações consuetudinárias que Mauss elaborou.

PALAVRAS-CHAVE: Direito civil; *common law*; costume; perigo; permuta; doação; regime jurídico das doações; Mauss.

SUMÁRIO: Tópicos; – Proibição; – Formalidades; – Em lugar de uma explicação; – As obrigações de Mauss; – Referências.

ENGLISH TITLE: Gift and Danger

ABSTRACT: The intensity of the law's interaction with gift giving suggests that examining their relationship might produce interesting insights about both gift giving and the law. Yet no social scientist has seriously examined the gift norms included in modern systems of private law. The complexity of gift law is due to the interaction of two competing social ideas: the law's concern that gift giving represents a danger to society; and the power of customary gift obligations to engender and maintain social relationships. The law gets involved in gift giving when it feels that the parties need some protection, and this involvement varies considerably among legal systems. Some systems are suspicious of inter vivos transfers, while others tend to view gifts as they view exchange. Since the law's formal requirements do not displace customary obligations this field provides an opportunity to examine how the law is shaped by the customary obligations Mauss elaborated.

* O texto original deste artigo, intitulado *Gift and Danger*, pode ser encontrado neste mesmo volume da civilistica.com, na sessão Doutrina Estrangeira.

** Distinguished Professor at the Rutgers Law School in Camden, New Jersey, is an internationally recognized scholar of commercial and comparative law. He has taught as a visiting professor at universities in Austin, Barcelona, Berlin, Graz, Hanoi, Lisbon, and Paris, and as a Fulbright Lecturer in Beijing and Tokyo.

*** Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Assessor jurídico junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ).

KEYWORDS: Civil law; common law; custom; danger; exchange; gift giving; gift law; Mauss.

CONTENTS: Topis; – Prohibition; – Formalities; – In lieu of an explanation; – The Maussian obligations; – References.

Os antropólogos gostam de flertar com a doação – mas ela é casada mesmo com o Direito. O direito ocidental das doações data da *lex Cincia romana*ⁱ (204 a.C.).¹ Ao longo dos últimos dois mil anos, a lei tem tido uma interação mais intensa com as doações do que com qualquer outro campo de estudo. Além disso, como Marcel Maussⁱⁱ enfatizou em *The Gift*,ⁱⁱⁱ o Direito e a economia das doações eram totalmente imbricados nas sociedades pré-modernas. Assim, existem boas razões para se pensar que um exame da relação entre as doações e o Direito possa produzir reflexões interessantes tanto sobre a natureza das doações quanto sobre a natureza do Direito.

Então é estranho, embora compreensível, que nenhum cientista social tenha examinado com seriedade as normas sobre doações que estão incluídas nos sistemas modernos de direito privado. Em todos esses sistemas, a lei das doações é complexa. De fato, com frequência é a área mais complicada conceitualmente e confusa no direito privado. Mostra-se difícil afirmar claramente qual é a norma a respeito de quase qualquer aspecto do direito das doações em quase qualquer sistema jurídico ocidental.² Eu gostaria de analisar brevemente por que parece ser assim. A ideia básica é de fácil enunciação – a complexidade é devida parcialmente à interação entre duas ideias sociais concorrentes. A primeira é a preocupação do Direito de que a realização de doações possa representar um perigo para a sociedade; a segunda é o poder, inerente às obrigações consuetudinárias de doar,^{iv} de engendrar e manter relações sociais.

ⁱ N. do T.: Plebiscito editado por iniciativa do tribuno da plebe M. Cincius Alimentus em 204 a.C. e intitulado *De Donis et Muneribus*. Em uma de suas mais famosas previsões, a lei proibia que advogados recebessem quaisquer bens em troca de seus serviços, vedação que originou o brocardo *Ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat*. A lei ainda previa a necessidade de que doações de grande porte (*ultra modum*), salvo se realizada entre pessoas próximas, seguissem determinadas formalidades (tais como a *mancipatio*, a *traditio* ou a *in iure cessio*).

¹ Este artigo se preocupa principalmente com o direito das doações nas jurisdições civis da Bélgica, da França, da Alemanha, da Itália e da Espanha, bem como nos sistemas de *common law* da Inglaterra, da Índia e dos Estados Unidos.

ⁱⁱ N. do T.: Marcel Mauss (1872-1950) foi um sociólogo e antropólogo francês. Sobrinho de Émile Durkheim, é considerado um dos precursores da antropologia francesa.

ⁱⁱⁱ N. do T.: Optou-se aqui pela adoção do título em inglês da obra, por ser essa a referência indicada na bibliografia deste artigo. Trata-se do artigo *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, publicado em 1925 no periódico científico *L'Année Sociologique*, volume de 1923-1924, fundado e editado por Émile Durkheim. O texto, lançado no Brasil sob o título *Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas* em mais de uma ocasião (sempre como parte da antologia *Sociologia e antropologia*, publicado pela EDUSP em 1974 e pela Cosac Naify em 2003), considera-se um trabalho seminal nos estudos antropológicos sobre a reciprocidade e a troca.

² Para uma discussão aprofundada deste problema, v. Hyland (2009).

^{iv} N. do T.: No original, “*customary gift obligations*”.

