

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Yara Diwonko Brasil Chaves

DOAÇÃO ENTRE CÔNJUGES NO REGIME DA SEPARAÇÃO
OBRIGATÓRIA DE BENS DA PESSOA MAIOR DE 70 ANOS

DOUTORADO EM DIREITO CIVIL COMPARADO

SÃO PAULO

2016

Yara Diwonko Brasil Chaves

DOAÇÃO ENTRE CÔNJUGES NO REGIME DA SEPARAÇÃO
OBRIGATÓRIA DE BENS DA PESSOA MAIOR DE 70 ANOS

DOUTORADO EM DIREITO CIVIL COMPARADO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito sob a orientação da Profa., Dra. MARIA HELENA DINIZ.

SÃO PAULO

2016

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à DEUS por ter dado esta oportunidade à minha vida, e também,

À Profa. Dra. MARIA HELENA DINIZ por todo o cuidado, consideração, humanidade e maestria com que me conduziu até este momento.

À TODOS OS FUNCIONÁRIOS da PUC/SP, em especial ao RUI e ao RAFAEL por tantas vezes me ajudarem a cumprir os prazos.

À todos aqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a conclusão dessa tese, especialmente ao FÁBIO por seu raciocínio rápido que me alertou sobre pontos que eu não mais enxergava.

À minha MÃE por me dar suporte incondicional.

Ao meu IRMÃO que mesmo à distância sofre e comemora comigo em todos os momentos.

Aos meus filhos CARLOS HENRIQUE e CARLOS HEITOR motivos da minha vida, à quem eu insisto em provar que eu posso ser alguém de quem eles podem se orgulhar.

Resumo

O presente trabalho objetiva demonstrar como o Estado interfere ativamente na vida dos cidadãos, independente da vontade e da legitimidade das ações no sentido da proteção ou defesa de direitos.

A diminuição do que se considera particular ou privativo dá ensejo a ampliação da incidência estatal para regulação daquilo que, num primeiro olhar, seria da escolha exclusiva do ser humano como agente capaz.

O casamento, mais do que uma união de almas, é também uma forma de aquisição de bens. Apesar do Estado não obrigar ninguém a casar, ele, em alguns casos, obriga o regime de bens.

A implicação dessa escolha forçada, em que pese ter justificativa na proteção de algumas situações jurídicas, elimina a vontade e fere um direito da personalidade, qual seja, a liberdade.

A doação entra nesse mérito na medida em que o cidadão casado no regime da separação obrigatória de bens é muitas vezes obstado de seu direito, por haver um entendimento bastante heterogêneo sobre a boa-fé do doador nesse tipo de transferência patrimonial.

Palavras-chave: separação obrigatória; doação; regime de bens; boa-fé; interferência estatal, lesão.

Abstract

This paper aims to demonstrate how the State actively interferes in the lives of its citizens, independent of the will and legitimacy of actions towards the protection of rights.

The reduction of what is considered private gives rise to greater State incidence regulating what, at first glance, would be the exclusive choice of the human being as capable agent.

Marriage is more than a union of souls, it is also a form of acquire goods. Although the state does not force anyone to get married, in some cases, requires the specific property regime.

The implication of this forced choice, despite having justification in the protection of certain legal situations, eliminates the will and injures a right of personality, that is, freedom.

The donation enters this merit to the extent that the citizen married in the scheme of compulsory separation of property is often hindered their right, because there is a very heterogeneous understanding of the donor's good faith in this type of asset transfer.

Keywords: mandatory separation; donation; regime; good faith; state interference, lesion.

Résumé

Ce document vise à démontrer comment l'État intervient activement dans la vie des citoyens, indépendamment de la volonté et la légitimité des actions en faveur de la protection ou de défense du droits.

Le déclin de ce qui est considéré particulière ou privée donne lieu à une plus grande incidence de l'Etat réglemente ce qui, à première vue, ce serait le choix exclusif de l'être humain en tant qu'agent capable.

Le mariage est plus qu'une union des âmes, il est aussi une forme d'achat de biens. Bien que l'Etat ne force personne à se marier, dans certains cas, force le régime de propriété.

L'implication de ce choix forcé, en dépit de la justification dans la protection de certaines situations juridiques, élimine la volonté et blesse un droit de la personnalité, qui est, à la liberté.

Le don entre ce mérite dans la mesure qui le citoyen marié dans le régime de la séparation obligatoire des biens est souvent entravée leur droit, parce qu'il ya une compréhension très hétérogène du donateur de bonne foi dans ce type de transfert d'actifs.

Mots-clés: séparation obligatoire; don; régime; bonne foi; ingérence de l'État, lésion.

Prefácio

O direito civil contempla vários institutos, porém, dentre todos o casamento é o que melhor demonstra a interferência na atividade da pessoa individualmente considerada pelo Estado. As proporções são equânimes em relação à escolha da alteração do *status* civil e à apresentação das regras de submissão.

Quando um agente capaz na ordem civil de direitos e obrigações manifesta sua vontade, livre de qualquer induzimento ou coação, sobre a aceitação de unir-se a outra pessoa, na verdade há uma imposição sobre as regras as quais esse núcleo familiar vigera quando se trata de separação obrigatória de bens.

O direcionamento dado nas linhas que seguirão foi para a mais patente anulação da vontade individual sob o pretexto de proteção patrimonial. Ninguém melhor do que o próprio indivíduo para saber sobre os riscos de qualquer negócio. Não é tão distante dizer que o casamento é uma forma de relação negocial, na medida em que seu aperfeiçoamento gera aquisição ou diminuição de bens.

Assim, a obrigatoriedade do regime da separação de bens em algumas hipóteses, fere a liberdade dos nubentes e induz a utilização de outros institutos legais para a consecução da vontade primeira internalizada e pelo Estado afastada.

A concentração do esforço exposto aqui está na explicação do que é doação, de qual é o ponto de toque entre esta e o regime da separação obrigatória de bens e mais fundamentalmente na interferência do Estado

na livre decisão do indivíduo sobre o regime matrimonial que irá repercutir no íntimo da sua vida familiar.

O enfrentamento da questão boa-fé *versus* lesão no tocante à doação entre cônjuges também foi discutido, pois a conduta corrente do legislador sempre está para regular o ordinário, deixando as exceções para apreciação *in casu* do judiciário. Ocorre que nesta seara se faz o contrário, quer-se proteger situações atípicas deixando a regra geral, ou seja, pessoas de boa-fé desamparadas.

A situação ora analisada incide sobre a legislação de diversos países que foram, de maneira não exaustiva, comparados ao direito pátrio. Esta é uma matéria que ainda carece de muita discussão e reflexão, não só por parte dos legisladores, mas também pelos aplicadores do direito.

Os apontamentos trazidos estão longe de pacificar o tema, porém, vêm para fortalecer a visão de que o indivíduo necessita de um espaço entre suas decisões e as condutas impositivas e até autoritárias do Estado. Há que se respeitar a liberdade de escolha e a ponderação do proprietário do patrimônio sobre o futuro e aplicação de seus bens, ainda que isso lhe cause prejuízos, pois somente aí o Estado seria legitimamente chamado para resolução de um conflito.

YARA DIWONKO BRASIL CHAVES

SÃO PAULO, DEZEMBRO DE 2016.

Sumário

1. Da doação	12
1.1 - Conceito e requisitos	12
1.2 - Elementos da doação.....	23
1.2.1- Pressupostos de existência.....	23
1.2.2 – Requisitos de Validade	25
1.2.2.1 - Agente Capaz	25
1.2.2.2 - Objeto lícito, possível, determinado ou determinável.....	33
1.2.2.2.1 - Promessa de doação	37
1.2.2.3 - Forma prevista ou não defesa em lei.....	41
1.2.2.4 - Formas de manifestação da vontade	47
1.2.2.5 Invalidade	53
1.2.3 - Eficácia do contrato de doação.....	55
1.2.3.1 - Direitos e deveres do doador.....	55
1.2.3.2 - Direitos e deveres do donatário.....	57
1.2.3.3 – Efeitos em relação a terceiros.....	60
1.2.3.3.1 – Excesso de doação	60
1.2.3.3.2 – Doação de ascendentes para descendentes.....	63
1.2.3.4 - Limites da doação	67
1.3 - Doação e outras figuras jurídicas	71
1.3.1 - Doação e Dote	71
1.3.2 - Doação e prestação de serviços gratuitos	73
1.3.3 - Doação e empréstimo	76
1.3.4 - Doação e depósito.....	79
1.3.5 - Doação e mandato gratuito	82
1.3.6 - Doação e cessão de direitos a título gratuito	85
1.4 Extinção do contrato de doação	88
1.4.1 Causas de revogação da doação	90
1.4.1.1 Ingratidão.....	90
1.4.1.2 Inexecução do encargo	96
1.4.1.3 Possibilidade da revogação da doação entre cônjuges casados no regime da separação obrigatória da pessoa maior de 70 anos.....	96
2- Dos regimes matrimoniais de bens.....	100
2.1- Do regime da separação de bens.....	101
2.1.1- Origens históricas	101
2.1.2- Espécies	105
2.1.3- Separação obrigatória de bens	110
2.1.4- Súmula 377/STF	114
2.1.5- Liberdade de convenção antenupcial.....	117

2.1.6- Administração dos bens e dívidas contraídas na constância da sociedade conjugal.....	123
2.1.7- Outorga uxória ou marital.....	128
2.1.8- Idosos.....	131
2.1.9- Separação obrigatória de bens na união estável	136
2.2- Dissolução do regime da separação de bens	140
2.2.1- Repercussões sucessórias	141
2.2.2- Nulidade ou anulação do casamento	146
2.2.3- Separação e divórcio.....	149
3- Da possibilidade de doação entre cônjuges no regime da separação de bens.....	153
3.1- Na doações próprias.....	153
3.2- Doações impróprias	156
3.3- Na doação clausulada	159
3.3.1- Cláusula sobre bens	159
3.3.2- Cláusula sobre pessoa.....	161
3.4- Análise do princípio da boa-fé	165
3.5- Análise do instituto da lesão.....	167
3.6- Enfrentamento da questão boa-fé <i>versus</i> lesão no tocante à doação entre cônjuges	171
4- Análise de caso prático.....	174
5- Sugestões de “ <i>lege ferenda</i> ”	184
6- Conclusão	188
7- Referências bibliográficas.....	190

1. Da doação

“*Donum* é dom, o que se recebe, sem contraprestação. O *dare* contém ato mais simples, porque se abstrai de causa e, pois, serve a qualquer causa de atribuição. O que vende e adimple – dá; o que paga – dá; o que empresta – dá; o que faz apenas tradição – dá. E dá o que doa.”¹

(PONTES DE MIRANDA)

1.1 - Conceito e requisitos

A lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil brasileiro revogado) positivava em seu artigo 226, a proibição, aos nubentes casados no regime da separação obrigatória de bens, da realização de doações.

“Art. 226. No casamento com infração do art. 183, nºs XI a XVI, é obrigatório o regime da separação de bens, não podendo o cônjuge infrator fazer doações ao outro.”

O Código Civil atual, lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, suprimiu a referida disposição, sendo logo omissa nesse ponto, gerando lacuna no texto legal no que tange ao tema da doação, tornando-se alvo de divergência doutrinária e jurisprudencial.

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964, t.XLVI, p. 191.

Dividem-se as opiniões sob esse prisma entre aqueles radicais que consideram inconstitucional a determinação do artigo 1641, do Código Civil vigente, pois recepcionaram implicitamente o artigo 226 do ordenamento civil anterior em detrimento dos que entendem válida e eficaz a doação entre cônjuges casados no regime da separação obrigatória.

Conforme interpretação literal que se faz à respeito do artigo 538, do atual 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.*” Assim, situado dentro do Livro I – Do direito das obrigações, Título VI – Das várias espécies de contrato, pode-se afirmar categoricamente que a doação é um contrato.

No ordenamento civil anterior, o artigo 1.165 fazia uma previsão um pouco diferente acerca do instituto, pontualmente quanto à aceitação, *in verbis*, “*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.***” (grifo nosso)

Portanto, vê-se que o direito brasileiro participa da noção contratualista da doação, pautada no acordo de vontades, sustentada por WINDSCHEID, DERNBURG, GIORGI², e dominante nos códigos alemão, suíço, português, japonês, argentino, uruguaio, peruano e mexicano.

² Windscheid, Pandette, vol. V, §365, nota 18; Dernburg, Pandette, §106, Giorgi, *Obbligazioni*, n° 8 a 13, *apud*, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 12^a. ed., vol. III, p. 245.

Nessa senda, a aceitação que era expressa na letra do artigo 1.165, do Código Civil de 1916, foi naturalmente suprimida pelo fato da disciplina já estar inserida entre as várias espécies de contratos e da proclamação enfática do art. 538, do Código Civil de 2002: “Considera-se doação o **contrato**.”. (grifo nosso)

Assim, verifica-se que não é necessária a aceitação para permitir a inclusão desta espécie jurídica como um contrato, diferente do que prega o Código Civil francês e a tantos outros por ele influenciados, como o italiano, por exemplo, que entende a doação como uma modalidade de aquisição da propriedade. O Código Civil francês conceitua a doação como um ato³, sem caráter contratual, a inscrevendo, portanto, entre os modelos de adquirir a propriedade, ao lado do testamento. A nota histórica deste fato se dá em razão de Napoleão Bonaparte, quando das discussões do projeto do *Code Civile*, ter se insurgido no *Conseil d'État*, contra a concepção contratualista, impressionado pela ausência da bilateralidade das prestações, a seu ver imprescindível para a caracterização do negócio contratual.⁴

O Código Civil português, em consonância com o Código Civil francês, entende que apesar da doação ser considerada um contrato e estar

³ *Code Civile française, article 932. La donation entre vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès. L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute ; mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié.* “A doação entre vivos não obriga o doador, e não produz nenhum efeito, senão a partir do dia em que sejam aceitos os termos expressos. A aceitação poderá ser feita durante a vida do doador para um ato posterior e autêntico, do qual se fará minuta; mas então a doação não produzirá efeitos, em relação ao doador, senão após o dia onde o ato que conta nesta aceitação lhe for notificado.” (tradução livre)

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. cit., vol. III, p. 245.

inserida ao lado de outras formas de aquisição da propriedade como a compra e venda, por exemplo, há necessidade da aceitação da proposta de doação para existir obrigação em relação ao doador.

Código Civil português, artigo 940. 1. Doação é o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu património, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício do outro contraente.

Código Civil português, artigo 945. 1. A proposta de doação caduca, se não for aceita em vida do doador. 2. A tradição para o donatário, em qualquer momento, da coisa móvel doada, ou do seu título representativo, é havida como aceitação. 3. Se a proposta não for aceita no próprio acto ou não se verificar a tradição nos termos do número anterior, a aceitação deve obedecer à forma prescrita no artigo 947.º e ser declarada ao doador, sob pena de não produzir os seus efeitos.

É preciso, para melhor compreensão das ideias de *oferta* e *aceitação* de doação voltar às origens etimológicas do conceito. Na língua portuguesa, doar significa ceder gratuitamente a outrem⁵ bens, direitos, tempo, compreensão, cuidado, ou ainda, dar, consagrar, dedicar. É uma palavra que nasce do latim *donare*, e mostra que há dois sentidos

⁵ RODRIGUES, Diego e NUNO, Fernando (coordenação). *Dicionário Larousse da língua portuguesa míni*. São Paulo: Larousse do Brasil, 1ª. ed., 2005.

para o termo. O sentido mais amplo abrange qualquer liberalidade, enquanto que restritamente, doar aplica-se somente à liberalidade com a coisa.

Nas lições de PONTES DE MIRANDA⁶ há referências a *lex Cincia* (204 a. C.), escrita por Cícero (de Senect., 4, 10), que ao tratar da *muneralis* dividiu-a em de *dona* e de *munera*.

“O *donum* era a doação, provàvelmente, pela primeira vez, considerado à parte dos outros atos jurídicos. O *munus*, conceito de direito público e de direito privado, aí só privado (MARCIANO, L. 214, D., de verborum significatione, 50, 16: *munus*, cargo) às vêzes era empregado no sentido de espécie de doação, o que se doa por dever de costume ou decôro, donde aparecem nos textos juntos *donum* (vel) *munus*, *donum* (et) *munus*.”

Na verdade, a caracterização da doação se faz muito mais pelo sentimento de quem doa do que pelo objeto que é transferido ou pelo enriquecimento do patrimônio do donatário. Pouco importa a finalidade do ato, a doação requer benevolência e despreendimento de um bem ou direito material para aquisição de um bem imaterial, que a nosso ver pode ser traduzido pelo bem-estar do doador com a sua própria ação.

Nessa senda, está inserida também a doação entre cônjuges. O bem maior não é a transferência patrimonial, mas sim a concretização do

⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. cit., t.XLVI, p. 191.

desejo do cônjuge doador ao beneficiar o cônjuge donatário. Novamente PONTES DE MIRANDA nos ensina que:

“O *propósito de enriquecer* não é essencial. O que é essencial é a intenção de doar. Se A transfere a B as ações que tem na companhia em liquidação e sem valor no mercado, porque B as deseja ter, há doação.”⁷

Nos tempos mais longínquos, o contrato de doação causou certa resistência por parte de alguns doutrinadores, como DERNBURG, por exemplo, que não se mostrava favorável ao instituto devido às manipulações e burlas ao sistema que poderiam ser geradas. Assim, também CUJÁCIO enunciava *Donare est perdere*, crítica respondida veementemente pelos filósofos da época que afirmavam que se ganha doando.⁸ Esse ranço doutrinário alcançou os mais modernos dias, na medida em que atualmente o cônjuge maior de 70 anos é tolhido de doar bens a seu consorte em função de um eventual aproveitamento patrimonial pelo beneficiário.

Três são os requisitos essenciais que caracterizam uma doação: contratualidade, transferência de bens ou vantagens e espírito de liberalidade. Dessa maneira, “trata-se em primeiro lugar de um contrato. E a causa, ou módulo econômico-social, desse contrato típico ou nominado reúne, por seu turno, dois requisitos essenciais: a) a transferência de bens ou vantagens do patrimônio de uma pessoa (doador)

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. cit., t.XLVI, p. 193.

⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 40^a. ed., vol 5, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 171.

para de uma outra (donatário); b) o espírito de liberalidade, a que os antigos autores chamavam de *animus donandi*.”⁹

Nas lições de VENOSA¹⁰ aprendemos que o contrato de doação é composto por dois elementos. O elemento subjetivo é efetivamente o *animus donandi*, ou seja, a manifestação de vontade de efetuar a liberalidade. O elemento objetivo, por sua vez, refere-se à diminuição do patrimônio do doador aliado ao ânimo de doar.

Podemos entender assim, que a doação é um negócio jurídico, bilateral e gratuito. Ingressa no mundo jurídico por meio de um contrato real, pois diz respeito à direitos patrimoniais disponíveis, a bilateralidade advém da entrega da coisa ao donatário. Por fim, a gratuidade surge da desnecessidade de contraprestação, caso assim não fosse, não se trataria de contrato de doação. Apesar do ânimo (vontade) de doar, ser a motivação para a confecção do contrato, a simples manifestação da vontade não basta. Configura-se como elemento essencial a entrega efetiva da coisa ao donatário.

Ao tolher a vontade do cônjuge maior de 70 anos interfere-se no elemento subjetivo do contrato de doação, ou seja, no *animus donandi*, na manifestação da vontade de efetuar a doação. Frise que trata-se de um negócio jurídico gratuito, portanto, é esperada a redução patrimonial do doador e o aumento patrimonial do donatário e isso não configura dolo de aproveitamento ou qualquer tipo de lesão.

⁹ VARELA, Antunes. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Coordenação: Limongi França, vol. 29, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 168.

¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 15ª. ed., vol. 3, São Paulo: Atlas, 2015, p. 111.

A proibição aqui mencionada refere-se apenas ao pólo ativo do contrato de doação, isto é, o septagenário não poderá ser doador de bens para seu cônjuge, entretanto, ele pode ser donatário de seu consorte, ainda que a doação seja com encargo. Vale lembrar que o mesmo não ocorre quando o donatário é menor.

A sentença exarada pelo excelentíssimo senhor doutor juiz de direito MARCELO BENACCHIO, reproduzida a seguir, sustenta a desnecessidade da aceitação nos casos de doação pura a menor.

“Imprensa Manual

1096909-59.2015 Dúvida 1 Registro de Imóveis X Alberto Jabur Sentença: Vistos. Trata-se de dúvida suscitada pelo Oficial do 1º Registro de Imóveis da Capital, a requerimento de Alberto Jabur e Jamile de Fátima Lessa Jabur, em face da negativa em se proceder ao registro de Escritura de Doação com Instituição e Reserva de Usufruto, lavrada perante o 8º Tabelião de Notas da Capital, na qual os titulares de domínio doaram imóvel gravando-o com usufruto para Danielle Lessa Setenta Marques da Silva e Jamile de Fátima Lessa Jabur, sendo a nua propriedade constituída a favor de Jessica Lessa Vieira, Gabriel Lessa Marques da Silva e Laura Lessa Marques da Silva. Os óbices registrários referem-se à ausência de representação da menor, Laura Lessa Marques da Silva, por seus pais para aceitação da doação em nome dela, bem como

ausência de apresentação de alvará judicial, que autorize a aquisição do imóvel, gravado com usufruto, pela menor. Juntou documentos às fls. 04/29. Não houve apresentação de impugnação, conforme certidão de fl.40. O Ministério Público opinou pela procedência da dúvida, mantendo-se os óbices registrários (fls.35/36 e 44). É o relatório. Passo a fundamentar e a decidir. Em que pesem os argumentos expostos pelo Registrador, e do precedente deste Juízo trazido à baila nestes autos, entendo que o caso em tela deva ter avaliação diferenciada. Na presente hipótese, ainda que o imóvel esteja gravado com usufruto, considera-se a doação como pura, ou seja, não haverá encargo para o titular da nua propriedade, que é absolutamente incapaz em razão da idade. O artigo 543 do Código Civil dispõe que: “Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura”. Ao comentar este dispositivo legal, Nelson Rosenvald (Comentários ao Código Civil, Coordenação de César Peluso, pag. 423) diz que: “Quer dizer, não se trata de aceitação presumida do incapaz. Simplesmente se aperfeiçoa a doação com a tradição do bem ao incapaz e com o registro da escritura de doação do bem imóvel, sem a participação do absolutamente incapaz e de seu representante legal. O consentimento do incapaz deixa de ser elemento integrativo do contrato.” Desta mesma interpretação comunga Luiz Guilherme

Loureiro, em sua obra Registro Públicos Teoria e Prática: “Quando o donatário for pessoa absolutamente incapaz, não é necessário o consentimento do representante legal, quando se trata de doação pura (art. 543, CC). Há uma aparente contradição entre este dispositivo que constitui inovação em nosso ordenamento jurídico e a norma do art. 1.748 do CC, segundo a qual compete ao tutor, com autorização do juiz, aceitar em nome do menor as doações, puras ou com encargos. Este artigo não faz distinção entre menoridade absoluta e relativa. Assim, para que seja mantida a unidade do sistema jurídico, forçoso concluir que somente é dispensável a aceitação do menor absolutamente incapaz, desde que se trate de doação pura e não se encontre ele sobre regime de tutela.” (pag. 416). Deste diapasão, acrescento que o menor deverá estar em situação regular, do ponto de vista de sua guarda e representação. Agiu com acerto o Tabelião ao consignar na escritura que: “por tratar-se de doação pura da nua propriedade do imóvel, a outorgada Laura, por ser absolutamente incapaz, fica dispensada a aceitação da doação”. Verifico que cada situação apresentada a desate traz uma peculiaridade que deve ser analisada isoladamente no momento da qualificação. No presente caso, não vejo necessidade da expedição de alvará judicial. Conforme acima mencionado, cuida-se de doação pura, que virá exclusivamente em benefício da menor, não lhe

acarretando qualquer ônus ou prejuízo, e os genitores participam no negócio jurídico. Por fim, deixo de instaurar procedimento de providências para apurar a conduta do Oficial do 13º Registro de Imóveis da Capital, conforme requerimento da Douta Promotora de Justiça, uma vez que o Registrador tem liberdade e independência para qualificar os títulos a eles encaminhados e não vislumbro a existência de má-fé ou erro grosseiro. Diante do exposto, julgo improcedente a dúvida suscitada pelo Oficial do 1º Registro de Imóveis da Capital, a requerimento de Alberto Jabur e Jamile de Fátima Lessa Jabur, possibilitando o ingresso do título. Deste procedimento não decorrem custas, despesas processuais e honorários advocatícios. Oportunamente, remetam-se os autos ao arquivo, com as cautelas de praxe. P.R.I.C.”¹¹

Posto isso verifica-se que a entrega da coisa suprime a necessidade de aceitação, desde que, por óbvio, a doação seja pura, ou seja, livre de qualquer encargo. Não é razoável pensar em recusa de acréscimo patrimonial. Portanto, não há motivos para interpelação do donatário.

¹¹ Publicado por Diário de Justiça do Estado de São Paulo (extraído pelo Jusbrasil: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/104986042/djsp-judicial-1a-instancia-capital-25-11-2015-pg-863>) - 2ª Vara de Registros Públicos. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE REGISTROS PÚBLICOS. JUIZ (A) DE DIREITO MARCELO BENACCHIO. ESCRIVÃ(O) JUDICIAL LUCIANA LARA THEODORO DE AGUIAR. EDITAL DE INTIMAÇÃO DE ADVOGADOS. RELAÇÃO Nº 0398/2015.

Quando o donatário for o cônjuge septagenário, ainda que o objeto da doação esteja clausulado com algum gravame que comprometa a própria existência do bem, a aceitação do maior de 70 anos não é questionada e será considerada absolutamente válida. Cabe então a seguinte reflexão: Por que proteger apenas a redução patrimonial do idoso se ele for doador no contrato de doação em que é beneficiário seu cônjuge, não se conferindo a mesma atenção quando a redução patrimonial é oriunda de gravame imposto ao bem recebido? Essa crítica será abordada novamente mais à frente.

1.2 - Elementos da doação

1.2.1- Pressupostos de existência

Os juristas romanos esclarecem vários elementos integrantes dos negócios jurídicos. Embora nada sistematizado, o que sempre se repete para todos os atos negociais, conforme as lições de JOSÉ AUGUSTO CÉSAR¹², são: *essentialia negotii*, *naturalia negotii* e *accidentalialia negotii*. Os primeiros são os elementos da substância do ato, sem os quais o contrato se descaracteriza. No que toca à doação refere-se ao *animus donandi*¹³, ou seja, a vontade declarada de transferir patrimônio ao beneficiário. *Naturalia negotii* são as consequências decorrentes do negócio jurídico, isto é, aquelas obrigações que independem de expressa menção, como o pagamento do imposto de

¹² CÉSAR, José Augusto. *Ensaio sobre os actos jurídicos*. Campinas: Tip. Casa Genoud, 1913, p. 29.

¹³ “O que caracteriza a doação é o *animus donandi*: Há outros contratos, como ela, gratuitos, mas em nenhum outro se observa a intenção de praticar um ato de liberalidade, ou gratificação espontânea.” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11^a. ed., vol. 4, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves – Editora Paulo de Azevedo, 1958, p. 266.)

transmissão *causa mortis* e doação – ITCM-D. Por fim, a *accidentalitas negotii* refere-se a estipulações facultativas incluídas no ato para lhe alterar alguma consequência natural, como a condição, o termo e o modo que dão origem à doações como doação modal ou com encargo, doação remuneratória, doação mista entre outras espécies.

Ainda hoje os elementos da doação são classificados em essenciais, naturais e acidentais. Os elementos essenciais, segundo a doutrina moderna¹⁴, subdividem-se em gerais, quando comuns à todos os contratos e, particulares, peculiares à determinadas espécies. São elementos essenciais gerais segundo a lei civil brasileira o disposto no artigo 104 que dispõe: “a validade do negócio jurídico requer: I- agente capaz; II- objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III- forma prescrita ou não defesa em lei.”

Assim também PONTES DE MIRANDA criou o que vulgarmente se conhece por “escada ponteano”, estabelecendo três planos para o negócio jurídico. O primeiro é o da existência onde estão inclusos agente emissor da vontade, manifestação da vontade, objeto do negócio jurídico e forma. A falta de qualquer desses itens gera a inexistência do ato. O segundo plano é o da validade, ele qualifica o negócio. Neste o agente deve ser capaz, a vontade deve ser livre de induzimento ou coação, o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável e a forma deve ser livre ou prescrita em lei. A falta de algum desses pressupostos gera invalidade do negócio. Por fim, o plano da eficácia trata dos elementos acidentais do negócio, pois eles podem ou não acontecer. São eles: a condição, o termo, o modo ou encargo.

¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 40^a. ed., vol. 1, cit., p. 215.

O impedimento à manifestação de vontade do doador atinge o elemento de existência do contrato de doação. Diferencia-se da manifestação viciada por coação ou induzimento porque nesta o contrato existe para que a vontade seja exposta ao vício, enquanto que naquela é rechaçada a possibilidade do contrato benéfico.

1.2.2 – Requisitos de Validade

1.2.2.1 - Agente Capaz

Quanto à capacidade do agente, os artigos 3º. e 4º. da carta civil dispõem, respectivamente, sobre a incapacidade e a capacidade relativa para a realização de atos na órbita civil que imponham obrigações comutativas. Assim, tanto o comprador de uma casa quanto o vendedor precisarão obedecer à regra geral da capacidade civil plena, à capacidade relativa assistida ou à incapacidade representada por terceiro, para que o negócio jurídico ganhe validade.

A Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (estatuto da pessoa com deficiência), alterou os artigos 3º e 4º da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

ANTES da Lei nº 13.146/2015	DEPOIS da Lei nº 13.146/2015
Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis	Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

<p>anos;</p> <p>II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;</p> <p>III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.</p>	
<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;</p> <p>III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;</p> <p>IV - os pródigos.</p> <p>Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.</p>	<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;</p> <p>III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;</p> <p>IV - os pródigos.</p> <p>Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.</p>

A principal alteração trazida pela referida legislação foi em relação à pessoa com deficiência, que a partir de agora é considerada plenamente capaz para a realização de todos os atos da vida civil independentemente

do tipo ou grau de deficiência que porta¹⁵. A intenção foi nobre da edição desta lei, entretanto, é sabido que muitos deficientes não possuem consciência do mundo que os rodeia. Não parece razoável que uma pessoa em grau avançado de Alzheimer possa ser considerada com capacidade plena para fazer uma doação. No mundo de deficiências o princípio da isonomia tem mais peso, pois igualdade será mais do que nunca tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. É desproteger não tratar alguém que não possui o necessário discernimento como capaz. Da mesma forma é discriminar não tratar como capaz alguém que possui apenas uma limitação física e não cognitiva. Justamente por isso, as Normas de Serviço da Egrégia Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, na subseção II que trata da escrituração dos atos públicos prescreve no item 44, “A escritura pública, salvo quando exigidos por lei outros requisitos, deve conter: (...) c) manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes;” Assim, pouca valia tem esta alteração do Código Civil, uma vez que o observado sempre foi a capacidade de manifestação de vontade. A pessoa pode ser plenamente capaz, se ela estiver muda em virtude de uma rouquidão e não souber escrever, não haverá meios de se aferir a vontade e portanto o tabelião estará impedido de praticar o ato.

Sempre o que estará sob o olhar da validade do ato é a capacidade de manifestação da vontade, ainda que para os atos praticados por agente comprovadamente incapaz. Nessa linha, DINIZ assinala que “assente o vício da nulidade relativa dos atos praticados antes da sentença por agente

¹⁵ “A proteção jurídica dos incapazes realiza-se por meio da representação (CC, art. 3º) ou assitência (CC, art. 4º) que lhes dá segurança, quer em relação a sua pessoa, quer relativamente ao seu patrimônio, possibilitando o exercício de seus direitos (CC, arts. 115 a 120; 1634, V, 1690, 1734, 1747, I, 1767 e Lei n. 13.146/2015)”. DINIZ, Maria Helena. *A nova teoria das incapacidades*. Revista *Thesis Juris* – RTJ, e ISSN 2317-3580, São Paulo, V. 5, N. 2, Mai-Ago. 2016, p. 274.

comprovadamente incapaz, indaga-se: A declaração de invalidade exigiria também a má-fé do outro contratante? Deveria ele ou não, ter ciência da incapacidade do agente? O que realmente importa, no nosso entender é a inteligência e a possibilidade de manifestação da vontade, que fundamentarão a declaração da vontade livre e espontânea, não sendo relevante a questão da boa-fé ou má-fé da outra parte contratante.”¹⁶

No encaço desse pensamento está a declaração de vontade livre e espontânea do maior de 70 anos que, querendo beneficiar seu cônjuge por meio de um contrato de doação, não pode ter seu desejo coibido apenas com base na eventual e suposta má-fé da outra parte contratante.

A doação, entretanto, apesar de ser um contrato, não segue o padrão da bilateralidade no direito brasileiro. Nesta, há obrigação apenas para uma das partes, qual seja, o doador. Por isso, a regra da capacidade será imputada somente àquele que sofrerá o decréscimo patrimonial, independentemente das condições do donatário.

A única exceção em que o doador é visto como parte hipossuficiente é no caso de pessoa maior de 70 anos casado pelo regime da separação obrigatória de bens (artigo 1641, II, do Código Civil) em que a doação é considerada por muitos juristas e operadores do direito como burla à separação patrimonial imposta pela lei.

A necessidade de aceitação para a conclusão do contrato, em nada macula sua unilateralidade, tanto que o artigo 543, do Código Civil brasileiro preleciona que “se o donatário for absolutamente incapaz,

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *A nova teoria das incapacidades*. Revista *Thesis Juris* – RTJ, e ISSN 2317-3580, São Paulo, V. 5, N. 2, Mai-Ago. 2016, p. 280.

dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura”. Essa regra, já se lia no Código Civil de 1916, artigo 1.170, “As pessoas que não puderem contratar é facultado, não obstante, aceitar doações puras.” Todavia, na alínea K das NSCGJ/SP reza que para preservação do direito do incapaz será necessária menção da idade e da pessoa que o assiste ou representa: “k) se de interesse de incapaz, menção expressa à idade, se menor, e, sempre, à pessoa por quem representado ou assistido, ressalvados os casos de aceitação futura pelo donatário;” Apesar de não ser requisito para a conclusão da doação a aceitação imediata do incapaz ou de seu representante, será possível, devido a este resguardo legal, o incapaz no futuro rejeitar a doação por meio de uma não aceitação. Esses casos previstos são os de doação com encargo em que a doação se concretiza mediante uma condição resolutiva futura que precisará ser aceita para resolver a obrigação.

Outrossim, o direito português assemelha-se muito ao brasileiro ao tratar no artigo 951 da aceitação por parte de incapazes. Por ele, “1. As pessoas que não têm capacidade para contratar não podem aceitar doações com encargos senão por intermédio dos seus representantes legais. 2. Porém, as doações puras feitas a tais pessoas produzem efeitos independentemente de aceitação em tudo o que aproveite aos donatários.”

