

DOAÇÃO E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DE DOAR

Diogo Cressoni Jovetta¹

JOVETTA, D. C. Doação e restrição da liberdade de doar. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc.** UNIPAR. Umarama. v. 14, n. 1, p. 71-100, jan./jun. 2011.

RESUMO: Este estudo visa a averiguar alguns aspectos do contrato de doação, analisando seus elementos estruturais objetivos e subjetivos, espécies e suas hipóteses de extinção, com ênfase na evolução e tendências das restrições à liberdade de doar, a fim de conferir maior amplitude e eficácia ao instituto da doação. **PALAVRAS-CHAVE:** Doação. Contrato de doação. Doação universal. Doação inoficiosa.

INTRODUÇÃO

A doação é contrato civil por excelência. Ou, como adjetiva Agostinho Neves de Arruda Alvim no prefácio da segunda edição de “Da doação”, sua obra sobre o tema, “(...) é contrato civilíssimo” (ALVIM, 1972, [s.p.]).

Esse autor está convencido da excepcional importância do contrato, que, como nenhum outro, transborda do direito das obrigações para o direito de família e das sucessões.

A fim de atender a requisitos didáticos e organizacionais, este estudo foi dividido nas seguintes seções: Introdução, Natureza, Objeto, Doador, Donatário, Aceitação, Revogação, Liberdade de doar e Considerações Finais.

Durante o seu transcorrer, comentários de alguns aspectos atuais ou controvertidos do assunto, como a doação ao nascituro ou ainda a doação ao embrião, que conjuntamente com a doação à prole eventual, todos enquadrados na seção sobre o donatário.

A seção sobre a aceitação revelou-se intrigante, principalmente ao vislumbrarmos que há doutrina, esposando a possibilidade de existência de contrato com dispensa de aceitação nos casos apontados pela Lei.

Ao cabo, as restrições à liberdade de doar revelam uma tendência, como veremos.

¹Graduado em Direito pela PUC-Campinas (Pontifícia Universidade Católica de Campinas) (2005), especialista em Direito Tributário pela mesma instituição (2006) e Mestre em Direito pela Unimep (Universidade Metodista de Piracicaba) (2009). Professor das disciplinas Direito Empresarial, Direito Empresarial Aplicado, Direito Civil, Direito Processual Civil, Instituições de Direito e Práticas de Formação. Atua também como consultor e palestrante com ênfase em Direito Tributário, Cível e Empresarial. É sócio do escritório Fernandes, Piton e Jovetta Advogados Associados, em Campinas-SP.

1 Natureza

Alvim (*ibidem*), ainda na vigência do art. 1.165 do Código Civil de 1916, enunciava que o antigo código havia tomado posição no debate então vigente acerca da natureza da doação. O diploma brasileiro no art. 538, “(...) a exemplo do alemão e do suíço” (GONÇALVES, 2010, , p. 276) e diferentemente do direito francês (GAGLIANO, 2007; GONÇALVES, 2010), conceitua doação como “(...) o contrato” (GAGLIANO, 2007, p. 7).

Paulo Stolze Gagliano (*ibidem*) ressalta que assim também fazem o art. 940.º 1. do Código Civil de Portugal e o art. 769 do Código Civil italiano. Na mesma esteira, Maria Helena Diniz (2011, , p. 252) afirma que “nítida é a natureza contratual da doação, visto que gera apenas direitos pessoais, não sendo idônea a transferir a propriedade do bem doado. A doação acarreta unicamente a obrigação do doador de entregar, gratuitamente, a coisa doada ao donatário”.

Gagliano (2007, p. 14), por sua vez, conceitua que:

A doação, nessa linha, é um negócio jurídico firmado entre doador e donatário, por força do qual o primeiro transfere bens, móveis ou imóveis, para o patrimônio do segundo, que os aceita, animado pelo propósito de beneficência ou liberalidade como elemento causal da avença (*ibidem*, p. 14).

O contrato é espécie do gênero negócio jurídico (GOMES, 1972), e o Código Civil de 2002, apesar de ter disciplinado o negócio jurídico entre os fatos jurídicos (Título I, Livro III), deixou de conceituá-lo, assim como o diploma de 1916. É digno de nota que Teixeira de Freitas tentou a positivação de um conceito de contrato (BULGARELLI, 1999).

Darcy Bessone de Oliveira Andrade (1949, p. 21), na vigência do código revogado, afirmava que o conceito de ato jurídico – na verdade, negócio jurídico – do art. 81 daquele diploma não poderia simplesmente ser aplicado aos contratos: “(...) se o legislador conceituou o ato jurídico e se absteve de definir o contrato, quis, por certo, confiar a tarefa à doutrina, dadas as incertezas reinantes no assunto” (*Ibidem*, p. 21).

E como assinala o próprio autor, a doutrina não se furtou a fazê-lo:

O eminente COVIELLO professa que o contrato é uma forma geral de negócio jurídico, que pode ter aplicações variadas. É sempre a manifestação da vontade concorde de duas partes, pela qual surge entre elas uma determinada relação jurídica. Essa relação pode variar muito, pode ser de família (matrimônio, adoção), ou pode ser patrimonial (contrato, em sentido estrito). Na ordem patrimonial, o contrato pode

produzir a transferência da propriedade ou de direito real, como pode constituir, modificar ou extinguir uma relação obrigatória. (Manuale di Diritto Civile², §102). VON THUR diz que o contrato tem um raio geral de ação no comércio jurídico, apresentando-se, com suas funções de criação, modificação ou extinção de relações jurídicas, em todos os campos do direito privado, a saber, no dos direitos reais, no das obrigações, no do direito de família, no dos direitos hereditários e ainda no da criação de associações constituindo novas pessoas jurídicas (Tratado de las Obligaciones – Tradução de Roces, I, pág. 104). COLIN ET CAMPITANT definem o contrato como acordo entre duas ou mais pessoas com o objetivo de produzir efeitos jurídicos (Cours, II, pág. 273) (Ibidem, p. 18).

Convém destacar, ainda, o conceito de contrato apresentado por Andrade (1960, p. 29): “o Contrato é o acôrdo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial”. Ou ainda:

Acordo de vontades que cria, modifica ou extingue relações jurídicas, de natureza patrimonial, sempre que a sua conclusão depender do acordo de vontades, para um dos fins indicados haverá contrato, ainda que as suas condições sejam estabelecidas por regulamento ou hajam sido preparadas unilateralmente por uma das partes, como sucede nos acordos de adesão (Ibidem, p. 115).

Existem interessantes tentativas de ampliação deste conceito, todavia, neste trabalho, restringir-nos-emos à teoria expressa por Andrade (1949), consolidada do art. 1.321 do Código Italiano de 1942, que é assim analisado por Álvaro Villaça Azevedo (1975, p. 21): “Se examinarmos o art. 1.321 do Código Civil Italiano de 16 de março de 1942, observa-se nele estatuído o moderno conceito de contrato, como sendo um acordo de duas ou mais pessoas, para, entre si, constituírem, regularem ou extinguírem uma relação jurídico-patrimonial”.