Tópicos

É comum começar examinando o conteúdo moderno do direito das doações. No direito ocidental contemporâneo, tanto na *common law* quanto na *civil law*, o direito das doações assume diversas tarefas: elabora uma definição legal para a doação, determina quem tem a capacidade de doar e de receber, decide se as promessas de doação são juridicamente vinculantes, estabelece as formalidades requeridas para se realizar uma doação válida, cuida de casos nos quais as doações celebradas podem ser revogadas e se dirige à questão da caracterização, nomeadamente se a doação deve ser incluída na categoria dos contratos.

A *definição* legal de doação difere dramaticamente da definição empregada em outras disciplinas. Se a lei seguisse os termos da antropologia, mais notavelmente conforme formulados por Mauss (1990 [1925]), poderia entender a doação como a transferência de um objeto no contexto de uma relação que implica as obrigações de dar, de receber e de reciprocidade. Se, em vez disso, a lei seguisse o uso cotidiano, incluiria diversas transações que comumente exclui, inclusive presentes dados a amigos e parentes próximos em ocasiões especiais, incentivos dados a fregueses e membros produtivos de uma estrutura de vendas, prêmios conferidos a empregados quando de sua aposentadoria, e doações de órgãos.^v Em vez disso, a lei escolhe envolver-se principalmente quando acredita que as partes precisam de proteção. Por isso, enfoca aquelas transações que, do ponto de vista do mercado, parecem particularmente arriscadas. A principal preocupação envolve doações de maior porte feitas entre membros da família ou para instituições de caridade. Como consequência dos objetivos protetivos da lei, alguns sistemas impõem requisitos estritos antes de considerarem válida uma transferência gratuita. Por isso, é útil lembrar (embora seja fácil esquecer) que um sistema jurídico normalmente favorece uma transação quando a exclui do domínio do direito das doações.

A *capacidade* para doar é muito mais restrita em alguns sistemas do que a capacidade de ingressar em um contrato *quid pro quo*.^{vi} Surpreendentemente, a capacidade para receber uma doação é ainda mais restrita. Por exemplo, até poucos anos atrás,

^v N. do T.: No original, “*anatomical gifts*”. Interessante notar que também em língua inglesa o mesmo termo se presta a designar a doação de coisa material e a doação de órgãos.

^{vi} N. do T.: No original, “*a quid pro quo contract*”. A expressão latina “*quid pro quo*” é empregada reiteradamente no texto em oposição às doações, por vezes remetendo à noção jurídica de sinalagmaticidade nos contratos bilaterais, e por vezes destacando a noção predominantemente econômica de equilíbrio entre prestações contratuais.

associações privadas na França e na Itália não tinham permissão para receber doações sem autorização administrativa elaborada. Mais ainda, até recentemente, doações entre cônjuges eram nulas^{vii} na Itália e revogáveis na França.^{viii} Ainda assim, a despeito do fato de que cônjuges não podiam celebrar doações vinculantes uns com os outros, doações entre conviventes não casados eram frequentemente válidas.

A questão de saber se *promessas de doação* deveriam ser vinculantes é uma das mais controversas no direito privado.^{ix} Na França, promessas de doação são geralmente nulas, embora haja meios de torná-las vinculantes.^x Quando a promessa é feita perante um notário, o direito alemão a reveste de exigibilidade. Os juristas alemães argumentam que a exigibilidade confere aos doadores maior liberdade, permitindo-lhes se vincular para o futuro. Em princípio, a *common law* não confere exigibilidade a promessas de doação. Os juristas da *common law* argumentam que não revestir de exigibilidade as promessas confere aos doadores maior liberdade, pois lhes permite decidir por si mesmos quais de suas promessas gratuitas irão cumprir. Não obstante, muitas promessas de doação são tornadas vinculantes em cortes da *common law*, seja porque foram caracterizadas como contratos (particularmente na Inglaterra), seja porque o donatário confiou na promessa (nos Estados Unidos).

As *formalidades* exigidas para uma doação juridicamente vinculante também variam significativamente entre os sistemas. Pense-se em uma tia que pretendente emitir um cheque de U\$1.000,00 para seu sobrinho como um presente. Em alguns sistemas, tudo que ela precisa fazer é entregar a ele o cheque. No direito italiano, como se discute em maior detalhe mais abaixo, ela deve primeiro realizar um ritual jurídico elaborado.

^{vii} N. do T.: O autor faz referência ao art. 781 do Código Civil italiano de 1942 (cuja ilegitimidade constitucional foi declarada pela *Corte Costituzionale* italiana em 1973), que dispunha: “*I coniugi non possono, durante il matrimonio, farsi l'uno all'altro alcuna liberalità*” (em tradução livre, “Os cônjuges não podem, durante o matrimônio fazer nenhuma liberalidade um para o outro”).