De outro lado, o Código Civil espanhol, que segue a tradição francesa, ao colocar o título doação nas formas de aquisição da propriedade e não junto as obrigações e contratos, ensina no artigo 626, “Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos

representantes.”¹⁷ Esse artigo, poderia levar a interpretação a *contrario sensu* que se a doação não for condicional nem onerosa, ou seja, se ela for pura, poderia ser aceita por pessoa totalmente incapaz. Ocorre que, diferentemente do direito brasileiro que dispensa a aceitação para doações puras realizadas à absolutamente incapaz¹⁸, o direito espanhol exige a aceitação para dar validade à doação independente das condições do donatário, conforme dita o artigo 629 “*La donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación.*”¹⁹ e o artigo 630 “*El donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí, o por medio de persona autorizada con poder especial para el caso, o con poder general y bastante.*”²⁰

No relativo aos nascituros, o direito pátrio reserva a necessidade de aceitação pelo representante legal²¹, independentemente da doação ser pura. É uma exceção à dispensa geral do artigo 543. Curiosamente, nesse ponto o direito espanhol se aproxima mais do que o português. O artigo 627, do Código Civil espanhol²², prevê a possibilidade de doação aos concebidos e não nascidos, desde que aceita pelas pessoas que legitimamente representariam a criança, se ela já houvesse nascido. Diferente do que se estuda no direito nacional, o Código Civil luso, em

¹⁷ “As pessoas que não podem contratar não poderão aceitar doações condicionais ou onerosas sem a intervenção de seus legítimos representantes.”(tradução livre).

¹⁸ Código Civil brasileiro, artigo 543, “Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura.”

¹⁹ “A doação não obriga o doador, nem produz efeito, senão desde a aceitação.” (tradução livre).

²⁰ “O donatário deve, sob pena de nulidade, aceitar a doação por si, ou por meio de pessoa autorizada com poder especial para o caso, ou com poder geral e bastante.” (tradução livre).

²¹ Código Civil brasileiro, artigo 542, “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.”

²² Código Civil espanhol, artigo 627, “Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento.”

seu artigo 952, destaca a possibilidade do donatário sequer ter sido concebido para ser contemplado por uma doação.

Dessa forma, apenas com o intuito de organizar as ideias, temos no Código Civil brasileiro o artigo 542, “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”, o artigo 543, “Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura” e o artigo 1748, II, “Compete também ao tutor, com autorização do juiz: II - aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos;”. Esses três prismas da legislação civil nacional apontam para o seguinte entendimento: em regra, sendo a doação pura, quando o donatário for absolutamente incapaz não haverá necessidade de aceitação. Porém, se o donatário for nascituro, será necessária aceitação, e, por fim, sempre que existir a presença de um tutor, pouco importará a condição do donatário, será necessária a aceitação.

O direito brasileiro não permite que pessoa ainda não concebida possa receber bem de terceiro pela doação. A única possibilidade é o instituto da substituição fideicomissária, abarcada no direito nacional entre os artigos 1.951 a 1.960. Esta, porém, é uma forma de aquisição da propriedade dada por testamento, e por isso, localiza-se no livro das sucessões.

Assim, preleciona o artigo 1.952 da lei civil, que, “A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador.”, e a sucessão testamentária prevista no artigo 1.799, do mesmo diploma legal, permite serem chamados à suceder, “I- os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;”. Ocorre que não é

perpétuo esse direito, e, portanto, o artigo 1.800, §4º, reza que “Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.”

Não há que se confundir os institutos, pois um trata da efetiva redução patrimonial de uma das partes (doador) e aumento correspondente à outra parte (donatário). Enquanto que da substituição fideicomissária, a ideia jurídica está respaldada na vontade futura e incerta do testador beneficiar alguém (fideicomissário) não nascido, ou nem sequer concebido, para depois de sua morte. Esta vontade é certa, porém recai sobre a incerteza do nascimento com vida do fideicomissário. Durante este prazo de espera entre a morte do testador e o nascimento com vida do fideicomissário, o bem será guardado em confiança pelo fiduciário, que deterá a propriedade restrita e resolúvel. Doação é direito, substituição fideicomissária é expectativa de direito.

A regra da unilateralidade do contrato de doação aplica-se muito bem às doações puras, todavia, muitas são remuneratórias, com encargo, clausuladas, e aí, nesses casos, será necessária a concordância do donatário, uma vez que haverá uma condição potestativa, com obrigações mútuas, sob pena de não realização do negócio. Nesse sentido, resta claro afirmar que a regra da capacidade também será aplicada ao donatário, pois que a regra de capacidade insere-se para direitos e obrigações. E nos casos de doação entre cônjuges casados no regime da separação obrigatória de bens por motivo de idade, a capacidade do doador é mitigada em função da restrição que muitos doutrinadores e operadores do direito teimam em fazer.

1.2.2.2 - Objeto lícito, possível, determinado ou determinável

Outro elemento essencial, comum à generalidade dos atos jurídicos, diz respeito ao objeto. Este deverá prever somente situações legais. Assim, no caso em tela, a doação não poderá ocorrer sobre objetos que não tenham origem lícita, por exemplo, não será aceita pelo ordenamento a doação de bem móvel ou imóvel que seja produto de crime, podendo por este motivo ser considerada nula de pleno direito.²³

A doação no Código Civil brasileiro vigente, por ser considerada um contrato segue as regras do direito das obrigações, isso implica dizer que ela deve se dar sobre coisa certa ou sendo incerta, deverá ser indicada ao menos pelo gênero e pela quantidade. Trazendo a um exemplo, será permitido realizar doação de cinco quilos de ouro dezoito quilates, ou de uma biblioteca jurídica a uma universidade, ou de cinquenta sacas de café do sul de Minas terra escura, entre outras.

²³ Publicado por Superior Tribunal de Justiça (extraído pelo Jusbrasil: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/13186934/pg-444-superior-tribunal-de-justica-stj-de-21-05-2010>) - Brasília (DF), 27 de abril de 2010. **(1327) RECURSO ESPECIAL Nº 730.034 - PA (2005/0035103-0), RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, RECORRENTE : INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA, PROCURADORA : MARCELA ALBUQUERQUE MACIEL E OUTRO (S), RECORRIDO : RAIMUNDO CIRO DE MOURA - ESPÓLIO E OUTRO, ADVOGADO : OCTÁVIO AVERTANO DE MACEDO BARRETO DA ROCHA – EMENTA - AMBIENTAL. ART. 25, § 2º, DA LEI N. 9.605/98. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. DOAÇÃO DO PRODUTO DO CRIME (TORAS DE MOGNO). CERTEZA DE QUE A ATIVIDADE ILÍCITA FOI PERPRETADA POR INVASORES EM FACE DOS PROPRIETÁRIOS DO TERRENO E DA COLETIVIDADE. NECESSIDADE DE, NO CASO CONCRETO, RESPEITAR O DIREITO DE PROPRIEDADE DOS PROPRIETÁRIOS LESADOS. JUÍZO DEFINITIVO ACERCA DA DISTINÇÃO, NA ESPÉCIE, ENTRE OS CRIMINOSOS (INVASORES) E OS PROPRIETÁRIOS DA PLANTAÇÃO. DÚVIDA QUE RECAI APENAS EM RELAÇÃO À PROPRIEDADE DO TERRENO EM QUE LEVANTADO O PLANTIO DO MOGNO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.**

Ainda que lícito e determinado o objeto deverá ser também possível, isto é, há de haver meios do bem decrescer do patrimônio do doador e crescer no do donatário²⁴. Assim, e também devido ao princípio da continuidade da cadeia registral, só pode doar determinado bem o seu titular, mais propriamente, a pessoa especificada na matrícula do bem imóvel, no documento de transferência de veículos automotores e assim por diante. A regra geral é, só se pode doar aquilo que é seu.

Portanto, caso alguém possua um imóvel e tenha realizado apenas um contrato particular de promessa de compra e venda, os famosos “contratos de gaveta”, enquanto o adquirente não realizar a escritura pública e transcrevê-lo para seu nome, não terá poder para doar este bem pelo ato público da escritura de doação. Algumas vezes, contudo, o possuidor do bem realizou a escritura pública de compra e venda mas ainda não a levou a registro. Nesse caso, será possível a consecução da escritura de doação mediante ressalva expressa da necessidade do registro anterior para que, ato contínuo, seja feito o registro da doação obedecendo o princípio da continuidade.

Conforme denota o artigo 1417 do Código Civil pátrio, “Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.” Nesta hipótese, o contrato particular de promessa

²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 40^a. ed., vol. 5, cit., p. 172. “Reclama a transação de alguma coisa, ou de algum direito, do patrimônio do doador para o do donatário, ainda que de valor insignificante. Ao empobrecimento do primeiro deve corresponder o enriquecimento do segundo.”

de compra registrado permitirá a realização de escritura de cessão de direitos a título gratuito.

Outra opção será realizar um testamento com a previsão de que determinado bem ou coletividade de bens venha a pertencer a pessoa especificada. Contudo não tratar-se-á de doação, mas de herança ou legado, ou seja, ato *mortis causa*. Ao receber o bem, o herdeiro ou legatário deverá regularizar a situação anterior para apenas depois conseguir registrar em seu nome.

No Direito Civil suíço, entre outros casos, as doações realizadas nos cinco anos anteriores à morte do doador podem ser revogadas para igualar as liberalidades entre os herdeiros. É um direito especial, diferente das demais raízes pesquisadas e orientadas com o direito brasileiro. Não há parte disponível para a doação ser prevista, o que regula o sistema é o decurso do tempo e a sensação de lesão do herdeiro prejudicado.²⁵

²⁵ *Code Civile Suisse. Art. 527 B. De l'action en réduction / II. Effets / 3. A l'égard des libéralités entre vifs / a. Cas*

3. A l'égard des libéralités entre vifs

a. Cas

Sont sujettes à réduction comme les libéralités pour cause de mort:

1.les libéralités entre vifs faites à titre d'avancement d'hoirie sous forme de dot, d'établissement ou d'abandon de biens, quand elles ne sont pas soumises au rapport;

2.celles qui sont faites à titre de liquidation anticipée de droits héréditaires;

3.les donations que le disposant pouvait librement révoquer et celles qui sont exécutées dans les cinq années antérieures à son décès, les présents d'usage exceptés;

4.les aliénations faites par le défunt dans l'intention manifeste d'é luder les règles concernant la réserve.

(Código Civil suíço, artigo 527. B. Da ação de redução / II . Efeitos / 3. A igualdade das liberalidades inter vivos / a . caso

3. A igualdade das liberalidades entre vivos

a. Caso

Estão sujeitas a redução as doações que tenham como presentes causas:

1.as liberalidades entre vivos feitas a título de adiantamento da herança sob forma de dote, de estabelecimento ou abandono de bens, quando elas não estão sujeitas a relatório;

2.aquelas que forem feitas como liquidação antecipada dos direitos hereditários;

A doação é ato *inter vivos* e possui regra própria para sua realização, nunca se confundindo com o testamento, que é ato *mortis causa*, ou seja, é a morte do testador que valida o cumprimento de seus desejos. Nesse diapasão, a Revista Trimestral de Jurisprudências²⁶, publicou: “Já se decidiu que somente as liberalidades que realmente se façam *mortis causa* é que serão de nenhum efeito se não observarem as normas próprias da declaração de última vontade. Não se enquadra nessa hipótese doação feita na previsão de morte possível, mas realizada em circunstâncias que antes a caracterizavam como doação *inter vivos*. Não há nenhum preceito legal que repila a fixação do dia da morte do doador como termo inicial da doação, ficando até esse momento suspenso o exercício do direito do donatário.”

A confusão entre doação como um contrato ou como forma de aquisição de propriedade remonta à antiguidade. PAULO NADER ensina que “entre os romanos a doação era considerada meio de aquisição da propriedade e não um contrato, além de ser admitida *inter vivos* e *mortis causa*: “Est et aliud genus acquisitionis, donatio. Donationum autem duo sunt genera: *mortis causa*, et *nom mortis causa*.”²⁷ A ideia de doação a *causa de morte* surgiu na história como proteção em vista de um perigo. O Digesto, livro XXXIX, título VI, Lei primeira e segunda, estabelece

3.as doações que poderiam ter sido livremente revogadas e aquelas realizadas nos cinco anos anteriores à sua morte, exceto se realizada para esses fins;

4.Os disposições feitas pelo falecido na intenção manifesta de contornar as regras sobre a reserva.) (Tradução livre).

²⁶ Revista Trimestral de Jurisprudências. 41/214, *apud*, MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, 40^a. ed., vol. 5, cit., p. 173.

²⁷ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. 6^a. ed., vol. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 238. “Ademais, há outro gênero de aquisição: a doação. Mas são duas as espécies de doações: por *mortis causa* e por ato *inter vivos*.” (Instituta, livro II, tit. VII, 1^a. alínea).

“Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo”, ou seja, Telêmaco, filho de Ulisses, antes de entrar numa luta contra os pretendentes de sua mãe, entregou a seu amigo Pireo, seus pertences mais valiosos para que este o guardasse. Caso saísse da luta com vida, retomaria seus bens. Caso contrário, estes passariam a pertencer a Pireo.²⁸ Dessa imagem observa-se a diferença básica entre a doação *inter vivos* e a *mortis causa*. A primeira, ainda que feita em contemplação da morte ou de um perigo iminente não se desfaz, pois que é ato jurídico perfeito e acabado. Já a doação a causa de morte terá como *dies a quo* para a produção dos efeitos da transferência da propriedade a morte do doador. Havendo a preterição do donatário não restará concluída a operação e portanto o bem objeto da negociação não fará parte de sua herança.

1.2.2.2.1 - Promessa de doação

A possibilidade da doação também incide sobre a análise do tema promessa de doação. Mais uma vez a doutrina se divide. O direito alemão prevê que “*Les stipulations por autrui, qui en droit romain n’étaient pas valables et que beaucoup de législations modernes regardent avec défaveur , sont reconnues par le BGB, ainsi que par les Codes suisse, polonais et grec. Elles font naître une créance du tiers bénéficiaire contre le promettant, si telle a été l’intention des parties contractantes ou si elle s’induit des circonstances. Dans les hypothèses les plus importantes, cette intention est même présumée par la loi, par exemple dans l’assurance sur la vie , si le payement a été expressément stipulé au profit d’un tiers (§330) et dans le contrat de transport de marchandises,*

²⁸ GOYTISOLO, Juan B. Vallet de. *Estudios sobre donaciones*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1978, p. 19.

lorsque le destinataire est une personne distincte de l'expéditeur (§ 435, HGB).”²⁹

De outro lado, o Código Civil francês em seu artigo 932 determina que apenas após a aceitação do donatário é que o doador terá responsabilidade sobre a doação. Não há pré-contrato, mas sim a doação propriamente dita que terá validade a partir da aceitação, conforme segue:

“La donation entre vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès. L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute ; mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié.”³⁰

²⁹ ARMINJON, PIERRE; NOLDE, BARON BORIS; WOLFF, MARTIN. *Traité de droit comparé, Tome II, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, p. 311.* “As estipulações para os outros, que no direito romano não eram válidas e que muitas leis modernas olham com desagrado, são reconhecidas pelo BGB e pelos códigos suíços, polonês e grego. Elas dão origem a uma crença do terceiro beneficiário contra o promitente, se essa era a intenção das partes contratantes ou se isso se induz das circunstâncias. Nas hipóteses mais importantes, esta intenção é mesmo presumida pela lei, por exemplo, no seguro de vida, se o pagamento tiver sido expressamente estipulado em favor de um terceiro (§330) e no contrato de transporte bens, onde o destinatário é uma pessoa diferente do remetente (§ 435 HGB).” (tradução livre).

³⁰ Código Civil francês, artigo 932, “Doações entre vivos não vincularão o doador, e não produzirão nenhum efeito, senão a partir do dia em que foram aceitas em termos expressos. A aceitação poderá ser feita durante a vida do doador por um ato posterior e autêntico, que será minutado; mas, dessa forma, a doação não terá efeito em relação ao doador, antes do dia onde o ato que constata esta aceitação lhe tenha sido notificado.”(tradução livre)

No direito brasileiro há uma celeuma nesse sentido, o *pactum de donando* ou promessa de doação vista tão somente sob o ponto de vista formal não esbarra em qualquer óbice para sua formação. Ora, sendo a doação um contrato nada impediria a realização de um outro contrato preliminar, prevendo um objeto futuro e definitivo, estabelecendo as bases para uma execução futura. Ocorre que como bem salienta CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, “É da própria essência da promessa de contratar a criação de compromisso dotado 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.” Dessa maneira, resta cristalino que a promessa de doação não se coaduna com a essência da doação³¹³², ainda que a jurisprudência venha no sentido da obrigatoriedade do

³¹ **TJ-RS - Apelação Cível AC 70062249586 RS (TJ-RS)**

Data de publicação: 02/03/2015. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE PROMESSA DE DOAÇÃO PURA DE BEM IMÓVEL. CLÁUSULA PENAL. INEXIGIBILIDADE. Tratando-se mera liberalidade, a **promessa de doação** pura, sem encargo, é inexigível, uma vez que é da essência do ato a possibilidade de retratação enquanto não consumada a **doação**. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70062249586, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 26/02/2015).

³² Código Civil brasileiro, artigo 463, “Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.”

cumprimento da doação feita em sede de acordo de divórcio, no qual um dos cônjuges promete doar determinado bem aos filhos.³³

Vale destacar que a possibilidade de pré-contrato na doação, em maior medida, acarretaria burla ao regime da separação obrigatória de bens por idade, para os que assim defendem. A existência de um pré-contrato de doação entre um maior de 70 anos como doador beneficiando pessoa que, quando da execução da doação, for seu cônjuge, poderia justificar temeridade na transferência patrimonial.

Defende em sentido contrário o jurista PAULO NADER que faz dura crítica a SILVA PEREIRA. “Penso que a espontaneidade deve estar presente no *pactum de contrahendo*, qualquer que seja a modalidade contratual. É naquele momento que as partes se vinculam jurídica e moralmente. O contrato definitivo é mera decorrência do ajuste anterior e não importa se a declaração de vontade não coincida com a razão íntima das partes no momento e seja uma consequência da pressão do contrato anterior. A ser válido o argumento do eminente jurista Caio Mario da Silva Pereira, não apenas a promessa de doação seria um despropósito, mas também a de venda ou de qualquer outro contrato, pois se poderia chegar a *uma venda sob coação* ou a *um comodato sob coação*, entre outros. Destaque-se que o Código Civil alemão, por disposições expressas, admite o contrato preliminar de doação, consoante os artigos

³³ TJ-SP - Apelação APL 00038694620148260368 SP 0003869-46.2014.8.26.0368 (TJ-SP)

Data de publicação: 27/10/2015. Ementa: APELAÇÃO. PARTILHA DE BEM IMÓVEL. **PROMESSA DE DOAÇÃO À PROLE COMUM.** A **promessa de doação** vincula o promitente-doador quando deduzida em sede de divórcio. Acordo homologado em sede de ação de divórcio. Título executivo judicial. Cabimento de execução que visa à obrigação de lavratura da escritura de **doação**. Sentença anulada. RECURSO PROVIDO com determinação.

518, 523 e 2.301.”³⁴ Conforme já se viu, o direito alemão, que está contraposto as raízes do direito brasileiro nessa senda, dá origem a uma crença do terceiro beneficiário contra o promitente. Não é esse o posicionamento defendido pela França (artigo 932, CC)³⁵, por Portugal (artigo 945, CC)³⁶, pela Espanha (artigo 623)³⁷ e pelo Brasil que vincula a aceitação para a produção dos efeitos da doação. Aceito o benefício, o contrato de doação torna-se ato jurídico perfeito, ou seja, não há que se falar em contrato prévio, uma vez que ou ele estará aperfeiçoado ou faltará um elemento para sua constituição. Não podendo, dessa forma, ser cobrado. Nas doações puras, em que não se exige aceitação, o divisor de águas será a escrituração. E, nas verbais a tradição. Entregue a coisa, não poderá mais reclamar, posto que já não é mais dono.

1.2.2.3 - Forma prevista ou não defesa em lei

No começo do século III d.C., pós Lex Cincia, é que surge a instrumentação pública como pressuposto formal de alguns negócios jurídicos por meio da *insinuatio*, que nas doações era exigida a partir de determinado valor do bem objeto da doação. As Ordenações Filipinas,

³⁴ NADER, Paulo. Curso de direito civil: contratos. 6^a. ed., vol. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 240.

³⁵ Código Civil francês, artigo 932, “Doações entre vivos não vincularão o doador, e não produzirão nenhum efeito, senão a partir do dia em que foram aceitas em termos expressos. A aceitação poderá ser feita durante a vida do doador por um ato posterior e autêntico, que será minutado; mas, dessa forma, a doação não terá efeito em relação ao doador, antes do dia onde o ato que constata esta aceitação lhe tenha sido notificado.”(tradução livre)

³⁶ Código Civil português, artigo 945, “Aceitação da doação. 1. A proposta de doação caduca, se não for aceita em vida do doador. 2. A tradição para o donatário, em qualquer momento, da coisa móvel doada, ou do seu título representativo, é havida como aceitação. 3. Se a proposta não for aceita no próprio acto ou não se verificar a tradição nos termos do número anterior, a aceitação deve obedecer à forma prescrita no artigo 947.º e ser declarada ao doador, sob pena de não produzir os seus efeitos.”

³⁷ Código Civil espanhol, Artículo 623, “La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario.”

Livro IV, Título 62, §1º. e a Lei de 22 de setembro de 1828, artigo 2º., §1º., previam a exigência da insinuação tanto no direito português quanto no brasileiro. Não há qualquer instituto similar a insinuação no direito pátrio atual. A insinuação “consistia na inquirição do doador sobre sua livre e espontânea vontade, sem influência de qualquer engano, induzimento, medo ou conluio, e na inquirição dos vizinhos do doador que tinham razão de saber como foi feita a doação. Se ficava verificado o livre consentimento do doador e afastada qualquer suspeita de artifício, o juiz confirmava a doação.”³⁸ As doações que carecessem de insinuação só poderiam instrumentalizar-se por escritura pública.

Desse modo, conforme as lições de PONTES DE MIRANDA, consistiam exceção à necessidade de insinuação (i) as doações ou dotes, feitas pelos pais aos filhos, desde que não excedessem as respectivas legítimas (Assento n. 1, de 21 de julho de 1797); (ii) doações *causa mortis* (Resolução de 10 de outubro de 1805); (iii) doações de bens aforados, caso o foreiro reservasse para si o usufruto durante a vida (Provisão de 16 de novembro de 1775 e Assento de 21 de julho de 1797); (iv) doações remuneratórias a pessoas estranhas à família do doador, que somente seriam insinuadas após a equivalência dos serviços realizados (Lei n. 25 de janeiro de 1775).

No direito pátrio há que se analisar a doação de forma fracionada, pois sendo esta verbal, o próprio Código Civil brasileiro de 1916, em seu artigo 1.168, parágrafo único, previa “A doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição.” Portanto, a contrário senso, doações de grande valor ou sobre

³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. cit., t.XLVI, p. 239.

bens imóveis, terão que seguir forma especial. Este mesmo preceito legal se repetiu no artigo 541, parágrafo único, do Código Civil de 2002³⁹.

A *traditio* está intrínseca às doações verbais e ela deve ser imediata (*in continenti*). Não é esperado, por exemplo, que alguém dê um livro a uma pessoa e não o entregue; isso seria uma promessa de doação verbal e, como já se viu, não é compatível com o instituto da doação contratos prévios, ainda que verbais, porque a doação não enseja execução, por tratar-se de um ato de liberalidade. A tradição pode se dar por simples entrega da coisa, ou ainda, nas formas de constituto possessório ou cláusula *constituti*, que é uma operação jurídica onde se altera a titularidade da posse, de maneira que aquele que possuía em nome próprio, passa a possuir em nome alheio; *traditio breve manu*, quando o donatário que possui a coisa em nome alheio passa a possuí-la em nome próprio; *traditio longa manu*, nos casos em que o donatário ao ter o acesso parcial ao bem doado, por uma ficção jurídica, passa a detê-lo em sua plenitude.

No que toca a modicidade, deve-se levar em conta o patrimônio do doador, a natureza da coisa doada, bem como circunstâncias de ter a doação finalidade moral ou social. Não se deve colocar limite máximo para as doações orais, a análise deve ser feita *in casu*. Por exemplo, uma empresa faz uma doação de R\$10.000,00 (dez mil reais) para a campanha “Criança Esperança” realizada pelo canal de televisão brasileiro TV Globo. Esta doação poderá ser verbal, dado o caráter social e a natureza da coisa doada ser dinheiro. De outro lado, se esta mesma empresa

³⁹ Código Civil brasileiro, artigo 541, parágrafo único, “A doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir *incontinenti* a tradição.”

resolver doar o mesmo valor para outra empresa de seu grupo ou se doar para esta mesma campanha suas ações (títulos de crédito endossados ao portador), se obrigará a fazer por escrito. No primeiro caso, a forma especial é exigida pela finalidade da doação, evitando o uso indevido do instituto para simulação de negócios entre as empresas. No segundo, a natureza do bem doado requer o uso de instrumento específico para a identificação da origem da transferência dos títulos. A prova da doação verbal se faz por confissão, documento, testemunhas, presunção ou perícia, tudo conforme artigo 212 da Carta Civil de 2002.

Nova reflexão cabe nesse ponto acerca da doação verbal. Quando duas pessoas se unem para uma comunhão de vidas é ilusório pensar que, ainda que o regime de bens para o casamento seja a separação obrigatória de patrimônios, não haverá confusão financeira no âmago familiar. É extremamente provável que um dos cônjuges cuide dos rendimentos do outro, que as contas bancárias sejam conjuntas, que um pague as despesas pessoais do outro. Tudo isso são formas de doação verbal, porque antes de tudo, o benefício da doação é o aproveitamento que se faz a partir do engrandecimento patrimonial.

Outrossim, sendo a doação escrita poderá fazer-se por escritura pública ou instrumento particular.⁴⁰ A escritura pública será da essência do ato sempre que a transação ocorrer sobre bem imóvel cujo valor seja superior a trinta salários mínimos⁴¹, é o que se depreende do artigo 108 da

⁴⁰ Código Civil brasileiro, artigo 541, “A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular.”

⁴¹ **TJ-SC - Apelação Cível AC 257830 SC 2008.025783-0 (TJ-SC)**

Data de publicação: 02/02/2009. Ementa: CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA CONSTITUTIVA. DOAÇÃO DE IMÓVEL POR INSTRUMENTO PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE. BEM DE VALOR SUPERIOR A 30 SALÁRIOS MÍNIMOS. OBRIGATORIEDADE DE ESCRITURA PÚBLICA

Lei Civil nacional. “Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.” Vale dizer que aceita a oferta de doação de bem sujeito a formalidade registrária, nada obsta que os outorgados ou seus herdeiros providenciem após a morte do doador, uma vez que o negócio jurídico já se aperfeiçoou com as vestes da escritura pública. A doação a causa de morte, todavia, deve transferir algo em vida para que não se reduza a pacto sucessório, afinal “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.”⁴² Dessa mesma maneira entende o Código Civil espanhol, artigo 620, “*Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria.*”⁴³

No direito francês, o contrato de doação sempre deverá passar pelo crivo de um notário público que minutará o ato antes de sua formalização, conforme se depreende do artigo 931, do Código Civil francês “*Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la*

COMO FORMALIDADE ESSENCIAL À VALIDADE DO ATO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. A escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos visantes à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre **imóveis** de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país.

⁴² Código Civil brasileiro, artigo 426.

⁴³ Código Civil espanhol, artigo 620. “As doações que tenham que produzir seus efeitos por morte do doador participam da natureza das disposições de última vontade, e se regerão pelas regras estabelecidas no capítulo da sucessão testamentária.” (tradução livre).

forme ordinaire des contrats; et il en restera minute, sous peine de nullité.”⁴⁴

Assim também o Código Civil argentino no artigo 1810, na mesma linha preleciona que o contrato de doação deverá passar por um tabelião sob pena de nulidade. “*Art. 1.810. Deben ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, bajo pena de nulidad: 1° las donaciones de bienes inmuebles; 2° las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias.*”⁴⁵

No Brasil o instrumento particular fica restrito a bens imóveis de valor inferior à referência legal, a bens móveis ou semoventes de pequeno valor. Por vezes, mesmo tratando-se de bens móveis de valor relativamente pequeno em relação à fortuna do doador, exige-se o instrumento escrito pela natureza do bem ou pela finalidade da doação. Vale lembrar que “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”⁴⁶, mas “No negócio jurídico celebrado com cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato.”⁴⁷ Portanto, a regra geral é que no silêncio da lei o instrumento será particular, mas nos casos em que se admita o documento privado, se as partes elegerem o instrumento público para a validade do negócio, este será obrigatório.

⁴⁴ Código Civil francês, artigo 931. “Todos os atos de doação entre vivos deverão passar por um notário na forma ordinária dos contratos; e ele fará minuta, sob pena de nulidade.”(tradução livre)

⁴⁵ Código Civil argentino, artigo 1810. “Devem ser feitas ante um notário público, na forma ordinária dos contratos, sob pena de nulidade: 1° as doações de bens imóveis; 2° as doações de prestações periódicas ou vitalícias.” (tradução livre)

⁴⁶ Código Civil brasileiro, artigo 107.

⁴⁷ Código Civil brasileiro, artigo 109.

O legislador, no intuito de promover a segurança jurídica dos atos realizados entre particulares, previu, na Lei estadual 11.331, de 26 de dezembro de 2002, versão atualizada para o ano de 2016, que regulamentou a Lei federal 10.169, de 29 de dezembro de 2000, a possibilidade de redução de 40% (quarenta por cento) do valor da escritura para os atos que puderem ser realizados por instrumento particular.⁴⁸ Sem dúvida trata-se de uma promoção ou facilitação do acesso a formalização dos atos pela sociedade. A escritura pública torna mais célere as demandas, pois que “é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.”⁴⁹ De outro lado, o instrumento particular carece das provas ordinárias de “caráter legal”⁵⁰ para fazer valer o seu direito. Portanto, instaurada uma lide sobre doação realizada por escritura pública sua descaracterização remontará a necessidade de desconstituição de um ato com presunção relativa de autenticidade, *iuris tantum*, o que por si requer procedimento próprio para prova de algum defeito do negócio jurídico, uma vez que se presume que é real e verdadeiro o escrito lavrado em notas de tabelião.

1.2.2.4 - Formas de manifestação da vontade

A vontade da pessoa humana é um direito da personalidade na medida em que aquele ser tem autonomia para decidir livremente sobre qualquer coisa com repercussão em sua própria vida. Nas lições no jurista italiano ADRIANO DE CUPIS, “A personalidade, se não se identifica

⁴⁸ Item 1.6 da Lei estadual paulista 11.331, de 26 de dezembro de 2002, “As transações, cuja instrumentalização admitem forma particular, terão o valor previsto no item 1 da tabela reduzido em 40% (quarenta por cento), devendo sempre ser respeitado o mínimo ali previsto, combinado com o artigo 7º desta lei.”

⁴⁹ Código Civil brasileiro, artigo 215.

⁵⁰ Código Civil brasileiro, artigo 221, parágrafo único.

com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui a precondição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto.”⁵¹ Portanto, a vontade de um agente capaz, manifestada livremente para um ato jurídico lícito, possível e com objeto determinado ou determinável deve ser respeitada independente das motivações que a originaram. A vontade é o elemento interno da doação, é nela que se assenta o conceito do *animus donandi*.

A manifestação de vontade deve ser vista sob o prisma do doador, em relação à sua consciência, que o motiva a concretizar a doação e, do donatário, no que toca ao desejo de receber aquela graça. Assim, a manifestação da vontade deste se fará pela aceitação que não poderá ser de forma alguma imposta ou exercida mediante induzimento ou coação.⁵²

O esforço contido nesse estudo visa entender justamente o que motiva impedir o exercício da vontade de uma pessoa. O questionamento não encontra sustentação na proteção à pessoa do doador, pois para isso, a obstrução deveria ser ampliada à qualquer pessoa que se insurgisse como donatário, mas não, a restrição é oposta somente à pessoa do

⁵¹ CUPIS, Adriano De. *Os direitos da personalidade*, tradutor: Afonso Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004, p. 21.

⁵² Nesse sentido: CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. ANULÇÃO DE DOAÇÕES E DE TESTAMENTO. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. DISCERNIMENTO. DOENÇA GRAVE. ÔNUS DA PROVA. 1. A ação de anulação exige que o autor demonstre a inaptidão do testador para a prática do ato jurídico no momento da elaboração do testamento. 2. A capacidade é a regra, e a incapacidade, a exceção. A primeira só poderá ser afastada se a segunda restar devidamente comprovada. 3. No caso dos autos, não restou comprovado que a gravidade de saúde do doador e sua conseqüente incapacidade iniciaram-se a partir do ano de 2005 estendendo-se até 2008. Também não restou demonstrada a incapacidade do falecido de se manter após as doações realizadas. 4. Não se demonstrado o vício na capacidade do testador, a improcedência da anulação do ato de disposição de última vontade é a medida que se impõe. 5. Recurso desprovido.

(TJ-DF - APC: 20130710043094 DF 0025182-96.2012.8.07.0001, Relator: SEBASTIÃO COELHO, Data de Julgamento: 27/08/2014, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 05/09/2014 . Pág.: 105)

cônjuge maior de 70 anos. É possível dizer que impedir a manifestação livre da vontade é o mesmo que coagir alguém a não fazer algo.

Como bem assevera PONTES DE MIRANDA, “O consenso há de ser quanto a essa intenção de liberalidade. Da parte do doador, há o ânimo de doar; da parte do donatário, o *animus donum accipiendi*. Os dois elementos compõem o acôrdo quanto à gratuidade, com os fatôres subjetivos da doação, sem que se possa afastar o pressuposto objetivo de ser verdadeiramente gratuito o contrato.”⁵³ Ninguém é obrigado a pactuar a doação, por isso esse contrato tem cunho eminentemente de liberalidade, pois que não há *potestas*, imposição, obrigatoriedade na sua realização. A ação de uma parte não vincula a outra. O doador não pode exigir aceitação, assim como o donatário não pode obrigar a doação. Acima de tudo é necessário a vontade. Da mesma maneira que ninguém é obrigado a pactuar a doação, também ninguém deveria ser impedido de doar.

O exposto reforça a tese de que o contrato de doação não pode ser exigido nem executado, impedindo a formação de contrato prévio de promessa de doação. Nesse sentido, GOYTISOLO “*La donación hecha por obligación lógicamente no puede ser tal donación. Y la obligación de verificar una donación no puede existir, puesto que la donación es un acto de liberalidad - <<bienfecho que nasce de nobleza e bondad del corazón>> - que, por tanto, nadie puede obligarse a hacerla. Porque si a ello se obligó su otorgante, ya no es donación su cumplimiento.*”⁵⁴

⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. cit., t.XLVI, p. 231.