Descendo mais fundo na matéria em apreço, Diniz (2011) afirma que o contrato de doação é unilateral, formal e gratuito. Já Gonçalves (2010) assevera que, em regra, doação é contrato unilateral, formal ou solene e gratuito. Alvim (1972) assegura que se trata de contrato formal, unilateral, benéfico, apenas excepcionalmente de trato sucessivo e, em hipótese alguma, consensual. E Arnoldo Wald (2009) considera o contrato de doação unilateral, consensual e gratuito. Nomeado e disciplinado no Código Civil, o instrumento não passa de contrato típico (AZEVEDO, 1975).

Afora a tipicidade, as classificações apresentadas focalizam o contrato de doação de forma geral, fazendo referência à sua natureza primária.

As partes, no entanto, podem alterar essa natureza. A doação modal ou com encargos, por exemplo, pode ser considerada bilateral (VENOSA, 2010, v. 2) e onerosa (GAGLIANO, 2007; SIMÃO, 2005) embora não de forma pacífica nem em uma (WALD, 2009) nem em outra classificação (ANDRADE, 1949).

Quanto à classificação como contrato unilateral, Alvim (1972, p. 7-8) expõe o raciocínio daqueles que não consideram a doação contrato em regra unilateral, pois haveria a obrigação do donatário de receber o bem doado, demonstrando seu inconformismo:

O raciocínio seria este: a obrigação de receber está em correspondência com o direito de entregar, por parte do doador, já que a entrega por parte deste não constitui somente uma obrigação, mas também direito, pois tem ele interesse em desobrigar-se. Logo (dir-se-á) ao direito de entregar há de corresponder a obrigação de receber. Não nos parece assim. O que vemos aqui é apenas a passividade do donatário, obrigado a sofrer a consignação, o que não caracteriza uma obrigação da sua parte, e por isso mesmo não retira ao contrato o caráter de unilateral (Ibidem, p. 7-8).

No que tange à classificação como contrato gratuito ou desinteressado, Andrade (1949, p. 31) expõe que a classificação do direito italiano prevalece sobre a francesa:

Note-se que, enquanto os franceses adotam, como elemento de diferenciação, a utilidade, os italianos fundam a distinção no ônus. Seria possível fazer-se uma só e mesma classificação com base em elemento distintivo tão diverso? Afigura-se-nos que a utilização de dados diferentes de distinção entre as duas categorias deve conduzir a classificações diversas (Ibidem, p. 31).

(...)

No nosso sentir, o que caracteriza o contrato oneroso é o ônus e, sendo assim, a distinção italiana, baseada nesse elemento, corresponde melhor à denominação, porque considera oneroso o contrato que onera as duas partes e gratuito aquele que, onerando somente uma delas, é gratuito para a outra (Ibidem, p. 31).

A distinção italiana fixa, portanto, uma regra clara e objetiva para a classificação, afastando a complexidade do sistema francês entre interessado e desinteressado, que levou o jurista francês Robert Joseph Pothier a classificar a doação com encargo como contrato misto:

O contrato, embora indivisível, pode ser, em parte, interessado e, em

parte, desinteressado. Será misto, tendo, então a seguinte definição, dada por POTHIER: “Os contratos em que uma parte confere benefício à outra, exigindo desta uma coisa de menos valor, que aquela que lhe dá”. Cita, como exemplo, a doação com encargos (Ibidem, p. 34).

Quando se adota o critério da onerosidade *versus* gratuidade, a objetividade já citada por Andrade (ibidem) se impõe, como afirma Venosa (2010, v. 2, 414):

Doutro lado, temos de ter em mente que o contrato somente pode ter uma classificação em cada categoria: ou é gratuito ou é oneroso; não podendo se em parte oneroso e em parte gratuito. Por essa razão, é criticável a doutrina que admite contratos mistos. Se é carreada uma obrigação à parte, ainda que à primeira vista unicamente beneficiada, o contrato é oneroso (Ibidem, p. 414).

Isso não significa afirmar, porém, que o sistema francês não possui seus méritos:

A distinção francesa, diversamente, adota como elemento diferenciador a intenção liberal ou o *animus donandi*, considerando gratuito o contrato em que uma das partes se obriga desinteressadamente e oneroso o em que ambas contratam interessadas. Então, a denominação mais adequada, mais conforme a distinção adotada, deve ser de contratos interessados e desinteressados. Cumpre ter em vista que o ônus, recíproco ou unilateral, revela-se objetivamente, enquanto que o espírito de generosidade é necessariamente subjetivo, dependendo a sua apuração do exame das circunstâncias que rodeiam a operação jurídica. Além disso, é certo que, se todo ato desinteressado é gratuito, nem todo ato gratuito se inspira no propósito de generosidade e é desinteressado. Por último, há a considerar que, se o ônus, como a vantagem correlata, é sempre de natureza patrimonial, a intenção liberal pode se originar de motivos de ordem não patrimonial ou puramente moral (ANDRADE, 1949, p. 32).

Qual das duas classificações – onerosos e gratuitos ou interessados e desinteressados – oferece maior interesse do ponto de vista prático? A nosso ver, todos os interesses geralmente indicados como justificativos da necessidade prática de se distinguirem os contratos em gratuitos e onerosos prendem-se a intenção liberal e, portanto, o que provam é que deve ser observada a classificação dos contratos em interessados e desinteressados, baseada precisamente naquela intenção. Com efeito, é nos contratos desinteressados, nos quais prepondera o

espírito de liberalidade, que: a) – sendo, em regra, o benefício destinado a determinada pessoa, o erro sobre a pessoa assume especial importância e conduz mais facilmente à nulidade da operação; b) – não sendo lícito fazer-se generosidade à custa alheia, a ação pauliana, cujo escopo é resguardar da fraude direito de terceiros, depende de requisitos mais simples; c) – tratando-se de ato de generosidade, sem interesse próprio, há maior indulgência na apreciação da responsabilidade, por culpa contratual; d) – pela mesma razão, não há responsabilidade do autor da liberalidade pela evicção (30); e) – por faltar o intuito de lucro, impossibilita-se o caráter mercantil (Ibidem, p. 34).

O contrato de doação também pode conter condições e termos, que podem ser suspensivos ou resolutivos, aplicando-se a estes as normas gerais pertinentes aos respectivos institutos (art. 121 e seguintes do Código Civil).

A classificação em unilateral e bilateral, oneroso e gratuito, gera importantes consequências práticas, como na interpretação (art. 114 do Código Civil), na responsabilidade pelos riscos do negócio (art. 392 do Código Civil) (VENOSA, 2010, v. 2), na fraude contra credores (art. 158 e 159 do Código Civil), na exceção de contrato não cumprido (art. 476 do Código Civil), nos vícios ocultos (art. 441, parágrafo único do Código Civil) e na evicção (art. 447 e 552 do Código Civil) (GONÇALVES, 2010).

O contrato de doação é formal ou solene, o que significa dizer que o legislador prescreve a obrigatoriedade de forma (art. 541 do Código Civil). “Sem a forma prescrita em lei, nula será a doação” (SIMÃO, 2005, p. 116). A norma tem razão de ser: todo homem pode ter suas fraquezas e ilusões, e a obrigatoriedade de forma escrita impõe o seu rigor como meio de proteger a família, os credores e o próprio doador contra seduções, obsessões e adulações (ALVIM, 1972).