^{viii} N. do T.: O autor faz referência ao art. 1.096 do Código Civil francês de 1804, que dispunha: “*Toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, seront toujours révocables. Ces donations ne seront point révoquées par la survenance d'enfants*” (em tradução livre, “Todas as doações feitas entre cônjuges durante o casamento, embora qualificadas como doações entre vivos, serão sempre revogáveis. Essas doações não serão revogadas pela superveniência de filhos”). O dispositivo foi modificado pela Lei n. 2006-728 e vige atualmente com o acréscimo da seguinte alínea: “*La donation de biens présents qui prend effet au cours du mariage faite entre époux n'est révocable que dans les conditions prévues par les articles 953 à 958*” (em tradução livre, “A doação de bens presentes que tome efeito no curso do casamento feita entre cônjuges apenas é revogável nas condições previstas pelos arts. 953 a 958”). As normas invocadas pela nova disposição legal dizem respeito às “exceções à regra da irrevogabilidade das doações entre vivos” e tratam particularmente da inexecução de encargos e da ingratidão (continuando afastada a superveniência de filhos do doador como causa de revogação das doações entre cônjuges).

^{ix} N. do T.: No Brasil, cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Notas sobre a promessa de doação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 2, n. 3, 2013.

^x N. do T.: No original, “*enforceable*”. Na presente tradução, o verbo “*enforce*” foi, em geral, vertido para “conferir exigibilidade” ou “tornar vinculante”; o substantivo “*enforcement*” foi traduzido para “exigibilidade”.

Doações perfeitas também podem sujeitar-se à *revogação*. Em muitos sistemas, doações podem ser revogadas por ingratidão. Em alguns sistemas jurídicos, inclusive na França, as doações também podem ser revogadas pelo nascimento de um filho. De fato, até muito recentemente, sempre que o direito francês fosse aplicável, todas as doações que um doador já tivesse realizado eram automaticamente revogadas por força de lei diante do nascimento do primogênito do doador. Finalmente, os juristas da *civil law* quase universalmente insistem que a doação é um contrato, muito embora na maior parte dos países de *civil law* as normas da doação geralmente destoem das normas que regulam os contratos *quid pro quo*. Juristas da *common law*, por oposição, não consideram a doação como um contrato, muito embora a *common law* confira exigibilidade a muitas doações como contratos.

Está se tornando cada vez mais claro que muitas normas sobre doações, mesmo aquelas que um dia podem ter parecido justificáveis, não são úteis e deveriam ser ab-rogadas. Como consequência, a lei está lentamente abandonando muitas dessas restrições. No futuro, provavelmente deve haver, como deveria ser, menos normas sobre doações.

Proibição

O direito das doações é especialmente complexo naqueles sistemas jurídicos que consideram a realização de doações perigosa – e é ainda mais complexo quando um sistema considera a doação perigosa não apenas para os doadores, seus cônjuges, suas famílias e seus possíveis herdeiros, mas também para os donatários. Em certos momentos, o perigo pareceu tão grave que os legisladores decidiram proibir a realização de doações. Esses são momentos em que a hostilidade da lei em relação à realização de doações se manifestou em sua forma mais pura. Há dois exemplos dramáticos.

Um ocorreu durante a Revolução Francesa. Em março de 1793, a Convenção Nacional^{xi} proibiu os pais de realizarem doações de qualquer tipo para seus filhos. Conforme a Revolução se tornou mais radical, a proibição foi estendida para cobrir quase todas as doações. Àquele tempo, os revolucionários sentiam-se cercados por inimigos de todos os tipos. Eles se sentiam particularmente desafiados por aristocratas contra-revolucionários que proibiam que seus filhos participassem da Revolução ameaçando

^{xi} N. do T.: Considerada a terceira fase da Revolução Francesa, tendo sucedido a Assembleia Nacional Constituinte (1789-1791) e a Assembleia Legislativa (1791-1792), a Convenção Nacional perdurou de 20 de setembro 1792 até 26 de outubro 1795. Foi sucedida pelo Diretório, que teve início em 2 de novembro de 1796.

deserdá-los. O melhor caminho para tornar efetiva a igualdade entre herdeiros, assim parecia, era proibir transferências gratuitas de todos os tipos.

Um segundo exemplo diz respeito ao *potlatch*,^{xii} uma distribuição em larga escala de doações de um líder tribal para os membros de uma tribo convidada de acordo com as obrigações de nível e de dívida.^{xiii} O *potlatch* era particularmente cultivado pelas primeiras nações na ilha de Vancouver e em seus arredores. O governo canadense proibiu por diversas vezes o *potlatch*. Chegou a prender numerosos participantes ao longo dos anos e confiscou muitos itens de parafernália *potlatch*, alguns dos quais agora estão em exibição em museus canadenses.³ Os agentes indígenas acreditavam que as tribos do Norte nunca prosperariam enquanto continuassem a desperdiçar sua riqueza. Antropólogos raramente discutiram a proibição. Não obstante, em 1895, enquanto Franz Boas^{xiv} se punha a registrar os detalhes do *potlatch* de inverno, ele estava testemunhando atividade criminosa.⁴

Formalidades

É claro que a proibição não produz complexidade. As coisas se tornam complexas quando o direito não proíbe diretamente a realização de doações, mas, em vez disso, cerca-a com proteções extraordinárias. Algumas dessas proteções tomam a forma de formalidades requeridas antes que uma transferência por doação possa ser considerada válida.