⁵⁴ GOYTISOLO, Juan B. Vallet de. *Estudios sobre donaciones*. cit., 1978, p. 289. “A doação feita por obrigação logicamente não pode ser uma doação. E a obrigação de aceitar uma doação não pode existir, uma vez que a doação é um ato de liberalidade -

Pacífico demonstra ser o caráter livre e gratuito da doação, esquivando-se de qualquer obrigatoriedade ou execução forçada, pois que funda-se na liberalidade.

O contrato de doação deve ser livre nas duas mãos, da mesma forma que que ninguém pode obrigar a doação, ela não deve ser impedida quando flui do desejo do doador.

O consentimento expresso nas doações pode manifestar-se de forma expressa, tácita, presumida ou ficta. Será expressa a doação que se utilizar de meios escritos ou verbais inequívocos da vontade. O doador pode declarar de viva voz que dá sua coleção de selos ao donatário e, ato contínuo proceder à tradição. O donatário, por sua vez, diz que aceita os bens doados e os recebe. Neste exemplo, pelo fato do objeto da doação não exigir forma especial o ato pôde ser praticado oralmente, mas nem por isso deixou de ser expresso, uma vez que as partes manifestaram de forma incontroversa sua vontade. Quanto aos bens móveis de grande valor econômico ou em relação aos bens imóveis, será da essência do ato, por exigência legal a forma pública. Portanto a manifestação e vontade será inequívoca, pois declarada perante um tabelião ou seu preposto.

Há também a possibilidade do ato de doação ser tácito, ou seja, quando se puder inferir da conduta do agente sua manifestação de vontade. É o que ocorre no caso do artigo 546 do Código Civil brasileiro⁵⁵, onde a realização do casamento supre a declaração de

<< posto que nasce de nobreza e bondade de coração >> - que, portanto, ninguém pode ser forçado a fazê-lo. Porque se a ele se obrigou seu outorgante já não é doação seu cumprimento.” (tradução livre).

⁵⁵ Código Civil brasileiro, artigo 546 “A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro

aceitação da doação. A doação é um ato solene e formal, e mesmo nos casos em que a doação se dê sobre um bem de pequena monta, se não ficar claro que do ato do doador a vontade era doar e do ato do donatário a vontade era aceitar, será possível questionar a doação e até anulá-la.

A aceitação presumida é a que decorre do artigo 539, da lei civil pátria⁵⁶. O legislador quis, nesse caso, proteger o destinatário da doação. Por ser uma situação de benesse, presume-se a aceitação do donatário nas doações puras. Esta situação vale um comentário em particular. No caso da morte do doador antes da aceitação do beneficiário o contrato não se desfaz e a inércia do donatário no transcurso do tempo automaticamente o fará receber a doação. Esse ato jurídico ocasionalmente será *post mortem*, porém, seu início e consagração da vontade se deram em vida e dessa maneira o bem não fará parte do *monte mor* e do direito das sucessões, mas sim, do direito contratual de doação. O inverso, contudo, não é verdadeiro. O donatário morrendo antes da aceitação expressa ou do decurso do prazo para a presunção de aceite, configurará ausência de um dos elementos do contrato, o que resultará na invalidade do ato⁵⁷. Aqui o bem integrará a herança do *de cujos* e será dado à partilha dos herdeiros.⁵⁸

a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar.”

⁵⁶ Código Civil brasileiro, artigo 539 “O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo.”

⁵⁷ Vide “Escada Ponteaana” requisitos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. cit., t.III.

⁵⁸ Nesse sentido Clóvis Beviláqua entende que a doação deve dar-se durante a vida do doador e do donatário. *Código Civil comentado*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, vol. IV, 1930, p. 340, “Se o doador falecer antes da aceitação por parte do donatário, resolve-se a doação, porque o contrato não chegou a firmar-se. (...) Se morrer o

Por fim, a doação ficta está preservada no artigo 543 da Carta Civil⁵⁹. A ficção jurídica está presente em diversos momentos nos códigos e leis esparsas como a presunção de paternidade⁶⁰, a presunção de inocência⁶¹, a presunção de veracidade entre outras. Sempre que o legislador precisar partir do pressuposto que alguma coisa aconteceu ou que determinado fato é verdade haverá a presunção, que nada mais é do que uma ficção do direito. No que toca a doação, o direito assume que em se tratando de doação pura, ou seja, aquele que só trará benefícios ao donatário poderá haver uma presunção da aceitação. Vale frisar que a doação é um contrato que apesar de ser unilateral quanto às obrigações supõe manifestação de vontade dupla para seu aperfeiçoamento.

Nesse diapasão, não é razoável que exista uma ficção jurídica para diminuir o direito sem qualquer justificativa ou prerrogativa. Na medida em que a lei, por um olhar oblíquo, não deixa um doador beneficiar seu cônjuge por restrição do regime de bens, o fito protecionista dessa ficção ganha ares de interferência estatal na vida privada. Não é possível se presumir que todos os cônjuges nessas condições querem prejudicar seus consortes.

donatário antes de manifestar a sua vontade de aceitar, também e pela mesma razão, caduca a liberalidade.” Assim também o Código Civil argentino, artigo 1545.- “*Aceptación. La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto a la forma de las donaciones. Debe producirse en vida del donante y del donatario.*” (Aceitação. A aceitação pode ser expressa ou tácita, mas é de interpretação restritiva e está sujeita às regras estabelecidas sobre a forma de doações. Deve ocorrer durante a vida do doador e do donatário.) Tradução livre.

⁵⁹ Código Civil brasileiro, artigo 543 “Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura.”

⁶⁰ Código Civil brasileiro, artigo 1.597, incisos I ao V.

⁶¹ Constituição Federal brasileira, artigo 5º, inciso LVII.

O direito faz todo esse esforço para a manifestação da vontade de modo que o consentimento se mostre claro. Não pode haver dúvida quando a permissão para a realização da doação, seja no sentido de doar ou de aceitar o bem doado. O consentimento é da essência da doação, constitui o próprio *animus donandi*.

1.2.2.5 Invalidade

O contrato de doação não será considerado válido, ou seja, haverá alguma deformidade no plano da validade quando o agente não for capaz, o objeto não for lícito, a forma não for livre ou se desobedecida a forma prescrita em lei, e ainda, se a manifestação de vontade estiver coagida ou induzida. Nesses casos o contrato será inválido e, portanto, poderá ser desfeito por nulidade ou anulação do ato.

Lembre-se que o raciocínio analógico realizado por parte da doutrina e de alguns operadores do direito de que as pessoas casadas com imposição do regime da separação de bens não podem doar, atinge o plano da existência do contrato de doação, pois impede sua elaboração.

O Código Civil menciona algumas causas de nulidade do contrato de doação, como o artigo 548 da lei civil que trata da doação universal, isto é, aquela que o doador não reserva bens para a sua subsistência. Aqui, a doação como um todo é considerada nula. Já o artigo 549, do mesmo diploma, especifica quanto a doação inoficiosa, que é aquela que o doador excede a quota disponível não resguardando a legítima de herdeiros necessários. Neste caso, a nulidade recairá tão somente na parte que excedeu o que o doador poderia dispor.

Há ainda a possibilidade de anulação do contrato de doação como a tratada no artigo 550, do Código Civil que reza que a doação de cônjuge adúltero a seu cúmplice poderá ser anulada em até dois anos após finalizada a sociedade conjugal.

A principal celeuma no que tange a invalidade remonta ao artigo 544 da carta civil⁶², mas não no relativo a doação de ascendente a descendente, pois o adiantamento de legítima resta patente e prejudica o contrato de modo a torná-lo nulo, mas sim, na doação entre cônjuges.

Esse tema será abordado por diversos aspectos no decorrer do trabalho. Contudo, cabe agora apenas atentar que nem todos os regimes de bens importam herança ao cônjuge. Dessa forma, fazer a leitura do artigo 544 do Código Civil, de maneira isolada, importa grave erro ao supor o adiantamento de legítima para todos.

Veja-se que o artigo 1829, I, da lei civil brasileira vigente, impõe que o cônjuge casado na separação obrigatória não será considerado herdeiro legítimo. Assim, à *contrario sensu*, o cônjuge que não tenha descendentes, nem ascendentes, poderá deixar em testamento a totalidade de seus bens para o seu consorte ainda que casado no regime da separação legal. Eventual doação, nesse caso, não importaria adiantamento de legítima.

⁶² Código Civil brasileiro, artigo 544 “A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.”

1.2.3 - Eficácia do contrato de doação

1.2.3.1 - Direitos e deveres do doador

No contrato de doação o surgimento de deveres ocorre pela vontade do doador. Diferentemente dos contratos bilaterais em que a realização da obrigação por uma das partes compele a outra na sua contraprestação, a doação, sendo unilateral gera obrigação apenas a uma das partes, qual seja o doador. E como neste contrato não há contraprestação, a entrega da coisa ao donatário finaliza a obrigação.

O principal dever, portanto, do contrato de doação é imputado ao doador, sem o qual a avença não poderia existir. A partir da vontade cogitada pelo doador é que as primeiras linhas da doação começam a surgir. É um contrato de mão única, em que não cabe exigência da parte contrária. Assim, há que pensar que esse dever é também um direito, pois caso o doador desista da liberalidade, nada o força ou coage, vez que não há punição para quem deixa de beneficiar outrem.

O doador também tem a seu favor, como um direito, o não pagamento de juros moratórios na hipótese de demorar para efetivar a doação. Sendo o detentor do patrimônio é ele quem deve ponderar sobre a realização da doação e qual o melhor momento para sua concretização.

A responsabilidade pelos vícios de direito (evicção) ou do objeto (vício redibitório) é regida por cláusulas especiais como a prevista no

artigo 552, do Código Civil.⁶³ O outorgante não responde por estes vícios, salvo cláusula expressa em contrário. Esta regra de não responder por vício do objeto já estava prevista desde as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 17, §9º, *in verbis* “*não se poderão enjeitar se havidas per título de doação*”.⁶⁴ Nessa senda, o beneficiário adquirirá junto com o bem também seus vícios.

Nos contratos em que o bem doado estiver especificado pelo gênero, qualidade e quantidade, existindo vício do objeto o doador terá o dever de prestá-lo íntegro, desde que tivesse conhecimento do vício no momento da doação.

Igualmente a todos os contratos previstos na lei civil, *pacta sunt servanda*, o doador não está obrigado a nada, mas uma vez que empenha sua palavra por escrito, terá o dever contratual de cumpri-la. Isso, por óbvio, não se aplica ao objeto central da doação, porque não há que se falar em promessa de doação.

Quando existir má-fé, isto é, se o doador souber que sobre o bem doado recai algum vício e que o perdimento do bem resultará em prejuízo ao donatário, desta ciência haverá perdas e danos.

Resumindo, dois deveres são pertinentes ao doador: a) uma vez que decida em seu íntimo realizar a doação, deverá formalizar essa ação,

⁶³ No mesmo sentido, Código Civil argentino, artigo 1.835. “*El donante no es responsable por la evicción y vicios redhibitorios de la cosa donada, sino en los casos determinados en los Títulos "De la evicción" y "De los vicios redhibitorios"*. “O doador não é responsável pela evicção e vícios redibitórios da coisa doada, senão nos casos determinados nos Títulos “Da evicção” e “Dos vícios redibitórios”.” (tradução livre).

⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. cit., t.XLVI, p. 260.

seja por escritura pública, instrumento particular ou por doação verbal, seguida incontinenti a tradição da entrega da coisa ao beneficiário; b) não poderá nunca agir de má-fé, manipulando meios para a doação prejudicar propositadamente o donatário.

De outro lado, são direitos do doador: a) decidir sobre a conveniência da doação; b) não incidir mora para concretização da doação; c) não responder por evicção (vício do direito); d) não responder por vício do objeto (redibitório).

O Código Civil é bastante claro em todas as suas disposições sobre a desvinculação dos motivos da doação. Pouco importa se o doador está motivado pela paixão que nutre por seu cônjuge ou pelo dever moral que recai sobre uma doação remuneratória, basta apenas a manifestação livre e desimpedida da vontade.

1.2.3.2 - Direitos e deveres do donatário

O donatário é o grande beneficiário da doação. É o patrimônio dele que se infla com o recebimento do bem. A ele cabe alguns deveres por força desse engrandecimento patrimonial. Do ponto de vista contratual, apesar do contrato de doação ser unilateral, ou seja, se aperfeiçoar com a manifestação de vontade de apenas uma das partes, é necessário o aceite.

Das linhas do artigo 539, do Código Civil brasileiro, extrai-se a obrigatoriedade de aceitação da doação. Nos casos em que a liberalidade for livre de encargo, o aceite poderá ser presumido, entretanto, se o

doador fizer exigências para entrega do bem, será necessário colher a ciência do donatário manifestando sua concordância.

Ressalte-se que o beneficiário no contrato de doação não se vincula a nada, provavelmente sequer tem conhecimento do benefício. Daí a obrigatoriedade da confirmação que sabe sobre o encargo e que mesmo assim aceita a doação. Essa manifestação do donatário em nada se relaciona com o contrato de doação propriamente dito. Não é esse aceite que promove a existência ou validade do contrato. Nesse mérito, ele, no máximo, confere eficácia ao ato quando pendente encargo sobre a doação. De acordo com as lições de PONTES DE MIRANDA, “O donatário não se vinculou a qualquer prestação. Qualquer dever que lhe incumba, ou qualquer ônus, há de exsurgir de elemento volitivo a mais, contanto que êsse elemento não bilateralize o contrato. A bilateralização afastaria cogitar-se de contrato de doação, quer real quer consensual.”⁶⁵

Dessa forma, haveria duas plataformas, uma para formação do contrato de doação em que é necessário apenas a manifestação de vontade do doador; outra para aperfeiçoamento da transferência do patrimônio, com o aceite do donatário. Essa aceitação seria vista como um acessório da doação, pois a restringe e não a bilateraliza.

Por fim, tem-se como deveres do donatário: a) dar o aceite; b) cumprir o encargo; c) defender o bem de terceiros, pois o doador em nada se responsabilizará após a transferência do bem.

⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. cit., t.XLVI, p. 262.

No direito argentino existe uma regra curiosa sobre a obrigação do donatário de prestar alimentos ao doador, quando este não tiver meios de subsistência, se a doação for sem encargo. É o que preleciona o Código Civil argentino, artigo 1.837. *“Cuando la donación es sin cargo, el donatario está obligado a prestar alimentos al donante que no tuviese medios de subsistencia; pero puede librarse de esta obligación devolviendo los bienes donados, o el valor de ellos si los hubiese enajenado.”*⁶⁶

Quanto aos direitos do donatário: a) adquire o bem doado independente de qualquer conduta do doador. Na medida em que o doador propõe a doação, esvai seu poder sobre o negócio, pendente exclusivamente da querência ou não do donatário; b) pleitear na justiça hipótese de má-fé, comprovada, do doador.

Sendo o donatário cônjuge do doador, da mesma maneira haverá necessidade do aceite, independentemente do regime de bens. Percebe-se que as regras gerais do instituto da doação são aplicáveis indistintamente a qualquer donatário. Haverá alguma alteração por conta do regime de bens apenas no que toca à quantidade de bens doados para que não exceda, o que no momento da liberalidade, fosse considerado parte disponível.

⁶⁶ Código Civil argentino, artigo 1.837. “Quando a doação é sem encargo, o donatário está obrigado a prestar alimentos ao doador que não tiver meios de subsistência; mas pode liberar-se desta obrigação devolvendo os bens doados, ou o valor deles se os houver alienado.” (tradução livre)

1.2.3.3 – Efeitos em relação a terceiros

1.2.3.3.1 – Excesso de doação

Algumas vezes a transferência patrimonial por meio da doação importa impacto direto na expectativa de direito de terceiro, isto é, nas linhas do que dispõe o artigo 549 do Código Civil brasileiro, “*Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.*”⁶⁷

Nesse diapasão abre-se uma importante observação. No instituto da doação o momento consagrado para percepção dos bens e sua disposição é o da liberalidade.⁶⁸ Todavia, para o direito das sucessões

⁶⁷ APELAÇÃO CÍVEL. DOAÇÃO FEITA POR ASCENDENTE A DESCENDENTE. HERDEIRO NECESSÁRIO SUPERVENIENTE À LIBERALIDADE. AINDA QUE O NEGÓCIO JURÍDICO EM SI SEJA VÁLIDO, O VALOR DA DOAÇÃO DEVE SER TRAZIDO À COLAÇÃO COMO FORMA DE IGUALAR AS LEGÍTIMAS, SOB PENA DE SONEGAÇÃO. COMPROVADO O EXCESSO, IMPERATIVA A REDUÇÃO DA DOAÇÃO. 1. As doações feitas pelo genitor em favor dos requeridos são válidas, por força do disposto no art. 549 do CC, considerando que, quando realizadas, ou a demandante ainda não havia nascido, ou, posteriormente, existia patrimônio suficiente para garantir as legítimas. 2. Com o falecimento do genitor, momento em que foi aberta a sucessão, os descendentes que receberam as doações são obrigados, por força do disposto no art. 2.002 do mesmo diploma legal, a trazer à colação os valores que dele receberam em vida, para igualar as legítimas, sob pena de sonegação. A circunstância de a demandante ter nascido posteriormente, portanto, herdeira superveniente, não tem o condão de liberar os demandados da obrigação. 3. Comprovado excesso, ou seja, valor que excedeu a parte disponível e comprometeu a legítima de herdeiro necessário, as doações são sujeitas à redução Sentença mantida. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível N° 70047766381, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 27/02/2013) (TJ-RS - AC: 70047766381 RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Data de Julgamento: 27/02/2013, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/03/2013)

⁶⁸ Código Civil brasileiro, artigo 2.007, “*São sujeitas à redução as doações em que se apurar excesso quanto ao que o doador poderia dispor, no momento da liberalidade. § 1º O excesso será apurado com base no valor que os bens doados tinham, no momento da liberalidade.*”

independentemente da data em que o autor da herança faça seu testamento, a averiguação quanto aos bens componentes da parte legítima e da parte disponível só se dará no momento da abertura da sucessão, ou seja, com a morte.

Portanto, se “A” resolve doar mais da metade de seu patrimônio, possuindo ele herdeiros necessários o Código faz uma ficção, verificando que se ele morresse naquele momento essa doação não atingiria a parte legítima de seus herdeiros. Por exemplo, “A” é proprietário de quatro casas. Ele pode, perfeitamente, deixar em testamento as quatro casas para uma instituição de caridade, mesmo que tenha herdeiros necessários, pois a presunção da lei é no sentido de que o testador terá a vida inteira para comprar mais quantas casas ele quiser e que esses bens de hoje podem representar parte ínfima do patrimônio total que ele terá angariado quando da sua morte. Caso “A” não consiga aumentar seu patrimônio para oito casas (mínimo necessário para que as quatro primeiras representem a parte disponível), haverá uma redução das disposições testamentárias para preservação dos direitos dos herdeiros necessários. No testamento não há transferência patrimonial e sim mera expectativa de direito.

Já em relação à doação o raciocínio é outro. Diferente do contrato de venda e compra em que a saída do bem importa entrada equivalente em dinheiro, no contrato de doação há uma disposição sem contraprestação de um bem do patrimônio. O legislador nesse caso traz as regras do direito sucessório para o direito das obrigações de modo que a doação não prejudique os futuros herdeiros legítimos. Aqui há efetiva transferência patrimonial e reduzir os bens a ponto de interferir no que eventual herdeiro necessário receberia, é colocar em risco toda estrutura

de acumulação de riquezas proposto no direito brasileiro.

Além disso, também é vedado a doação integral dos bens, porque o doador não teria onde morar nem como se manter e assim teria que morar as expensas de terceiros ou em última análise do Estado. É o que dita o artigo 548 da lei civil nacional “*É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.*”

O Código Civil pátrio possui uma visão bastante conservadora sobre a família, sempre a preservando e a colocando em posição de privilégio. Nesse sentido, uniões espúrias são completamente rechaçadas do sistema.⁶⁹ O artigo 550 renega o patrimônio dado a concubina(o), desde que o cônjuge ou qualquer dos herdeiros necessários peça anulação do ato no prazo de até dois anos após o fim do casamento. “*A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a*

⁶⁹ DOACAO E PROMESSA DE DOACAO. INEFICACIA. ADULTERIO COMPROVADO. DOACAO EM DINHEIRO POR MEIO DE CHEQUE SEM FUNDOS. ESTA SUJEITA A INEFICACIA A DOACAO QUE FAZ O CONJUGE ADULTERO PARA SEU CUMPLICE. ESTANDO PROVADA A CONCUBINAGEM, O ADULTERIO, COMO FATO DE NATUREZA OCULTA DERIVADO, PODE SER PROVADO POR INDICIOS E PRESUNCOES. A DOACAO DE COISA MOVEL, COMO DINHEIRO, E CONTRATO REAL. COMO TAL, SO SE PERFAZ PELA TRADICAO. A PROMESSA DE DOACAO NAO OBRIGA O PROMITENTE E NEM TERCEIROS, PORQUE DEVE SER EXECUTADO "NULLO JURE COGENTE": SE FOSSE OBRIGACAO, NAO SERIA DOACAO. CHEQUE EMITIDO SEM PROVISAO EM BANCO, COM INTENCAO DE DOAR DINHEIRO A PARTIR DE CERTA DATA DA EMISSAO E COM ESSA INTENCAO RECEBIDO, NAO E ORDEM DE PAGAMENTO A VISTA, MAS INSTRUMENTO DE PROMESSA QUE SALTA FORA DO DIREITO CARTULAR. EXEGESE AOS ARTS. 248, IV, 1165 E 1177, DO CÓDIGO CIVIL. EMBARGOS IMPROVIDOS. (Embargos Infringentes Nº 184015790, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Clarindo Favretto, Julgado em 18/09/1985)
(TJ-RS - EI: 184015790 RS, Relator: Clarindo Favretto, Data de Julgamento: 18/09/1985, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia)

sociedade conjugal.” Essa é a única forma de anulação da doação, todas as demais formas em que há restrição do direito de terceiro será motivo de nulidade. Nesse sentido, quanto a invalidade da doação DINIZ “Em todas essas hipóteses, nula será a doação, enquanto a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice será anulável.”⁷⁰

Veja, portanto, que a doação por importar transferência patrimonial imediata carece de uma reflexão sobre todos os afetados com o ato. Essa progressão temporal se trata de uma criação jurídica que projeta no tempo os efeitos de hoje buscando aspectos positivos ou negativos quanto aos direitos de terceiros.

Quando o beneficiário da doação for o próprio cônjuge, obedecer-se-á ao apelo do artigo 544, do Código Civil vigente que dita a necessidade de ser considerado o montante adiantamento de legítima. O cônjuge doador, porém, poderá declarar que o bem doado sai de sua parte disponível não afetando a expectativa de direito de qualquer terceiro. Esse raciocínio é válido independentemente do regime de bens adotado.

1.2.3.3.2 – Doação de ascendentes para descendentes

Regra geral uma doação não precisa mencionar no corpo do ato que a institui que o bem sai da parte disponível do patrimônio do doador. Querendo doar a terceiro estranho a entidade familiar, o doador somente

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6^a. ed., vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 69.

precisará cuidar para aquele bem, no momento da liberalidade, faça parte dos bens disponíveis, mas não é necessário mencionar expressamente.⁷¹

O direito francês no artigo 943 da lei civil⁷² prega que a doação entre vivos só poderá compreender os bens presentes do doador, e que se a doação compreender os bens futuros, ela será nula neste ponto. Assim

⁷¹ CIVIL E PROCESSO CIVIL. IMÓVEIS DOADOS PELOS ASCENDENTES AOS DESCENDENTES COMUNS. HERDEIRA NECESSÁRIA PRETERIDA. LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR A NULIDADE DO ATO DE LIBERALIDADE. DOAÇÃO UNIVERSAL NÃO DEMONSTRADA. PATRIMÔNIO TRANSFERIDO QUE ULTRAPASSA A METADE DISPONÍVEL MAIS A LEGÍTIMA DOS DONATÁRIOS. INOFICIOSIDADE. NULIDADE PARCIAL DO NEGÓCIO JURÍDICO. ARTS. ANALISADOS: 1.171, 1.175, 1.795, CC/16. 1. Ação declaratória de nulidade de negócio jurídico distribuída em 2000, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 25/01/2013. 2. Discute-se a legitimidade de herdeiro, que cedeu seus direitos hereditários, para pleitear a declaração de nulidade da doação realizada pelo ascendente aos demais coerdeiros necessários, bem como a validade desse negócio jurídico. 3. A cessão de direitos hereditários não retira da cedente a qualidade de herdeira, que é personalíssima, e, portanto, não afasta a sua legitimidade para ajuizar a presente ação, porque apenas transferiu ao cessionário a titularidade de sua situação, de modo a permitir que ele exija a partilha judicial dos bens que compõem a herança. 4. A doação universal, como apregoa o art. 1.175 do CC/16, é caracterizada quando, doados todos os bens, o doador não faz a reserva de parte ou renda suficiente para a própria subsistência, razão pela qual o reconhecimento da nulidade absoluta não prescinde da demonstração de ter ele se reduzido à miséria, em decorrência do negócio jurídico realizado. 5. A melhor interpretação do art. 1.171 do CC/16 é a de que a doação feita de ascendente para descendente, por si só, não é considerada inválida ou ineficaz pelo ordenamento jurídico, mas impõe ao donatário obrigação protraída no tempo, de, à época do óbito do doador, trazer o patrimônio recebido à colação, para igualar as legítimas, caso não seja aquele o único herdeiro necessário (art. 1.785 do CC/16). 6. À luz do que dispõe o art. 1.795 do CC/16 (art. 2.012 do CC/02), se ambos os cônjuges doam bens aos filhos comuns, no inventário de cada um deles devem ser conferidos pela metade. 7. O ato de liberalidade do falecido de doar todos os seus bens aos filhos que possuía com a esposa, preterindo a filha, fruto de outro relacionamento, torna inoficiosa (nula) a doação no tocante ao que excede a parte disponível do patrimônio mais as respectivas frações da legítima, porque caracterizado o indevido avanço da munificência sobre a legítima da herdeira preterida. 8. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ - REsp: 1361983 SC 2013/0005447-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/03/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/03/2014)

⁷² Código Civil francês, artigo 943. “La donation entre vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur ; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard.”

também o artigo 942, do Código Civil português, “1. A doação não pode abranger bens futuros.”

Quando o donatário é parente sucessível, outro o *modus operandi* será aplicado, ou seja, conforme ensina o artigo 544, do Código Civil nacional, “*A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.*” Para que isso não aconteça é preciso especificar que o determinado bem pertence a parte disponível e que em nada afeta a futura herança.⁷³⁷⁴ Havendo menção expressa da origem do bem, tranquilo se torna o direito à futura herança, estando inclusive dispensadas de colação essas doações.

O artigo ora em destaque, contudo, não prevê todos os herdeiros necessários, afinal, “*São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.*”⁷⁵ Portanto, cabe a seguinte reflexão a *contrario sensu*, a doação de descendentes a ascendentes **não** importa adiantamento de legítima.

Há uma interessante regra no direito das sucessões quando estuda o instituto da colação sobre doação feita a descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário. Nesses casos, como o donatário, à época da doação não pertencia ao rol de herdeiros presume-se que o bem recebido, não havendo cláusula literal da origem disponível do patrimônio, não importará adiantamento de

⁷³ Código Civil brasileiro, artigo 1.849. “O herdeiro necessário, a quem o testador deixar a sua parte disponível, ou algum legado, não perderá o direito à legítima.”

⁷⁴ Código Civil brasileiro, artigo 2.005. “São dispensadas da colação as doações que o doador determinar saiam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação.”

⁷⁵ Código Civil brasileiro, artigo 1.845.

legítima.⁷⁶ Aqui, o legislador trata o donatário como um estranho e não como membro da família para que se mantenha cumprida a doação sem mácula. Afinal, não seria razoável exigir do doador que previsse a situação futura daquele seu parente se tornar herdeiro necessário. A exemplo pode-se supor que o bisavô venha a ter como herdeiro necessário seu bisneto, em função de acidente de carro que vitimou seu filho e seu neto ao mesmo tempo.

De outro lado, não se deve confundir quando a doação é realizada diretamente dos avós aos pais. Na falta destes, os netos, terão por dever legal expresso no artigo 2009 da lei civil⁷⁷, que trazer à colação os bens recebidos por doação sem identificação deles terem saído da parte disponível do patrimônio do doador. Essa obrigação prevalece ainda que esses netos não tenham herdado o bem, ou seja, mesmo que os pais tenham vendido e gasto o dinheiro a imposição legal se mantém.

O Código Civil é expresso em permitir a doação entre cônjuges, apenas ressalva que os bens que não saírem declaradamente da parte disponível, serão considerados adiantamento de legítima. Realizando uma interpretação sistemática da lei civil, não é crível a recepção implícita do artigo 226, do Código Civil de 1916, pois em momento nenhum o legislador macula as doações entre cônjuges por força do regime obrigatório de separação de bens.

⁷⁶ Código Civil brasileiro, artigo 2.005, parágrafo único. “Presume-se imputada na parte disponível a liberalidade feita a descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário.”

⁷⁷ Código Civil brasileiro, artigo 2.009. “Quando os netos, representando os seus pais, sucederem aos avós, serão obrigados a trazer à colação, ainda que não o hajam herdado, o que os pais teriam de conferir.”

Por fim, quando uma doação de ascendente a descendente tiver como dever de fundo o pagamento de serviços feitos ao ascendente, constituirá esta uma exceção ao dever de colação.⁷⁸ Assim, em resumo, para que uma doação feita à descendente não seja chamada à colação deverá vir no corpo do ato que a institui manifestação expressa de que o bem sai da parte disponível do doador, ou a doação ter caráter remuneratório.

1.2.3.4 - Limites da doação

A verificação do montante possível de ser doado é feita no momento da liberalidade. Nessa senda, o artigo 1.176 da legislação anterior e o artigo 549 do Código atual prevêm que “Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”, ou seja, havendo herdeiros necessários, o doador só poderá dispor da metade da herança⁷⁹, pois a outra pertencerá de pleno direito aos descendentes, ascendentes e/ou ao cônjuge, dos quais constituirá a legítima.⁸⁰ Assim, herança é composta por duas metades: a parte disponível, a qual computa o total dos bens existentes ao falecer; e a parte legítima, que pertence de pleno direito, aos herdeiros necessários, calculada sobre o valor dos bens existentes na

⁷⁸ Código Civil brasileiro, artigo 2.011. “As doações remuneratórias de serviços feitos ao ascendente também não estão sujeitas a colação.”

⁷⁹ Código Civil brasileiro, artigo 1.857, §1º, “A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.”

⁸⁰ Código Civil brasileiro, artigo 1.845.

abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.⁸¹

A principal diferença entre o limite de bens a doar e o limite de bens a testar é o momento da averiguação. Portanto, para doar será visto o patrimônio do doador no momento da liberalidade e, possuindo ele herdeiros necessários, haverá um limite legal da metade de seus bens para resguardo. No caso do testamento, não há restrições sobre o *quantum* deve ser reservado para os herdeiros necessários, pois o momento de verificação do patrimônio é a abertura da sucessão. Nesse aspecto, se o testador dispusesse em testamento de todos os seus bens tendo herdeiros necessários, essa situação, à princípio, pareceria estar em desconformidade com o direito sucessório que obriga a distribuição da metade legítima.⁸² Entretanto, se durante a vida do testador ele ganhar na loteria, aquele valor testado não compreenderá mais a totalidade de seus bens e sim uma ínfima fração, não havendo qualquer entrave legal para a partilha futura. Portanto, o testamento no momento do óbito estaria hígido para sua execução.

Resta falar sobre o motivo dessa diferença entre os institutos. O testamento é ato eminentemente revogável, conforme disposto no próprio artigo 1858, do Código Civil⁸³, podendo ser alterado ou revogado a qualquer tempo da vida do testador. A vontade ali declarada não encontra absolutamente nenhum óbice ao seu desfazimento pelo titular. Os seus

⁸¹ Código Civil brasileiro, artigo 1.847, “Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.”

⁸² Código Civil brasileiro, artigo 1846, “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.”

⁸³ Código Civil brasileiro, artigo 1858, “O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.”

dizeres trazem expectativa de um direito futuro, ainda não consagrado, tanto que sequer há incidência do recolhimento de impostos por essa futura transmissão. Não é ato jurídico perfeito a atribuição de bem, por contrato, para depois da morte, uma vez que “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”, conforme se depreende do artigo 426, do Código Civil.

Por outro lado, a doação é um ato acabado que assegura um direito líquido e certo de propriedade. Há efetiva transmissão da propriedade e resguardo de direito *erga omnes*. O doador, não promete, doa, e ao doar diminui seu patrimônio com o correspondente enriquecimento no patrimônio do donatário. O imposto incidente é o imposto de transmissão causa mortis e doação, ITCM-D, que para o ano de 2017 tem alíquota de 4% (quatro por cento). Curioso que apesar do direito brasileiro tratar doação como contrato e testamento como aquisição de bem, o imposto é o mesmo para as duas situações, o que muda é a base de cálculo que para a doação incidirá sobre o valor doado e para a sucessão incidirá sobre o *monte mor*.

Há ainda regras especiais para determinação do *quantum* pode ser doado. No período eleitoral, muitas doações são recebidas pelos partidos políticos ou pelos candidatos que disputam o pleito. Dessa forma, a Lei 9.504/97 que estabelece normas para as eleições prevê em seu art. 23, §1º, I, que o limite para doação de pessoas físicas a campanhas eleitorais é de 10% sobre o seu rendimento bruto no ano anterior ao pleito eleitoral. Outras regras se apresentam na mesma lei, como a do §7º “O limite previsto no § 1º não se aplica a doações estimáveis em dinheiro relativas à utilização de bens móveis ou imóveis de propriedade do doador, desde que o valor estimado não ultrapasse R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).”

Todas essas restrições submetem-se a pena do pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso pelo infrator.⁸⁴ Discussão sobre doações acima do limite para campanhas eleitorais, inundam os Tribunais Regionais Eleitorais de todo país.⁸⁵

Os limites da doação em sede de casamento são os mesmos independentemente do regime de bens admitido entre os cônjuges. Ressalvado o direito dos terceiros de boa-fé, ou seja, a legítima, o doador poderá desprender-se de tudo que acumulou na parte disponível. Tratando-se o regime obrigatório da separação de bens, a doação percorrerá o mesmo caminho que qualquer outra, não existindo no ordenamento jurídico pátrio qualquer regra impeditiva dessa manifestação de vontade. Dessa forma, não faz sentido a recusa de alguns registradores de imóveis sobre escrituras nessa situação.

⁸⁴ Lei 9.504/97, artigo 23, § 3º. “A doação de quantia acima dos limites fixados neste artigo sujeita o infrator ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.”