Para os bens imóveis, é exigida escritura pública e registro (GONÇALVES, 2010). A forma solene é da essência do ato, é sua substância, seu elemento, e sua ausência resulta na nulidade de pleno direito (ALVIM, 1972).

Alvin (ibidem) prescreve que a doação nunca é consensual, ou seja, jamais se aperfeiçoa apenas pelo acordo das partes. Para esse autor, a forma legalmente prescrita é obrigatória para a validade do ato e não mero meio de prova da celebração do contrato das doações em geral; e a tradição deve-lhe suprir nas de pequeno valor – que o autor não considera de caráter real:

A doação dita obrigatória consubstancia uma obligatio; a tradição, que se lhe segue, é execução de contrato perfeito, e não aperfeiçoamento dele. No caso do parágrafo único, a doação dita real, não constitui obligatio em nenhum momento, pois que se aperfeiçoa pela datio (Ibidem, p. 55).

O legislador estipula que a doação verbal será válida se o objeto for de pequeno valor e se lhe seguir *incontinenti* a tradição (art. 541, parágrafo único do Código Civil). Mas afinal, o que é pequeno valor?

A norma é de proteção do doador e não do donatário que se enriquece à custa do primeiro. Portanto, como a lei não fornece parâmetro, leva-se em consideração o patrimônio do doador (GONÇALVES, 2010, v. 3); é ele que a lei visa a proteger. Se seu patrimônio for diminuto, uma simples moeda poderá ser de valor elevado, e a norma o protegerá de empobrecer-se ainda mais. Todavia, se o patrimônio do doador for demasiadamente elevado (Ibidem), essa correlação poderá fazer com que se perca o sentido de “pequeno valor” (ALVIM, 1972). Conforme aponta aresto selecionado por Azevedo e Venosa (2004, p. 299):

Doação verbal de veículo – impossibilidade em função do valor do bem – Inadmissibilidade de prova exclusivamente testemunhal para provar a existência de doação verbal – Sentença mantida – Preliminares de incompetência absoluta da justiça estadual e nulidade da sentença afastadas. 1 – Girando as causas em torno de doação, que é matéria de direito civil, competente é a justiça comum para dirimir a controvérsia. 2. Não é nula a sentença fundamentada sucintamente, de maneira deficiente, ou mal fundamentada, desde que, nesses três casos, contenha o essencial. 3. A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular, exceto se versar sobre bens móveis de pequeno valor (art. 1.168, parágrafo único, do Código Civil), como tal não podendo considerar um automóvel que, na época em que teria ocorrido a suposta doação, valia 81,2 salários mínimos. 4 – Mesmo que a legalidade fosse reconhecida, em função do valor do bem, a existência do contrato de doação não poderia ser provado exclusivamente por prova testemunhal, tendo em vista o disposto no art. 401 do Código de Processo Civil. (TJRJ – Acórdão 15092 – Apel. Cível – 3ª CC – Rel. Ivan Bortoleto – Publicado em 8.3.1999) (Ibidem, 2004, p. 299).

Como afirmamos, a norma é de proteção ao doador e visa a protegê-lo de seus próprios impulsos, obrigando-lhe ao formalismo nas doações de maior valor para que medite se é seu real intento empobrecer-se.

Por isso, cabe ao donatário provar origem de seu domínio, que coincide com a cessação da anterior (Ibidem). Frente à impossibilidade de provar a existência de contrato verbal superior a 10 salários mínimos (art. 401 do Código de Processo Civil), este pode se mostrar um critério prático, objetivo e não demasiadamente restritivo do conceito de pequeno valor. Nos dias atuais, motos novas e carros velhos, por exemplo, podem ser adquiridos por essa quantia.

Wald (2009, v. 3) assevera que as características do contrato de doação

são enriquecimento do donatário, *animus donandi*, atualidade da atribuição patrimonial e irrevogabilidade.

Entre esses elementos, o *animus donandi* é o espírito que anima, por assim dizer, a declaração de vontade do donatário. Não se confunde com a vontade interna do doador ou com as motivações do agente. Como demonstra Alvim (1972, p. 9):

Com efeito, devemos admitir que o *animus donandi*, a vontade de bem fazer, possa não existir interiormente em certos casos; e poderá até mesmo ocorrer que nem mesmo na aparência haja esse animo.

(...)

O contrário seria valorizar o motivo, que o nosso direito não leva em consideração, como elemento do contrato, e que não se deve confundir com a causa, ou o objeto (Ibidem, p. 9).

A doação, afinal, é contrato – e o contrato é negócio jurídico bilateral (BULGARELLI, 1999) – e está subordinada às mesmas regras de declaração da vontade dos negócios jurídicos. O elemento particular do *animus donandi* não poderia prejudicar o sistema de obrigatoriedade de declaração da vontade nos negócios jurídicos:

A vontade se constitui não apenas internamente, mas por momentos integrativos sucessivos, dos quais o último é a declaração. Do ponto de vista jurídico ou social, não oferecem interesse especial as etapas volitivas internas, incapazes, precisamente pela falta de exteriorização, da criação de vínculos ou relações exteriores. O que conta, sob esse aspecto, é somente a vontade declarada, porque é a declaração que, gerando vínculos, produz o ato jurídico (ANDRADE, 1949, p. 105).

A vontade, sendo ato interno, depende da manifestação ou declaração, para produzir efeitos jurídicos. A declaração é, então, a sua exteriorização, considerada constitutiva quando tenha por finalidade dar existência a um ato jurídico. Sob esse aspecto, distingue-se da exteriorização simplesmente declarativa. Além de constitutiva, é necessário, em regra, para a formação do vínculo contratual, que a declaração seja receptícia, isto é, dirigida às pessoas diretamente interessadas (Ibidem, p. 50).

E liberalidade é “(...) gratuidade, dispensada a sondagem íntima” (ALVIM, 1972, p. 10).

Após suas explicações supratitadas, Andrade (ibidem) afirma que, em seu entender, a solução entre a validade da vontade declarada e da vontade real

não pode se restringir à mera escolha da vítima. A resposta, segundo o autor, passa por solução eclética, pois se a segurança jurídica exige a validade da vontade declarada, é vontade interna a real expressão da autonomia da vontade.

Ao disciplinar a matéria, o Código Civil de 2002 reiterou que a interpretação da vontade declarada deve buscar a intenção dos agentes (art. 112 do Código Civil de 2002 e art. 85 do Código Civil de 1916), enquanto o art. 110 impõe a prevalência da vontade declarada, salvo se o destinatário conhecer a vontade interna do declarante. A exceção à regra da prevalência da vontade declarada visa a compatibilizar o sistema de declaração da vontade com o princípio da boa-fé, expresso no art. 113 do Código Civil.

É por falta do *animus donandi* que a inatividade do proprietário ou credor que deixa consumir a usucapião ou a prescrição não se caracteriza como doação, o mesmo correndo com o cumprimento de obrigação natural, na venda a baixo preço, na emancipação no que se faz por piedade e na esmola (ALVIM, 1972).

Wald (2009, v. 3, p. 59) explica que, em oposição à ideia de liberalidade subjetiva, surgiu, no Código Civil alemão e depois no Código Civil italiano de 1942, a “(...) idéia de que a doação devia importar num enriquecimento do donatário ao qual corresponderia um empobrecimento do doador” – ideia atualmente também esposada por Gonçalves (2010, v. 3).