Porque a realização de doações resulta na transferência de propriedade, o direito precisa decidir quando vai reconhecê-la. A solução mais fácil é aceitar como válida qualquer transferência feita pelos mesmos meios reconhecidos como válidos no contexto de um contrato *quid pro quo*. O direito alemão, em linhas gerais, adota esta posição. Na disciplina alemã da compra e venda, por exemplo, o título referente aos bens móveis (propriedade pessoal tangível) geralmente é transferido mediante o acordo e a tradição, enquanto o título da propriedade sobre imóveis é transferido mediante o acordo e a

^{xii} N. do T.: O *potlatch* consiste na prática da realização de um banquete para distribuição de presentes praticado por povos indígenas da Costa Noroeste do Canadá e dos Estados Unidos. Embora tenha sofrido intensa repressão pelos respectivos governos, a prática continuou sendo realizada clandestinamente, tendo sido objeto de estudo de muitos antropólogos. No Canadá, sua proibição se deu em 1884, por emenda ao Indian Act, lei que regia especificamente os povos aborígenes da região. No período pós-guerras, o *potlatch* foi descriminalizado e voltou a ser praticado abertamente em algumas comunidades.

^{xiii} N. do T.: No original, “*according to rank and debt obligation*”.

³ Os itens confiscados parecem particularmente brutos. Pensa-se atualmente que eles podem ter sido manufacturados especificamente com o propósito de serem entregues às autoridades (v. Carpenter, 1981: 68).

^{xiv} N. do T.: Franz Uri Boas (1858-1942), antropólogo teuto-americano considerado por vezes o pai da antropologia nos Estados Unidos.

⁴ Para o relato de Boas sobre os *potlatches* durante o Cerimonial de Inverno em novembro de 1895, v. Boas (1966: 179–241). V. tb. Hyland (2009: 140–145).

inscrição no registro de imóveis.^{xv} A transferência de um título por consequência de uma doação é feita da mesma forma. Nenhuma formalidade adicional é requerida. Este é o grau zero de regulação de doações.

Nos sistemas jurídicos que tendem a considerar a realização de doações como um perigo para a sociedade, a transferência de um título por doação envolve passos adicionais. O direito italiano representa um exemplo particularmente vívido de como a imaginação jurídica vislumbra um mecanismo protetivo. A transferência de um título como consequência de um contrato de compra e venda no direito italiano requer ainda menos do que requer o direito alemão – a tradição não é exigida; o título se transfere mediante a conclusão do contrato.^{xvi} No entanto, quando a transferência do título se faz em decorrência de uma doação, seja de bens móveis ou imóveis,^{xvii} o direito italiano requer que o contrato seja concluído ritualisticamente na forma conhecida como escritura pública (*atto pubblico*).^{xviii} A tia que quiser fazer uma doação de um cheque para seu sobrinho terá de comparecer perante um notário. O ato de doação será lido em voz alta, a tia será advertida quanto aos perigos de se realizar a doação, será solicitado que ela assine o ato da doação na presença de testemunhas que também devem assinar, e o sobrinho terá que aceitar expressamente a doação, seja no mesmo instrumento, seja em outro. As partes não podem dispensar essas formalidades. Se não seguirem o roteiro, a doação é nula e não pode ser confirmada posteriormente. Em alguns casos, os formulários que são, de outro modo, requeridos para a transferência do título de propriedade, por exemplo quando ações societárias estão envolvidas, também devem ser completados. Além disso, a doação de um cheque, como todas as doações de bens móveis, apenas será válida se, adicionalmente à escritura pública, for especificamente descrita em um inventário escrito, incluído seja no documento da doação, seja em um instrumento separado assinado.

^{xv} N. do T.: As normas são previstas, respectivamente, pelos §§ 929 e 873 do BGB.

^{xvi} N. do T.: Dispõe o Código Civil italiano em seu art. 1.470: “*La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo*” (em tradução livre: “A venda é o contrato que tem por objeto a transferência da propriedade de uma coisa ou a transferência de um outro direito mediante o correspondente de um preço”).

^{xvii} N. do T.: No original, “*wether of personal or of real property*”.

^{xviii} N. do T.: Dispõe o Código Civil italiano em seu art. 782: “*La donazione deve essere fatta per atto pubblico, sotto pena di nullità. Se ha per oggetto cose mobili, essa non è valida che per quelle specificate con indicazione del loro valore nell'atto medesimo della donazione, ovvero in una nota a parte sottoscritta dal donante, dal donatario e dal notaio. L'accettazione può essere fatta nell'atto stesso o con atto pubblico posteriore. [...]*” (em tradução livre: “A doação deve ser feita por escritura pública, sob pena de nulidade. Se tem por objeto coisas móveis, apenas é válida para aquelas especificadas com indicação de seu valor no mesmo ato da doação, ou em uma nota à parte subscrita pelo doador, pelo donatário e pelo notário. A aceitação pode ser feita no próprio ato ou com escritura pública posterior. [...]).