⁸⁵ RECURSO ELEITORAL. DOAÇÃO ACIMA DO LIMITE LEGAL. ELEIÇÕES 2010. PESSOA FÍSICA. DOAÇÕES EM ESPÉCIE E DE BEM MÓVEL ESTIMADO EM DINHEIRO. LIMITES INDEPENDENTES. DOAÇÕES LEGAIS. RECURSO DESPROVIDO. 1. O limite para doação de pessoas físicas a campanhas eleitorais é de 10% sobre o seu rendimento bruto no ano anterior ao pleito eleitoral (inc. I do § 1º do art. 23 da Lei n. 9.504/97). 2. Não se aplica o limite de 10% do rendimento bruto da pessoa física no caso de doações estimáveis em dinheiro relativas à utilização de bens móveis ou imóveis de propriedade do doador, nestes casos, deve-se observar o limite de R\$50.000,00 (§ 7º do art. 23 da Lei n. 9.504/97). 3. Se o mesmo doador efetuou doações em espécie e cessão de uso de bem estimado em dinheiro, deve-se considerar os limites individualmente. 4. Não há irregularidade se todo o valor doado em espécie compreende-se no limite legal para doação, assim como o teto para as doações estimadas foi respeitado. 5. Comprovada a legalidade das doações efetuadas por pessoa física, não há que se falar em aplicação de multa. 6. Recurso conhecido e desprovido.

(TRE-GO - RE: 75498 GO, Relator: LEONARDO BUISSA FREITAS, Data de Julgamento: 12/07/2012, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 133, Tomo 1, Data 19/7/2012, Página 2)

1.3 - Doação e outras figuras jurídicas

1.3.1 - Doação e Dote

A análise do instituto da doação não se prende às leis atuais. As várias facetas desse prisma carecem de igual cuidado. Portanto, faz-se necessário olhar para trás e identificar quais matérias deram raízes ao que hoje se apresenta.

Vigia no Código Civil de 1916 uma figura jurídica bastante peculiar ao início do século XX. O regime de bens dotal era um dos quatro regimes-tipo que existiam e estava previsto entre os artigos 278 a 311 da revogada lei civil. Neste regime, a mulher ao se casar, levava seus bens para serem administrados pelo marido durante o casamento. Estes bens poderiam ser aqueles havidos por herança ou os próprios da mulher, fruto de seu esforço.

Apesar do artigo 290, parágrafo único, da citada lei mencionar que o marido só adquiriria o domínio dos bens dotais mediante cláusula expressa, e ainda, o artigo 300, resolver que o dote deveria ser restituído pelo marido à mulher, ou aos seus herdeiros, dentro do mês que se seguisse á dissolução da sociedade conjugal, caso não o pudesse ser imediatamente, o jurista PONTES DE MIRANDA⁸⁶ asseverou em seu Tratado de Direito Privado, que “no direito brasileiro, o dote é doação”.

Data máxima vênia, não compartilhamos do mesmo raciocínio jurídico, tendo em vista que o Código revogado previa o Capítulo VI –

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. cit., t.XLVI, p. 200.

Das doações antenupciais, demonstrando independência das matérias e não uma analogia abrangente entre elas.

Entre as disposições havidas, encontra-se a do artigo 312: “Salvo o caso de separação obrigatória de bens é livre aos contraentes estipular, na escritura antenupcial, doações recíprocas, ou de um outro, contanto que não excedam à metade dos bens do doador.” Desde aqui já há exceção da impossibilidade de doar para o cônjuge casado no regime da separação obrigatória.

Nessa mesma linha, vejamos que o atual Código Civil no artigo 546, determina que “A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar.”

A doação aqui preconizada é ato jurídico perfeito e acabado. Do ponto de vista do doador, não há como voltar atrás. Ao donatário caberá apenas realizar a condição suspensiva para ter acesso ao direito.

A doação em contemplação de casamento futuro é caso em que se deve ter muita atenção, pois este benefício conferido pela doação pode esconder uma coação para o casamento, viciando a vontade.

Ante as implicações acerca dos regimes de bens, o Código Civil nacional mais uma vez é silente sobre qualquer impossibilidade dos casados no regime da separação obrigatória de bens realizarem doações entre si.

As doações antenupciais continuam tendo seu lugar na lei brasileira atual, bem como a possibilidade de benefício a casal futuro. O que parece diferenciar a doação do dote é que apesar de ambos serem dados sem exigência de contraprestação, neste, o domínio não era transferido ao marido que deveria devolver o bem ao término do casamento. Na doação, todavia, o bem é dado na sua completude (domínio, posse, gozo), ainda que seja necessário o casamento para realização da condição suspensiva.

1.3.2 - Doação e prestação de serviços gratuitos

Talvez o elemento mais típico da doação seja a gratuidade com que o doador faz sua liberalidade. Se alguém prestar um serviço não imaginando contraprestação, mas recebe-a, esta não é doação. O mesmo não acontecerá se, em momento posterior, o tomador, por ter gostado da prestação dos serviços, dá algo a mais ao prestador. Aqui, sim, ter-se-á doação.

Não deve-se confundir a transferência patrimonial sem contraprestação com a noção de desinteresse entre doador e donatário. O ânimo do doador (motivação), pouco importa para o mundo jurídico, pois sempre haverá algum tipo de interesse relacionado à transação negocial. O motivo não se confunde com o *animus donandi* e a beneficência não é fundamental para a liberalidade.

Resta claro que na primeira situação, o recebedor do serviço quitou uma dívida, não cabendo maiores reflexões sobre o *quantum*. Se este era muito, pouco, irrisório ou simbólico, trata-se de pagamento.

“A prestação de serviços é contrato bilateral, temporário e oneroso, mediante o qual uma pessoa (prestador de serviços) se obriga desenvolver uma atividade eventual, de caráter corporal ou intelectual, com independência técnica e sem subordinação hierárquica, em favor de outra (tomador ou recebedor de serviços), assumindo esta uma contraprestação pecuniária.”⁸⁷

Inexiste doação de prestação de serviços mas apenas de transferência patrimonial. Aquele que presta o serviço, pode o fazer a título oneroso ou gratuito, mas esta última de forma alguma configuraria uma doação por não ter havido transferência patrimonial. Aquele que recebe o serviço pode ou não pagar por ele. Efetivado o pagamento, a figura jurídica do contrato de prestação de serviços estará plena, todavia, não havendo pagamento, por não ser este esperado devido aos costumes, nada acontecerá. Por exemplo, ao cortar sua grama, o vizinho aproveita e corta a do terreno ao lado. Se o proprietário pagar, estará configurada a prestação de serviços, se ele nada fizer, nada acontece. Isso é prestação de serviços e não doação.

Na segunda hipótese, o prestador recebe o pagamento pelo serviço e em momento posterior ganha um “agrado”. Este sim configura doação, pois há uma transferência patrimonial, independente de contraprestação. Lembre-se, esta independência de contraprestação ou gratuidade, não coincide com a ideia de desinteresse.

⁸⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 2^a. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 334.

“A motivação do ato jurídico de doação é irrelevante para o direito. Sempre haverá um interesse remoto no ato de liberalidade cujo exame, na maioria das vezes, é despiciendo ao pleno jurídico. Dificilmente haverá doação isenta de interesse social, ético, político, religioso, científico, desportivo, afetivo, amoroso etc.”⁸⁸

Figura diversa é a doação remuneratória, prevista no artigo 540, do Código Civil atual⁸⁹, isto é, aquela em que, sob aparência de mera liberalidade, há firme propósito do doador de pagar serviços prestados pelo donatário ou alguma outra vantagem que haja recebido dele. Por exemplo o pai que dá um carro ao médico que salvou a vida do filho. Não tem efetivo caráter de liberalidade. Entretanto, se o valor da recompensa superar o valor do benefício recebido, caracteriza-se a liberdade. Assim, só poderá ser considerada doação remuneratória o excedente do valor correspondente ao serviço prestado. Situando-se em valores compatíveis a prestação do serviço, a doação perderá o caráter de liberalidade e será considerada pagamento.

Há muita celeuma no direito quanto à realização e pagamento de serviços domésticos de um cônjuge ao outro. Boa parte da doutrina e da jurisprudência entendem a aplicação implícita da Súmula 377/STF, que descaracterizava o regime da separação obrigatória de bens para permitir a aplicação das regras da comunhão parcial quando de seu término.

⁸⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: contratos em espécie. cit., p. 111.

⁸⁹ Artigo 540. *A doação feita em contemplação do merecimento do donatário não perde o caráter de liberalidade, como não o perde a doação remuneratória, ou a gravada, no excedente ao valor dos serviços remunerados ou ao encargo imposto.*

O Código Civil vigente, entretanto, não recepcionou dita regra havendo sobre esse assunto a mesma discussão enfrentada nessa tese quanto à não aplicabilidade do artigo 226, do Código Civil de 1916 e a permissão de doação entre cônjuges casados pela separação legal de bens.

1.3.3 - Doação e empréstimo

O Código Civil brasileiro faz previsão de duas espécies de empréstimo. Na seção I dispõe sobre o comodato e na seção II sobre o mútuo. As duas figuras jurídicas revestem-se do manto da gratuidade e o que as diferencia é a fungibilidade. O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, enquanto o mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis.

Portanto, a principal distinção está no mútuo ser um empréstimo de consumo e o comodato um empréstimo de uso, isto porque no mútuo o mutuário recebe a propriedade da coisa emprestada e no comodato, o comodatário recebe apenas a posse da coisa infungível. Esta diferença reside no fato das coisas fungíveis não poderem ser utilizadas sem perecimento.

O contrato de comodato preserva, até os dias atuais, a gratuidade na sua realização, todavia, o mesmo não acontece com o mútuo. Nos negócios presentes, raramente o mútuo se apresenta sem o caráter especulativo. No entanto, no Código Civil de 1916, a cobrança de ônus deveria ser expressa no contrato, conforme o artigo 1.262. “É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis.” E ainda, no Código Comercial, Lei 556/50, artigo 248. “Em comércio podem exigir-se juros desde o tempo do

desembolso, ainda que não sejam estipulados, em todos os casos em que por este Código são permitidos ou se mandam contar. Fora destes casos, não sendo estipulados, só podem exigir-se pela mora no pagamento de dívidas líquidas, e nas ilíquidas só depois da sua liquidação.”

A jurisprudência hodierna acompanhando os desdobramentos econômicos da nação, trilhou novo caminho para o Código Civil em vigor. O artigo 591 reza que “Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.” Assim, verifica-se uma inversão em relação a presunção de cobrança de juros nos contratos de mútuo. O que antes deveria ser expresso, hoje é regra presumida.

Os ensinamentos de VENOSA⁹⁰, ao comparar doação aos contratos de empréstimo resume que são na raiz gratuitos, operam transferência de patrimônio sem contraprestação, contudo, diferenciam-se pela temporariedade. Na doação, a transferência patrimonial realiza-se para todo o sempre, já nos contratos de empréstimo, há prazo determinado para a devolução do patrimônio.

Essa previsão de início e término é o que caracteriza a precariedade da posse no contrato de comodato. O comodatário exerce a posse direta da coisa, mantendo o comodante a posse indireta. No contrato de mútuo é a intenção do mutuante que qualifica o contrato. O fim do mútuo não é a transferência da propriedade, mas ela ocorre por causa da infungibilidade do bem. De outra forma não há possibilidade do mutuário consumir o bem.

⁹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. cit., p. 198 e 216.

Outro agravante, no que toca ao mútuo, é a desnecessidade de termo final. Conforme VENOSA, “o termo final não é cláusula essencial, porque o contrato pode ser concluído por prazo indeterminado”⁹¹, pois o mútuo pode ter finalidade específica, ou seja, ser contratado para um objetivo certo. Por exemplo, empresta-se dinheiro para o objetivo específico da compra de um imóvel. Antes da concretização desta, não há que se falar em devolução do crédito.

As lições de BARROS MONTEIRO⁹² direcionam para o sentido de que não é a temporariedade que caracteriza a distinção entre os contratos, mas a obrigação de restituir a coisa emprestada. Nessa senda, o comodatário nunca adquirirá a propriedade do bem, pois o detém sob posse precária que jamais se convalidará pelo tempo. No mútuo, porém, como há a transferência da propriedade, não existe a possibilidade do empréstimo sem um prazo final ou um objetivo específico que determine a devolução, pois, “se fosse perpétuo, haveria doação”⁹³.

A confusão patrimonial natural do casamento permite, muitas vezes, que um cônjuge assumira dívidas por outro, mascarando a doação entre eles. Portanto, não é incomum que um cônjuge compre um carro em nome de outro. E ainda, que o beneficiário, proprietário do carro, não tenha assumido a figura de mutuário no contrato com o banco em que o carro está financiado. Assim, o mútuo pode esconder uma doação na

⁹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. cit., p. 216.

⁹² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 40^a. ed., vol. 5, cit., p. 246.

⁹³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 40^a. ed., vol. 5, cit., p. 257.

medida em que um cônjuge paga as prestações do empréstimo em nome do outro.

1.3.4 - Doação e depósito

O contrato de depósito, previsto entre os artigos 627 e 652, do Código Civil brasileiro, também reveste-se de duas formas: o depósito voluntário e o depósito necessário. Dentre outras características, o que os diferencia é a gratuidade⁹⁴ prevista para o primeiro caso e a onerosidade⁹⁵ para o segundo.

Na definição de SILVIO RODRIGUES, “o depósito é o contrato pelo qual uma pessoa – *depositário* – recebe, para guardar, um objeto móvel alheio, com a obrigação de restituí-lo quando o *depositante* o reclamar. Aperfeiçoa-se pela entrega da coisa.”⁹⁶ Dessa maneira, ressalve-se que é admitido para depósito apenas bens móveis. A divergência recairá sobre a fungibilidade desses bens, ou seja, no caso de “depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obrigue a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade”⁹⁷, o contrato mais adequado será o mútuo.

Explanando o tema, MARIA HELENA DINIZ propõe a seguinte classificação: depósito regular ou ordinário e depósito irregular. Segundo

⁹⁴ Código Civil, artigo 628. “O contrato de depósito é gratuito, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão.”

⁹⁵ Código Civil, artigo 651. “O depósito necessário não se presume gratuito. Na hipótese do art. 649, a remuneração pelo depósito está incluída no preço da hospedagem.”

⁹⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 30^a. ed., vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 271.

⁹⁷ Código Civil, artigo 645.

a doutrinadora, “o depósito regular ou ordinário é o atinente à coisa individuada, infungível e inconsumível, que deve ser restituída *in natura*, isto é, o depositário deverá devolver exatamente a própria coisa depositada.” E, “o depósito irregular recai sobre bem fungível ou consumível de modo que o dever de restituir não tem por objeto a mesma coisa depositada, mas outra do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regendo-se pelo disposto acerca do mútuo.”⁹⁸

Não há que se guardar qualquer dúvida entre os institutos de depósito irregular e mútuo, uma vez que no depósito, o depositante pode, a qualquer tempo, exigir a restituição do bem, independente de haver ou não prazo convencionado para tal fim. O bem não se incorpora ao patrimônio do depositante. O mútuo, entretanto, necessita de respeito ao prazo, pois o mutuário agrega ao seu patrimônio o bem mutuado. Exemplificando a situação, há o depósito bancário em que o banco se compromete a devolver a quantia depositada a qualquer momento que seja solicitado e o empréstimo, na qualidade de mútuo bancário, quando o banco empresta dinheiro para a aquisição de bem. Neste, o mutuário se obriga devolver a quantia emprestada pelo prazo contratado, normalmente em prestações consecutivas, pois o objeto se incorporou ao seu patrimônio. Aqui, não havendo alteração contratual, o banco não pode obrigar o mutuário devolver o valor em período menor que o contratado.

No relativo a doação será analisado apenas o depósito voluntário, dada sua gratuidade. Independentemente do depósito ser regular ou irregular, ele jamais se confundirá com a doação. No depósito voluntário,

⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 26^a. ed., vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 360.

a exigência da restituição *ad nutum* queda qualquer possibilidade de retenção do bem a título gratuito, sob pena de prisão não excedente a dois anos e ressarcimento dos prejuízos⁹⁹. Trata-se de um dever de guarda ou uma obrigação de custódia, pois o depositário deverá apenas guardar a coisa dada em confiança. Não há transferência patrimonial entre depositante e depositário.

O depósito somente se dá em relação a coisa móvel, diferente da doação que poderá ser de coisa móvel ou imóvel. Ainda, a temporariedade é essência do contrato de depósito, pois uma vez findado o prazo, a restituição do bem é obrigatória. A Lei 2.313, de 03 de setembro de 1954, que dispõe sobre os prazos dos contratos de depósito regular e voluntário de bens de qualquer espécie, no seu artigo 1º determina que “os contratos de depósito regular e voluntário de bens de qualquer espécie extinguem-se no prazo de 25 (vinte e cinco) anos, podendo, entretanto, ser renovados por expressa aquiescência das partes.”

Posto isso, verifica-se que a lei não permite a transferência do patrimônio para o depositário, determinando, em última análise que, “§ 1º. Extintos êsses contratos, pelo decurso do prazo, os bens depositados serão recolhidos ao Tesouro Nacional e, aí, devidamente relacionados, em nome dos seus proprietários, permanecerão, se não forem êstes reclamados no prazo de 5 (cinco) anos, findo o qual se incorporarão ao patrimônio nacional.” Há uma trava legal quanto a permanência dos bens no patrimônio do depositante, passando diretamente ao Tesouro Nacional em caso de finalização do prazo contratado sem reclamação. Isso impede qualquer tipo de reclamação baseada nos elementos de transferência da propriedade atinentes à doação.

⁹⁹ Código civil brasileiro, artigo 652.

Transportando o assunto para a seara dos casamentos e regime de bens, é permitido que um cônjuge dê ao outro bens de sua propriedade exclusiva para guarda e administração, podendo funcionar enquanto estiver posse dos bens particulares do outro como depositário, conforme determina o artigo 1652, III, do Código Civil de 2002. Em momento nenhum esse depósito se confundirá com doação, pois não há intuito de transferência patrimonial.

1.3.5 - Doação e mandato gratuito

As primeiras noções acerca do mandato remontam ao direito romano que pressupunha igualdade ou préstimo gratuito e tinha por objeto cuidar dos negócios ou desempenhar qualquer outra classe de atividade. Mandato era o ato de dar a mão, *manus + dare*.¹⁰⁰ Qualquer forma de remuneração transmutaria o mandato em locação de serviços, ou seja, negócio jurídico entre desiguais.

Vários são os doutrinadores que propõem um conceito de mandato, bem assim, PONTES DE MIRANDA¹⁰¹ (mandato o contrato pelo qual se criam a alguém o *dever* e a *obrigação*, perante outrem, da gestão de negócios que se lhe entregam, com ou sem poder de representar), MARIA HELENA DINIZ¹⁰² (mandato é o contrato pelo qual alguém (mandatário ou procurador) recebe de outrem (mandante) poderes para,

¹⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t.XLIII, p. 03.

¹⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t.XLIII, p. 04.

¹⁰² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. cit., vol 3, p. 375.

em seu nome, praticar atos ou administrar interesses), VENOSA¹⁰³ (pelo contrato de mandato alguém, denominado mandatário, recebe poderes de outrem, denominado mandante, para em nome deste praticar atos ou administrar interesses).

Contudo, também deve-se fazer menção ao conceito legal previsto nos artigo 1.288, do Código Civil brasileiro de 1916 e artigo 653, do diploma de 2002, “Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.” Essa definição seguiu o critério do Código Civil francês, que no artigo 1.984, dispõe: “*Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire.*”¹⁰⁴ Assim também o Código Civil italiano, artigo 1.388, “*Il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell'interesse del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli (19), produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato.*”¹⁰⁵

O mandato possui as seguintes características: *contratualidade*, pois precisa da manifestação de vontade¹⁰⁶; *bilateralidade*, por ser um contrato comutativo, gera deveres ao mandante¹⁰⁷ e ao mandatário¹⁰⁸;

¹⁰³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. cit., p. 289.

¹⁰⁴ Código Civil francês, artigo 1984, “O mandato ou procuração é um ato pelo qual uma pessoa dá a outra o poder de fazer qualquer coisa prevista no mandato e em seu nome. O contrato não se forma sem a aceitação do mandatário.” (tradução livre).

¹⁰⁵ Código Civil italiano, artigo 1.388, “O contrato assinado pelo representante em nome e no interesse do representado, dentro dos limites das competências atribuídas (19), produz efeito direto conforme a representação.”(tradução livre).

¹⁰⁶ Código Civil brasileiro, art. 653, *in fine*, “A procuração é o instrumento do mandato”.

¹⁰⁷ Código Civil brasileiro, art. 675.

¹⁰⁸ Código Civil brasileiro, art. 667.

intuitu personae, uma vez que só o mandatário pode agir em nome do mandante e nos limites do mandato; *gratuito*, em regra, nos termos no artigo 658, do Código Civil brasileiro¹⁰⁹; *preparatório*, pois por ele o mandatário torna-se apto a praticar os atos determinados pelo mandante.

No que tange à doação, ela também é um contrato nominado típico, porém, *unilateral*. Apesar de carecer de duas manifestações de vontade, a do doador que doa e a donatário que aceita, é um contrato que impõe obrigações a apenas uma das partes. A doação também é *intuitu personae*, pois visa transferir o bem especificamente para o patrimônio do donatário. Havendo falta ou impedimento deste para a recepção do bônus, a doação não se concretizará, retornando o bem, regra geral, ao patrimônio do doador. A *gratuidade* está presente nos dois contratos, todavia, o mandato aceita a forma onerosa, mas a doação, se remunerada, transforma-se em compra e venda. Diferente do mandato que é um ato preparatório, acessório aos demais que serão praticados pelo mandatário em nome do mandante e nos limites da procuração, a doação é ato *principal*, autônomo e final. Ela não depende de qualquer outro para sua realização, assim, como se esvai em si mesma. Após a transferência do patrimônio, o ato estará perfeito e acabado.

É extremamente comum um cônjuge representar o outro por meio de mandato tácito e gratuito, ou seja, o casamento confere um direito quase que natural dos cônjuges representarem os direitos da família e, para isso, comumente falam um em nome do outro. Os atos de disposição

¹⁰⁹ “O mandato presume-se gratuito quando não houver sido estipulada retribuição, exceto se o seu objeto corresponder ao daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa. Parágrafo único. Se o mandato for oneroso, caberá ao mandatário a retribuição prevista em lei ou no contrato. Sendo estes omissos, será ela determinada pelos usos do lugar, ou, na falta destes, por arbitramento.”

e gerenciamento patrimonial permanecem ressalvados nas condições dos artigos 1651 e 1652, do Código Civil de 2002, valendo essa condição especial conferida pelo casamento apenas para atos cotidianos e que não importem alteração patrimonial.

1.3.6 - Doação e cessão de direitos a título gratuito

A guisa de intróito necessário se faz buscar a etimologia da palavra cessão. Conforme o DICIONÁRIO LAROUSSE DA LÍNGUA PORTUGUESA¹¹⁰ cessão é substantivo feminino, vêm do latim “cessio” e significa “1. Ato de ceder; 2. Renúncia, desistência; 3. Empréstimo, transferência.” A cessão manifesta-se por várias formas como visto. Contudo, para este estudo o foco será o da transferência. Nas linhas da ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO está descrito que “a *cessão de contrato*, ou melhor, a cessão de situações contratuais, consiste na transferência da inteira posição ativa e passiva do conjunto de direitos e obrigações de que é titular uma pessoa, derivados de um contrato bilateral já ultimado, mas de execução ainda não concluída.”¹¹¹ Todavia este conceito é muito amplo e está mais para contratos bilaterais do que unilaterais, “como observa DIMAS DE OLIVEIRA CESAR (*Estudo sobre a cessão de contrato*. São Paulo, 1954, n. 38), só os contratos bilaterais, i. e., os de prestações co-respectivas, podem ser transferidos, pois, se se tratar de contrato unilateral, i. e., em que a vantagem ou o ônus se encontra com uma das partes, a hipótese é de cessão de crédito ou de débito. Anota, ademais, que só os contratos não cumpridos podem ser

¹¹⁰ *Dicionário Larousse da língua portuguesa míni*. Coordenação Diego Rodrigues e Fernando Nuno. 1ª. ed., São Paulo: Larousse do Brasil, 2005, verbete: cessão, p. 151.

¹¹¹ *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Coordenação Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, verbete: cessão de contrato, p. 184.

cedidos, pois é óbvio que se já houver sido cumprida a avença, não há mais relação ativo-passiva a transferir-se.”¹¹²

Assim, o direcionamento será para cessão de crédito ou de débito. Primeiro vale fazer uma distinção entre transmissão das obrigações¹¹³ e adimplemento e extinção das obrigações¹¹⁴. Entre as formas de transmissão das obrigações estão a cessão de crédito e a assunção de dívida ou cessão de débito. Aqui, o que ocorre é uma transferência da posição ativa ou passiva na relação creditícia. O novo credor ou devedor assumirá os ônus ou ônus da obrigação original. Já no adimplemento e extinção das obrigações, mais propriamente na novação, a obrigação é substituída por uma nova dívida extinguindo a anterior. Pouco importa os sujeitos desta relação, a dívida pode ser novada pelo devedor originário em função da criação de uma nova dívida para extinguir e substituir a anterior¹¹⁵, por novo devedor que sucederá o antigo deixando-o quite com o credor¹¹⁶, ou ainda, por novo credor, caso em que o devedor passa a dever apenas para o novo credor liberando-se da dívida com o antigo¹¹⁷.

Afunila-se mais uma vez o prisma do estudo com concentração especial nas transmissões das obrigações. Cessão de crédito e assunção de dívida são lados da mesma moeda. Vislumbrando-se um contrato bilateral, a alteração do credor será feita por cessão de crédito e a

¹¹² CESAR, Dimas de Oliveira, *apud*, *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Coordenação Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 189.

¹¹³ Código Civil brasileiro, Livro I: Do direito das obrigações, Título II: Da transmissão das obrigações, Capítulo I: Da cessão de crédito, Capítulo II: Da assunção de dívida.

¹¹⁴ Código Civil brasileiro, Livro I: Do direito das obrigações, Título III: Do adimplemento e extinção das obrigações, Capítulo VI: Da novação.

¹¹⁵ Código Civil brasileiro, artigo 360, I.

¹¹⁶ Código Civil brasileiro, artigo 360, II.

¹¹⁷ Código Civil brasileiro, artigo 360, III.

alteração do devedor por assunção de dívida. Não se coaduna, contudo, a assunção de dívida com a doação, pois que conforme já analisado, nesta há uma liberalidade fomentada pelo *animus donandi* não sendo passível de execução forçada. Assim, o donatário, que seria o credor da relação, não pode ceder seu lugar a outrem porque antes do doador efetivar a doação não há que se falar em qualquer direito ao bem. Da mesma forma o doador, por não existir ainda obrigação imputada a ele, não haveria meios de ceder sua posição.

Ocorre, entretanto, que entre as espécies de cessão de crédito, além da forma onerosa, é possível também a forma gratuita, e é nesta medida a semelhança com o instituto da doação. A cessão de crédito à título gratuito não se confunde com a doação porque mesmo sem contraprestação, ela recai inicialmente sobre um contrato bilateral. Portanto, “A” pode ceder gratuitamente a seu irmão seus créditos adquiridos em uma dívida com “B”. A gratuidade aqui está no fato de “A” não cobrar nada de seu irmão para ceder-lhe os créditos, pois se os adquiriu por \$5, repassa pelos mesmos \$5, não há ganho nem perda. Não há acréscimo patrimonial, mas também não há decréscimo. Quando “A” cede os créditos por \$4, seu irmão ganha \$1 em cada crédito, tornando a cessão a título oneroso. No mesmo sentido MARIA HELENA DINIZ, “Consistirá, portanto, numa forma genérica de alienação; assim, se onerosa for, assemelhar-se-á à compra e venda; se gratuita à doação. P. ex.: se “A” cede a “C” o crédito de R\$2.000,00 que tem com “B”, mas convencionou que, para tanto, apenas receberá R\$1.900,00, com isso “C” lucraria R\$100,00, quando no vencimento do débito, vier a receber de “B” a totalidade do *quantum* devido. Ter-se-á aqui uma cessão onerosa, pois na gratuidade (comum entre parentes e amigos) receberia “A” de “C” o mesmo valor que este cobraria de “B” na data do vencimento da

dívida, deixando, portanto, o cessionário de perceber qualquer vantagem econômica ou remuneração pelo capital desembolsado por ocasião da cessão.”¹¹⁸

Pode se concluir que a cessão de direitos a título gratuito se afasta da doação em função da origem da obrigação. Na doação o nascedouro é a liberalidade, enquanto que a cessão de direitos gratuitos como o próprio nome diz, cede direitos de uma obrigação anterior já constituída e bilateral.

Não há qualquer restritivo legal que impeça um cônjuge de ceder créditos ao outro, inclusive com cláusula de incomunicabilidade, para que os valores ou direitos, eventuais e futuros, sejam percebidos apenas pelo cônjuge beneficiário. Apesar de tratar-se de assuntos completamente diferentes, a cessão de direitos também pode camuflar uma doação, principalmente nos regimes de separação de bens (obrigatório ou voluntário), pois o patrimônio adquirido jamais se comunicará ou será passível de reclamação sucessória.

1.4 Extinção do contrato de doação

Todos os contratos do direito civil podem prever em sua finalização a interrupção da propagação dos efeitos neles contidos desde sua constituição (*ex tunc*) ou a partir da data da extinção para frente (*ex nunc*) preservando o que já se realizou.

A desconstituição do contrato de doação em regra será *ex tunc*, pois

¹¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6ª. ed., vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 175.

não se cogita preservar os efeitos da doação no tempo. Desfeita, será como se nunca tivesse existido. Essa desconstituição pode dar-se por motivo de nulidade contratual, por exemplo, doar parte maior que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento¹¹⁹ ou doar todos os bens sem reserva de parte para sua subsistência.¹²⁰ Pode ainda, ocorrer anulabilidade do ato, ou seja, o contrato que aparentemente está perfeito e acabado é questionado e desconstituído, por exemplo, doação de cônjuge adúltero a seu cúmplice que pode ser anulada pelo outro cônjuge ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.¹²¹

Cabe ressaltar que a doação quando constituída infringindo algum dos elementos essenciais que lhe conferem existência, validade ou eficácia, ou será considerada inexistente, ou, passível de ação de nulidade ou anulabilidade. Quando um cônjuge doa ao outro desrespeitando regras objetivas como as contidas no artigo 544, *in fine*, ou no artigo 550, ambos do Código Civil de 2002, eivará todo ato de nulidade ou anulação. Contudo, por não haver regra explícita prevista impedindo essa mesma doação entre cônjuges casados no regime da separação obrigatória, há que se aceitá-la em todos os seus termos.

O Código Civil brasileiro prevê algumas hipóteses para extinção do contrato de doação, como por exemplo o artigo 545, que prevê a extinção da doação em forma de subvenção periódica quando morrer o doador, bem assim, também o artigo 546, que prevê a extinção da doação feita em contemplação de casamento futuro quando este não se realizar.

¹¹⁹ Código Civil brasileiro, artigo 549.

¹²⁰ Código Civil brasileiro, artigo 548.

¹²¹ Código Civil brasileiro, artigo 550.

1.4.1 Causas de revogação da doação

Além da extinção é também possível que a doação seja revogada. O contrato de doação advém da liberalidade individualizada do doador, todavia, após sua aceitação este não poderá revogá-lo unilateralmente exceto em dois casos: ingratidão do donatário ou por inexecução do encargo.¹²²

Verifique que as causas de revogação protegem todos os cônjuges, bem como, o casado na separação obrigatória de bens por motivo de idade¹²³ de cair em eventual “golpe do baú”, ao considerar forma de ingratidão o abandono material do doador pelo donatário, previsto no artigo 557, IV, do Código Civil de 2002, conforme adiante mencionado.

1.4.1.1 Ingratidão

Aqui afigura-se oportunidade em que o Estado podendo invadir a esfera particular da pessoa humana para regular algo que atinja o íntimo e que só o próprio prejudicado poderá dizer a respeito, se retém e dá ao doador a possibilidade de escolha entre manter a doação ou revogá-la por ter sido ferido em sua essência. Nesse diapasão é necessário fazer referência à *teoria no mínimo ético* de GEORG JELLINEK(1851-1911)¹²⁴, que posiciona o direito como sendo o mínimo necessário a se

¹²² Código Civil brasileiro, artigo 555.

¹²³ Código Civil brasileiro, artigo 1641, II.

¹²⁴ JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado. Traducción le la segunda edicion alemana y prologo por Fernando de Los Rios*. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954.

regular dentro do campo da moral para que a sociedade conviva em perfeita harmonia.

Não se pretende defender nessa tese tamanha restrição a aplicação dos institutos jurídicos, tão pouco se admite a ingerência absoluta. Quando o legislador prega no artigo 557 do Código Civil hipóteses de revogação da doação por ingratidão não interfere ele na vontade manifestada pelo doador principalmente porque ele não obriga a desconstituição da doação, mas sim apenas beneficia aquele que passa por tal situação. Repisa esta ideia o artigo 560, do diploma civil ao declarar como personalíssimo o direito de revogação da doação. Assim, “é estritamente pessoal quer pelo lado ativo, quer pelo lado passivo, não podendo ser proposta pelo doador contra os herdeiros do donatário, nem pelos herdeiros do doador contra o donatário, exceto, neste último caso, se a ação foi intentada pelo próprio doador ou se ele tiver morrido dentro do ano a partir da verificação do fato.”¹²⁵ Nas palavras de MARIA HELENA DINIZ, revoga-se a doação “por ingratidão do donatário por ter este obrigação moral de ser grato ao doador, devendo abster-se de atos que constituam prova de ingratidão, como, p. ex., os arrolados no Código Civil, art. 557, I a IV.”¹²⁶ Este é um ponto de contato entre o direito e a moral.

Analisando os incisos delineados pelo código, temos:

“I- se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele;”

¹²⁵ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 2ª ed., Campinas: Bookseller, vol. III, 2005, p. 535.

¹²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6ª. ed., vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 70.

Nessa hipótese é necessário a tentativa de homicídio doloso ou o próprio homicídio doloso. Deve haver a intenção de matar no donatário. Nada se diz, contudo, sobre os motivos que levaram o donatário a querer matar o doador. Portanto, se o donatário é usuário de drogas e está alucinado no momento do crime, sendo este configurado na forma dolosa, poderá o doador desconstituir a doação. Curioso notar que “Não será necessária a condenação criminal do donatário para que se legitime a revogação; basta a simples ocorrência do fato.”¹²⁷ Diz-se *podrá* porque se o doador perdoar seu agressor, ainda que enquanto agoniza a morte, impedida estará a ação de revogação da doação por indignidade pautada neste inciso por seus herdeiros.

“II- se cometeu contra ele ofensa física;”

Este inciso abarca todas as demais hipóteses de vias de fato sem intenção de morte, por exemplo, se o donatário dá um soco no doador ou pratica qualquer outro tipo de agressão física. Pouco importa se a lesão corporal foi leve, grave ou gravíssima, desde que o donatário tenha agido com dolo. Às vezes um tapa no rosto em público provoca mais estragos que socos e pontapés em ambiente particular.

“III- se o injuriou gravemente ou o caluniou;”

Mais uma vez nas lições de MARIA HELENA DINIZ, “injuriar (ofender a dignidade ou o decoro, atentando contra a honra), ou caluniar (imputar falsa e maliciosamente a prática de um crime não cometido), ou

¹²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6ª. ed., vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 71.

difamar (atingir a reputação – acrescentado pelo Projeto de Lei n. 6.960/2002, que pretende dar nova redação ao art. 557, III, que foi acatado pelo parecer de Vicente Arruda)”. Qualquer desses casos deve ter o condão de ferir psicologicamente o doador gravemente.¹²⁸

“IV- se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.”