Por esse motivo, Alvim (1972) não considera doação os serviços prestados de forma gratuita, ressalvados casos excepcionais, pois não terá havido significação real e efetiva do patrimônio do doador. “É necessário que haja uma relação de causalidade entre o empobrecimento, por liberalidade e o enriquecimento” (GONÇALVES, 2010, v. 3, p. 278).

2 Objeto

A doação é contrato pelo qual o doador fica obrigado a transmitir bens ou vantagens ao donatário (art. 538 do Código Civil). Trata-se de contrato que envolve, portanto, a prestação da obrigação de dar. Conforme preceitua Azevedo (2004, p. 37), o objeto que se apresenta na prestação deve ser lícito, possível, determinado ou determinável e “(...) sempre, de conteúdo econômico ou conversível economicamente”.

Diniz (2011, v. 3, p. 262) assinala que objeto é requisito de validade do contrato e que deve ser coisa *in commercio*: “Requisito objetivo, pois para ter validade a doação precisará ter por objeto coisa que esteja *in commercio*: bens móveis, imóveis, corpóreos ou incorpóreos, presentes ou futuros, direitos reais, vantagens patrimoniais, de qualquer espécie”.

É preciso deixar claro que o enriquecimento do donatário poderá

consistir em qualquer atribuição patrimonial, como a aquisição de propriedade ou direito real limitado, a cessão de créditos ou de qualquer vantagem patrimonial, desde que obtida à custa do patrimônio do doador. Assim, o empobrecimento do doador deverá constituir o elemento de caracterização que permita distinguir a doação de qualquer outro negócio jurídico (Ibidem, p. 255).

O mesmo apontamento faz Alvim (1972, p. 11), que explica, ainda, que o interesse do legislador foi alargar o conceito de doação, bastando que o donatário recebesse uma vantagem, “(...) um bem no seu mais amplo sentido”. À semelhança de Wald (2009), o autor concebe possível, em dependência das circunstâncias, existir doação na renúncia de direitos, renúncia de herança, na cessão de direitos patrimoniais, no usufruto gratuito e no uso e na habitação. Mas, adverte que, nas doações indiretas, a forma será a prescrita para tais atos.

Há, porém, entendimento diverso no sentido de não haver doação sem bem corpóreo, mas apenas cessão gratuita de direitos (GAGLIANO, 2007).

Embora se constitua uma vantagem, não se configura doação na concessão de garantias reais ou fidejussórias (GONÇALVES, 2010, v. 3), pois lhe falta o elemento da transferência de vantagem de um patrimônio ao outro, como asseguram ambos os autores diretamente supracitados. À sua posição se podem somar os seguintes comentários: “As garantias fidejussórias ou reais prestadas por alguém em proveito de outrem não serão tidas como doação, porque o empobrecimento será meramente potencial” (DINIZ, 2011, v. 3, p. 255) e “As garantias fidejussórias ou reais prestadas por alguém em benefício de outrem, não constituem doação, porque o empobrecimento é potencial” (ALVIM, 1972, p. 16).

Gonçalves (2010, v. 3) perfila autores que não reconhecem a possibilidade de doação de coisa futura, como Paulo Lôbo e Orlando Gomes, mas a razão lhe parece estar com Agostinho Alvin, Caio Mario, Eduardo Espínola e Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça, de cujas palavras faz uso ao afirmar que: “Em rigor, porém, as coisas futuras, com exceção das sucessões ainda não abertas, podem, em nosso direito, ser objeto de um contrato” (CARVALHO DE MENDONÇA, 1938, v. 1, p. 59 *apud* GONÇALVES, 2010, , p. 282).

3 Doador

Para o contrato de doação, exige-se, por parte do doador, a mesma capacidade requerida para os contratos em geral. A capacidade encontra certas limitações em razão de situação especial ou de direito de família (DINIZ, 2011). Não vigoram as restrições impostas ao ascendente em caso de permuta ou venda a descendentes (GONÇALVES, v. 3, 2010).

No que diz respeito aos cônjuges casados, com exceção dos em regime de separação absoluta, não se pode doar sem o consentimento do outro cônjuge, salvo as doações remuneratórias, de bens comuns ou dos que podem integrar futura meação (WALD, 2009, v. 3). Gonçalves (2010, v. 3, p. 277) afirma que “Marido e mulher podem fazer doações recíprocas, sendo, porém, inócuas no regime de comunhão universal”. Já Diniz (2011, v. 3) vê aí uma impossibilidade, já que o acervo patrimonial é comum a ambos no que é amparada por precedente da lavra do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1993a).

O menor não pode doar, exceto quando autorizado a casar, e no pacto antenupcial, pode doar ao outro nubente, conforme as disposições do art. 1.654 do Código Civil. (GONÇALVES, 2010, v. 3).

Ao maior de 16 anos é permitido testar (art. 1860 parágrafo único do Código Civil), mas a situação é diferente: o testamento não pode prejudicá-lo, mas a doação poderia empobrecer-lhe.

Diniz (2011, v. 3) afirma que, nas doações com encargo de pai para filho, deve-se nomear curador especial, conforme art. 1.692 do Código Civil.

Ao tutor é vedado alienar os bens do menor a título gratuito, ainda que com autorização judicial, sob pena de nulidade (art. 1749, II do Código Civil). Conforme Diniz (ibidem), os bens do menor sob poder familiar também não podem ser doados, pois são objeto de mera administração pelo pai ou pela mãe (art. 1.689, II do Código Civil). Ainda segundo a autora, o pródigo pode realizar doações assistido por seu curador, pois é capaz de certos atos de administração (Ibidem).

A doação por mandato é possível, mas o *animus donandi* deve estar expresso, assim como a descrição do bem ou vantagem objeto da doação e a pessoa do beneficiário da liberalidade; sendo insuficiente a cláusula que confere ao mandatário poderes genéricos (ALVIM, 1972).

O falido e o insolvente não podem doar (art. 158 do Código Civil) (ALVIM, 1972), assim como os que pela doação se reduzirão à insolvência, por configurar fraude contra credores. “Somente quem não tem dívidas insolúveis tem a faculdade de fazer liberalidades (*Nemo liberalis nisi liberatus*)” (GONÇALVES, 2010, v. 3, p. 295).

Ainda conforme Gonçalves (ibidem, p. 282), desta vez, esposado pela opinião de Carvalho de Mendonça (1938, v. 1, p. 295 *apud* GONÇALVES, 2010, v. 3, p. 282):

A regra busca proteger os credores do doador. Se as dívidas deste superam o ativo, ou seja, o seu patrimônio, caracterizando o estado de insolvência, a doação constitui inaceitável liberalidade realizada com dinheiro alheio (Ibidem, p. 282).

É anulável a doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice (art. 550 do Código Civil), não importando o regime de bens (ALVIM, 1972). O prazo de dois anos após a dissolução da sociedade conjugal, previsto no art. 1.649 do Código Civil, era reportado por Alvim (ibidem) como prescricional na vigência do antigo diploma e decadencial por Simão (2005) à luz do atual Código Civil. A ação logicamente pode ser intentada antes desse prazo ou mesmo antes do fim da sociedade conjugal.