O sistema francês consegue combinar o espírito do sistema italiano com aquele do sistema germânico, não tentando, contudo, resolver a contradição. O direito francês não integra as duas ideias; em vez disso, aplica as duas abordagens irreconciliáveis ao mesmo tempo para as mesmas doações. Por um lado, o direito francês rigorosamente insiste no princípio de que todas as doações devem ser feitas na forma de um ato notarial (*acte authentique*), similar em forma ao *atto pubblico* italiano.^{xix} O Código Civil francês não prevê nenhuma exceção a essa regra. Um inventário escrito também deve acompanhar as doações de bens móveis.^{xx} Por outro lado, os tribunais franceses aprovaram três mecanismos alternativos para a realização das doações, alguns dos quais já estavam em uso muito antes da promulgação do Código Civil. Esses mecanismos permitem virtualmente que qualquer doação seja feita sem respeito às formas mandamentais.

Primeiro, doações manuais^{xxi} são isentas dos requerimentos formais da lei francesa. A maior parte dos bens móveis,^{xxii} incluindo contas bancárias e outros bens intangíveis, podem ser doados pela simples tradição. Um ato notarial não é requerido. Segundo, a lei francesa não requer formalidades para doações disfarçadas.^{xxiii} Uma doação disfarçada é uma doação na forma de uma transação *quid pro quo*. Por exemplo, uma tia poderia disfarçar sua doação de um cheque para seu sobrinho na forma de uma transação comercial. Na realidade, é claro, ambas as partes concordam que o sobrinho nunca vai transferir nenhuma propriedade em troca. O disfarce apenas opera como uma exceção se o propósito não for aparente, se o disfarce for tão eficiente que não houver nada na documentação para denunciá-la a terceiros. Finalmente, doações indiretas também são isentas dos requisitos de forma. Essa categoria inclui transferências gratuitas feitas em formas diferentes de uma transferência direta do título, tais como a designação do beneficiário na apólice de um seguro de vida. A rígida formalidade do Código não foi alterada para acomodar as isenções. Ambos os conjuntos de princípios continuam a governar o direito francês. Por essa razão, o direito francês não pode ser colocado no ponto médio do espectro que vai desde o direito alemão, de um lado, até o direito italiano, do outro. É mais preciso dizer que o direito francês ocupa ambas as posições ao mesmo tempo.

^{xix} N. do T.: Dispõe o Código Civil francês, em seu art. 931: “*Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats [...]*” (em tradução livre: “Todos os atos relativos à doação entre vivos serão realizados perante notários na forma ordinária dos contratos [...]).

^{xx} N. do T.: No original, “*personal property*”. A respeito, dispõe o Código Civil francês em seu art. 948: “*Tout acte de donation d’effets mobiliers ne sera valable que pour les effets dont un état estimatif, signé du donateur et du donataire, ou de ceux qui acceptent pour lui, aura été annexé à la minute de la donation*” (em tradução livre: “Todo ato de doação com efeitos mobiliários apenas será válido para os efeitos dos quais um cálculo estimativo, assinado pelo doador e pelo donatário, ou por aqueles que aceitam por este, tenha sido anexado à minuta da doação”).

^{xxi} N. do T.: No original, “*manual gifts*”.

^{xxii} N. do T.: No original, “*personal property*”.

^{xxiii} N. do T.: No original, “*disguised gifts*”.

O direito das doações americano é estruturado como uma regra com exceções, e também aqui ambas governam exatamente as mesmas doações. O princípio fundacional é similar aquele que prevalece na lei alemã. Em geral, a transferência *inter vivos* de um título emprega as mesmas formas tanto para contratos *quid pro quo* quanto para transações gratuitas. No entanto, as exceções vão muito além do direito germânico em sua acomodação à informalidade. Embora os pareceristas^{xxiv} afirmem universalmente que a doação de bens móveis^{xxv} é válida apenas mediante a tradição, o fato é que as cortes não aplicam a regra. Um autor já sugeriu que nenhuma doação de bens móveis teve seus efeitos negados nos últimos cinquenta anos nos Estados Unidos pelo simples motivo de a sua tradição não ter sido completada.⁵ Em outras palavras, apesar do que os pareceres proclamam, enquanto o ânimo de doar for claro, a doação é válida, mesmo na ausência de tradição. A mesma flexibilidade pode ser aplicada algumas vezes a transferências gratuitas de bens imóveis.^{xxvi} Embora a transferência de um instrumento assinado seja requerida pelo Statute of Frauds,^{xxvii} alguns casos conferem efeitos à doação verbal de um bem imóvel quanto a corte acredita que considerações de equidade assim exijam.

A construção americana é particularmente intrigante, porque algumas vezes trata as doações mais favoravelmente do que as transferências baseadas em um *quid pro quo*. Em algumas circunstâncias as transferências de título no direito americano ocorrem no momento em que o contrato é concluído, mas essa não é a regra geral. Sempre que os bens devem ser transportados em um contrato de compra e venda, por exemplo, o título normalmente é transferido quando os bens são entregados ao primeiro transportador. Em outras palavras, o sistema americano pode ser considerado menos do que o grau zero de regulação das doações, algo assemelhado a um número negativo.

O efeito vinculante da promessa de doação também varia de sistema para sistema. As variações parecem corresponder à rigidez dos requisitos de forma da doação e, portanto,

^{xxiv} N. do T.: No original, “*case opinions*”.

^{xxv} N. do T.: No original, “*chattels*”.