O donatário fica com um *dever de gratidão* em relação ao doador independentemente de existir ou não algum vínculo familiar entre eles. Portanto, se um vizinho doa a outro algum bem e, no futuro, não tendo mais ninguém de sua família que possa ampará-lo, vem a necessitar ajuda do donatário, este deverá exercer o *dever de gratidão*. No mesmo sentido VENOSA, “para que se configure essa última hipótese de revogação da

¹²⁸ AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO POR INGRATIDÃO DA DONATÁRIA. CARÁTER NÃO MAIS TAXATIVO DO ROL DAS CAUSAS CONFIGURADORAS DE INGRATIDÃO. PROVA SUFICIENTE DE INGRATIDÃO DA DONATÁRIA. FATOS IMPUTÁVEIS AO MARIDO DA DONATÁRIA QUE EXCEPCIONAMENTE PODEM REVELAR INGRATIDÃO TAMBÉM DA DONATÁRIA. A partir da redação dada ao art. 557, do novo Código Civil, não mais são taxativas as causas que caracterizam ingratidão do donatário, pois, ao contrário do art. 1.183 do C.C. de 1.916, não mais se usa o advérbio "só" ao elencar as hipóteses de ingratidão. Doutrina a respeito. Revelando os autos que há forte inimizade entre mãe e filha, doadora e donatária, sendo que esta recusou fazer as pazes com a mãe, a quem referiu como alguém que já deveria estar morta, chegando a ajuizar reclamatória trabalhista sem qualquer base contra sua mãe, por eventualmente tê-la ajudado nos trabalhos domésticos, em razão de doença na família, entende-se que o conjunto de tais fatos configura ingratidão da donatária. Como regra, para efeitos de revogação de doação por ingratidão, somente os atos imputáveis diretamente ao donatário são relevantes. Todavia, excepcionalmente, atitudes do cônjuge do donatário, desde que compartilhadas, aceitas ou incentivadas pelo próprio donatário, podem ser levadas em consideração para a configuração de ingratidão. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. (Apelação Cível Nº 70049412000, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 23/10/2012). (TJ-RS - AC: 70049412000 RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 23/10/2012, Décima Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/12/2012).

doação, mister que o doador necessite de alimentos, que não existam parentes próximos capazes de prestá-los e que o donatário esteja, em situação de fazê-lo, recusando-se.”¹²⁹

Aplicando a expressão latina *a maiori, ad minus*¹³⁰ o artigo 558, do Código Civil prevê a revogação por ingratidão em todos os incisos do artigo 557 já citado, quando o ofendido “for cônjuge, ascendente, descendente, ainda que adotivo, ou irmão do doador”, isto é, se o *dever de gratidão* pode ser cobrado de um terceiro estranho ao núcleo familiar do doador, tanto maior direito terá este de cobrar cuidados, zelo, tratamento adequado à situação ou à idade, quando o donatário for parente próximo seu.

O prazo para pleitear a revogação da doação por qualquer dos motivos referidos será de um ano a contar da ciência do doador do fato que a autorizar.¹³¹ Esse direito não permite renúncia antecipada, ou seja, por tratar-se de norma de ordem pública, o doador não pode dizer que renuncia ao direito de revogar a doação caso ocorra alguma das hipóteses de ingratidão pelo donatário.¹³²

“O direito de revogar a doação por ingratidão é, portanto, irrenunciável, se manifestado antecipadamente, por se tratar de direito instituído com caráter de ordem pública. O doador poderá usar ou não desse direito, porém não poderá abrir

¹²⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 15ª ed., São Paulo: Atlas, vol. 3, 2015, p. 135.

¹³⁰ Quem pode o mais, pode o menos. (tradução livre)

¹³¹ Código Civil brasileiro, artigo 559.

¹³² Código Civil brasileiro, artigo 556.

mão dele, por antecipação, de modo que será nula a cláusula pela qual o doador se obrigue a não o exercer. Tal renúncia prévia seria uma concessão ao donatário para que ele venha a vulnerar o dever ético-jurídico de respeitar e de corresponder aos benefícios que recebeu. A renúncia do doador só valerá para fato pretérito, e poderá ser expressa, se ele enviar uma carta ao donatário, perdoando-o, ou tácita, se ele não usar a ação ou deixar escoar o prazo decadencial (CC, art. 560, 1ª parte, e 559), ou se adotar procedimento incompatível com o direito de revogar a doação, como, p. ex., se fizer nova doação ao ingrato após ter ciência do fato que permitiria a revogação da primeira. O perdão é permitido, vedada está apenas a renúncia antecipada. Convém lembrar ainda que, se após a renúncia sobrevier outro motivo que autorize a revogação, o doador terá novo direito de revogar a doação.”¹³³

Cabe ainda dizer que a revogação por ingratidão só será permitida nos casos de doação pura, visto que o artigo 564, do Código Civil protege as doações remuneratórias, as oneradas com encargo já cumprido, as que se fizerem em cumprimento de obrigação natural e as feitas para determinado casamento. Justifica-se essa consolidação de direitos por haver uma contraprestação já cumprida e que é impossível de se desfazer. Permitir a revogação nesses casos geraria um enriquecimento ilícito por

¹³³ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, vol. 2, 2009, p. 72.

parte do doador, mesmo que apenas sobre fazer valer o seu querer e não o donatário, como no caso de casamento com pessoa determinada.

Por fim, a sentença de revogação por ingratidão não prejudicará os direitos adquiridos por terceiros, pois produz efeitos *ex nunc*. No que toca ao donatário, terá ele que restituir apenas os frutos percebidos após a citação válida, e, quando não puder restituir em espécie as coisas doadas, deverá indenizar pelo meio termo do seu valor, ou seja, o valor médio do mercado.

1.4.1.2 Inexecução do encargo

Entre as formas de doação com contraprestação, a doação com encargo é a única que admite a revogação.¹³⁴ A liberalidade do doador, nesse caso, nasce antes da ocorrência do cumprimento do encargo, mas só se efetiva após este. O contrato de doação que é unilateral, toma forma de bilateral, pois o doador só estará obrigado na doação se o donatário cumprir o encargo.

A comprovação da mora do donatário deve ser feita através de prazo previsto em contrato ou, na omissão deste, por notificação judicial do doador concedendo prazo razoável para o cumprimento da obrigação.

1.4.1.3 Possibilidade da revogação da doação entre cônjuges casados no regime da separação obrigatória da pessoa maior de 70 anos.

¹³⁴ Código Civil brasileiro, artigo 562.

A análise do artigo 226, do Código Civil de 1916 mostra que a imposição do regime da separação de bens era dada da seguinte forma:

“Art. 226. No casamento com infração do art. 183, nºs XI a XVI, é obrigatório o regime da separação de bens, não podendo o cônjuge infrator fazer doações ao outro.

Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209):

XI. Os sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor, ou curador (art. 211). (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

XII. As mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito.

XIII. O viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal (art. 226). (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

XIV. A viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nullo ou ter sido annullado, até dez mezes depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, salvo se antes de findo esse prazo dér á luz algum filho. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

XV. O tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a

tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna manifestada em escrito autêntico ou em testamento.

XVI. O juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior.”

A hipóteses em atenção da lei nada falam à respeito da imposição do regime da separação obrigatória para idosos, na verdade, essa restrição é feita pelo artigo 258 da lei civil de 1916 ao contemplar em seu parágrafo único que:

“Art. 258. (...)

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:

I. Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuto no art. 183, nºs XI a XVI (art. 216).

II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

III. Do orfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor, ou curador. (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453). (Vide Decreto do Poder

Legislativo nº 3.725, de 1919).”

Assim, ao maior de sessenta e à maior de cinquenta anos era imposto o regime de separação de bens, todavia, restou silente o legislador quanto à impossibilidade de doação entre esses cônjuges. Referida restrição ubicou-se apenas para os casos previstos no artigo 183, nºs XI a XVI, obedecendo o comando legal contido no artigo 226, do Código Civil de 1916.

2- Dos regimes matrimoniais de bens

“Em razão da igualdade jurídica entre homem e a mulher, afigura-se a separação de bens como o regime das futuras uniões conjugais ou estáveis, na medida em que cada um dos cônjuges irá concorrer com suas economias pessoais para atender às cargas específicas da sociedade afetiva, mantendo intactos os seus bens ou as suas fortunas no caso de separação.”¹³⁵

(GISELDA M. F. N. HIRONAKA)

O Código Civil brasileiro, no livro IV, título II, subtítulo I, trata dos regimes de bens entre os cônjuges. Apesar de adotar um regime aberto¹³⁶¹³⁷ quanto a forma com que os aquestos repercutirão durante a união, a lei civil também estabeleceu quatro regimes-tipo para facilitar as relações e nortear as consequências trazidas pela escolha dos nubentes. Nessa senda, o regime da comunhão parcial de bens, opção legislativa no silêncio das partes, está delineado entre os artigos 1658 a 1666. Os demais regimes previstos na lei carecem de pacto antenupcial para fazer valer as normas como constam da lei ou para modificações exclusivas e

¹³⁵ HIRONAKA, Giselda M. F. N. *Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. V. 7, p.131.

¹³⁶ Conforme artigo 1639, do Código Civil brasileiro, que permite aos nubentes estipular quanto aos seus bens o que lhes aprouver independentemente da adoção de algum dos regimes legais sugeridos.

¹³⁷ Conforme Enunciado n. 331 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho Federal da Justiça: “Art. 1.639. O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação patrimonial.”

personalíssimas de cada casamento à critério das partes. Assim, o regime da comunhão universal¹³⁸, o regime da participação final nos aquestos¹³⁹ e o regime da separação de bens¹⁴⁰.

Não cabe no presente trabalho estender considerações acerca de todos os regimes previstos na lei, mas sim, apenas, sobre o regime da separação de bens, seja ele convencional ou legal.

2.1- Do regime da separação de bens

2.1.1- Origens históricas

O direito brasileiro sempre tratou do regime da separação de bens de duas formas, uma *convencional*, quando estipulada pelos nubentes e outra, *legal* ou *obrigatória*, quando derivada de imposição legal. No direito anterior, o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890¹⁴¹, previa em seu artigo 89 o que se convencionou chamar de *separação pura*, isto é, aquela que resultava de acordo entre os cônjuges e consistia na segregação completa dos bens anteriores e posteriores ao casamento. Era os primórdios da separação convencional. Contraposta a essa existia a *separação restrita ou simples*, prevista no artigo 258 do Código Civil de 1916¹⁴², resultado da incomunicabilidade de todos os direitos e

¹³⁸ Código Civil brasileiro, artigos 1667 a 1671.

¹³⁹ Código Civil brasileiro, artigos 1672 a 1686.

¹⁴⁰ Código Civil brasileiro, artigos 1687 a 1688.

¹⁴¹ Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, artigo 89. “Os conjuges divorciados podem reconciliar-se em qualquer tempo, mas não restabelecer o regimen dos bens, que, uma vez partilhados, serão administrados e alienados sem dependencia de autorização do marido, ou outorga da mulher.” A *separação pura* era considerada o regime de bens dos cônjuges que desquitavam e se reconciliavam.

¹⁴² “Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. ([Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977](#)).

obrigações pertencentes a cada um dos cônjuges anteriores ao casamento, comunicando-se os frutos e rendimentos deles provenientes, bem como, os bens adquiridos na constância do casamento. Dele originou-se a comunhão parcial de bens.

O livro Direito Civil de LOUIS JOSSERAND¹⁴³ explica que o regime sem comunhão era raramente estipulado nos anos 1898, mesmo tendo sido adotado pelo direito em 1694 conforme registros históricos achados. O motivo para essa rejeição era o fato desse modelo se encaixar mal com a ideia de colaboração conjugal, além do marido manter a administração e o gozo de todos os bens.

“Pero se le puede hacer el reproche de que sacrifica los intereses de la mujer a los del marido en cuanto atribuya éste todas las adquisiciones por él realizadas, aunque lo sean con los productos de los bienes de la mujer; hay en esto una desigualdad que se corrige, en Suiza y en Alemania, con la concesión de una vocación sucesoria a la mujer en plena propiedad y garantizada con una reserva, así como también por la extensión dada a la teoría de los bienes reservados; fuera de estos temperamentos, el régimen sin comunidad es susceptible de conducir

I. Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuto no art. 183, nºs XI a XVI (art. 216). II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos. III. Do orfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor, ou curador. [\(Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919\).](#) IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453). [\(Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919\).”](#)

¹⁴³ JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Buenos Aires: Editores Bosch, vol. III, Tomo III, 1951, p. 371.

a resultados poco justificables, que cuadran mal con la idea de una colaboración conyugal.”¹⁴⁴

Essa forma de regime sem comunidade era o embrião do que veio a ser no futuro a separação de bens. Hoje não se cogita interferência de qualquer das partes sobre o monte individual de bens particulares. Cada cônjuge é absolutamente livre para gerir e administrar seus bens e rendimentos.

Contudo, por muito tempo esse pensamento não foi pacífico. Dentre os defensores do regime da separação de bens BRIDEL evoca o regime da separação como sendo o único em harmonia com a essência do casamento.

*“La séparation de biens est sans contredit le régime le plus simple et le plus clair pour les diverses parties en cause: pour les époux, comme pour les tiers. C’est aussi le régime le plus juste, le seul qui tienne réellement compte des droits de la femme.”*¹⁴⁵

¹⁴⁴ “Se pode fazer a crítica de que são sacrificados os interesses da mulher para o marido enquanto atribui a este todas as aquisições realizadas, ainda que o sejam com os produtos dos bens da mulher; Há nisso uma desigualdade que é corrigida na Suíça e na Alemanha, com a concessão de uma vocação sucessória à mulher em plena propriedade e garantida com uma reserva, assim como também pela extensão dada à teoria dos bens reservados; fora dessas hipóteses, o regime sem comunidade é susceptível de conduzir a resultados pouco justificáveis, que se encaixam mal com a ideia de uma colaboração conjugal”. (tradução livre)

¹⁴⁵ BRIDEL, Louis. *Droit des femmes et le mariage*. Paris: Félix Alcan Éditeur, 1893, p. 80. “A separação de bens é sem dúvida o regime mais simples e mais claro para as várias partes envolvidas: para os cônjuges, como para terceiros. É também o regime mais justo, o único que realmente leva em conta direitos das mulheres.” (tradução livre)

De outro lado, PLANIOL¹⁴⁶ rebate que o regime da separação de bens não seria natural ao casamento, pois não faria sentido duas pessoas quererem comunhão de vida e terem quanto aos bens interesses distintos.

No direito nacional, BARROS MONTEIRO posicionava-se defendendo o regime ao advertir que “à época em que as mulheres dedicavam-se exclusivamente às tarefas domésticas, a separação prejudicava a mulher, sobretudo nas classes menos favorecidas. (...) No entanto, em nossos dias, esse regime já não tem o preconceito de outrora, especialmente em razão da evolução dos costumes e da atividade laborativa e lucrativa da mulher casada. Hoje, as pessoas que se casam, principalmente quando ambos exercem profissão fora do lar, querem que os afetos não se confundam com os bens materiais, até mesmo para que a harmonia seja fundada em bases reais, sem qualquer interesse de ordem patrimonial.”¹⁴⁷

Na sociedade moderna não há que se imaginar ingerência de qualquer dos cônjuges no patrimônio do outro quando se opta pelo regime da separação de bens ou quando por alguma causa legal se é impelido ao regime da separação obrigatória. Os dois casos quedam interferência e ao menos que se prove locupletamento ilícito de uma das partes, o patrimônio pertencerá àquele cujo o qual figura o nome no registro imobiliário.

¹⁴⁶ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges et BOULANGER, Jean. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: Libraire de droit et de jurisprudence, 1950, p. 67.

¹⁴⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 40ª ed., São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2005, p. 315.

2.1.2- Espécies

As próximas linhas detinam-se a uma digressão entre os regimes de comunhão e separação de bens de acordo com o previsto no Código Civil brasileiro de 1916. Assim, primeiro será analisado o artigo 226, conforme segue:

“Art. 226. No casamento com infração do art. 183, nºs XI a XVI, é obrigatório o regime da separação de bens, não podendo o cônjuge infrator fazer doações ao outro.

Parágrafo único. Considera-se culpado o tutor que não poder apresentar em seu favor a excursa da cláusula final do art. 183, nº XV.”

A vocação inicial desse trabalho está na análise desse artigo que impede a doação entre cônjuges casados no regime da separação obrigatória de bens. Esse artigo não foi recepcionado pela ordem civil de 2002 que gravou no artigo 1641, II, a separação obrigatória de bens quando algum dos cônjuges possuir mais de setenta anos. Não há qualquer norma legal no Código Civil vigente no sentido de impedir a doação entre esses cônjuges, não fazendo assim muito sentido a resistência de parte da doutrina, da jurisprudência e de alguns operadores do direito em acatar a liberalidade.

O regime da separação obrigatória de bens foi regulado no direito nacional pelo artigo 258 do diploma legal de 1916. As mudanças na sociedade da época, com um maior empoderamento das mulheres e a previsão da figura do divórcio, foram fundamentais para a alteração da

redação pela Lei n. 6.515, de 1977, gerando enorme confusão ao aplicar as regras da comunhão parcial.

(primeira redação)

Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da **comunhão universal**. (grifo nosso)

Parágrafo único. É, porém, **obrigatório o da separação de bens** no casamento: (grifo nosso)

I. Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuto no art. 183, n^{os} XI a XVI (art. 216).

II. **Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos**. (grifo nosso)

III. Do orfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 183, n^o XI, com o consentimento do tutor, ou curador. (Vide Decreto do Poder Legislativo n^o 3.725, de 1919).

IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, n^o XI, 384, n^o III, 426, n^o I, e 453). (grifo nosso)

Após a alteração pela Lei do divórcio, embora o regime contido nesse artigo fosse o da comunhão parcial, sua aplicação era dada como a do regime da separação obrigatória. Vide abaixo:

(redação após alteração)

Art. 258 - Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o

regime de comunhão parcial. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977).

Parágrafo único. É, porém, **obrigatório o da separação de bens** no casamento: (grifo nosso)

I. Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuto no art. 183, nºs XI a XVI (art. 216).

II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos. (grifo nosso)

III. Do orfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor, ou curador. (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453). (grifo nosso)

Veja que esse artigo em muito se assemelha com o previsto no Código Civil de 2002, no que toca ao regime obrigatório da separação de bens.

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010) (grifo nosso)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Havia grande discussão a época quanto a aplicação das regras do regime da comunhão parcial para aqueles que se casavam sob os ditames da separação obrigatória de bens, principalmente sobre os limites do que se comunicaria ou não. Assim, esclarece PONTES DE MIRANDA:

“O regime somente é o da separação dos bens trazidos e dos aqüestos quando se diz expressamente isso, e. g., quando se emprega o adjetivo “absoluta” proposto a “separação de bens”. Fora daí, incide o art. 259.”¹⁴⁸

E, ainda:

“Quem diz adotar o regime da separação, adota o da separação absoluta, e não o da limitada, a que o Código Civil se reporta, *se bem que o permita*.”¹⁴⁹

Nos termos do artigo 259, do Código Civil de 1916, “Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.” Isso implica dizer que na falta de menção expressa sobre separação dos bens adquiridos onerosamente na

¹⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, Tomo VIII, 1983, p. 346.

¹⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, Tomo VIII, 1983, p. 348.

constância do casamento operaria a comunicação dos mesmos. Esse posicionamento já não mais vigora em nosso ordenamento.

Dessa maneira, verifica-se que apenas o artigo 276 da lei civil de 1916 tratava da separação convencional de bens da forma como é conhecida hoje, ou seja, escolhida por livre vontade dos nubentes, sem qualquer imposição legal.

Art. 276. Quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar, se forem móveis (arts. 235, nº I, 242, nº II, e 310).

O regime da separação de bens constitui-se pela total independência dos cônjuges na administração, aquisição ou venda de seus bens. Dispõe o artigo 1687, do Código Civil, “Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.” O presente Código foi bastante franco na separação dos patrimônios ao inverso do Código Civil de 1916, que previa em alguns casos união dos bens aquestos.

Atualmente, o regime da separação de bens exclui da comunhão todos os bens presentes e futuros. É certo que, conforme redação do artigo 1688, do Código Civil¹⁵⁰, ambos estão compelidos, na proporção

¹⁵⁰ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, artigo 1688 – “Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial”.

de suas rendas, a manter o lar conjugal e a responder pelas dívidas dali advindas.

2.1.3- Separação obrigatória de bens

O regime da separação total também é conhecido por separação pura e o da comunhão parcial por separação mitigada. A origem da separação de bens pode ser convencional ou legal. A primeira ocorre por livre disposição das partes na forma de uma pacto antenupcial. A separação obrigatória baseia-se na imposição legislativa. As hipóteses previstas no artigo 1641, do Código Civil, são o que norteiam a coerção legal. Assim, é obrigatório o casamento pelo regime da separação legal de bens:

“I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;”

As causas suspensivas são hipóteses que visam prevenir a confusão patrimonial e a confusão de sangue. O artigo 1523, do Código Civil, enuncia em seus incisos os casos em que deverá ser aplicado o regime da separação obrigatória de bens:

“Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses

depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.”

É curioso notar que todas essas são causas transitórias, ou seja, “é permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.”¹⁵¹ Assim, após o inventário e partilha no caso do inciso I, após a partilha de bens do divórcio no caso do inciso III, após serem saldadas as contas do tutor ou curador no caso do inciso IV, e por fim, após prova de nascimento de filho ou inexistência de gravidez no caso do inciso II, os nubentes estarão livre para casar em qualquer regime de bens, sem recaírem na imposição legal da separação obrigatória.

“II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;”

No Código Civil anterior o limite de idade era diferente para homens e mulheres. Dizia a lei, o casamento terá imposição de regime obrigatório, que não era a separação de bens mas sim a comunhão parcial,

¹⁵¹ Código Civil brasileiro, artigo 1523, parágrafo único.

para proteção dos bens conforme segue: “Artigo 258, Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977). II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos”. Essa divergência etária feriu diretamente a Constituição Federal de 1988 que prega a igualdade entre homens e mulheres, “I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”¹⁵², e ainda, “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

Dessa forma, o Código Civil de 2002 estatuiu o regime obrigatório da separação de bens para a pessoa maior de 60 anos, e depois a Lei nº 12.344, de 2010 alterou a redação do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. As repercussões sobre a validade e legalidade dessa imposição serão tratadas mais a frente.

“III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”

A idade núbil para o casamento é de 16 anos, isto é, aqueles que ainda não alcançaram essa idade só poderão casar com *suprimento de idade* dado pelo juiz, nos termos do artigo 1520, do Código Civil¹⁵³. Quanto aos que possuem entre 16 a 18 anos, o casamento só poderá ser

¹⁵² Constituição Federal brasileira de 1988, artigo 5º, I.

¹⁵³ Código Civil brasileiro, artigo 1520. “Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.”

realizado com autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais, em cumprimento do que diz o artigo 1517, do Código Civil¹⁵⁴. Contudo, havendo divergência dos pais sobre a realização do casamento, exercício direto do poder familiar, aplica-se o artigo 1631, parágrafo único, do Código Civil¹⁵⁵ que remete a decisão a um juiz para fazer o *suprimento da vontade*.

Assim, o suprimento judicial para o casamento é dado nos seguintes casos:

Menor de 16 anos (aplicação do art. 1.520, CC)	Entre 16 e 18 anos (aplicação do art. 1.631, parágrafo único, CC)
- para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal;	- divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar.
- em caso de gravidez.	

Apenas nesses casos os nubentes estarão compelidos a casarem-se pelo regime da separação obrigatória de bens. Novamente pode ser vista a causa transitória da aplicação da imposição legal, pois todos os motivos ensejadores do regime legal estão pautados na idade insuficiente para tomada de decisões de maneira independente. Portanto, após os 18 anos,

¹⁵⁴ Código Civil brasileiro, artigo 1.517. “O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil. Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.”

¹⁵⁵ Código Civil brasileiro, artigo 1.631. “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.”

atingida a maioria civil, podem os cônjuges solicitarem alteração do regime de bens conforme prescreve o artigo 1639, §2º, do Código Civil, “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.” Eliminada a causa que originou a incidência do regime restritivo, nada obsta que a sanção seja levantada.

2.1.4- Súmula 377/STF

Poderá um dos cônjuges discutir a compra de um ou alguns bens adquiridos na constância da união e provar sua participação no esforço mútuo. Dessa maneira, a apreciação judicial será fundamental para evitar o enriquecimento sem causa e atribuir parte dos bens ao cônjuge requerente. Esse entendimento baseia-se na antiga Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal: “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Hoje, todavia, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e a não recepção do artigo 259, do Código Civil de 1916¹⁵⁶, embaixador de tal Súmula, a única maneira de comunicação dos patrimônios nesse regime é por prova inexorável da contribuição para a aquisição do bem, por força da aplicação do princípio da vedação do enriquecimento ilícito.

Os tribunais ainda hoje referem-se à Súmula 377 quando querem evitar esse ganho desproporcional e sem razoabilidade por um dos cônjuges.

¹⁵⁶ Código Civil brasileiro de 1916, artigo 259, “Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.”

Nesse sentido, TJ-SP - APL: 9147456542007826 SP 9147456-54.2007.8.26.0000, Relator: Antonio Vilenilson, Data de Julgamento: 26/04/2011, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/04/2011, “Aplicar a Súmula 377 do STF ao caso é considerar e prestigiar a vida em comum, a solidariedade que manteve o casal unido por mais de vinte anos, propiciando êxito pessoal e profissional aos membros da família, além de coibir o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges.”

De outro lado, porém, não se fazendo prova do esforço mútuo para a aquisição do bem, pouco importa o regime, não haverá comunicação. Nessa linha, TJ-SC - AC: 20110863080 SC 2011.086308-0 (Acórdão), Relator: Luiz Fernando Boller, Data de Julgamento: 15/08/2012, Quarta Câmara de Direito Civil Julgado, "Os bens adquiridos na constância do casamento devem ser partilhados em parcelas iguais. Já aqueles que o cônjuge varão adquiriu após a separação de fato do casal não se comunicam para fins de meação, ainda que o regime de bens adotado tenha sido de comunhão universal, uma vez que a ruptura da vida em comum põe fim ao direito à partilha" (Apelação Cível nº , de Joinville, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. 31/05/2012).

A justiça da decisão está fundamentada em rechaçar o enriquecimento sem causa e não na aplicação pura e simples de uma Súmula que não teve seu amparo legal recepcionado pela legislação civil em vigor.

Salvo *data maxima venia*, nos parece errônea interpretação como a feita pelo STJ AgRg no REsp 1008684/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, j. em 24/04/2012, "A partilha dos bens adquiridos na constância

da sociedade conjugal, erigida sob a forma de separação legal de bens (art. 258, parágrafo único, I, do CC/1916), não exige a comprovação ou demonstração de comunhão de esforços na formação desse patrimônio, a qual é presumida, à luz do entendimento cristalizado na Súmula n. 377/STF. Precedentes do STJ."

Caso o legislador quisesse que os aquestos na separação obrigatória se comunicassem independente de raciocínio jurídico, estaria plasmado na redação do artigo 1641 do Código Civil ou em qualquer outro lugar esse pensamento. Mas não, a interpretação que deve ser realizada é a sistemática ao buscar o conceito de enriquecimento sem causa do artigo 884 do Código Civil¹⁵⁷ e aplicá-lo a todas as relações *intra e extra* família. Inclusive, o regime da participação final nos aquestos, previsto entre os artigos 1672 a 1686 da lei civil, faz referência exata a essa modalidade de regulação patrimonial que o Excelentíssimo Ministro Relator Antonio Carlos Ferreira determinou naquele Recurso Especial.

Portanto, atualmente, muitas das disposições do diploma de 1916 ainda são aplicadas em obediência ao princípio da irretroatividade das leis e em consequência da necessidade de disciplinar relações surgidas na época da vigência do Código Beviláqua, mas fora dessas hipóteses, a regra legal do direito presente deve ser obedecida, e nesta não há espaço para a aplicação da Súmula 377.

¹⁵⁷ Código Civil brasileiro, artigo 884. "Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários."

2.1.5- Liberdade de convenção antenupcial

O pacto antenupcial faz-se necessário apenas quando os nubentes querem, através de suas próprias impressões e idéias, escolher o regime de bens que vigorará para a união. Sempre que houver necessidade de modificar as regras estabelecidas no regime legal, o casal deverá buscar a realização de pacto antenupcial. A ideia de pactuação livre sobre os bens é bastante antiga e remonta às Ordenações Filipinas, conforme ensina BEVILAQUA.

“A Ord. 4, 46, permitia que se fizessem quaisquer convenções antenupciais, para regular o modo de administrar e dispor dos bens de ambos os cônjuges, na constância do matrimônio. A essa ampla liberdade do velho Código filipino, apenas opunham-se as restrições, nascidas da ofensa às leis, aos bons costumes e aos fins sociais naturais e sociais do casamento. Se cláusulas, por esses motivos ilícitas, fossem adicionadas ao pacto antenupcial, pelo qual se haviam de regular as relações econômicas ou não, entre os cônjuges, ter-se-iam por não escritas; e, anuladas elas, nulas eram todas as estipulações delas dependentes; mas subsistirá o pacto em tudo o mais que fosse substancial e desrelacionado com as partes viciosas.”¹⁵⁸

¹⁵⁸ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito Civil: direito da família*. Editora Rio: Rio de Janeiro, 1976, p. 172.

A sua natureza jurídica é de negócio jurídico bilateral de direito de família, sob a condição suspensiva da celebração do casamento, destinado a estabelecer regime de bens. A forma do pacto é dada pela escritura pública lavrada em tabelião de notas. Dessa maneira, “o ato público é assim exigido *ad solemnitatem*; não é possível convencionar-se o regime matrimonial através de simples instrumento particular, ou, no termo que se lavra, logo depois de celebrado o casamento”.¹⁵⁹

É facultativa a escolha do regime, mas obrigatório o uso do pacto para qualquer outro que não o regime legal ou a separação obrigatória de bens. A escritura representa condição essencial ao próprio ato, “*forma dat esse rei*”, devendo ser lavrada sempre antes do casamento, pois a contrário senso o regime escolhido seria o da comunhão parcial de bens. É livre a escolha do tabelião de notas, nos termos do que estabelece o artigo oitavo da lei orgânica dos notários e registradores – lei 8935/94. Dessa forma, é indispensável o pacto quando os nubentes querem adotar o regime da comunhão universal, o da participação final nos aquestos, o da separação convencional ou ainda qualquer outro regime, posto que a doutrina e a jurisprudência admitem a criação de regimes diversos daqueles previstos no Código Civil.

A idade necessária para casar são dezesseis anos completos – capacidade matrimonial – tanto para o homem quanto para a mulher. Na hipótese da confecção da escritura pública de pacto antenupcial, o menor púbere deverá estar assistido por um representante legal, exceção feita aos casos de separação obrigatória de bens, conforme dispõe o artigo 1654 do Código Civil.

¹⁵⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. cit., p. 190.

art. 1654 – “A eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens.”

A ressalva para a separação obrigatória de bens ocorre devido às características do regime, isto é, de incomunicabilidade de qualquer dos bens por disposição expressa da lei. Assim, não há o que partilhar ou prever para união ou separação dos bens. Dessa maneira, os representantes legais do menor não têm qualquer poder para alterar as bases do que a lei propõe para esse regime, não estando adstrito à sua aprovação.

Os representantes legais farão constar da escritura antenupcial o instrumento de autorização para casar¹⁶⁰ como requisito necessário para a validade do ato, isso para todas as outras formas de regime patrimonial de bens, exceto a separação obrigatória. Havendo nulidade ou sendo o instrumento antenupcial ineficaz, tem-se como não escrito, prevalecendo o regime legal.

A convenção antenupcial deverá ser obedecida tanto por nubentes nacionais como por estrangeiros domiciliados no país, segundo o que observa a Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-lei n. 4.657, de 4-9-1942) em seu artigo 7º, §4º.¹⁶¹ O jurista BARROS MONTEIRO preleciona que:

¹⁶⁰ “Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, art. 1537 – O instrumento da autorização para casar transcrever-se-á integralmente na escritura antenupcial”.

¹⁶¹ Dec.-lei n. 4.657, de 4-9-1942, “Art. 7º. – A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família. §4º. – O regime de bens, legal ou convencional,

*“Realizando-se o casamento no Brasil, o regime de bens obedecerá à lei do país onde os nubentes têm o seu domicílio. Conseqüentemente, dúvida alguma pode pairar; na falta de pacto antenupcial, o casamento é realizado no regime da comunhão parcial, ainda que os nubentes procedam de país em que diverso seja o regime matrimonial comum”.*¹⁶²

As estipulações do pacto antenupcial servem tão somente para liberalidades econômicas, não podendo ser objeto qualquer direito conjugal ou sobre filhos. Não é permitida a mitigação de norma de ordem pública por meio do pacto antenupcial. As cláusulas esbarram nos limites da lei. Por isso, “tem-se como não escrita convenção, ou cláusula, que contravenha disposição absoluta de lei. Disposições absolutas de lei são as de ordem pública, as rigorosamente obrigatórias, que têm caráter proibitivo e cuja aplicação não pode ser afastada ou excluída pelas partes. O Código não se refere às cláusulas ofensivas dos bons costumes, mas é fora de dúvida que a defesa da ordem pública, a defesa dos interesses gerais da sociedade, abrange também a dos costumes”¹⁶³.

Assim, têm os nubentes liberdade para escolher o regime de bens que regerá seus interesses econômico-patrimoniais durante o casamento e, posteriormente, no caso de separação, divórcio ou falecimento. Porém, essa autonomia não é plena, visto que em certas situações não é permitido

obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílios, e, se este for diverso, à do primeiro domicílio conjugal.”

¹⁶² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. cit., p. 192.

¹⁶³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. cit., p. 193.

aos nubentes qualquer escolha, pois que é imposto um determinado regime de bens. Nos dizeres de MARIA HELENA DINIZ¹⁶⁴:

“Os nubentes, no processo de habilitação, têm a liberdade de escolher o regime, dentre os regulados pelo Código Civil, que lhes convier para regulamentar os interesses econômicos decorrentes do casamento, fazendo pacto antenupcial, por meio de escritura, se não optarem pelo regime de comunhão parcial de bens, que é o legal. Se o escolherem, bastará que se reduza a termo tal opção. Infere-se daí que o pacto antenupcial, mediante escritura pública, é facultativo, sendo necessário apenas se os nubentes quiserem adotar regime matrimonial diverso do legal.”

Pode ser pactado, por meio de contrato antenupcial, qualquer liberalidade quanto aos bens dos nubentes.¹⁶⁵ Há amplitude na escolha do que será disposto no pacto, sendo ressalvado apenas os bons costumes e disposições contrárias à lei. Por fim, é da essência do ato o subsequente casamento, sem o qual inquina-o de ineficácia *si nuptia sequantur*.