Wald (2009, v. 3) adverte que o Superior Tribunal de Justiça faz adequada distinção entre concubina e companheira para admitir a validade de legado em favor da última, devendo a mesma tese se aplicar à doação.

Neste sentido, vale destacar a observação que ganha relevo frente à EC 66/2010, a qual modificou o art. 266 §6 da Constituição Federal: com a emenda, parte significativa da doutrina e da jurisprudência, considera que não mais persiste no ordenamento o instituto da separação, restando como fator de dissolução da sociedade conjugal apenas o divórcio. Ao separado de fato não divorciado é lícito contrair união estável (art. 1723, §1º Do Código Civil) (GONÇALVES, 2010, v. 6), não se reputando, nessa condição, anulável a doação feita ao companheiro (BRASIL, 1993b).

Na doação de ascendentes para descendentes, não há a necessidade de anuência dos demais descendentes como na venda (art. 496 do Código Civil) ou na permuta de bens com valores desiguais (art. 533, II do Código Civil). Ocorre, de fato, o adiantamento do que lhes cabe por herança, como afirma Gonçalves (2010, , p. 290):

Estes estão obrigados a conferir, no inventário do doador, por meio de colação, os bens recebidos, pelo valor que lhes atribuir o ato de liberalidade ou a estimativa feita naquela época (CC, art. 2.004, §1º), para que sejam igualados os quinhões dos herdeiros necessários, salvo se o ascendente os dispensou dessa exigência, determinando que saiam de sua metade disponível, contanto que não a excedam, computando o seu valor ao tempo da doação (CC, art. 2.002 e 2.005) (Ibidem, p. 290).

A simples doação de avô para neto não importará adiantamento de legítima (RIBEIRO, 2005), salvo se suceder no lugar do pai, por estirpe ou representação (GONÇALVES, 2010, v. 3; DINIZ, 2011, v. 3), como afirma Arnaldo Marmitt (1994, p. 213):

Em nosso Direito só o filho do doador precisa colacionar o valor que recebeu, para igualar as legítimas de todos os ascendentes. A obrigação não atinge o neto. Não sendo ele herdeiro, fica livre da colação.

Esta é uma verdade pura e simples, decorrente da Lei (Ibidem, p. 213).

4 Donatário

Todos aqueles capazes dos atos da vida civil têm capacidade para receber doação, e, em função do caráter benéfico do ato, também o podem receber, por expressa determinação legal, o nascituro (art. 542 do Código Civil), os incapazes (art. 543 do Código Civil) e a prole eventual (art. 546 do Código Civil) (GONÇALVES, 2010, v. 6).

4.1 Nascituro

Segundo Gagliano (2007, p. 140), o nascituro é o “(...) ente concebido, embora ainda não nascido, dotado de vida intra-uterina”, distinguindo-se, assim, o nascituro do embrião.

Nas palavras de Mário Figueiredo Barbosa (2006, p. 32), para a teoria natalista, o nascituro “(...) é o sujeito despersonalizado humano, conforme estabelece o art. 2º do Código Civil. Isso significa que, antes do nascimento com vida, o homem e a mulher não têm personalidade, mas como já titularizaram os direitos postos a salvo pela lei, são sujeitos de direitos”.

Já para a teoria concepcionista o nascituro é pessoa, já que possui personalidade para adquirir direitos, ou seja, ser sujeito de direitos e conseqüentemente poder integrar uma relação jurídica.

Ainda a respeito desse embate doutrinário, eis a impressão de Gagliano (2007, p. 142):

A impressão que temos é de que o legislador do Código Civil brasileiro, aparentemente, quis abraçar a teoria natalista, em seu art. 2.º, mas fez diversas concessões à concepcionista, reconhecendo, ao nascituro, em inúmeros dispositivos legais, não apenas uma “expectativa”, mas também “direitos” propriamente ditos (a exemplo dos direitos da personalidade).

A despeito de toda essa profunda controvérsia doutrinária, o fato é que, nos termos da legislação em vigor, inclusive do novo Código Civil, o nascituro, embora não considerado pessoa, tem proteção legal dos seus direitos desde a concepção (Ibidem, p. 142).

O novo Código Civil em seu artigo 542 apresenta nova redação, com o vocábulo “representante legal”, corrigindo o antigo art. 1.169 do Código Civil de 1916, que utilizava a palavra “pais”. Nem sempre a curatela do nascituro será

exercida pelos pais (Ibidem, p. 145):

A representação do nascituro dá-se por intermédio dos pais, como decorrência do poder familiar (CC 1.630). Se a mulher é solteira, o nascituro permanece, salvo pretensão diversa do pai, representado pela mãe (CC 1.633). Se o pai falecer estando grávida a mulher, não tendo esta o poder familiar, dar-se-á curador ao nascituro (CC 1.779 e CPC parágrafo único). Se a mulher tiver sido interditada, seu curador será também o do nascituro (CC 1.770, par. ún) (NERY JÚNIOR; NERY, 2002, p. 212 *apud* GAGLIANO, 2007, p. 145).

Se fosse adotada a teoria concepcionista, o nascituro, assim como o recém-nascido, seria pessoa (art. 1º Código Civil), mas absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil (art. 3º, I, do Código Civil). A aceitação da doação pura pelo nascituro poderia, portanto, realizar-se de forma ficta (art. 543 do Código Civil).

Adotada a teoria natalista, a aceitação pelo representante legal do nascituro é indispensável, mesmo na doação pura, uma vez que o Código Civil não estendeu ao nascituro a mesma benesse concedida ao absolutamente incapaz.

Diniz (2011, v. 3) afirma que nascido morto o então nascituro, mesmo que aceita a doação por seus representantes legais, a doação caducará por ser o nascituro titular de direito sob condição suspensiva.

4.2 Doação ao embrião e à prole eventual

Como vimos, é grande a controvérsia acerca da personalidade do nascituro. Conforme as impressões de Gagliano (2007), o direito positivo atual põe a salvo seus direitos, mas não o considera pessoa.

Mais agudo é o debate acerca da possibilidade de doação ao embrião. Adotada a teoria concepcionista de forma ampla, o óvulo fecundado, mesmo que artificialmente, adquire personalidade embora não tenha sido implantado no útero.

O autor sustenta a viabilidade da doação feita ao embrião e até ao material fecundante apto e aguardando fecundação se a inserção no útero se der nos 300 dias seguintes à doação, por extensão da benesse concedida ao nascituro. O argumento é legítimo, mas a utilização do prazo previsto no art. 338, II do Código Civil de 1916 não nos parece coerente, afinal o embrião pode ser congelado.

O prazo de congelamento poderá se tornar indefinido ante os constantes avanços da Medicina. O art. 5º, II, da Lei 11.105/2005 autoriza a utilização de células-tronco embrionárias obtidas a partir de embriões congelados há mais de três anos para pesquisas, atendidas às demais condições da Lei. A esse prazo de

possível congelamento – três anos ou mais – é que se poderiam crescer os 300 dias referentes à gestação.