⁵ McGowan (1996).

^{xxvi} N. do T.: No original, “*real property*”.

^{xxvii} N. do T.: Termo derivado de ato do Parlamento inglês de 1677, denominado Act for Prevention of Frauds and Perjuries, que foi recepcionado nos Estados Unidos, embora amplamente modificado pelo posterior Código Comercial Uniforme de 1952. O Código Comercial Uniforme oferece a seguinte definição para “*statute of frauds*” no §2.201: “(1) *Except as otherwise provided in this section a contract for the sale of goods for the price of \$500 or more is not enforceable by way of action or defense unless there is some writing sufficient to indicate that a contract for sale has been made between the parties and signed by the party against whom enforcement is sought or by his authorized agent or broker [...]*” (em tradução livre: “Exceto se diversamente previsto nesta seção, um contrato para a venda de bens por preço de \$500 ou superior não pode ser efetivado por meio de ação ou exceção a não ser que haja algum documento escrito suficiente para indicar que um contrato para venda tenha sido realizado entre as partes e assinado pela parte contra a qual se busca a efetivação ou por seu autorizado agente ou corretor [...]”).

à estimação de cada sistema da natureza arriscada da celebração das doações. A questão consiste em saber se o promissário pode demandar o promitente para fazer valer uma promessa gratuita. Naquelas jurisdições (Itália, França) que consideram a realização de doações perigosa o suficiente para requerer requisitos de forma rigorosos, promessas de doação não são vinculantes. Em jurisdições neutras (como a Alemanha), que impõem os mesmos requisitos de forma tanto nas transações gratuitas quanto naquelas *quid pro quo*, as promessas de doação se tornam vinculantes quando documentadas por um notário.^{xxviii} Nos sistemas em que o claro intento de doar pode superar a ausência de forma (Estados Unidos), há uma disposição de fazer valer as promessas de doação seja por se construir que seriam contratos, seja por se honrar a confiança do promissário.

Em lugar de uma explicação

Por que essas diferentes abordagens surgem, e por que diferentes jurisdições adotam regras diferentes? Essas não são questões que juristas normalmente fazem, mesmo os acadêmicos de direito comparado. Como a tarefa do direito é a de determinar como casos deveriam ser decididos, seria lógico perguntar por que nós usamos o sistema que temos em vez de algum outro. Mas essa questão surge tão raramente quanto questões semelhantes surgem nas disciplinas correspondentes. Por que algumas sociedades favorecem a filosofia analítica sobre a continental? Por que algumas literaturas têm uma vanguarda extensa e outras não? Por que alguns países têm sistemas presidenciais enquanto outros têm um sistema parlamentar?

Essas também são dificuldades metodológicas. Por exemplo, não é claro na ciência social moderna se explicações funcionalistas contam absolutamente como explicações, ou se são úteis apenas como especulação heurística. O que é ainda mais sério, parece haver pouco consenso quanto ao que pode significar oferecer uma explicação para um fenômeno social. O texto que segue, portanto, não pode oferecer nada mais do que considerações preliminares.

Certamente um fato relevante é o grau de desconfiança provocado em alguns sistemas jurídicos pela doação *inter vivos*. A suspeita provavelmente tem diversas fontes. Sistemas jurídicos românicos (Itália, França, Espanha) parecem ser mais circunspectos do que outros sistemas, uma antipatia que pode se relacionada com a longa história de

^{xxviii} N. do T.: Assim dispõe o BGB em seu §518: “*Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich*” (em tradução livre, “Para a validade de um contrato através do qual uma prestação na forma de doação é prometida, o registro notarial da promessa é requerido [...]”).

disputa entre o poder secular e o poder clerical. Um outro fator é a simbiose entre o direito privado e o mercado na forma dos princípios do direito contratual. No mercado, indivíduos agem racionalmente quando eles tentam maximizar a utilidade. A partir desse ponto-de-vista, não faz sentido para uma parte doar algo sem receber um benefício. A doação faz tão pouco sentido na perspectiva mercadológica que os economistas têm tentado encontrar um caminho para acomodá-la dentro do quadro geral da economia clássica. Essas tentativas não foram bem-sucedidas.⁶ Na medida em que a realização de doações parece inexplicável do ponto de vista do direito das transações, o direito acredita que proteção especial pode ser útil. Sistemas diferentes podem variar na medida em que o direito adote a perspectiva das trocas.

É claro que a perspectiva do mercado não abrange toda a atividade social.⁷ Assim como todo mundo, os juristas estão envolvidos em relações pessoais fora do mercado. Essas relações são iniciadas, exploradas, expandidas por meio da troca de doações, embora uma doação seja geralmente uma coisa, em sua essência um marcador na economia das relações humanas. Em sociedades modernas assim como em sociedades tribais, relações humanas continuam envolvendo os três tipos de obrigações de doações – as obrigações de dar, de receber e de reciprocitar.