De posse do contrato antenupcial e da certidão de casamento, os interessados deverão comparecer à circunscrição imobiliária do domicílio dos cônjuges e proceder ao registro do pacto, conforme artigo 1657 do

¹⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 12.ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1221.

¹⁶⁵ “Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, art. 1639 - É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.”

Código Civil de 2002¹⁶⁶, artigo 261 do Código Civil de 1916¹⁶⁷ e artigos 167, I, 12 e II, 1; 176; 243 da Lei 6.015/73.¹⁶⁸

A falta de convenção recai na obediência ao regime legal, todavia, a falta de registro da convenção torna ela válida apenas em relação aos cônjuges e herdeiros (*inter partes*), não podendo ser oposto o regime contra terceiros (*erga omnes*). Trata-se de uma duplicidade de regimes, pois vigorará o regime escolhido e pactuado entre os cônjuges, mas exteriormente, perante terceiros, serão as normas do regime legal as obedecidas.

O §1º. do artigo 1639 do Código Civil de 2002 estabelece que “o regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento”.¹⁶⁹ Assim, o *dies a quo* independentemente do regime adotado será sempre o da data do casamento, inexistindo regime matrimonial em data anterior.¹⁷⁰

¹⁶⁶ “Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, art. 1657 - As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges”.

¹⁶⁷ “Lei nº 3.071, de 1º. de janeiro de 1916, art. 261 - As convenções antenupciais não terão efeito para com terceiros senão depois de transcritas, em livro especial, pelo oficial do registro de imóveis do domicílio dos cônjuges”.

¹⁶⁸ Lei 6.015/73, “art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I - o registro: 12) das convenções antenupciais; II - a averbação: 1) das convenções antenupciais e do regime de bens diversos do legal, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer dos cônjuges, inclusive os adquiridos posteriormente ao casamento;”

“art. 176 - O Livro nº 2 - Registro Geral - será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3.”

“art. 243 - As escrituras antenupciais serão registradas no livro n. 3 do cartório do domicílio conjugal, nos termos do artigo 174, § 1º, sem prejuízo de sua averbação obrigatória no lugar da situação dos imóveis de propriedade do casal, ou dos que forem sendo adquiridos e sujeitos a regime de bens diverso do comum, com a declaração das respectivas cláusulas, para ciência de terceiros.”

¹⁶⁹ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, art. 1639, §1º.

¹⁷⁰ 9076342-07.1997.8.26.000 Apelação sem revisão/Retificação de registro civil.

O pacto antenupcial estabelece as leis internas para o casamento. Vale lembrar que o pacto não é necessário quando as partes pretendem se casar pelo regime da comunhão parcial ou nos casos da separação obrigatória, pois ambos os referidos regimes decorrem de lei. Nos demais casos, o pacto indica como os cônjuges deverão se portar quando da dissolução da união conjugal. Dessa maneira, cite-se a máxima o contrato faz lei entre as partes ou *pacta sunt servanda*, não se cogitando qualquer alteração em relação ao pacto que já não estivesse prevista. Nada obsta, contudo a mudança do próprio regime patrimonial.

2.1.6- Administração dos bens e dívidas contraídas na constância da sociedade conjugal

No regime da separação de bens não há comunicação de bens, estes permanecem sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges que poderá livremente alienar ou gravar de ônus real os bens.¹⁷¹ Devido a total independência patrimonial é lícito a um dos cônjuges a

Relator Manoel Mattos. 3^a. Câmara de direito privado A. TJSP. “RATIFICAÇÃO - Pretendida modificação do regime de bens posterior ao casamento - Imutabilidade - Inteligência do artigo 230 do Código Civil - Recurso não provido. Trata-se de apelação visando a reforma da r. decisão que indeferiu o pedido de averbação de seu assento de casamento da escritura de ratificação de regime de separação de bens em virtude da inexistência de contrato nupcial. Alegam que não o fizeram por falta de conhecimento. Recurso regularmente processado, com parecer da Douta Procuradoria pelo improvimento do recurso. É o relatório. O pleito recursal viola o artigo 256 do Código Civil no sentido de que o pacto antenupcial é um contrato solene, firmado pelos próprios nubentes, habilitados matrimonialmente, por meio do qual dispõe da escolha do regime de bens, que deverá vigorar entre eles enquanto durar o matrimônio. A lei fala que o pacto deva ser anterior. O recurso viola ainda o artigo 230 do Código Civil, no sentido de que o regime dos bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento e é irrevogável. A imutabilidade do regime de bens é preceito cogente, assim conotado no artigo 258 do Código Civil. Dessa forma, ineficaz contrato de ratificação Pelo exposto, nego provimento ao recurso.”

¹⁷¹ VENOSA, Silvio de S. *Direito civil*. 15^a ed., São Paulo: Atlas, vol. 3, 2015, p.196.

administração dos bens do outro.¹⁷² Essa administração é contratual e por isso é regulamentar até uma remuneração pela gerência. Dispõe o art. 1687 do Código Civil, “Estipulada à separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”. Havendo mandato, contudo, este poderá ser expresso ou tácito e cada um deles será sempre livre para buscar revogação.

Durante a sociedade conjugal, o cônjuge que estiver na posse dos bens particulares do outro será visto como depositário desses bens. Incumbe ao depositário, em relação a esses bens, “proceder com a diligência necessária à sua guarda e conservação, restituindo-os ao outro cônjuge quando este o exigir, ou a seus herdeiros após a morte dele, com todos os frutos e acréscidos. Se forem fungíveis, a restituição dar-se-á em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade. É lícito ao cônjuge, como depositário, reembolsar-se das despesas de conservação e indenizar-se pelos prejuízos que deles lhe advierem, com a faculdade de exercer o direito de retenção até efetivo reembolso ou ressarcimento”.¹⁷³

De acordo com PAULO LÔBO, a regra do artigo 1644 estabelece solidariedade entre os cônjuges independentemente do regime de bens, atendendo dívidas contraídas para a aquisição de bens necessários à economia doméstica. Todas as outras dívidas que não se encaixarem nessa categoria, obrigam na proporção dos rendimentos de cada cônjuge. Havendo dúvida, a dívida será entendida de interesse individual do

¹⁷² Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, artigo 1652: “O cônjuge, que estiver na posse dos bens particulares do outro, será para com este e seus herdeiros responsável: I - como usufrutuário, se o rendimento for comum; II - como procurador, se tiver mandato expresso ou tácito para os administrar; III - como depositário, se não for usufrutuário, nem administrador.”

¹⁷³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. cit., p. 247.

cônjuge, não obrigando o outro.¹⁷⁴ Assim também DIAS¹⁷⁵, afirma que como os cônjuges concorrem com a devida proporção de seus bens para a manutenção da família, neste caso isolado, as dívidas e possíveis empréstimos contraídos para a compra do necessário da economia doméstica irão se comunicar. Neste sentido os legisladores trazem os artigos 1.643 e 1.644 do Código Civil a seguir:

Art. 1.643. Podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro:

I - comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica;

II - obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir.

Art. 1.644. As dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam solidariamente ambos os cônjuges.

Temos, assim, uma comunhão legal e uma separação legal de bens. A primeira abrange tudo que não possuir a vontade expressa dos nubentes, em sentido contrário, a segunda ignora a vontade dos nubentes pois tem seu rol de aplicação bastante delimitado na lei.

Quanto à administração dos bens é certo que há uma sutil diferença entre a separação convencional e a obrigatória. Na primeira existe a possibilidade de um dos cônjuges administrar o patrimônio do outro por

¹⁷⁴ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 331.

¹⁷⁵ DIAS, Maria B. *Direito Civil brasileiro*. Direito de Família, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 6, p. 150.

meio de mandato público específico para esta finalidade. Enquanto que na separação obrigatória a instituição de mandato com objetivo similar poderia sugerir burla ao sistema de separação integral dos bens dos cônjuges, para aquela parte dos operadores do direito que acatam a impossibilidade da doação entre cônjuges na mesma situação.

Outro ponto de destaque refere-se a possibilidade ressalva, por meio de pacto antenupcial, quanto a divisão das despesas da família entre o casal. A separação convencional exige pacto antenupcial para ser o regime eleito para o casamento, portanto, nesse pacto é possível simplesmente aderir ao regime como o Código Civil propõe ou fazer ressalvas específicas para aquela união. O direito nacional atende ao princípio do sistema aberto de regime de bens, ou seja, é possível a criação de um regime completamente original para cada união realizada no país, ou ainda, a modificação dos regimes-tipo elencados dentro da lei civil brasileira. Desse modo, nesse contrato preliminar do casamento é possível delimitar, entre outras coisas, a responsabilidade sobre as despesas da família, por exemplo, apenas um dos cônjuges pode se responsabilizar ou ambos em proporções diferentes.

O regime da separação obrigatória, todavia, não carece da mesma flexibilidade, pois sendo norma de ordem pública e tendo caráter cogente dispensa a feitura do pacto antenupcial. Alguns nubentes o realizam por sua própria conta e risco, deixando por escrito que não se submeterão à determinado comando. Porém, tratando-se de regime cogente e muitas vezes sendo uma sanção legal a uma atitude anterior do nubente, como não dar partilha dos bens da união anterior, por exemplo, ele não pode ser afastado.

O regime da separação de bens não significa que cada consorte deva contribuir em igual quantia para as despesas do casal. Tal contribuição deve ser feita proporcionalmente, considerando-se os rendimentos de cada um, incluindo-se aqueles provenientes do trabalho e também os que decorrem dos bens particulares.

Por fim, as dívidas de cada um dos cônjuges a eles individualmente cabem. A regra geral dispõe sobre incomunicabilidade de dívidas no regime da separação de bens, seja ela convencional ou obrigatória. Nesse sentido, BARROS MONTEIRO, determina que “assim como os bens, também as dívidas não se comunicam, quer anteriores ou posteriores ao casamento. Responde cada cônjuge, isoladamente, pelos próprios débitos na separação plena ou absoluta.” Portanto, se o credor do marido penhorar os bens da mulher, esta terá o direito de entrar com embargos de terceiro para levantar a penhora.

SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS	REGIME OBRIGATÓRIO DA SEPARAÇÃO DE BENS
Há necessidade de se fazer a escritura pública de pacto antenupcial.	Devido a lei impor o regime, não há necessidade de se fazer a escritura pública de pacto antenupcial.
Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real. Poderá ainda um dos	Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

cônjuges dar procuração ao outro para que os administre em seu nome.	
Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.	Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens.
É livre a convenção.	É obrigatório para: - as pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; - pessoa maior de 70 (setenta) anos; - todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

2.1.7- Outorga uxória ou marital

De acordo com o ordenamento jurídico pátrio, o casamento estabelece dentre outras obrigações, a comunhão plena de vida, baseado na igualdade de direitos e deveres de ambos os cônjuges. Assim, todas as vezes que um dos cônjuges for vender, doar, permutar, um bem imóvel, precisará de autorização do outro, para fazê-lo, pois entendeu o legislador que os bens imóveis integram o patrimônio do casal, dando segurança a família e garantindo de certa forma o futuro da prole. Haverá

sempre obrigatoriedade de outorga qualquer que seja o regime de bens escolhido, com exceção do regime de separação de bens e regime de participação final nos aquestos, neste último caso, quando o pacto antenupcial assim estabelecer.

Conforme o postulado na ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO¹⁷⁶, “Outorga marital é o consentimento que o marido, de forma expressa, dá à mulher, habilitando-a à prática de certos atos da vida civil. (...) Outorga uxória é o consentimento dado pela mulher ao marido para a prática de certos atos que, sem esse consentimento, seriam nulos ou anuláveis. Uxória é adjetivo correspondente a *uxoria*, feminino de *uxorius* (do latim *uxor*, *uxoris*, mulher casada).”

A necessidade da outorga, seja ela uxória ou marital justifica-se pela comunhão e interesses resultantes do casamento. A conservação do patrimônio é dada não apenas no interesse individual, mas para o atendimento da estabilidade material da família. Portanto, qualquer ato tendente ao desfalque, oneração ou redução da capacidade de utilização carece da interferência de ambos manifestada no termo de assentimento.

A regras referentes a outorga são de ordem pública, portanto, não se subordinam a conveniências pessoais. Assim, os cônjuges não podem dispensar esta exigência por capricho, caso isso ocorra será necessário suprimento judicial da vontade. Não são todos os regimes de bens que se submetem a esta regra, é exceção o regime da separação de bens, convencional ou obrigatório, e o regime da participação final nos aquestos.

¹⁷⁶ FRANÇA, Professor R. Limongi (Coordenador). *Enciclopédia saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, vol. 56, 1977, p. 406.

Portanto, no caso da participação final nos aquestos, o pacto antenupcial poderá retirar a obrigatoriedade, pois nesse regime cada cônjuge tem administração total dos bens particulares, sendo partilhado ou comunicado apenas o que fôra de fato adquirido por ambos os nubentes de forma conjunta. Logo, se no pacto antenupcial houver previsão expressa para venda de bens imóveis particulares sem a outorga do outro, é isso que valerá. Assim, o bem a ser onerado sem a outorga deve estar no monte de bens particulares, ou seja, aqueles que já compunham o patrimônio de um dos cônjuges, não integrando o monte comum do casal, desse modo, não fazendo parte dos bens passíveis de partilha. Nesse contexto, se houver previsão expressa no pacto antenupcial que os **bens comuns** serão onerados sem outorga, a mesma será considerada **nula**, conforme determina o artigo 1.655 do Código Civil: *“É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei”*.

O regime da separação de bens segue o mesmo raciocínio jurídico, por trata-se de universalidades distintas o patrimônio do marido e da esposa, não havendo qualquer comunicação entre esses bens é que o legislador permite a possibilidade de alienação, oneração ou diminuição da utilização apenas pelo proprietário, sem a necessidade de outorga do outro cônjuge. No regime da separação convencional não é necessário previsão no pacto antenupcial quanto a desnecessidade de outorga e no regime da separação obrigatória não há pacto, por ser uma imposição da lei e não uma faculdade dos nubentes a escolha do regime.

2.1.8- Idosos

O Código Civil regula dentre as possibilidades de casamentos os ocorridos *in extremis vitae* e entre idosos, casos em que possivelmente a finalidade não é a procriação, mas a convivência. Estranhamente o legislador ao delinear o Código Civil de 2002 permaneceu vinculado a necessidade de imposição do regime obrigatório para pessoas que já alcançaram certa idade. Essa noção limitadora nasceu no direito romano, pois “a lei *Papia Poppaea* proibia o casamento das pessoas que houvessem ultrapassado certo limite de idade. Mas tal disposição, que representava grave limite à liberdade dos cidadãos, foi revogada por CONSTANTINO e seus sucessores”.¹⁷⁷

O Código Civil de 1916, artigo 258, trazia a seguinte restrição “Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. Parágrafo único - É, porém, obrigatório o da separação de bens do casamento: II - do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos”. Na época havia divergência de idades para o homem e para a mulher, superada pela Constituição Federal de 1988, artigos 5º, I e 226, §5º, que igualou os sexos.

O Código Civil de 2002, revolucionário sob diversos aspectos¹⁷⁸, apenas promoveu alteração quanto a equivalência das idades a fixando

¹⁷⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. cit., p. 217.

¹⁷⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 159. “A nova legislação privatista, ao longo de seus 2046 artigos, redefiniu institutos como casamento, filhos, herança, uso do sobrenome, emancipação, maioridade civil e perda da virgindade feminina, bem como instituiu novos temas acerca dos direitos da personalidade, associações e fundações, propriedade fiduciária, posse-trabalho, direito de empresa e etc. Entretanto, numa

em 60 anos. Não se pode dizer que foi propriamente um avanço, afinal, o cidadão sexagenário, salvo alguma exceção, ainda está em pleno juízo e muitas vezes com uma força laborativa muito aproveitável. Desse modo, a Lei n. 12.344 em 09 de dezembro de 2010, modificou a redação do inciso II, do artigo 1641, do Código Civil, aumentando para setenta anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. À época, a autora do PL correspondente, deputada Federal Solange Amaral, apenas justificou a alteração com o aumento da expectativa de vida do brasileiro.

A doutrina é bastante polêmica sobre o assunto não havendo um conceito fechado sobre a justiça da imposição legal. De acordo com REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA “a manutenção do inciso II foi justificada pelo Senador Josaphat Marinho, não em razão de suspeita de casamento por interesse, nem de espírito patrimonialista, mas de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes”.¹⁷⁹ De outro lado, SILVIO RODRIGUES¹⁸⁰ rebate “Trata-se, em cada um dos casos compendiados no texto, de pessoas, que, pela posição em que se encontram, poderiam ser conduzidas ao casamento pela atração que sua fortuna exerce. Assim, o legislador, para impedir que o interesse material venha a constituir o

análise mais rigorosa crítica mais rigorosa, verifica-se que seus avanços foram muito comedidos para enfrentar a evolução e o grau de complexidade das relações sociais, vivenciadas nos horizontes de um novo milênio, marcadas por diversidades e realidades emergenciais. Obviamente, que o Código Civil de 2002 tentou adequar à legislação civil a constituição brasileira de 1988, que já vinha despertando o sopro de ventos alternativos como a “constitucionalização do direito civil” e a “repersonalização da civilística nacional”. Na verdade, o Código Civil do novo milênio foi tímido e não desencadeou significativas e profícuas inovações.”

¹⁷⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Novo Código Civil comentado. Coord. FIÚZA, Ricardo, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1455.

¹⁸⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.

elemento principal a mover a vontade de outro consorte, procura, por meio do regime obrigatório da separação, eliminar esse espécie de incentivo.(...)Tal restrição se mostra atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver.”

A leitura do artigo 1641, II, do Código Civil, mostra que ele é o único inciso imutável¹⁸¹. Assim, as pessoas que contraírem casamento sob o regime da separação obrigatória de bens porque inobservaram as causas suspensivas (I), poderão modificar o regime patrimonial depois de superado o motivo da suspensão. O mesmo se diga daqueles que precisarem de suprimento judicial para casar (III), atingida a maioridade civil é permitida a alteração do regime. É um desabono a pessoa idosa ser tolhida da escolha de seu próprio regime de bens.

O Estatuto do Idoso, no art. 2º, prescreve que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Assim, tratá-lo como um *imbecillitas* fere também a lei 10.741/03. As lições de JOSÉ

¹⁸¹ Nesse sentido, o enunciado da III Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho da Justiça Federal, em Brasília, nos dias 1 a 3 de dezembro de 2004: "A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incisos I e III do art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs."

SEBASTIÃO DE OLIVEIRA¹⁸² afirmam que a legislação civil “provoca verdadeira inversão de valores a tal ponto que aquilo que se poderia conceituar de acessório – ou seja, o eventual patrimônio existente na relação familiar – supera em importância o principal, vale dizer, o elemento pessoal-afetivo que deve existir na manutenção da textura familiar” E, exemplificando com o artigo art. 258, Parágrafo único, II do Código de 1916 (atual art. 1.641, II), questiona: “Que critério é esse que abandona o elemento pessoal, mas defende cegamente os bens, como se estes excedessem aquele em importância?”

A restrição imposta é vinculada à pessoa e não ao instituto do casamento, tanto que os tribunais têm ampliado a aplicação da separação obrigatória para as uniões estáveis, conforme se depreende do julgamento do REsp 1.090.722¹⁸³, em que o ministro Massami Uyeda ressaltou expressamente "a não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do de cujus (falecido), constante do artigo

¹⁸² OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 245/6.

¹⁸³ AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. INVENTARIADO SEXAGENÁRIO. REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS APLICÁVEL, À SEMELHANÇA AO CASAMENTO. I. O art. 1.725 do Código Civil preconiza que, na união estável aplica-se, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. II. Contudo, o artigo 1.641 do Código Civil estabelecia o regime obrigatório da separação de bens no casamento das pessoas maiores de 60 anos, sendo que a lei 12.344 de 9.12.10 aumentou para 70 anos a exigência. III. Companheiro que à época do início da alegada união já possuía mais de 60 anos e, quando da lei 12.344/10, contava com 71 anos de idade. Regime da separação obrigatória de bens que deve prevalecer. IV. - A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do de cujus, constante do artigo 1641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário (Resp 1.090.722/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 30/08/2010). RECURSO DESPROVIDO. (TJ-RJ - AI: 00026226220148190000 RJ 0002622-62.2014.8.19.0000, Relator: DES. ELISABETE FILIZZOLA, Data de Julgamento: 26/02/2014, SEGUNDA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 10/04/2014 18:25)

1.641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convalidação da união estável em casamento, e não o contrário".

Essas decisões têm sofrido dura crítica por parte da doutrina, TARTUCI¹⁸⁴ evidencia que “Não há imposição da separação obrigatória à união estável em nenhum dos casos previstos no art. 1641 do mesmo código. Isso porque o art. 1641 do CC é norma restritiva da autonomia privada, que não admite interpretação extensiva ou por analogia. Ainda, se a regra gera restrição para o casamento, não existindo hierarquia entre categorias familiares, não há razão para sua aplicação à união estável, pois são institutos diferentes tratados de maneiras distintas quanto aos direitos e deveres”.

É sabido que por meio do testamento é permitido dispor de toda parte disponível em benefício de qualquer pessoa, inclusive instituição beneficente, não havendo qualquer óbice étario a essa disposição. Sabe-se também que a aposentadoria compulsória por idade, com proventos proporcionais, obedecendo o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, nos termos da lei complementar nº 152, de 03 de dezembro de 2015, determina que:

“Art. 2º Serão aposentados compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade:

¹⁸⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 8.ed., São Paulo: Método, 2014, p. 326.

- I - os servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações;
- II - os membros do Poder Judiciário;
- III - os membros do Ministério Público;
- IV - os membros das Defensorias Públicas;
- V - os membros dos Tribunais e dos Conselhos de Contas.”

Portanto, qual a lógica de uma pessoa ser capaz de exercer um cargo de Ministro do STF, por exemplo, e não ser capaz de escolher o regime de bens em que quer casar? Poder doar ou vender toda sua parte disponível do patrimônio a um terceiro estranho e estar impedido de fazer exatamente o mesmo beneficiando seu consorte?

Acredita-se, com o devido respeito às posições contrárias, que a lei é feita para a regra geral. Assim, não deveria existir essa obrigatoriedade para os casamentos envolvendo septuagenários. Caso aconteça um “golpe do baú”, será por exceção, então caberá apreciação judicial sobre a demanda. Nas questões patrimoniais, haverá muito mais interesse dos membros da família em proteger o idoso do que a necessidade da tutela estatal.

2.1.9- Separação obrigatória de bens na união estável

A Constituição Federal brasileira reconheceu em seu artigo 226, §3º, as uniões havidas entre homens e mulheres, com a finalidade pública, contínua e duradoura de constituição de família, como união estável, determinando que sejam promovidos meios para facilitar sua conversão

em casamento. O artigo 1.725 do Código Civil estabelece que o regime a ser aplicado às relações patrimoniais do casal em união estável é o de comunhão parcial dos bens, salvo contrato escrito entre companheiros.

Não resta dúvidas sobre a imposição do regime da separação de bens obrigatório no casamento, discute-se agora a sua imposição na união estável também. As hipóteses de incidência no casamento são: (I) pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; (II) pessoa maior de 70 anos (redação dada pela Lei 12.344 de dezembro de 2010); e (III) de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. Devido a não aplicação dos incisos I e III às uniões estáveis, a análise fica restrita àquelas constituídas com o óbice etário.

O Recurso Especial 646.259, do ministro-relator Luis Felipe Salomão, determina que na união estável, à semelhança do que ocorre com o casamento, é obrigatório o regime de separação de bens de companheiro com idade superior ao limite legal, conforme justifica, “não parece razoável imaginar que, a pretexto de se regular a união entre pessoas não casadas, o arcabouço legislativo acabou por estabelecer mais direitos aos conviventes em união estável (instituto menor) que aos cônjuges”.

Contudo, o TJ-RS reformou a decisão do primeiro grau e deu provimento ao recurso alegando que “Descabe a aplicação analógica de normas restritivas de direitos ou excepcionantes. E, ainda que se entendesse aplicável ao caso o regime da separação legal de bens, forçosa seria a aplicação da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF), que

igualmente contempla a presunção do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado na constância da união”.

A tese do ministro-relator Luis Felipe Salomão foi expressa no Mandado de Segurança 21.449, julgado em 1995, no Tribunal Pleno do STF, sob a relatoria do ministro Octavio Gallotti que explicou, que, por força do dispositivo do código de 1916, equivalente em parte ao artigo 1.641 do código de 2002, “se ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens, também o deve ser às uniões estáveis que reúnam as mesmas características, sob pena de inversão da hierarquia constitucionalmente sufragada”.

O STJ ao julgar o Recurso Especial 1.090.722, o relator Massami Uyeda, trouxe à tona novamente a possibilidade de discrepância entre o casamento e a união estável. “A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do de cujus (falecido), constante do artigo 1.641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário”, analisou.

De acordo com Uyeda, é preciso ressaltar que a aplicação do regime de separação obrigatória de bens precisa ser flexibilizado com o disposto na súmula 377/STF, “pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade,

inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência”.

Concluiu o ministro que a jurisprudência evoluiu no sentido de que “o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros”.

Entretanto, deixando de lado a polêmica do igualitarismo das entidades familiares, o REsp 1.254.252/SC diz respeito à aplicação do regime da separação obrigatória etária ao casamento (CC/02, art. 1.641, II), quando precedido de união estável iniciada antes de atingida a idade legal restritiva. A matéria já havia sido apreciada em 2011, no julgamento do REsp 918.643, onde, por maioria de votos, se decidiu que "o reconhecimento da existência de união estável anterior ao casamento é suficiente para afastar a norma, contida no CC/16, que ordenava a adoção do regime da separação obrigatória de bens nos casamentos em que o noivo contasse com mais de sessenta, ou a noiva com mais de cinquenta anos de idade, à época da celebração. As idades, nessa situação, são consideradas reportando-se ao início da união estável, não ao casamento".

O tema voltou a debate em 2014 e a 3ª turma, por unanimidade, consolidou o entendimento de que o regime da separação obrigatória deveria ser afastado, pois "se tivesse sido, desde logo, celebrado o casamento, quando iniciado o relacionamento entre as partes, o qual perdurou, no total, por mais de 30 anos, não haveria a obrigatoriedade da

adoção do regime da separação obrigatória de bens, pois o de cujus ainda não completara 60 anos de idade".

As decisões referidas demonstram a instabilidade da jurisprudência nesse tema que ora se ampliam, ora se restringem direitos dos companheiros quando comparados aos dos cônjuges. As interpretações conflitantes são, sem dúvida, uma fragilidade dos tribunais quanto aos dispositivos legais que regulam a união estável.

Fazendo uma análise comparativa, ao reconhecer pela técnica que o artigo 226, do Código Civil de 1916 não foi recepcionado no ordenamento jurídico vigente e que portanto não há qualquer óbice para a doação entre cônjuges casados no regime da separação obrigatória de bens, deve-se também assumir que a Súmula 377/STF lastreada no artigo 259, também do Código Civil anterior, da mesma maneira não recepcionado pelo Código Civil de 2002, não deve ser aplicada. Raciocinar forçadamente e introduzir conceitos revogados numa analogia extensiva para a união estável, é completamente fora de qualquer lógica.

2.2- Dissolução do regime da separação de bens

As hipóteses para finalização do casamento válido são a morte de um dos cônjuges, a separação, o divórcio, a nulidade ou anulação do casamento.¹⁸⁵ Dessa forma, estão colocadas abaixo as repercussões sucessórias oriundas da morte, os casos decorrentes da nulidade ou

¹⁸⁵ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, artigo 1571 – “A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio.

anulação do ato e por fim, as diferenças para separação e divórcio aplicados ao regime da separação obrigatória de bens.

2.2.1- Repercussões sucessórias

A separação convencional e a legal são exatamente iguais nos seus termos e maneiras de administração dos bens, o que diverge é apenas a origem de cada uma delas. No campo sucessório vale ressaltar apenas as consequências que as diferenciam.

O exame do inciso I do art. 1829, que, por sinal, data da entrada em vigor do Código Civil, circunscreve-se à sucessão legítima do cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional de bens, uma vez que em princípio, exclui expressamente apenas os casados pelo regime da comunhão universal, separação obrigatória de bens e comunhão parcial, se não houver bens particulares.

Alguns juristas questionam a possibilidade do cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da separação convencional de bens, ser considerado herdeiro necessário e participar da sucessão legítima, o cerne da controvérsia advém do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.472.945/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva¹⁸⁶, que reascendeu o debate em torno da possibilidade.

¹⁸⁶ RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO E PARTILHA. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. PACTO ANTENUPCIAL POR ESCRITURA PÚBLICA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. CONCORRÊNCIA NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA COM DESCENDENTES. CONDIÇÃO DE HERDEIRO. RECONHECIMENTO. EXEGESE DO ART. 1.829, I, DO CC/02. AVANÇO NO CAMPO SUCESSÓRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL. 1. O art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 confere ao cônjuge casado sob a égide do regime de separação convencional a condição de herdeiro necessário, que concorre com os

É sabido que a morte põe fim ao casamento (art. 1571, I, do Código Civil de 2002), bem como, ao regime de bens nele vigente, de sorte que doravante serão aplicáveis as disposições acerca do Direito das Sucessões.

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

descendentes do falecido independentemente do período de duração do casamento, com vistas a garantir-lhe o mínimo necessário para uma sobrevivência digna. 2. O intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social. 3. O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial. 4. O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua post mortem. 5. O concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I, do Código Civil. 6. O regime da separação convencional de bens escolhido livremente pelos nubentes à luz do princípio da autonomia de vontade (por meio do pacto antenupcial), não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (art. 1.641 do Código Civil), e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente. 7. Aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988). 8. O novo Código Civil, ao ampliar os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurou ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que os únicos deixados pelo falecido, direito que pelas mesmas razões deve ser conferido ao casado pela separação convencional, cujo patrimônio é, inexoravelmente, composto somente por acervo particular. 9. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp: 1472945 RJ 2013/0335003-3, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 23/10/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2014).

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.”

No caso do artigo em tela, verifica-se que se o regime for o da separação discricionária, com pacto, o cônjuge supérstite herdará juntamente com os descendentes. De outro lado, na separação cogente há expressa exclusão do consorte sobrevivente. Essa ressalva se justifica porque o legislador temia burla a exclusão de bens propagada por esse regime.

No tocante ao inciso II, o cônjuge herdará juntamente com os ascendentes independentemente de qual seja o regime de bens adotado, bem como, no inciso III, pouco importando o regime de bens que está submetido, será o cônjuge sobrevivente herdeiro.

Nesse sentido, o Enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil, dispõe que “O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o

falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.”¹⁸⁷

A inspiração provém do Codice Civile italiano que, nos artigos 536, 540 e 542 atribui ao cônjuge sobrevivente a condição de herdeiro necessário, independentemente do regime de bens, com a variação apenas do montante a receber, em conformidade com a qualidade do herdeiro com quem concorre:

“Art. 536 Legittimari. Le persone a favore delle quali la legge riserva (457, 549) una quota di eredità o altri diritti nella successione sono: il coniuge, i figli legittimi, i figli naturali, gli ascendenti legittimi.

Art. 540 Riserva a favore del coniuge. A favore del coniuge (459) è riservata la metà del patrimonio dell'altro coniuge, salve le disposizioni dell'art.

Art. 542 Concorso di coniuge e figli. Se chi muore lascia, oltre al coniuge, un solo figlio, legittimo o naturale (459, 231, 258) a quest'ultimo è riservato un terzo del patrimonio ed un altro terzo spetta al coniuge. Quando i figli, legittimi o naturali, sono più di uno, ad essi è complessivamente riservata la metà del patrimonio e al coniuge spetta un quarto del patrimonio del defunto. La divisione tra tutti i

¹⁸⁷ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. III Jornadas de Direito Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf/view> Acesso em: 10 de novembro de 2016.

*figli, legittimi e naturali, è effettuata in parti uguali.
Si applica il terzo comma dell'art. 537.20*¹⁸⁸

Observa Rolf Madaleno¹⁸⁹ que, “tirante o regime obrigatório, é facultado aos nubentes optarem pelo regime convencional da separação de bens, através do pacto antenupcial [...]”, numa clara demonstração de que os termos não podem ser compreendidos de forma indistinta.

Não restam dúvidas de que não foi empregada a melhor técnica na redação do inciso I do art. 1829 do Código Civil, todavia, Orlando Gomes¹⁹⁰ elimina qualquer incerteza que poderia existir a respeito:

*“Provém de duas fontes: a convenção e a lei.
Algumas legislações têm-no como regime legal, mas
cá entre nós é, de regra, facultativo. Necessário que
os nubentes o instituem mediante pacto antenupcial.*

¹⁸⁸ "Art. 536 Herdeiros. As pessoas em favor das quais a lei reserva (457, 549) uma quota da herança ou outros direitos sobre a sucessão são: o cônjuge, filhos legítimos, filhos naturais, os ascendentes legítimos.

Art. 540 Reserva em favor do cônjuge. Em favor do cônjuge (459) é reservada a metade do patrimônio do outro cônjuge, salvo o disposto nesse artigo.

Art. 542 Consórcio de cônjuge e filhos. Além do cônjuge, herdará somente um filho, legítimo ou natural (459, 231, 258) para o último se reserva um terço do patrimônio e outro terço guarda-se para o cônjuge. Quando os filhos, legítimos ou naturais, são mais do que um, para eles reserva-se a metade do patrimônio e ao cônjuge guarda-se direito a um quarto da herança do falecido. A divisão entre todos os filhos, legítimo e natural, é efetuada em partes iguais. Aplica-se o terceiro parágrafo do Art. 537.20.” (tradução livre).

¹⁸⁹ MADALENO, Rolf. Do regime de bens. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Orgs.). *Direito de família e o novo código civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey e IBDFAM, 2003, p. 223.

¹⁹⁰ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 200.

Em certas circunstâncias, porém, a lei o impõe. Diz-se que, nesse caso, é obrigatório, por ser exigido como sanção, ou por motivos de ordem pública”

Desse modo, recorrer ao termo “obrigatória”, para sustentar que tanto a separação convencional quanto a legal teriam conotação impositiva, aparenta ser um argumento sem qualquer sustentação, digno de confusão apenas aqueles que não são operadores do direito.

2.2.2- Nulidade ou anulação do casamento

No caso de nulidade ou anulação do casamento não há que se falar em meação, pois não havendo comunhão, cada parte retirará exatamente o que trouxe individualmente para a massa. Sendo o casamento putativo, os bens serão divididos em duas metades para meação de cada cônjuge. Ocorre que se apenas um dos cônjuges for inocente, o outro perderá os direitos a meação sobre os bens trazidos pelo inocente para a comunhão.