Adotada a teoria natalista e entendido que o embrião não pode ser equiparado ao nascituro, doação ao embrião torna-se inconcebível, salvo na condição de prole eventual, pois não possui capacidade para contratar e não há disposição legal que autoriza terceiro a por ele aceitar a doação, ao contrário do nascituro.

Na doação à prole eventual de que trata o art. 546 do Código Civil, existem duas condições suspensivas: se o casamento se realizar e se a prole nascer com vida (GONÇALVES, 2010, v. 3). Se o casal não tiver filhos, a condição suspensiva terá falhado (ALVIM, 1972).

Alvim (ibidem) adverte que, na doação feita à prole eventual, o donatário é a futura prole e não os pais. Trata-se, segundo ele, de figura *sui generis* que não se confunde com fideicomisso, pois nessa figura o fiduciário poderia alienar a coisa, embora seu domínio seja resolúvel. Para esse autor, a figura se aproxima do usufruto em que os pais podem usar e gozar a coisa, mesmo sendo fungível.

As doações feitas aos nubentes ou à futura prole destes regulada pelo dispositivo legal supramencionado não podem ser confundidas com presentes enviados quando da ocasião do casamento, que são o cumprimento de uma obrigação social, salvo quando, excepcionalmente, o presente for de modo tal que prevalece a natureza de ajudar o donatário (ALVIM, 1972).

5 Aceitação

Dada a natureza contratual da doação, é indispensável, para o aperfeiçoamento do ato, a aceitação (ALVIM, 1972), que pode ser expressa, tácita ou ficta (GONÇALVES, 2010, v. 3). Aceitação que, conforme Andrade (1949, p. 85), pode ser conceituada como “(...) a declaração do destinatário duma proposta, dirigida ao proponente, de querer concluir o contrato conforme a mesma proposta”.

O conceito pressupõe superação da “(...) exigência dogmática de só se admitir contrato quando a liberdade de determinação do seu conteúdo, por ambas as partes, se acumula à liberdade de contratar propriamente dita” (GOMES, 1972, p. 36), bastando, portanto, a mera aceitação.

A aceitação expressa pode ser descrita como aquela “(...) que não exige do destinatário mais do que um esforço de compreensão, jamais de interpretação” (Ibidem, p. 97).

A aceitação tácita ocorre quando revelada pelo comportamento do donatário:

Classicamente, a manifestação da vontade se distingue entre expressa e tácita. É expressa quando se exprime por palavras orais ou escritas,

gestos ou sinais normalmente destinados à sua exteriorização. Quanto à manifestação tácita, é, sem dúvida, feliz a observação de GIORGI de que se funda no princípio da contradição, no sentido de que se colocaria em contradição com os fatos o dissenso (ANDRADE, 1949, p. 50).

O silêncio, todavia, não pode ser considerado como aceitação tácita, já que não passa de completa inação, isto é, abstenção, ausência tanto de palavras, como de atos e fatos. Quem silencia não diz “sim”, mas também não diz “não” (Ibidem).

Andrade (ibidem, p. 55), após discorrer sobre a doutrina que entende que, em determinadas situações, havia um dever de manifestação e sobre a doutrina que entende ser afirmação positiva de vontade apenas o silêncio circunstanciado ou qualificado (art. 111 do Código Civil), aborda o silêncio nos contratos em geral: “a despeito do silêncio, circunstâncias outras permitem a apuração da vontade do destinatário da oferta, então a solução será a que decorrer da vontade apurada”. A conclusão semelhante chega Venosa (2010, v. 2).

Diante do dispositivo legal que, na hipótese, atribui caráter positivo ao silêncio do donatário quando o caso for de doação pura ou não sujeita a encargo, Alvim (1972, p. 41, 46) afirma que se trata de aceitação presumida pela lei, o que ocasiona diferentes resultados quanto ao tempo da aceitação e também a possibilidade de aceitação tácita mesmo nos casos de doação onerosa:

E é importante distinguir, porque, na hipótese de consentimento pelo silêncio, a doação se consuma no momento em que se esgota o prazo dado; enquanto que, se se exigir prática de atos (consentimento tácito ou indireto), a doação somente se aperfeiçoa no momento em que um ato nessas condições seja praticado (Ibidem, p. 41).

(...) mas eu penso que, mesmo havendo encargo, ela se aperfeiçoará se houver consentimento tácito, isto é, quando haja atos do donatário incompatíveis com a não-aceitação, como, p. ex., o pagamento de impostos. Daí a necessidade de distinguir (ver supra) entre consentimento pelo silêncio e consentimento tácito (Ibidem, p. 46).

Em sentido contrário, Diniz (2011, v. 3) prescreve que, na doação com encargo ou onerosa, é imprescindível que o donatário a aceite expressa e conscientemente.

Afora as doações manuais de pequeno valor, o contrato de doação exige forma escrita, o que dificulta, na prática, a aceitação tácita. A razão, no entanto, parece estar com Alvim (1972), que considera possível a aceitação tácita mesmo

na doação com encargos ou onerosa.

Ao nosso entender, o art. 541, parágrafo único dispensa a forma escrita nesses casos sem fazer distinção entre doação pura ou onerosa. E o art. 107 do Código Civil prenuncia a liberdade de forma nas declarações de vontade – nesse caso, aceitação –, salvo quando a Lei a exigir. Vejamos o exemplo: o filho não dirige a palavra ao pai por qualquer uma das diversas razões tolas pelas quais os filhos brigam com os pais, destinando a este o silêncio. O pai, fazendeiro de grande patrimônio, desejando reatar os laços com o filho maior de idade, oferece-lhe em doação um trator velho que possui, de valor inferior a 10 salários mínimos. Como todo pai, há, no ato, desejo de inculcar alguma responsabilidade ao filho e também de não lhe ferir o ego, motivo pelo qual o pai fixa um encargo: o trator será doado, mas o filho deverá preparar não só sua própria terra, mas também a do pai. *Incontinenti* à promessa de doação, é realizada a tradição, simbólica e manual, por meio do depósito sobre a mesa das chaves da máquina. O pai se vai, e o filho silencia, mas apanha as chaves, e, utilizando-se do trator, prepara não só a sua terra, mas também a do pai, cumprindo o encargo. Torna-se forçoso admitir, na hipótese, a existência de aceitação tácita de doação manual onerosa.

Quando a doação é pura e o doador fixa prazo para aceite (art. 539 do Código Civil), o silêncio qualificado do donatário presume sua aceitação (GONÇALVES, 2010, v. 3), salientando Diniz (2011, v. 3) que o donatário deve ter ciência do prazo.

No caso do art. 546 do Código Civil, Gonçalves (2010, v. 3) afirma que a celebração do matrimônio gera a presunção legal de aceitação. Já Alvim (1972, p. 120) afirma:

Donde concluo que, bem pesadas as coisas, este caso não é de doação que dispensa aceitação (como soam as palavras do texto), mas de doação a quem a aceitação se dá pelo silêncio, e a recusa se dá por manifestação, a fim de que o casamento deixe de aperfeiçoar a doação (Ibidem, p. 120).