No entanto, vale enfatizar que essas não são obrigações típicas – certamente não obrigações em um sentido jurídico ou mesmo moral. Em outras palavras, isso significa que essas obrigações não podem ser juridicamente impostas, e há pouca sanção moral para o seu descumprimento. Mais importante ainda, essas obrigações surgem sobretudo no âmbito de um relacionamento particular. Conforme o relacionamento varie em intensidade e intimidade ao longo dos anos, a natureza da doação segue e sinaliza as mudanças no vínculo. Por essa razão, uma reciprocidade falha não é sancionada. Em vez disso, ela pode significar apenas que o relacionamento está no fim.

Por experiência pessoal, os juízes têm consciência da economia da troca de doações, da realização de doações requerida por obrigações não jurídicas. O intuito de se estar juridicamente vinculado é considerado ausente em muitos acordos no contexto social ou familiar, e são, por isso, reputados não jurídicos.^{xxix} Para acomodar esse fato, esses

⁶ V., em linhas gerais, Hyland (2009: 50–75).

⁷ '[S]ocial activity of course involves calculation and individual interest, material or immaterial, but there is more to it than that: there is also obligation, spontaneity, friendship, and solidarity – in short, gift' (Caillé, 2007: 16; my translation). [Em tradução livre para o português: "A atividade social, é claro, envolve cálculo e interesse individual, material ou imaterial, mas há mais nela do que isso: há também obrigação, espontaneidade, amizade e solidariedade – em resumo, doação"].

^{xxix} N. do T.: No original, "are therefore held to be not justiciable".

sistemas jurídicos que impõem formalidades elaboradas para a realização de doações geralmente excluem presentes^{xxx} dados no contexto social ou familiar da definição de doação.

O principal foco do direito é naquelas doações que, por não serem aspectos de relacionamentos de amizade, oferecem campo para preocupação – principalmente, como mencionado acima, doações significativas entre membros de família e doações para a caridade. Vastas doações para membros da família podem servir como adiantamentos de herança. Doações para a caridade podem ser concebidas para fins de planejamento tributário ou como um elemento de competição dentre pessoas abastadas por prestígio e participação em juntas de caridade.^{xxxi} Como advogados normalmente estão envolvidos, as formalidades relativas às doações normalmente são observadas. A ausência das formalidades pode de fato sinalizar um problema, seja um excesso por parte do donatário, seja uma influência imprópria exercida por outra parte. Em consequência, pode não ficar claro se o *favor donationis* normal para doações relacionadas à amizade merece ser respeitado para essas doações. Em algumas jurisdições, as cortes e a legislatura, acreditando que todas as doações devem ser tratadas igualmente, favorecem a todas elas. Em outras, os legisladores sujeitam todas as doações potencialmente problemáticas a algum requisito de forma, supondo que, se forem legítimas, não se enfrentará problemas para se atender ao requisito.^{xxxii}

Uma dificuldade adicional surge do processo de adjudicação dos casos concretos, que, ao contrário do equívoco comum, não é rigorosamente governado pelo precedente. Quando juízes acreditam que uma doação foi verdadeiramente pretendida e que é adequada nas circunstâncias, quase em todos os lugares eles tendem a fazer vista grossa para os vícios e validam o ato. Em consequência, casos que, de resto, apresentam fatos similares são julgados diferentemente. Assim, uma principal fonte da complexidade do direito das doações surge das tentativas dos juízes de reconciliar a suspeita do sistema jurídico a respeito da realização de doações com o seu próprio senso de adequação^{xxxiii} do instituto.

^{xxx} N. do T.: No original, “*gifts*”. A ambiguidade entre as possíveis traduções do termo (“doação” ou “presente”) se mantém ao longo de todo o texto. Nesta passagem, a tradução menos técnica parece se adequar melhor ao sentido da frase do que o termo “doação”, que foi adotado diante da maior parte das ocorrências da expressão.

^{xxxi} N. do T.: No original, “*membership on charitable boards*”.

^{xxxii} N. do T.: De fato, os vícios formais da doação (como, de resto, dos demais negócios jurídicos) parecem ser previstos pelo legislador não em função de sua indispensabilidade para a produção fática de efeitos, mas sim como índices da valoração atribuída pelo ordenamento aos efeitos pretendidos com o ato. Nesse sentido, cf. SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016, p. 6.

^{xxxiii} N. do T.: No original, “*appropriateness*”.

As obrigações maussianas

À medida em que obrigações consuetudinárias existem, os requisitos formais da lei não as afastam. Se o cumprimento das obrigações é reprimido em uma arena, elas irão se reafirmar em outra. Ao final, seria esperado (exceto talvez pelos juristas) que a pressão do direito sobre a troca de doações possa alterar a sua forma, mas não a sua extensão como um todo. Um dos aspectos fascinantes do direito das doações envolve as repetidas tentativas do direito de restringir a realização das doações, acompanhada com o repetido sucesso das partes em fugir de tais restrições. Essa dialética é facilmente visível em conexão com as regras que governam o que no direito francês se denomina a *interposição de terceira parte*.

O direito francês restringe severamente a capacidade para se receber uma doação. Por exemplo, o direito francês proíbe o recebimento de doações pela parte dominante em certas relações – um guardião não pode receber uma doação da pessoa sob sua custódia, um médico de seu paciente, um padre do penitente.^{8-xxxiv} Até recentemente, o direito francês também proibia certas doações entre coabitantes e declarava revogáveis todas as doações entre cônjuges.