Assim, haverá os bens reservados do inocente, os bens reservados do culpado, os bens comuns trazidos pelo inocente e os bens comuns trazidos pelo culpado. O inocente terá direito a seus reservados, à meação dos comuns trazidos pelo culpado e à integralidade dos bens comuns trazidos por ele próprio.¹⁹¹ Dessa maneira postula WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, “não pode o culpado pretender assim meação no patrimônio com que o inocente entrou para a comunhão. Este último,

¹⁹¹ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, artigo 1564 – “Quando o casamento for anulado por culpa de um dos cônjuges, este incorrerá: I - na perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente; II - na obrigação de cumprir as promessas que lhe fez no contrato antenupcial.” e Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, artigo 232.

porém, tem direito a meação relativa aos bens trazidos à comunhão pelo culpado”.¹⁹²

O mesmo entendimento é acolhido no direito francês, artigo 265¹⁹³ e 267¹⁹⁴, do Código Civil francês e no direito português, artigo 1790¹⁹⁵, do Código Civil português.

¹⁹² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. cit., p. 207.

¹⁹³ Código Civil francês, artigo 265 – “*Le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage et sur les donations de biens présents quelle que soit leur forme. Le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux et des dispositions à cause de mort, accordés par un époux envers son conjoint par contrat de mariage ou pendant l'union, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis. Cette volonté est constatée par le juge au moment du prononcé du divorce et rend irrévocables l'avantage ou la disposition maintenus. Toutefois, si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté.*” O divórcio não tem nenhum impacto sobre os benefícios conjugais que entrem em vigor durante o casamento e sobre as doações de bens, independentemente da sua forma. O divórcio implica revogação plena dos direitos matrimoniais que entrem em vigor até a dissolução do casamento ou morte de um dos cônjuges e as disposições causa morte, concedido pelo marido contra a esposa por contrato de casamento ou durante a união, salvo acordo em contrário do marido que o fez. Este compromisso é reconhecido pelo juiz no momento do pronunciamento do divórcio e faz irrevogável o benefício ou as disposições mantidas. No entanto, se o contrato de casamento o preveja, os cônjuges terão sempre de volta a propriedade dos bens que eles trouxeram para a comunidade." (tradução livre).

¹⁹⁴ Código Civil francês, artigo 267 – “*A défaut d'un règlement conventionnel par les époux, le juge, en prononçant le divorce, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux. Il statue sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle. Il peut aussi accorder à l'un des époux ou aux deux une avance sur sa part de communauté ou de biens indivis. Si le projet de liquidation du régime matrimonial établi par le notaire désigné sur le fondement du 10° de l'article 255 contient des informations suffisantes, le juge, à la demande de l'un ou l'autre des époux, statue sur les désaccords persistant entre eux.*” Na ausência de um acordo tratado pelos cônjuges, o juiz, ao conceder o divórcio, ordenará a liquidação e a divisão dos interesses patrimoniais. Ele decidirá demandas sobre manutenção da indivisão ou sobre atribuição de preferência. Também pode ser dado a um dos cônjuges ou ambos um avanço na sua parcela de propriedade da comunidade ou sobre os bens indivisíveis. Se a liquidação proposta do regime matrimonial estabelecido pelo advogado constituído sob o fundamento do 10º da seção 255 contiver informações suficientes, o juiz, a pedido de um dos cônjuges, decidirá sobre as desavenças persistentes entre eles. (tradução livre).

¹⁹⁵ Código Civil português, artigo 1790 - “O cônjuge declarado único ou principal

No caso da separação obrigatória não há que se pensar em bens comuns, portanto, cada uma das partes retirará exatamente o que trouxe consigo quando do casamento. No que se refere as dívidas, também estas serão pagas com o patrimônio próprio. Tratando-se de dívidas comuns, estas serão pagas partilhando-se ao meio a responsabilidade, visto que não há patrimônio comum. Quanto aos regimes de comunhão, as dívidas sobre os bens particulares, esgotados estes, os credores deverão aguardar o registro da partilha para aí sim executarem os bens recebidos. Esses bens não serão mais comuns, com a divisão integrarão o patrimônio próprio. Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA.

“...só então, dissolvida a comunhão, poderá o credor executar essês bens, que se tornaram, pela morte do outro cônjuge, pelo desquite, ou pela anulação do casamento, bens pessoais do devedor”.¹⁹⁶

Se houver reconciliação depois da partilha, qualquer bem ou dívida adquirida nesse período deverá integrar o patrimônio reservado de cada um dos cônjuges, salvo no caso das dívidas terem sido contraídas em benefício comum do casal.

culpado não pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos.”

¹⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. cit., t. 8, p. 308.

2.2.3- Separação e divórcio

Havendo separação ou divórcio, esses poderão ocorrer pela via judicial. Porém, caso se faça presente o consenso e não exista menores ou incapazes, poderão tramitar pela via administrativa, de acordo com a Lei n. 11.441/07, que alterou o artigo 982 do Código de Processo Civil brasileiro.¹⁹⁷ Quando realizada pela via administrativa, ao invés de ser prolatada sentença, será realizada escritura que conterá disposições sobre a descrição e a partilha dos bens comuns. A escritura pública também poderá conter dados sobre pensão alimentícia e alteração do nome do cônjuge. Não será necessária homologação judicial uma vez que a escritura é título hábil para ingresso no registro de imóveis. Não existe impedimento para que um casamento realizado sob a égide do regime da separação obrigatória de bens se desfaça pela via administrativa.

O vínculo conjugal cessará seus efeitos a partir do proferimento da sentença homologatória ou na data da assinatura da escritura pública de separação ou divórcio. A jurisprudência, no entanto, vem entendendo que a separação prolongada também interrompe a união por falta de *affectio maritalis* ou rompimento fático do vínculo.¹⁹⁸ Esse entendimento se

¹⁹⁷ Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil – artigo 982 – “Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.”

¹⁹⁸ 0018296-20.2008.8.26.0510 – Apelação – Relator: João Pazine Neto – Comarca: Rio Claro - 3ª Câmara de Direito Privado. “Partilha de bens Imóvel adquirido anteriormente ao casamento, mas com recursos provenientes de ambos. Registro em nome apenas da Apelante por constar o consórcio apenas em seu nome. Meação apenas sobre parcelas do consórcio pagas até a separação de corpos, a partir de quando não mais persiste a comunhão de interesses. Afastamento da determinação ao pagamento pela ocupação exclusiva do imóvel, diante da ausência de pedido a respeito na inicial, que não pode ser interpretado extensivamente, sob pena de ofensa ao contraditório, pois não ocorreu manifestação da Ré a respeito em sua contestação Recurso parcialmente provido.”

configura para evitar enriquecimento sem causa pela continuidade da comunhão, principalmente no que se refere aos bens adquiridos durante a separação de fato, dos quais haverá incomunicabilidade.¹⁹⁹

O artigo 1723, §1º., da carta civil²⁰⁰, todavia, coloca que não será impedimento à união estável a pessoa casada que se achar separada de fato ou judicialmente. Dessa forma, o Projeto de Lei n. 6.960/2002 sugeriu alteração do dispositivo legal para que se incluísse dentre as formas de cessação da comunhão de bens a separação de fato. Não parece que a separação de fato seja uma boa forma para conclusão do casamento. Todas as hipóteses previstas no artigo 1571, do Código Civil, são comprovadas mediante certidão. Assim é fácil verificar o momento em que a sociedade conjugal cessou seus efeitos para com os cônjuges e com terceiros. No caso da separação de fato, a comprovação restaria prejudicada, pois se embasaria apenas em prova testemunhal, quando essa existir. A redação do Estatuto das Famílias n. 674/2007, artigo 59 defende a separação de fato.

“A separação de fato ou a separação de corpos põem termo aos deveres conjugais e ao regime de bens. I - A separação de fato se configura quando cessa a convivência entre os cônjuges, ainda que residindo sob o mesmo teto. II – Durante o período

¹⁹⁹ 0108896-32.2008.8.26.0011 – Apelação – Relator: Sebastião Carlos Garcia – Comarca: São Paulo - 6ª Câmara de Direito Privado. “PRESTAÇÃO DE CONTAS - Separação de fato dos cônjuges - Marido que permaneceu na administração da empresa comum - Dever de prestar contas a partir da separação de fato do casal - Inconformismo objetivando estender o período desde a data da constituição da sociedade - Descabimento - Patrimônio comum e indivisível, sendo descabida a prestação de contas relativamente a esse período - Apelo desprovido.”

²⁰⁰ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, artigo 1723, §1º. – “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”

em que o cônjuge se encontrar separado de fato ou de corpos os bens adquiridos neste período não se comunicam. III – A separação de corpos pode ser proposta consensualmente ou por qualquer dos cônjuges”.

A dificuldade de averiguação do momento exato do fim da união pela separação de fato, deveria ser o suficiente para impelir o legislador a criar outra forma de avaliação desse término de relacionamento. A identificação extada do momento desse rompimento pode ser verificada através de uma escritura de união estável, ou seja, o início comprovado por meio de documento público da nova união rompe automaticamente o vínculo anterior, todavia, poucas são as uniões estáveis reconhecidas por instrumento público hoje em dia.

O regime da separação obrigatória de bens facilita a dissolução no que toca à partilha. Assim, tanto na separação quanto no divórcio não haverá bens a partilhar visto que cada um dos cônjuges possui massas de bens distintas e independentes, não havendo divisão sobre eles. Ainda que determinado bem seja administrado por um dos cônjuges em nome do outro, “é preciso deixar bem claro que o marido, ao administrar os bens de sua mulher, age como seu representante, pois sua esposa tem o domínio e a posse do que lhe pertence”.²⁰¹

É necessário repisar nesse ponto sobre a inaplicabilidade da Súmula 377/STF. Esse tema já foi abortado durante esse estudo, mas vale lembrar que a comunicabilidade dos bens adquiridos onerosamente na constância da união regida pela separação obrigatória de bens não está

²⁰¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. cit., p. 172.

adstrita a aplicação da referida súmula, mas sim, do princípio da proibição do enriquecimento sem causa que deverá ser analisado *in casu* pelo magistrado. As lições de BARROS MONTEIRO prescrevem que “nenhum sentido faria o estabelecimento do regime de separação obrigatória por nosso ordenamento jurídico se esse regime tivesse os mesmos efeitos do regime legal da comunhão parcial de bens, em que se presume o esforço comum na aquisição de bens. A disposição legal sobre regime de separação obrigatória de bens seria ineficaz.”²⁰²

As únicas possibilidades de vigorar entre os cônjuges a separação de bens durante o casamento e a comunhão dos aquestos quando no seu término será por adoção do regime-tipo da participação final nos aquestos ou por descrição pormenorizada em pacto antenupcial prevendo exatamente em que condições o regime de bens funcionará.

²⁰² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 40^a ed., São Paulo: Saraiva, vol. 2, 2005, p. 325.

3- Da possibilidade de doação entre cônjuges no regime da separação de bens

“(…) a boa-fé é o óleo invisível que amacia o funcionamento da engrenagem jurídica.”²⁰³

(J. Cruet)

3.1- Na doações próprias

Seguindo a classificação dada pelo jurista SERPA LOPES²⁰⁴, as doações podem ser estudadas segundo a sua causa e dividem-se em doações próprias, “isto é, nas realizadas por espírito de pura liberalidade, dá-se o domínio absoluto das regras inerentes aos atos a título gratuito.”; e em doações impróprias, “são as remuneratórias, correspectivas ou recíprocas, indiretas ou simuladas”.

O conceito de doação pura ou simples (*vera et absoluta*) possui pouca variância entre os autores. “A doação é, em regra, contrato solene, pois depende de forma prescrita em lei.”²⁰⁵; “feita por mera liberalidade, sem condição presente ou futura, sem encargo, sem termo, enfim, sem quaisquer restrições ou modificações para a sua constituição ou execução. Trata-se da doação em seu estado de perfeita e plena liberalidade, sem

²⁰³ CRUET, Jean. *A vida do direito e a imutabilidade das leis*. Salvador: Progresso, 1956, p. 206.

²⁰⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. III, 1957, p. 408.

²⁰⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 30ª ed., São Paulo: Saraiva, vol. 3, 2004, p. 202.

que haja imposição de limitações ao donatário.”²⁰⁶; “é aquela na qual a liberalidade resplende em sua plenitude, sem condição ou encargo.”²⁰⁷; “que não impõe qualquer encargo ao donatário, não visa a compensar serviços prestados, nem subordina os efeitos do contrato a algum acontecimento futuro e incerto. Resulta do único propósito de beneficiar o donatário. É uma doação que pode ser mencionada sem qualquer adjetivo.”²⁰⁸

A doação pura tem a finalidade única de beneficiar o donatário sem qualquer tipo de ônus ou contraprestação. Dessa forma, qualquer pessoa pode ser beneficiária de doação pura. No que toca aos regimes de bens, cabe uma análise mais minuciosa. O regime da comunhão universal não se coaduna com a ideia de doação entre cônjuges, uma vez que o patrimônio é um todo pertencente a ambos e não é possível receber em doação bem que já é seu. Na comunhão parcial há duas massas de bens, o patrimônio reservado e os adquiridos onerosamente na constância do casamento. Novamente não cabe falar em doação entre cônjuges dos bens comuns adquiridos durante a união, porém, quanto aos reservados é possível. Há também outra hipótese, se um dos cônjuges receber a título gratuito, durante o casamento, determinado bem, este não estando clausulado com incomunicabilidade e inalienabilidade, poderá ser doado ao outro cônjuge.

²⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, vol. 2, 2009, p. 64.

²⁰⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 15ª ed., São Paulo: Atlas, vol. 3, 2015, p. 125.

²⁰⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, vol. 3, 2012, p. 240.

A participação final nos aquestos por ser regime híbrido que mescla comunhão parcial e separação de bens, merece cuidado especial nesse assunto. Durante a união os cônjuges agem como se estivessem sob as regras da separação de bens e por isso podem doar um ao outro. Após o término da sociedade conjugal os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento compõem um todo pertencente a ambos que será partilhado na proporção do esforço para a aquisição. Assim, por exemplo, uma casa na praia comprada pelo esforço de ambos e doada de um cônjuge ao outro, é bem que foi adquirido onerosamente na constância do casamento, mas que entrou para o patrimônio reservado de um deles por ter sido adquirido a título gratuito. Como resolver a partilha nessa situação? O regime de participação final nos aquestos não prevê subrogação do patrimônio adquirido, ou seja, se um dos cônjuges vender um bem e gastar todo o dinheiro, ele não terá que repor isso no momento da dissolução da união, exceto se houver esforço comprovado da outra parte na aquisição do bem. Da mesma forma a doação, ao beneficiar o outro cônjuge, nada resta a reclamar sobre o ato.

O regime de separação de bens deve ser analisado de forma bipartida, primeiro a separação convencional e na sequência a separação legal ou obrigatória. A doação na separação convencional pode ser realizada a qualquer tempo, pois que os patrimônios nunca se comunicam. Isso é bastante simples. A separação legal ou obrigatória, todavia, deve respeito a algumas normas de ordem pública que impedem a escolha do regime de bens pelos nubentes. O legislador, nesse caso, afastou os patrimônios para que nunca se comuniquem, e assim, parte da doutrina entende, que dessa forma restou impedida a doação entre cônjuges.

3.2- Doações impróprias

Compõem as doações impróprias, segundo SERPA LOPES²⁰⁹, as remuneratórias, correspectivas ou recíprocas, indiretas ou simuladas. As doações remuneratórias são aquelas “feitas, não tanto pelo espírito de liberalidade, como pela necessidade moral de compensar determinados serviços recebidos pelo doador (*ob benemerita, ob causam praeteriam*). Daí a razão dessas doações não serem consideradas como uma modalidade da permuta ou como o pagamento de uma dívida.” As doações indiretas, por seu turno, “são aquêles negócios jurídicos portadores de um objetivo especial, mas que produzem obliquamente e do mesmo modo uma vantagem em favor de uma determinada pessoa, em razão do que, na doação direta, o doador é unicamente impulsionado pelo *animus donandi*, e quer tão-só a liberalidade, ao passo que, na doação indireta, visa atingir um outro objetivo, no qual entra igualmente uma liberalidade.” Por fim, das doações simuladas pode ser dito que “enquanto no contrato oneroso com uma parte de doação há um só negócio jurídico, efetivo e real, na doação simulada encontramos dois negócios: um *simulado*, v. g., uma venda, e outro *dissimulado*, que é a doação. (...) na doação indireta, as partes pretendem um objetivo determinado e diverso da doação, e só por via oblíqua produz um efeito de doação, ao passo que, na doação simulada sob a forma de contrato oneroso, o objetivo único é a própria doação, mascarada sob a capa de um contrato fictício. Assim, temos dois institutos completamente distintos entre si, não podendo, por conseguinte, receber ambos o mesmo tratamento jurídico.”

²⁰⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. III, 1957, p. 408-412.

Modernamente é bastante utilizada a classificação dada por DINIZ²¹⁰ para o estudo das doações não puras. Assim, cinco são as espécies de destaque:

1) doação modal ou com encargo ou onerosa: “aquela em que o doador impõe ao donatário uma incumbência em seu benefício, em proveito de terceiro ou do interesse geral. (...) O encargo consistirá, portanto, numa prestação imposta pelo doador ao donatário que, não constituindo um equivalente (entgelt) da liberalidade, não prejudicará a gratuidade desse contrato. O encargo ou modo apresentar-se-á tão-somente como uma restrição da liberalidade percebida pelo onerado.” O recebimento do bem, nessa hipótese, fica restrita a um ato omissivo ou comissivo do donatário conforme o que dispôs o doador, por exemplo, ato comissivo, receber o terreno para a construção de um imóvel, ou ainda, ato omissivo, receber uma fazenda em doação com a finalidade única e exclusiva de perpetuar o cultivo de uvas e a produção de vinhos.

2) doação remuneratória: “é aquela em que, sob a aparência de mera liberalidade, há firme propósito do doador de pagar serviços prestados pelo donatário ou alguma outra vantagem que haja recebido dele. São feitas pelo doador não tanto pelo espírito de liberalidade, mas pela necessidade moral de compensar serviços gratuitos que lhe foram prestados. A doação remuneratória não perderá o caráter de liberalidade no excedente ao valor dos serviços remunerados.” Portanto, o que mudará sobre o excedente da doação é a natureza jurídica com que ela opera, ou

²¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, vol. 2, 2009, p. 64-68.

seja, a parte correspondente ao pagamento da dívida será doação remuneratória e a parte que exceder, será considerada doação pura.

3) doação condicional: “é a que surte efeitos somente a partir de um determinado momento, ou seja, é a que depende de acontecimento futuro e incerto.” Imposta uma condição, o donatário só terá acesso ao bem após o cumprimento da mesma. Vale lembrar que condições ilegais, imorais ou impossíveis são consideradas como não escritas e a doação é cumprida como se pura fosse.

4) doação a termo: “se tiver termo final ou inicial”. O termo marca a data a partir da qual o bem integrará o patrimônio do donatário. Essa data poderá ser marcada pelo calendário, por exemplo, a partir do dia primeiro de janeiro o bem pertencerá ao donatário, ou poderá ser marcada por uma fato, por exemplo, após a saída do locatário o bem será dado à doação.

5) doação conjuntiva: “feita em comum a mais de uma pessoa, sendo distribuída por igual entre os diversos donatários, exceto se o contrato estipulou o contrário. (...) E se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente (CC, art. 551, parágrafo único), não passando, portanto, aos herdeiros.” Não há limite de pessoas para se contemplar na doação, bem como, também é possível serem contempladas duas ou mais pessoas jurídicas. Independente do regime de bens, a doação entrará no patrimônio de ambos os cônjuges. No regime de comunhão universal a doação integrará o monte de bens comuns pertencentes ao casal. Na comunhão parcial é necessário que a doação indique que o bem irá para cada um dos cônjuges e a proporção que cada um receberá, pois este bem,

sendo recebido a título gratuito, comporá a parcela de bens reservados e não haverá comunicação em eventual dissolução da união. Da mesma forma ocorrerá na participação final nos aquestos, que segue as regras da comunhão parcial no fim do regime. Quanto ao regime de separação de bens, seja ele convencional ou legal, é plenamente permitido pelo sistema jurídico brasileiro que um terceiro beneficie ambos os cônjuges por doação. Este patrimônio pertencerá, com exclusividade, a cada um dos donatários individualmente, na proporção escolhida pelo doador e declarada em escritura.

3.3- Na doação clausulada

Há dois tipos de cláusulas passíveis de serem interpostas numa doação: cláusula sobre bens (*propter rem*) e cláusula sobre pessoa (*propter personam*). A primeira vinculará a coisa independentemente do número de vezes que ela for transferida. Não importa o dono da coisa, mas sim, a coisa em si. A segunda visa unicamente a pessoa em nome da qual está escriturado o bem. As reservas e impedimentos estão atrelados ao proprietário, dessa maneira, ao transferir o imóvel para o nome de outrem, essas cláusulas têm-se como revogadas, elas não perseguem o bem, mas sim, a pessoa.

3.3.1- Cláusula sobre bens

A hipoteca é um contrato bilateral pelo qual o devedor dá um imóvel ao credor visando garantir uma dívida. As principais características da hipoteca são: a preferência que o credor passa a ter diante dos demais credores; e o direito de seqüela, pelo qual o credor pode perseguir o imóvel e reclamar a coisa dada em garantia em poder de

quem quer que se encontre. Quanto à forma, a hipoteca poderá ser constituída por instrumento particular ou por escritura pública. Será por instrumento particular se o imóvel dado em garantia possuir valor inferior a 30 salários mínimos. Sendo o valor venal do imóvel superior a esse limite, ela somente poderá ser constituída por escritura pública. A hipoteca será constituída por instrumento particular com força de escritura pública sempre que os empréstimos forem concedidos no âmbito do SFH - Sistema Financeiro da Habitação. Pode também essa garantia real ser constituída nas chamadas "cédulas de crédito" (rural, comercial, industrial, a exportação, bancária) que possuem legislação própria. Serão objeto de hipoteca os imóveis, os acessórios dos imóveis conjuntamente com ele, o domínio direto, o domínio útil, as estradas de ferro, as minas e pedreiras, os navios e aviões. Contudo, somente os bens que estão no comércio podem ser objeto de hipoteca, portanto, os bens gravados com cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade não podem ser hipotecados. Vale lembrar que os contratos de "Compra e venda com hipoteca" ou "Mútuo com hipoteca" feitos dentro do SFH - Sistema Financeiro da Habitação possuem uma legislação própria, entre elas a Lei 4.380 de 21.08.64, Lei 5.741 de 01.12.71, Lei 8.004 de 14.03.90 e Decreto-Lei 70 de 21.11.66.

Conforme dispõe o artigo 1419 do Código Civil, “Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.”, portanto, a garantia real de hipoteca está atrelada ao bem, não importando quem seja o proprietário. Essa indicação corrobora a possibilidade de alienação do bem hipotecado independente do gravame, mas essa reflexão não é necessária, visto que o legislador, no artigo 1475, da lei civil, vetou de maneira expressa qualquer forma de impedimento à alienação de imóvel

hipotecado. É permitido, entretando, que o credor não concordando com a alienação solicite o vencimento antecipado da dívida em função da alteração de titularidade.

“Art. 1.475. É nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado.

Parágrafo único. Pode convencionar-se que vencerá o crédito hipotecário, se o imóvel for alienado.”

Sob o prisma dos regimes de bens, somente nos de separação será possível pensar em um cônjuge dar em hipoteca um bem seu ao outro cônjuge dada a independência patrimonial característica desses regimes.

3.3.2- Cláusula sobre pessoa

3.3.2.1- Usufruto

A propriedade divide-se em uso, gozo e disposição. Quando há usufruto instituído significa dizer que ao proprietário cabe 2/3 da propriedade (direito de gozo e disposição) e ao usufrutuário 1/3 (direito de uso). Nessa perspectiva, o proprietário é detentor da nua-propriedade e da posse indireta do imóvel, enquanto que o usufrutuário terá a posse direta do bem. O gravame de usufruto não impede a venda do bem, todavia há algumas condições a serem obedecidas. O nú-proprietário pode vender seus 2/3 ao usufrutuário, e vice-versa, de modo que a propriedade se consolide. É possível ainda que ambos, nú-proprietário e usufrutuário, vendam a um terceiro estranho a essa relação, desde que ao mesmo tempo, para que a escritura de venda e compra seja apta a

cancelar o gravame do usufruto e consolidar a propriedade para este terceiro. Pode também ocorrer de ser instituído novo usufruto na sequência, mas pelas regras de registro imobiliário, será necessário na escritura de venda e compra constar o cancelamento do usufruto anterior e ato-contínuo a instituição do novo. Verifique-se que o usufruto é uma condição dada à pessoa, uma vez que não é possível a transferência sem o cancelamento da restrição.

É possível um cônjuge instituir usufruto beneficiando seu consorte desde que proceda o gravame em imóvel particular, considerando o regime de bens de comunhão parcial ou em qualquer outro imóvel de seu patrimônio, quando casado pelo regime da separação de bens ou participação final nos aquestos, pois nesse último, durante a união, serão seguidas as regras da separação de bens.

3.3.2.2- Inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade.

As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade são denominadas restritivas. As duas primeiras impedem a alienação do bem e sua responsabilização por dívidas enquanto que a última "tem por fim impedir que o bem doado se comunique ao cônjuge".²¹¹ Por disposição do art. 1.911 do Código Civil, a cláusula de inalienabilidade implica impenhorabilidade e incomunicabilidade. Todas as cláusulas podem ser impostas de forma autônoma no testamento ou na doação.

O tema em comento não é novo, o Decreto nº 1.839, de 31 de Dezembro de 1907, que regulava o deferimento da herança no caso da

²¹¹ ALVIM, Agostinho. *Da doação*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1972, p. 254.

sucessão “ab intestato”, já admitia que fosse estabelecida condições de inalienabilidade pelo testador, sobre os bens dos herdeiros ou legatários (art. 3º).²¹²

O consagrado Registrador Imobiliário Ademar Fioranelli, conceitua a inalienabilidade como “a restrição imposta ao beneficiado de poder dispor da coisa, ou seja, de aliená-la. Por força dessa circunstância, o imóvel não pode ser alienado a qualquer título (venda, doação, permuta, doação em pagamento, alienação fiduciária), nem onerado com hipoteca; nem tampouco sobre ele será possível constituir direitos reais de anticrese e outros mencionados no art. 1.225 do Código Civil/2002”²¹³

O Tabelião de Notas deve alertar o doador, no momento da lavratura da competente escritura, sobre a necessidade de embasar de forma substancial a justificativa para a imposição da cláusula de inalienabilidade nos casos em que a doação se tratar de adiantamento da legítima, pois do contrário o ato poderá sofrer alteração em decorrência de decisão, ante a sua eventual impugnação perante o Poder Judiciário. Nesse sentido, Mauro Antonini ensina que,

“não serão válidas, por conseguinte, indicações genéricas, sem singularidade em face do herdeiro que

²¹² Decreto nº 1.839, de 31 de Dezembro de 1907 – Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1907, 19º da Republica – AFFONSO AUGUSTO MOREIRA PENNA – “Art. 3º: O direito dos herdeiros, mencionados no artigo precedente, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras especies os bens que constituirem a legítima, prescreva-lhes a incommunicabilidade, attribua á mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporaria ou vitalicia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentaria e, na falta desta, a transferencia dos bens aos herdeiros legitimos, desembaraçados de qualquer ônus”.

²¹³ FIORANELLI, Ademar. *Das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incommunicabilidade*: Série direito registral e notarial. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20.

sofrerá a restrição; nem puramente subjetivas, que impeçam a referida apreciação posterior. O que significa, por exemplo, que não atenderá ao requisito da explicitação da justa causa a imposição de inalienabilidade mediante simples afirmação de que visa a proteção do herdeiro, pois essa é a finalidade genérica da cláusula, sem nenhuma especificidade em face de um determinado testamento. Ainda exemplificando, também será insuficiente a alegação de que o cônjuge herdeiro, na cláusula de incomunicabilidade, não é pessoa confiável, sem indicação de algum aspecto passível de apreciação objetiva”.²¹⁴

Elas têm um caráter protetivo, pois são impostas para perenizar junto do donatário a propriedade do bem, salvo de dívidas e de eventual dilapidação por prodigalidade ou de um mau casamento. Constituem cláusula acessória do contrato de doação. Preleciona o artigo 1.848, da lei civil brasileira que “Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.” Dessa maneira, por força da exegese sistemática da interpretação dos arts. 549, 1.789 e 2.005, todos do Código Civil, verificamos que se aplica à doação, em regra, a exigência do art. 1.848, do CC.

Se a justa causa só é necessária quando a doação importa adiantamento da legítima, *a contrario sensu*, podemos afirmar que,

²¹⁴ ANTONINI, Mauro. *Código Civil Comentado*. Coordenador: Cezar Peluso, 3ª ed., São Paulo: Editora Manole, 2009, p. 2.083.

quando os bens da doação estão saindo da parte disponível do doador, essa justa causa torna-se dispensável, vez que nesta hipótese a legítima, para os efeitos legais, está intacta. Somente nesta hipótese, o bem pode ser gravado com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

3.4- Análise do princípio da boa-fé

No campo contratual o princípio da boa-fé terá a função de completar e suprir alguns dos elementos existências do negócio jurídico, quais sejam, o objeto e a vontade negocial. A boa-fé é um elemento da existência do negócio jurídico. O princípio da boa-fé incide para conformar, moldar, modificar, proibir, mas não para protagonizar sozinho. Portanto, vale dizer que não existiria negócio jurídico sem boa-fé, assim como não existe negócio jurídico sem vontade.

No plano da validade duas funções da boa-fé deverão ser observadas: a sanção de vícios e a contemplação do alcance da declaração de vontade. A primeira atua de forma positiva ao livrar o negócio jurídico de qualquer mácula, enquanto que a segunda age de forma negativa, invalidando cláusulas que podem redundar na própria iniquação do negócio como um todo. As lições de SILVIO RODRIGUES²¹⁵ ensinam que no embate entre o interesse dos credores e o adquirente de boa-fé vencerá este último para que prevaleça a “firmeza das relações negociais”. Portanto, verifica-se que a boa-fé subjetiva incide no plano da validade para purificar um vício existente. Quanto à declaração de vontade, veja-se que na teoria da aparência a boa-fé age

²¹⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 30ª ed., São Paulo: Saraiva, vol. 3, 2004, p. 231-232.

para suprir o vício, ou seja, na avaliação do caso concreto, a boa-fé subjetiva estimará a conduta do lesado, que agiu na crença de determinada aparência e confiança criada. Será necessário, contudo, que simultaneamente o engano por parte do contratante tenha sido escusável e a situação da aparência tenha sido perceptível aos olhos de terceiros.

No plano da eficácia três situações demonstram a boa-fé enunciadas nas seguintes expressões: “adimplemento substancial”; “*supressio e surrectio*”; “*nemo potest venire contra factum proprium*”. A primeira é invocada quando se verifica o inadimplemento de uma pequena parcela do valor devido que, se globalmente considerado, não simboliza grave falta a ponto de legitimar a resolução do contrato.²¹⁶ O adimplemento substancial revela uma função paralizadora operada pelo princípio da boa-fé objetiva. No tocante à figura da “*supressio e surrectio*”, PAIS DE VASCONCELOS²¹⁷ enuncia que toda vez que houver “abstenção prolongada no exercício de um direito” – seja na sua totalidade, seja em certa parte ou seja no modo do seu exercício – cria-se, no sentir do devedor, uma legítima e razoável expectativa de que dada situação se perpetuará, independentemente de não condizer com as avenças estipuladas em contrato. Esse estado de confiança faz com que uma repentina mudança no comportamento do credor almejando o restabelecimento da situação disposta no contrato seja considerado algo contrário à boa-fé. Por fim, resta falar sobre a proibição do comportamento contraditório ou “*nemo potest venire contra factum*

²¹⁶ Nesse sentido, COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 10ª ed., v. II, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 450-451.

²¹⁷ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Teoria geral do direito civil*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 274.

proprium”, que na teoria de SCHREIBER²¹⁸ comporta os seguintes requisitos: uma conduta inicial (*factum proprium*), uma legítima confiança da outra parte em relação à manutenção do sentido aferível da conduta inicial, um posterior comportamento contraditório que viole a confiança e, por último, um dano ou um potencial dano. Dessa maneira, conclui-se que o princípio não atua somente após eventual comportamento contraditório, pelo contrário, sua incidência é pretérita, sendo sentida a partir do momento em que se gerou uma confiança ocasionando a incidência do princípio da boa-fé para remediar o vício existente.

Aceitando a teoria de que o casamento é um contrato, parte-se do pressuposto lógico que as partes ingressam de boa-fé e que de modo oposto haveria invalidade, por nulidade ou anulação do ato, visto que não se cogita que duas pessoas se unam em casamento com a finalidade de lesionar o outro.

3.5- Análise do instituto da lesão

Segundo o artigo 157 do Código Civil nacional, ocorre lesão “quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”. Essa situação configura-se quando alguém obtém um lucro exagerado, desproporcional, aproveitando-se da inexperiência ou da situação de necessidade do outro contratante. É um *vício de consentimento* decorrente do abuso praticado em situação de desigualdade de um dos contratantes, por estar sob premente necessidade,

²¹⁸ SCHREIBER, Anderson. *Proibição de comportamento contraditório*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 124.

ou por inexperiência, visando a protegê-lo ante o prejuízo sofrido na conclusão do contrato, devido à desproporção existente entre as prestações das duas partes, dispensando-se a verificação do dolo, ou má-fé.

O instituto da lesão é definido de maneira mais ou menos uniforme por diversos autores. Alguns destacam no conceito o aspecto *objetivo* da lesão, dando mais importância para a desproporção das prestações do que ao estado subjetivo da parte lesada. Outros incluem em suas definições os elementos *subjetivos* da lesão, ou seja, o estado de necessidade, inexperiência, leviandade e, em alguns casos, o dolo de aproveitamento da parte lesionadora que conscientemente se aproveita do estado de fragilidade da parte lesada.

No primeiro grupo temos SILVIO RODRIGUES²¹⁹, “prejuízo que um contratante experimenta quando, em contrato comutativo, não recebe da outra parte, valor igual ao da prestação que recebeu.”; DARCY BESSONE²²⁰, “prejuízo que, nos contratos comutativos, resulta da desproporção das prestações reciprocamente prometidas pelos contratantes.”; ALEXANDRE ZEUCEANEU²²¹, “*La lésion est le préjudice qui, dans les contrats commutatifs, résulte pour l’une des parties, de la différence existant entre la valeur de la prestation à laquelle elle s’oblige et la valeur de ce qu’elle doit recevoir en retour.*”;

²¹⁹ RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1982, p. 209.