Gonçalves (2010, v. 3, p. 279) salienta, ainda, que o atual código corrigiu impropriedade técnica do diploma de 1916, que admitia aos incapazes a aceitação da doação pura esclarecendo que: “Trata-se, na realidade, de aceitação ficta, que dispensa manifestação de vontade, mas que produz os efeitos de um consentimento efetivo, tal qual ocorreria se o donatário fosse capaz e emitisse uma declaração volitiva, como emerge da redação do citado art. 543”.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, Marmitt (1994, p. 54) defende que “Não podendo emitir declaração de vontade por ser incapaz, ao declinar sua aceitação em consonância com o permissivo legal, o que, na verdade,

ocorre é uma aceitação ficta ou legal”.

Acreditamos que tal ficção permaneça em nosso sistema jurídico, apesar do diploma legal utilizar a locução “dispensa-se a aceitação”. Parece-nos ser esse o entendimento mais fiel à natureza contratual da doação, que o Código Civil de 2002 reafirma. Em sentido contrário, posicionam-se Alvim (1972), que teria aceitado a exceção ao sistema contratual, e Wald (2009, v. 3), que afirma ter o código dispensado, nos casos previstos em lei, o elemento da aceitação para o aperfeiçoamento do contrato.

6 Revogação: anulação, rescisão e resolução

A doação pode ser revogada por ingratidão, inexecução do encargo bem como pelas causas comuns a todos os contratos e negócios jurídicos. E só pode ser pleiteada pelo doador em juízo, sendo personalíssima a ação (GONÇALVES, 2010, v. 3).

No caso de inexecução do encargo, é necessário que o doador tenha incorrido em mora. O encargo nada mais é do que o cumprimento de uma obrigação. Se o termo for certo, valerá o brocardo romano *dies interpellat pro homine* (art. 397 do Código Civil) (AZEVEDO, 2004). Se não possuir termo certo, necessária será a interpelação conforme o art. 562 do Código Civil, muito embora o art. 397, parágrafo único, do mesmo diploma prenuncie norma geral mais razoável.

Conforme redação do dispositivo legal é o doador quem deverá assinalar prazo razoável para o cumprimento do encargo. Esse prazo razoável não deve ser entendido como aquele da vontade do devedor, mas como critério objetivo que deve ser alcançado pela conciliação dos princípios constantes nos art. 331, 332, 134 e 581 do Código Civil (Ibidem).

A revogação por ingratidão é de ordem pública, irrenunciável, e a ação é de caráter personalíssimo (GONÇALVES, 2010, v. 3), o que, na vigência do Código Civil de 1916, gerava grande controvérsia acerca do homicídio doloso do doador pelo donatário e que levou Marmitt (1994) a concluir que os herdeiros poderiam ser parte legítima para propor a demanda revocatória – controvérsia esta que gerou a criticada redação do art. 561 do Código Civil (WALD, 2009).

Para Gonçalves (2010, v. 3), Marmitt (1994), Simão (2005) e Alvim (1972), o rol dos art. 557 e 558 do Código Civil ou o de seus correspondentes no antigo diploma é taxativo, posição defendida também por Edson Mendonça Junqueira (2005).

Já o enunciado 33 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal proclama: “O novo Código Civil estabeleceu um novo sistema para a revogação por ingratidão, pois o rol legal previsto no art. 557 deixou de ser taxa-

tivo, admitindo, excepcionalmente, outras hipóteses”.

Alguns arestos já foram proferidos na vigência do novo Código Civil, seguindo o pensamento do enunciado 33 (Ibidem). Por fim, a doação com encargo já cumprido não se revoga por ingratidão (art. 564, II do Código Civil) (FRANÇA, 1989).

7 Liberdade de doar

7.1 Doação universal

O dispositivo confere ao doador proteção irrecusável, visando a assegurar a sua subsistência. Trata-se de vedação legal que limita a liberdade do doador com o intuito de realizar “(...) a mediação concretizadora do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal)” (BRASIL, 2010b, [s.p.]), impedindo que o doador fique sem os recursos financeiros essenciais às suas necessidades elementares. Neste sentido, Simão (2005, p. 120) explica que “(...) trata-se de nulidade absoluta que visa impedir que, num momento de afobamento, em razão de um forte senso de caridade, o doador realize doações sem pensar em sua subsistência”.

Não basta que o doador ainda possa trabalhar, porque a possibilidade de ganho ainda não é patrimônio, e nem será renda. No caso de constituição de renda ou usufruto, é obrigatório que seja vitalício (ALVIM, 1972). Como afirma Gonçalves (2010, v. 3, p. 296):

A limitação visa proteger o autor de liberalidade tão ampla, impedindo que, por sua imprevidência, fique reduzido à miséria, bem como a sociedade, evitando que o Estado tenha de amparar mais um carente. Não basta que o donatário se comprometa a assisti-lo, moral e materialmente. A nulidade recai sobre a totalidade dos bens, mesmo que o doador seja rico e a nulidade de uma parte baste para que viva bem (Ibidem, p. 296).

A doação de todos os bens do doador é ato nulo de pleno direito, salvo quando ressalva o usufruto dos bens ou conserva o necessário para assegurar sua sobrevivência (Ibidem), podendo ser decretada de ofício pelo juiz (ALVIM, 1972).

A ação de nulidade pode ser provocada pelo doador, que possui o interesse presumido, pelos herdeiros e, inclusive, pelos credores do doador, quando lesados e de qualquer outro interessado, incluindo-se aqueles que futuramente podem ser compelidos à prestação alimentar pelo dever de assistência (Ibidem).

7.2 Doação inoficiosa

O ordenamento jurídico veda que, por ato de liberalidade, quem possui herdeiros necessários desfaça-se da parte que a estes “pertence de pleno direito” (art. 1.846 do Código Civil) e que não poderia dispor em testamento. É o que se denomina doação inoficiosa: “A lei considera nula a que, feita por quem tem herdeiros necessários, ultrapassar a parte de que o doador poderia dispor em testamento, seja o donatário um dos filhos, seja estranho” (ALVIM, 1972, p. 162).

Havendo herdeiros necessários à época da doação, esta só pode ir até o limite da porção disponível, apurável de acordo com a quantidade dos bens existentes na data da munificência. Do contrário, em caso de ultrapassagem desse montante, estar-se-ia ferindo a legítima dos herdeiros, o que não é permitido. Absolutamente nula é a parcela excedente da meação disponível (MARMITT, 1994, p. 197).

Antes, ainda na vigência do Código Civil de 2002, muitos autores já defendiam a nulidade absoluta da doação inoficiosa, como Marmitt (*ibidem*, p. 202): “O ascendente tem interesse, em face de seu direito eventual, ut art. 121, do Código Civil, tratando-se, ademais, de nulidade absoluta, decretável de ofício”.

E Alvim (1972), que indica que assim também pensavam Martinho Garcez, Orlando Gomes e Washington de Barros Monteiro, para quem “(...) em face do Código, o caso é de nulidade absoluta, não há duvida, eis que, a favor dessa solução militam assim os termos da lei como os tratadistas” (*Ibidem*, p. 183).

No entanto, e com razão (BRASIL, 2005; BRASIL, 2010a), Gagliano (2007) assegura que a jurisprudência anterior ao Código Civil de 2002 atribuía natureza anulatória ao ato, com prazo prescricional de 20 anos para o exercício da ação judicial correspondente, o que tornaria forçoso concluir que o prazo foi reduzido para dois anos pelo art. 179 do Código Civil.