Previsivelmente, essas restrições não são eficazes. Terceiras partes com frequência estão dispostas a ajudar doadores e donatários a contornar as limitações. Por exemplo, o guardião que não pode receber uma doação da pessoa sob sua custódia pode, em vez disso, pedir que a doação seja dada à sua esposa, com o acordo de que a doação é destinada ao benefício dele. O recurso a uma terceira parte nesse contexto é denominado *interposição*. A interposição anula a doação – mas apenas se alguém com interesse prova o engodo. A interposição é extraordinariamente difícil de provar, porque ninguém envolvido na fraude tem qualquer interesse em trazê-la a lume.

O direito francês, por isso, decide que o problema requer ainda um nível ulterior de proibição – um tipo de opção nuclear. Sempre que um indivíduo não for legitimado para receber uma doação, o direito francês presume que qualquer doação para um parente

⁸ Em vez de concluir que o guardião não tem a capacidade para receber a doação, pareceria mais lógico sustentar que a pessoa sob sua custódia não tem a capacidade para realizá-la. Não obstante, essas proibições são tradicionalmente examinadas no contexto das limitações da capacidade de receber.

^{xxxiv} N. do T.: Os exemplos aludidos pelo autor são previstos pelo art. 909 do Código Civil francês.

próximo daquele indivíduo é destinado para o não legitimado.^{xxxv} Essa doação também é, portanto, nula. A proibição se estende às doações feitas ao cônjuge, aos pais, aos filhos e aos descendentes. Até recentemente, a doação não admitia prova em contrário. Como consequência, de modo a proteger o possível doador do excesso de altruísmo e da influência indevida, o direito francês proíbe os doadores de doarem para a inteira família do donatário.

Um aluno de Mauss poderia sugerir uma interpretação dessas regras. Nessas relações protegidas, a parte considerada dominante normalmente oferece um serviço para a parte subordinada. O serviço é, algumas vezes, prestado com compaixão e até mesmo amor. Esses serviços incluem aqueles prestados por guardiães, médicos, religiosos e companheiras coabitantes, assim como, no casamento tradicional, aqueles prestados pela esposa. O prestador do serviço é por vezes recompensado, mas não pelo excesso que envolve o compromisso emocional. O excesso acima do que se requer por contrato ou pelo costume resulta em um benefício gratuito que Mauss ensina que deve ser reciprocado.⁹ Os beneficiários, por isso, experimentam uma necessidade avassaladora de realizar uma doação em retribuição. As presunções de interposição sugerem que muitos daqueles ainda que tangencialmente envolvidos na relação não apenas entendem a obrigação de reciprocidade, mas também estão dispostos a auxiliar o cumprimento dessa obrigação. De fato, as partes e seus familiares próximos com frequência conspiraram para violar a lei de modo a atender às suas obrigações de doar. Poucas coisas no estudo das sociedades modernas testemunham de modo tão eloquente o poder dessas obrigações do que essas presunções de interposição.

Referências

BOAS F (1966) *Kwakiutl Ethnography*, ed. Codere H. Chicago: University of Chicago Press.

^{xxxv} N. do T.: Dispõe o Código Civil francês em seu art. 911: “*Toute libéralité au profit d'une personne physique ou d'une personne morale, frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit, est nulle, qu'elle soit déguisée sous la forme d'un contrat onéreux ou faite sous le nom de personnes interposées, physiques ou morales. Sont présumés personnes interposées, jusqu'à preuve contraire, les père et mère, les enfants et descendants, ainsi que l'époux de la personne incapable*” (em tradução livre: “Toda liberalidade em benefício de uma pessoa natural ou de uma pessoa moral, atingida por uma incapacidade de receber a título gratuito, é nula, seja oculta sob a forma de um contrato oneroso ou feita sob o nome de interpostas pessoas, naturais ou morais. Presumem-se interpostas pessoas, até que se prove o contrário, o pai e a mãe, os filhos e descendentes, assim como o cônjuge da pessoa incapaz”). A redação original do dispositivo, que permaneceu em vigor até 1º de janeiro de 2007, presumia absolutamente a interposição, dispondo: “*Seront réputées personnes interposées [...]*”.

⁹ “[T]he services of all kinds rendered to the wife by her husband are considered as a remuneration-cum-gift for the service rendered by the wife when she lends what the Koran still calls “the field” (Mauss, 1990 [1925]: 30).

- CAILLE A (2007) *Anthropologie du don: Le tiers paradigme*. Paris: Découverte.
- CARPENTER CH (1981) Sacred, precious things: Repatriation of potlatch art. *artmagazine* 12: 64–70.
- HYLAND R (2009) *Gifts: A Study in Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press.
- MAUSS M (1990 [1925]) *The Gift: The Form and Reason for Exchange in Archaic Societies*, trans. Halls WD. New York: Norton.
- MCGOWAN CA (1996) Special delivery: Does the postman have to ring at all – The current state of the delivery requirement for valid gifts. *Real Property, Probate and Trust Journal* 31: 357–391.

Como citar: HYLAND, Richard. Doação e perigo. Trad. Eduardo Nunes de Souza. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/doacao-e-perigo/>>. Data de acesso.