²²⁰ BESSONE, Darcy de Oliveira Andrade. *Do contrato: teoria geral*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 265

²²¹ ZEUCEANEU, Alexandre. *De la rescision des partages pour cause de lésion*. Paris: LNDJ, 1898, p. 1. “A lesão é o prejuízo que, nos contratos comutativos, é causado a uma das partes, como consequência da diferença existente entre o valor da prestação à qual ela se obriga e o valor daquilo que deve receber de volta.” (tradução livre)

GEORGES RIPERT e JEAN BOULANGER²²², “*Se llama así al perjuicio pecuniario que un acto jurídico ocasiona a la persona que lo realiza.*”; FRANCESCO DEGNI²²³, “*per lesione ultra dimidium, il legislatore ha voluto tutelare la permanenza di uno degli elementi essenziali della compra-vendita, cioè la causa, che, com’è noto, nei contratti bilaterali consiste nella controprestazione. Ora, quando questa è enormemente sproporzionata all’altra, vi è una parziale mancanza di causa.*”

No segundo grupo alocam-se, entre outros, ARNALDO RIZZARDO²²⁴, “negócio defeituoso em que uma das partes, abusando da inexperiência ou da premente necessidade da outra, obtém vantagem manifestamente desproporcional ao proveito resultante da prestação, ou exageradamente exorbitante dentro da normalidade. Ou, também, conceitua-se como todo o contrato em que não se observa o princípio da igualdade, pelo menos aproximada, na prestação e na contraprestação, e em que não há a intenção de se fazer uma liberalidade. Revelando a falta da equidade, ou a iniquidade enorme, provoca um desequilíbrio nas relações contratuais.”; MAZEAUD²²⁵, “*que un contrato puede ser anulado siempre que una de las partes haya explotado la penuria o la*

²²² RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: La Ley, v. I, 1979, p. 423. “corresponde ao prejuízo pecuniário que um ato jurídico acarreta à pessoa que o realiza.” (tradução livre)

²²³ DEGNI, Francesco. *Lezioni di diritto civile*. Padova: Edizioni CEDAM, 1935, p. 238. “por lesão *ultra dimidium*, o legislador quis tutelar a permanência de um dos elementos essenciais da compra e venda, que é a causa, que, nos contratos bilaterais consiste na contraprestação. Ora, quando esta é enormemente desproporcional à outra, existe uma parcial ausência de causa.” (tradução livre)

²²⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Da ineficácia dos atos jurídicos e da lesão no direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 69.

²²⁵ MAZEAUD, Henry y Léon, Jean. *Lecciones de derecho civil*. Parte segunda, v. II., Buenos Aires: EJE, 1969, p. 253. “um contrato pode ser anulado sempre que uma das partes haja explorado a penúria ou a inexperiência da outra, e também quando uma das partes haja contratado sob o império da necessidade.” (tradução livre)

inexperiencia de la otra, y asimismo cuando una de las partes haya tratado bajo el imperio de la necesidad.”; JEAN CARBONNIER²²⁶, “perjuicio pecuniario causado a una de las partes en razón de la desigualdad de valor entre lo que da y recibe. La lesión, conforme a su estimación positivo-legal, supone una desproporción objetiva respecto a un valor determinado subjetivamente, a causa de la utilidad prestatória experimentada por cada contratante y a diferencia del fraude, en que el perjuicio se ocasiona com intencionalidad.”

Nessa senda, verifica-se que o elemento objetivo da lesão diz respeito à equivalência das prestações, enquanto que o elemento subjetivo, ao estado psicológico das partes. São eles: estado de necessidade, inexperiência, leviandade e o dolo de aproveitamento.²²⁷ No presente trabalho o direcionamento dado é no sentido da lesão que o cônjuge maior de 70 anos, casado com a restrição legal da separação obrigatória de bens, poderá sofrer se doar algum bem de seu patrimônio ao seu consorte. Ao impor esse ônus às pessoas idosas limita-se a capacidade de administração de bens próprios, sob o pretexto de proteção. Na verdade, pouco importa a qual faceta da lesão o maior de 70 anos estaria exposto, fato é que qualquer pessoa, independente da idade, está exposta aos mesmos percauços.

O negócio jurídico para ser considerado válido necessita de manifestação de vontade livre e consciente, caso essas condições não

²²⁶ CARBONNIER, Jean. *Derecho civil*. Barcelona: Bosch, v. 2, t.2, 1971, p. 289. “prejuízo pecuniário causado a uma das partes em razão da desigualdade entre o valor que entrega e o que recebe. A lesão, conforme sua estimação positivo-legal, supõe uma desproporção objetiva sobre um valor determinado subjetivamente, a causa da utilidade da prestação dada por cada contratante e a diferença da fraude, em que o prejuízo de ocasiona com intencionalidade.” (tradução livre)

²²⁷ MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado. DEDALUS – Acervo – FD: 20400199304, São Paulo: USP, 2000, p. 94.

possam ser aferidas, a declaração estará viciada por algum dos defeitos do negócio jurídico. O Código Civil brasileiro capitulou entre os artigos 138 e 165 os defeitos do negócio jurídico. Entre eles não há qualquer referência etária para incidência ou não dos institutos. A violação do negócio jurídico por qualquer desses defeitos ocasionará a invalidade do ato, por nulidade ou anulação, independentemente de quantos anos tenham as partes contratantes.

3.6- Enfrentamento da questão boa-fé *versus* lesão no tocante à doação entre cônjuges

A doação, que já foi analisada de forma sucinta no presente trabalho, apresenta a característica de um contrato unilateral, benéfico, baseado apenas na vontade do doador. Só existe doação após a deliberação daquele que doa, todas as demais exigências criadas para o contrato, como a aceitação, por exemplo, só existem após o *animus donandi*.

O legislador ao tratar dos regimes de bens criou obrigatoriedade de aceitação em apenas dois tipos, um para caso de omissão dos nubentes (regime legal da comunhão parcial) e outro comissivo, ou seja, aqueles nubentes que se caracterizarem em alguma das situações previstas nas situações *numerus clausus*, estarão eles limitados a obedecer as regras do regime legal da separação de bens.

Nessa senda, as hipóteses previstas no artigo 1641, do Código Civil norteadoras da coerção legal, também já estudadas sem pretensão de esgotamento do tema, denotam que tão somente a restrição etária é medida intransponível, isto é, todas as demais possibilidades de restrição

do regime de bens podem ser alteradas após o cumprimento de certas exigências.

O friso quanto à capacidade laborativa *versus* à incapacidade de escolha do regime de bens chama a atenção de todos. Não cabe alegar proteção ao idoso para as regras do casamento e desproteção em relação ao restante do sistema, bem assim, existe previsão nas regras da doação quanto ao impedimento do esgotamento patrimonial do doador.

A questão fundamental a ser debatida não recai sobre o doador ou seu patrimônio, mas sobre o donatário, pois há uma pré-disposição de pensar que ele agirá de má-fé. Os contratos são lastreados sempre na expectativa da boa-fé. Não se imagina que as partes contratem com a finalidade exclusiva de prejudicar o próximo. Isso é exceção.

Mais do que o exercício mental impingindo ao conjugue donatário de ele estar de má-fé, há credibilidade que qualquer terceiro, estranho à relação conjugal é digno de maior confiança. O maior de 70 anos está restrito em sua liberalidade não para todos, afinal o regime de bens de separação obrigatória não se trata de norma sancionadora, mas protetiva. E na medida em que ele está protegido, também está discriminado, ele e seu cônjuge, vez que a restrição possui endereço certo.

Enorme confusão envolve o tema, principalmente quando há finalização do regime de bens em vida. A tendência majoritária do judiciário brasileiro em aplicar a súmula 377/STF, não recepcionada pelo Código Civil vigente, sobre mescla os patrimônio que até então eram sagradamente mantidos isolados.

A boa-fé, nesse tipo de tratativa, deve ser elevada e ao intuito da lesão caberá o trato compatível com a exceção que é. Não é cabível interpretação inversa, vez que colidiria com todo sistema jurídico nacional posto.

4- Análise de caso prático

O judiciário brasileiro, *data maxima venia*, por vezes, se incumbe da função de criador de leis e não de aplicador. Assim, fortificado por toda análise feita nas linhas anteriores deveria vencer o posicionamento quanto a inaplicabilidade da súmula 377/STF por sua não recepção pelo ordenamento jurídico atual. Esse raciocínio assenta a ideia de que os casados pelo regime da separação obrigatória de bens possuem patrimônios independentes, permitindo que cada um deles use, goze e disponha como quiser. Não faz sentido exigir sequer outorga do outro cônjuge para alienação, pois que cada uma das partes é considerada pessoa individualmente livre para fruição de seus negócios.

Aqui instala-se a seguinte celeuma, os juízes de primeira instância e tribunais têm diuturnamente ressuscitado o artigo 259, do Código Civil de 1916, não recepcionado pelo Código Civil de 2002 e embaixador da súmula 377/STF, para permitir a divisão dos bens onerosamente adquiridos na constância da união adstrita às regras do regime da separação obrigatória de bens.

O caso em análise trata de uma doação realizada pelo cônjuge varão, casado sob o regime da separação obrigatória de bens pelo motivo de idade superior a 70 anos. Quando da realização da escritura pública, por excesso de zelo do tabelião, fora solicitada a anuência da cônjuge virago para a realização do ato. A escritura foi encaminhada a registro alguns meses depois, pois que tratava-se da última fração de um todo maior que já vinha sendo escriturado e registrado paulatinamente. Ocorre que durante esse período os cônjuges se divorciaram e o juiz aplicou a súmula 377/STF para dividir os bens adquiridos onerosamente na

constância do casamento. Ao tomar conhecimento desse fato, o registrador de imóveis, responsável por dar ingresso à escritura nos livros imobiliários, solicitou que a escritura fosse retificada no sentido da ex-cônjuge comparecer doando este bem, uma vez que o adquiriu por força do divórcio, para isso, arguiu um procedimento de dúvida sobre a possibilidade ou não do registro para o juiz corregedor responsável, que decidiu conforme segue o anexo.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA de Campinas
 FORO DE CAMPINAS
 6ª VARA CÍVEL
 AVENIDA FRANCISCO XAVIER DE ARRUDA CAMARGO, 300,
 CAMPINAS - SP - CEP 13088-901

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1009372-46.2016.8.26.0114**
 Classe - Assunto **Dúvida - Registro de Imóveis**
 Requerente: **Helio Rosolen**
 Requerido: **Oficial do 3º Registro de Imóveis de Campinas**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Gilberto Luiz Carvalho Franceschini

Vistos.

Vistos.

Trata-se de procedimento de dúvida suscitado pelo Oficial do 3º CRI, a requerimento de HELIO ROSALEN, tendo por objeto o registro de escritura pública de doação com reserva de usufruto vitalício em seu favor, através do qual o interessado, assistido por sua esposa, com que é casado pelo regime da separação obrigatória de bens, faz doação a seu filho Luan Renato Rosolen do imóvel consistente do lote 16, quadra 90, loteamento denominado Jardim Novo Campos Elisios, nesta cidade, matrícula nº 95.843. O título foi devolvido para incluir a esposa do interessado, Vera Lucia Rosalen como outorgante doadora juntamente com seu marido.

Impugnação do interessado (fls. 25/26).

Sobreveio parecer do Ministério Público pela procedência da dúvida (fls. 35/37).

É o relatório.

Decido.

Conforme apurado, o imóvel foi adquirido pelo proprietário do imóvel, Helio Rosalen na constância de seu casamento sob o regime da separação obrigatória de bens com Vera Lucia Rosalen.

Ao que parece, ainda que formalmente Vera Lucia tenha figurado na escritura pública de doação como assistente, não resta dúvida de que na vida em comum, ambos os cônjuges desfrutaram por igual do imóvel adquirido.

Ademais, conforme salientado pelo Ministério Público, o registro público se reveste de formalidades legais, daí porque a vontade das partes não

1009372-46.2016.8.26.0114 - lauda 1

Este documento foi liberado nos autos em 01/12/2016 às 15:56. É cópia do original assinado digitalmente por GILBERTO LUIZ CARVALHO FRANCESCINI. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/eseaj>, informe o processo 1009372-46.2016.8.26.0114 e código 100059C.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA de Campinas
 FORO DE CAMPINAS
 6ª VARA CÍVEL
 AVENIDA FRANCISCO XAVIER DE ARRUDA CAMARGO, 300,
 CAMPINAS - SP - CEP 13088-901

pode se sobrepor à forma do registro.

Assim, aplicável o disposto na Súmula nº 377 do STF, que dispõe que no regime de separação legal de bens, comunicam-se aqueles adquiridos na constância do casamento.

O fato de terem sido anteriormente registradas transmissões de frações ideais na matrícula em questão não chancela a pretensão de novo registro, inclusive como já decidiu o Egrégio Conselho Superior da Magistratura, erros pretéritos não justificam nem legitimam outros.

Nesse sentido:

REGISTRO DE IMÓVEIS - Loteamento irregular - Pretensão de registro de escritura de compra e venda de lote - Necessidade de prévia regularização do parcelamento do solo - Desqualificação acertada - Impossibilidade de aplicação do regramento relativo à regularização fundiária - Abertura de matrículas de lotes no mesmo loteamento - Falhas pretéritas que não justificam o cometimento de novos erros - recurso não provido. (Apelação nº1003333-28.2015.8.26.0224. Relator Pereira Calças. Julgado em 12/06/2016).

Ademais, na matrícula trazida pelo interessado, ambos os cônjuges constam como alienantes fiduciários em favor do Banco do Brasil, tratando, portanto, de situação diversa da discutida nos presentes autos.

Ante o exposto, **julgo procedente a dúvida suscitada, para o fim de manter inalterada a recusa do Oficial do 3º CRI em promover o registro do título indicado.**

Encaminhe-se cópia da decisão ao 3º CRI.

Ciência ao Ministério Público.

P.R.I.C.

Campinas, 01 de dezembro de 2016.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
 CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**

1009372-46.2016.8.26.0114 - lauda 2

Este documento foi liberado nos autos em 01/12/2016 às 15:56, é cópia do original assinado digitalmente por GILBERTO LUIZ CARVALHO FRANCESCHINI. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/essaj>, informe o processo 1009372-46.2016.8.26.0114 e código 1000590C.

O IRIB (Instituto de Registro Imobiliário do Brasil) em seu boletim eletrônico²²⁸, posiciona-se da seguinte forma sobre o tema:

“No que se reporta ao casado no regime da separação obrigatória de bens, há, ainda, divergências de entendimento. Há doutrinadores que defendem não mais prevalecer os efeitos da Súmula 377 do SFT para as aquisições feitas na vigência do Código Civil de 2002, à título oneroso, por apenas um dos cônjuges, quando casado no regime da separação imposta pela lei. Alegam que a Súmula 377 entrou no mundo jurídico com base na legislação que havia na época, ou seja o Código Civil de 1916, que sofreu consideráveis modificações pelo de 2002, que não mais deu sustentação à regular aplicação da aludida Súmula para os casados no regime da separação obrigatória de bens, e que, de forma individual, venham a adquirir imóveis, à título oneroso na constância do matrimônio. Justificam tal posição não só pelas circunstâncias que levaram na oportunidade o STF a editar sobredita Súmula, que parecem superadas nos dias de hoje, mas principalmente pela intenção do legislador em fincar para o regime da separação de bens, quando a lei vier a assim determinar, que isso aconteça de forma ampla, ou seja, atingindo tanto os bens que cada um dos

²²⁸ BOLETIM ELETRÔNICO, IRIB. Disponível em: <http://www.ibr.org.br/noticias/detalhes/irib-responde-compra-e-venda-regime-matrimonial-separacao-de-bens-outorga-uxoria>; Acesso em: 05 de dezembro de 2016.

cônjuges leva para o casamento, como para as aquisições que vierem a ser feitas apenas em nome de um dos respectivos cônjuges durante o matrimônio, quer à título gratuito ou oneroso. Nessa direção é a intenção do legislador que podemos identificar, de forma mais transparente, no art. 1.829, inciso I, do Código Civil de 2002, quando não se entregou ao cônjuge sobrevivente nem mesmo o direito de concorrer com descendentes, quanto ao que foi deixado pelo cônjuge falecido, sem qualquer ressalva para o que eventualmente tivesse sido por ele adquirido antes do matrimônio, ou durante ele, de forma gratuita ou onerosa. De importância, ainda, observar que esse dispositivo integra Lei que adveio em momento posterior à mencionada Súmula, mostrando-nos elemento jurídico não existente quando do entendimento que a colocou no meio jurídico, razão pela qual, sustentam, mesmo reconhecendo sustentáveis opiniões em sentido contrário, que não mais prevalece a Súmula 377 para as aquisições feitas à título oneroso por quem, de forma individual e exclusiva, adquiriu bem durante a vigência do atual Código Civil. Desta forma, essa corrente defende que a separação obrigatória de bens deve ter igual tratamento dado à separação convencional de bens, enquadrando-se como separação absoluta, como exposto no art. 1.647, do referido C. Civil, dispensando a presença do cônjuge não titular de direitos na transmissão de um bem, que vai

reclamar somente a do que efetivamente venha a se mostrar como seu proprietário quando de sua alienação.

Resumindo: 1)-Regime de separação convencional de bens (com pacto) nos casamentos realizados sob a égide do Código Civil de 1916 e do atual código, não é necessária a anuência do cônjuge nas alienações de bens imóveis, desde que esse bem tenha sido adquirido somente por um deles. 2)- Regime de separação obrigatória de bens: há discussão sobre o tema: a)- Há quem defenda a aplicação da mesma regra prevista para a separação convencional, sem necessidade de vênua conjugal para os bens adquiridos somente por um dos cônjuges, e em época posterior ao início da vigência do Código Civil de 2002; b)- há quem defenda a prevalência da regra que prevê a necessidade de vênua conjugal em qualquer hipótese de alienação de bens. Finalizando, recomendamos que sejam consultadas as Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça de seu Estado, para que não se verifique entendimento contrário ao nosso. Havendo divergência, recomendamos que sejam obedecidas as referidas Normas, bem como a orientação jurisprudencial local.”

A comunidade jurídica extrajudicial fica a mercê do entendimento dado pelo judiciário quanto ao intuito da separação obrigatória, pois mesmo havendo responsabilidade direta do tabelião e do registrador

quanto aos atos por eles praticados e embora exista um estudo aprofundado sobre cada um dos atos que são praticados na serventia²²⁹, isso tudo de nada vale frente a decisão administrativa dada por um juiz corregedor que possui dentre outras atribuições a função fiscalizatória dos atos extrajudiciais. Nesse sentido, KÜMPEL²³⁰ apresenta em seu artigo que uma sentença dada em procedimento de dúvida registral tornou-se base para fundamentar todas as demais decisões nesse sentido no país. O caso concreto sobrepujou-se à não recepção do conceito pelo ordenamento jurídico vigente, e todas as celeumas sobre doação em regime de separação obrigatória de bens obedecem, como nos sistemas *common law*, a uma decisão de um juiz e não ao amparo da lei como no sistema *civil law* ao qual o direito brasileiro é filiado.

“É bem verdade que o enunciado sumular 377 surgiu por força do artigo 259 do código civil de 1916, não reproduzido no atual, o referido artigo determinava a comunicação dos aquestos no regime de separação total convencional, a fim de proteger a mulher vulnerável, alijada do mercado de trabalho. O Supremo Tribunal Federal na época entendeu que os efeitos do artigo 259 deveriam ser estendidos

²²⁹ Código Civil brasileiro, artigo 215. “A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena. § 1º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter: I - data e local de sua realização; II - reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas; III - nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação;”

²³⁰ KÜMPEL, Vitor Frederico. *A doação em regime de separação obrigatória*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI199938,61044-A+doacao+em+regime+de+separacao+obrigatoria>; Acesso em: 05 de dezembro de 2016.

também para o regime da separação total obrigatória a fim de igualar os dois regimes na tutela em questão. Ocorre que com a revogação expressa do artigo 259 pelo atual código, a súmula 377 perdeu o seu sustentáculo que era a isonomia do regime de separação. Porém, o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, em sede de dúvida registral entendeu vigente a súmula 377, quer para os casamentos anteriores ou posteriores ao código civil atual, entendendo ser obrigatória a outorga uxória ou marital no regime de separação obrigatória, estabelecendo uma verdadeira distinção entre o regime da separação obrigatória e da separação convencional, não justificável sob qualquer prisma que se queira encarar hoje a questão.”

É por isso que ainda há divergência sobre a aplicação ou não da súmula 377/STF. O assunto que deveria estar pacificado quanto a impossibilidade de aplicação de uma orientação fundada em um artigo revogado, gera cada dia mais dúvida por não haver rigorismo formal na utilização dos preceitos jurídicos.

O esforço de trazer à luz a aplicabilidade do artigo 259, do Código Civil de 1916, e assim também, da súmula 377/STF, corrobora o argumento daquela parte da doutrina, jurisprudência e operadores do direito que entendem válido o artigo 226, do mesmo código revogado, e responsável por inadmitir doações entre cônjuges casados no regime da separação obrigatória de bens.

Veja que esses dois raciocínios não revelam a melhor técnica do direito e ampliam a interpretação sobre a proteção do cônjuge maior de 70 anos para além do que está positivado no ordenamento jurídico vigente.

5- Sugestões de “*lege ferenda*”

Dispõe o artigo 1641, do Código Civil, “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”

É inegável o aumento da expectativa de vida do ser humano tanto no quesito prolongamento da existência biológica quanto no pleno desfrute de todas as competências que compõem a pessoa. Inúmeros são os exemplos de idosos que continuam produzindo e contribuindo para a sociedade, levando uma vida plena e em nada inferior aos cidadãos mais novos.

O conceito etário é sobremaneira consolidado que não escassam medidas legais que o corroborem. O Congresso Nacional acaba de aumentar a idade mínima da aposentadoria plena para sessenta e cinco anos, além dos inúmeros exemplos de cidadãos que apesar de aposentados seguem como arrimo de lar em pleno gozo das faculdades mentais. De acordo com o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil) e a Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL), em pesquisa divulgada em 21 de setembro de 2016, 33,9% dos aposentados

trabalham.²³¹

Nesse ponto cabe a seguinte indagação: será que o legislador realmente acredita que um cidadão pleno para o trabalho até os sessenta e cinco anos perderá sua capacidade aos 70 anos para gerenciar seus bens e não terá condições de saber se está sendo vítima de “golpe do baú”? Considerando que os Ministros do STF aposentam-se compulsoriamente aos setenta e cinco anos, constata-se então um contra-senso. O exemplo se sucedem, é confusa a situação de Hélio Pereira Bicudo que, com mais de 90 anos, foi protagonista de um dos mais relevantes acontecimentos na política nacional da década e a despeito da idade exibiu raciocínio rápido e sagaz, não só na peça assinada como também nas inúmeras entrevistas concedidas *a posteriori*.

O inciso em análise visa à proteção do patrimônio de idosos que, supostamente, em virtude da idade avançada, não teriam condições de decidir e, por consequência, dispor de seu patrimônio, entretanto, por mais nobre que seja essa intenção a tutela não encontra respaldo. A presunção de incapacidade em função de idade é fundamental quando legisla sobre o menor, porém é preconceituosa e mostra um ranço retrógrado do Estado quando manifesta-se sobre os idosos.

Os idosos devem gozar de benefícios como os garantidos pelo Estatuto do Idoso, e jamais poderiam ter direitos restritos. Restringir uma doação entre cônjuges em função de regime de bens que obrigatoriamente separa os patrimônios, reflete uma interferência à vida privada e contraria

²³¹ PORTAL G1. *Economia*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2016/09/mais-de-um-terco-dos-aposentados-continua-trabalhando-diz-pesquisa.html>>; Acesso em: 07 de dezembro de 2016.

o conceito da dignidade da pessoa humana. Não deve existir limite determinado diretamente pelo Estado, mas sim cada cidadão deve ser avaliado individualmente pelos seus, e, havendo necessidade, aí sim seria o momento oportuno da intervenção estatal, julgando a incapacidade caso a caso independentemente da idade. Abolir a restrição pela idade colocaria um fim a esse atentado à lógica, ao passo que aumentar a idade – como já foi feito em 2010 – apenas adiaría uma decisão definitiva, exigindo mais da máquina pública.

Sugestão para nova lei no sentido da facilitação e melhora do sistema atinente ao contrato de doação.

Sugestão de lege ferenda:

*Art. 1º O inciso II do **caput** do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com a seguinte redação:*

“Art. 1.641.

.....

II – (revogado);

.....” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Outra sugestão segue no sentido de deixar expreso no ordenamento jurídico vigente a possibilidade expressa da doação entre cônjuges mesmo quando casados pelo regime da separação obrigatória de bens. Afastando dessa maneira qualquer sombra de interpretação diversa.

O artigo 544 do Código Civil atual reza que é possível a doação de um cônjuge ao outro desde que, quando o bem não saia da parte disponível, seja considerado adiantamento de legítima.

“Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.”

Assim, a sugestão é no sentido da inclusão de um parágrafo único prevendo a hipótese expressa da doação entre cônjuges casados no regime da separação obrigatória de bens.

Sugestão de lege ferenda.

“Art. 544.

.....

Parágrafo único. É permitida a doação entre cônjuges ainda que sejam casados no regime da separação obrigatória de bens.”

6- Conclusão

O presente trabalho teve por fito apreciar a discussão da doação entre cônjuges maiores de 70 anos, casados pelo regime da separação obrigatória de bens. A análise passou pela questão da capacidade civil, andou pela capacidade laborativa, comparou outras formas de separação obrigatória, enfrentou as temáticas da boa-fé e da lesão, para, por fim, gerar algum tipo de conclusão sobre o assunto.

O septagenário não pode ser privado da disposição patrimonial. A propriedade composta pelo uso, gozo e fruição da coisa, não pode ser restrita por questões etárias. Mais ainda, é extremamente injusta a imposição legal ao desabonar exatamente quem o doador mais confia. Há um claro detrimento do cônjuge em relação a qualquer um do povo, ainda que estranho. Não se trata de proteção ao doador, mas de discriminação quanto ao cônjuge donatário. Não é admissível pensar que haverá desproteção patrimonial apenas em relação a esta pessoa que por mais que goze da confiança do doador não terá o poder de transferir os bens sozinha, sem antes passar pelo crivo de um tabelião, um registrador, bem como, do próprio doador.

Permitir que o inciso II, do artigo 1641, do Código Civil continue a existir, é regular a exceção, ou seja, pensar que todos os cônjuges de maiores de 70 anos são estelionatários e buscam lesionar o doador. As exceções devem guardar a análise *in casu* e não tornar-se regra geral. Por esse motivo foi sugerida a revogação do referido inciso. É descabido pensar que um Ministro do STF possui capacidade plena para seus atos enquanto trabalha e, ao mesmo tempo, não possui discernimento suficiente para escolher alguém que não o lesione para casar.

Na doação, por outro lado, há o resguardo da doação inoficiosa prevista no artigo 548, da lei civil. Assim, não há que se falar que o doador não resguardará o mínimo necessário para sua sobrevivência. Essa regra é aposta para todas as doações independentemente das características do doador. A análise sistemática do Código Civil permite encontrar outras saídas que não a restrição legal sobre o regime de bens.

Por fim, cabe ressaltar que a qualidade de vida faz aumentar a cada dia a expectativa de uma vida saudável. Mais do que simplesmente permanecer vivo, hoje em dia cada vez mais pessoas chegam aos 80 anos com capacidade e saúde. Esse crescimento de vitalidade não pode ficar sendo reajustado como fez a lei nº 12.344/ 2010. Há que se clamar pela consciência do legislativo no sentido da finalização dessa celeuma, pacificando tribunais, o extrajudiciário e a população no geral.

7- Referências bibliográficas

ALVIM, Agostinho. *Da doação*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1972.

ANTONINI, Mauro. *Código Civil Comentado*. Coordenador: Cezar Peluso, 3ª ed., São Paulo: Editora Manole, 2009.

ARMINJON, Pierre, NOLDE, Baron Boris e WOLFF, Martin. *Traité de droit comparé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. e WAHL, Alberto. *Trattato teórico-prático di diritto civile*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, vol. II, 1907.

BENINCASA, Vanessa. *Regimes patrimoniais da família*. Dissertação de mestrado. Professor Doutor Alcides Tomasetti Jr., DEDALUS – Acervo – FD: 20400028077, São Paulo: USP, 2004.

BESSONE, Darcy de Oliveira Andrade. *Do contrato: teoria geral*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEUDANT, Charles. *Cours de droit civil français. L'État et la capacité des personnes*. vol. 1, 1896.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código dos estados unidos do brasil commentado*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, vol. IV, 1930.

_____ *Direito Civil: direito da família*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BOLETIM ELETRÔNICO, IRIB. Disponível em: <http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/irib-responde-compra-e-venda-regime-matrimonial-separacao-de-bens-outorga-uxoria>; Acesso em: 05 de dezembro de 2016.

BRASIL CHAVES, Carlos Fernando e REZENDE, Afonso Celso Furtado de. *Tabelionato de notas e o notário perfeito*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. III Jornadas de Direito Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf/view> Acesso em: 10 de novembro de 2016.

BRIDEL, Louis. *Droit des femmes et le mariage*. Paris: Félix Alcan Éditeur, 1893.

CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. Paris: Presses Universitaires de France, 1957.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. *Contractos no direito direito civil brasileiro*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Tomo I, 1938.

CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código civil brasileiro interpretado*. 11a. Edição, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1981.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: contratos*. 6ª ed., v. 3, São Paulo: Saraiva, 2013.

_____ *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 10ª ed., v. II, São Paulo: Saraiva, 2007.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a imutabilidade das leis*. Salvador: Progresso, 1956.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de direito civil*. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, vol. VIII, Tomo I, 1956.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. 1ª ed., Campinas: Editora Romana Jurídica, 2004.

DEGNI, Francesco. *Lezioni di diritto civile*. Padova: Edizioni CEDAM, 1935.

DEMOLOMBE, C. *Traité des donations entre-vifs et des testaments*. 12ª ed., Paris: Auguste Durand Libraire et L. Hachette et Cie Libraires, 1863.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4.ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, vol. 3, 2009.

_____ *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2009.

_____ *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, vol. 2, 2009.

_____ *Dicionário jurídico: D – I*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

_____ *A nova teoria das incapacidades*. Revista *Thesis Juris* – RTJ, e ISSN 2317-3580, São Paulo, V. 5, N. 2, pp. 263-288, Mai-Ago. 2016.

DONDELLI, Luis Vicente. *Compra e venda de coisa futura. Emptio rei speratae*. Tese de Doutorado. Orientador Professor Doutor Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi, DEDALUS – Acervo – FD: 20400046848, São Paulo: USP, 2006.

ENNECCERUS, Ludwing; KIPP, Theodor & WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1951.

ESMEIN, A. *Cours élémentaire d’histoire du droit français*. 11ª ed., Paris: Recueil Sirey, 1912.

FIORANELLI, Ademar. *Das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*. Série direito registral e notarial. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANÇA, Professor R. Limongi (Coordenador). *Enciclopédia saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, vol. 14, 1977.

_____ *Enciclopédia saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, vol. 29, 1977.

_____ *Enciclopédia saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, vol. 56, 1977.

GAMA, Affonso Dionysio. *Regimens matrimoniaes e sucessões legítimas na legislação nacional e estrangeira*. São Paulo: Saraiva, 1929.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Traducción le la segunda edicion alemana y prologo por Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954.

GALVANO, Renato Rodrigues Costa. *A boa-fé objetiva no âmbito dos contratos relacionais*. Dissertação de mestrado. Orientador Professor Doutor Marco Fábio Morsello, DEDALUS – Acervo – FD: 20400205326, São Paulo: USP, 2016.

GOYTISOLO, Juan B. Vallet de. *Estudios sobre donaciones*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1978.

GOZZO, Débora . *Apontamentos sobre o patrimônio no casamento*

e na união estável. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Orlando. Direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HIRONAKA, Giselda M. F. N. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Orgs.). Novo código civil: questões controvertidas. Vol. 1. São Paulo: Método, 2004.

JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Buenos Aires: Editores Bosch, vol. III, Tomo III, 1951.

KÜMPEL, Vitor Frederico. *A doação em regime de separação obrigatória*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI199938,61044-A+doacao+em+regime+de+separacao+obrigatoria>; Acesso em: 05 de dezembro de 2016.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 2ª ed, São Paulo: Saraiva, 2014.

LONDRES DA NÓBREGA, Vandick. História e sistema do direito privado romano. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959

MADALENO, Rolf. Do regime de bens. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Orgs.). Direito de família e o novo código civil. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey e IBDFAM, 2003.

MALUF. *Cláusulas restritivas nas doações e testamentos*. DEDALUS – Acervo – FD: 347.674.4 (81) (43) M227c DCV, São Paulo: USP, 1981.

MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado. DEDALUS – Acervo – FD: 20400199304, São Paulo: USP, 2000.

MAZEAUD, Henry et MAZEAUD, Léon. *Leçons de droit civil*. vol. I, Paris: Montchrestien, 1980.

MAZEAUD, Henry y Léon, Jean. *Lecciones de derecho civil*. Parte segunda, v. II, Buenos Aires: EJEA, 1969.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 40ª ed., São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2005.

_____ *Curso de direito civil*. 40ª ed. (atualizada), São Paulo: Saraiva, vol. 2, 2013.

_____ *Curso de direito civil*. 40ª ed. (atualizada), São Paulo: Saraiva, vol. 5, 2013.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, vol. 3, 2012.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Teoria geral do direito civil*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. III, 2005.

_____ *Instituições de direito civil: direitos reais*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. IV, 2005.

PLANIOL, Marcel e RIPERT Georges . *Traité pratique de droit civil*. Paris, 1930.

PLANIOL, Marcel; RIPERT Georges et BOULANGER Jean. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: Libraire de droit et de jurisprudence, 1950.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, Tomo III, 1983.

_____ *Tratado de direito privado: parte especial*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, Tomo VIII, 1974.

_____ *Tratado de direito privado: parte especial*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, Tomo XLIII, 1972.

_____ *Tratado de direito privado: parte especial*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, Tomo XLVI, 1964.

PORTAL G1. *Economia*. Disponível em:
<<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2016/09/mais-de-um-terco-dos-aposentados-continua-trabalhando-diz-pesquisa.html>>;
Acesso em: 07 de dezembro de 2016.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: La Ley, v. I, 1979.

RIZZARDO, Arnaldo. *Da ineficácia dos atos jurídicos e da lesão no direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 30^a ed., São Paulo: Saraiva, vol. 3, 2004.

_____. *Dos vícios do consentimento*. 2^a ed., São Paulo: Saraiva, 1982.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 2^a ed., Campinas: Bookseller, vol. III, 2005.

SALVATORI, Carlos Eduardo D'Elia. *Incidência dos princípios da boa-fé e da função social conforme os planos do negócio jurídico*. Dissertação de mestrado. Orientador Professor Associado José Fernando Simão, DEDALUS – Acervo – FD: 20400224177, São Paulo: USP, 2014.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 8^a ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

SCHREIBER, Anderson. *Proibição de comportamento contraditório*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2016.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. III, 1957.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 8.ed., São Paulo: Método, 2014.

VARGAS, Pedro Paulo de Siqueira. *O contrato de doação como instrumento de planejamento sucessório no direito civil brasileiro*. Dissertação de mestrado. Orientador Professor Doutor Alessandro Hirata, DEDALUS – Acervo – FD: 20400224296, São Paulo: USP, 2014.

VELOSO, Zeno. *Regimes matrimoniais de bens*, in *Direito de família contemporâneo* (coordenação: Rodrigo Cunha Pereira). Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 15ª ed., São Paulo: Atlas, vol. 3, 2015.

ZEUCEANEU, Alexandre. *De la rescision des partages pour cause de lésion*. Paris: LNDJ, 1898.