Esse autor, todavia, afirma que o Código Civil de 2002 “(...) cuidou de traçar uma diagnose lingüística diferencial mais nítida entre os institutos jurídicos da nulidade e da anulabilidade” (*Ibidem*, p. 46). E que o art. 549 prescreve que “é nula também a doação” ao contrário do que estipulou nos art. 496, 533, 550, 1.550, 1.558 e 2.027, por exemplo (*Ibidem*).

Gagliano (*ibidem*) argumenta, ainda, que esse entendimento não prejudica o princípio da segurança jurídica, já que, embora o ato nulo não convalesça pelo decurso do tempo (art. 169 do Código Civil), o pedido dirigido à reivindicação da coisa – natureza real – e ao das perdas e danos – natureza pessoal – estariam submetidos ao decurso do prazo prescricional geral de 10 anos (art. 205 do Código Civil).

O ascendente é interessado de forma inquestionável na ausência de des-

cedentes. Se os tiver, será interessado eventual, o que não é suficiente para fazer desaparecer o interesse, tendo em vista que o ato é nulo e o interesse, ainda que remoto, deve ser considerado válido (art. 168 do Código Civil) (ALVIM, 1972).

Embora Gagliano (2007) afirme que a companheira está impedida de figurar no polo ativo:

Nesse diapasão, observe-se que, no atual sistema, a companheira ou companheiro não é considerado herdeiro necessário (art. 1.845), razão por que não poderá figurar no pólo ativo da demanda. A despeito da dignidade constitucional alcançada pela união estável (art. 226, §3º, da CF), o que nos leva a sustentar a invalidade de importantes normas legais ordinárias (a exemplo do absurdo e incompreensível art. 1.790), não podemos deixar de reconhecer que casamento e união estável não tem propriamente o mesmo sentido jurídico, daí poder o ordenamento admitir determinados direitos e prerrogativas à esposa não extensíveis à companheira, como se deu com o reconhecimento da qualidade de herdeiro necessário apenas ao cônjuge (Ibidem, p. 51).

Em sentido aparentemente contrário, Gonçalves (2010, v. 6, p. 290) defende que:

O companheiro não foi incluído expressamente no rol dos herdeiros necessários, malgrado o art. 226, §3º da Constituição Federal, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, o equipare ao cônjuge, procurando igualar as entidades familiares. Por sua vez, o art. 1.790 do Código Civil estabelece a sucessão obrigatória do companheiro, “na vigência da união estável”, em concorrência com os filhos comuns ou os do outro, ou o “direito à totalidade da herança”, se não houver parentes sucessíveis. Por essa razão afirma Paulo Luiz Netto Lobo: “se há herança necessária, há herdeiro necessário”. Todavia, o que se pode dizer é que o legislador perdeu a oportunidade de prever, de forma expressa, tal proteção também para o companheiro supérstite (Ibidem, p. 290).

Também não se pode confundir a ação de redução da doação inoficiosa com litígio sobre a herança de pessoa viva, pois:

- a) Anulado o ato, o bem retorna ao patrimônio do doador (ALVIM, 1972);
- b) A ação tem por objeto nulidade de contrato entre vivos;
- c) Reporta-se ao momento da liberalidade;
- d) O legislador apenas utilizou o mesmo parâmetro que determinou

para o testador (GONÇALVES, 2010, v. 6).

Quando diversas e seguidas uma da outra forem as doações inoficiosas, o ponto de partida da nulidade será a primeira, dando-se a redução a partir da última (ALVIM, 1972). Importante notar que o valor venal não se impõe:

DOAÇÃO - Parte inoficiosa - Sentença que faz acerto de contas e restringe nulidade a parte de um dos bens doados, a partir de considerações que tomaram por base os valores venais dos imóveis que compunham patrimônio dos doadores - Impossibilidade - Valor venal que é padrão fiscal para incidência de tributo e não guarda, necessariamente, vínculo com a realidade do mercado - Apelo provido para restringir a doação aos limites legais com expedição, na origem, de mandados aos registros imobiliários - Incidência dos arts. 1.171, 1.176 e 1.721 do Cód. Civil de 1916, mais o texto do art. 1.846 do Cód. Civil de 2002 (BRASIL, 2011b, [s.p.]).

A regra legal é de proteção da legítima, que pode está assim conceituada por Clóvis Beviláqua (1932 *apud* ALVIM, 1972, p. 178): “Legítima é a porção de bens que a lei reserva aos herdeiros descendentes e ascendentes, que, em virtude dessa segurança legal de seus interesses contra o arbítrio do testador, se denominam herdeiros necessários, reservatários, forçados ou legitimários”.

Os autores frequentemente classificam a restrição da liberdade de doar em vida os bens que integrariam a legítima – doação inoficiosa – como decorrente da necessidade de compatibilizar a transferência gratuita de bens em vida com as regras atinentes ao direito sucessório, como explica Marmitt (1994, p. 198): “O princípio de testar somente a metade dos bens seria burlado se ao testador (sic - doador) fosse permitido mais do que isso. Neste caso alcançaria ele por ato *inter vivos* o que a lei veda *mortis causa*”.

Wald (2009, v. 6, p. 244-6) remonta ao direito romano para explicar a origem histórica da legítima:

O direito romano, tendo estabelecido a onipotência do *pater familias*, admitiu inicialmente a sua mais ampla liberdade para testar. Embora tendo o testamento romano as suas raízes históricas na ad-rogação (adoção de pessoa *sui juris*), é possível que, numa época remota, só pudesse testar quem não tivesse filhos, do mesmo modo que só podia ad-rogar quem não os tivesse.

As restrições à liberdade de testar fizeram-se de maneira sucessiva, num plano meramente formal e num plano material. Estabeleceu-se, a princípio, a obrigação, para o testador, de fazer referência aos seus herdeiros legítimos (*ab intestato*) mais próximos, seja com a finalida-

de de os instituir, seja com a de os deserdar.

Havendo, segundo os juriconsultos da época, uma espécie de condomínio entre os parentes, por ser a família uma unidade econômica, com patrimônio próprio, impunha-se a necessidade de deserdar os parentes de forma solene, referindo-se a cada um deles nominalmente. O fato de o testador não mencionar um dos seus herdeiros *ab intestato* passou a implicar inexecução do testamento, chamando-se para a herança os herdeiros legítimos.

Ocorria, também, que a superveniência de um descendente, ainda inexistente no momento da lavratura do testamento, importava em ruptura ou revogação tácita do instrumento contendo as últimas vontades. Não havia, no caso, nulidade do testamento, mas o herdeiro instituído não recebia os bens, cuja posse era atribuída pelo pretor aos herdeiros legítimos. Essa atribuição de posse foi denominada *bonorum possessio contra tabulas*, ou seja, posse dos bens concedidos contra as disposições testamentárias, implicando caducidade do testamento.

Foi o *bonorum possessio* a primeira restrição estabelecida à liberdade de testar.

Depois, na época imperial, surgiram limitações de caráter material. Nos casos de deserdação que revelavam injustiça flagrante, recorreu-se a uma ficção, já conhecida em outros direitos da antiguidade, de acordo com a qual se admitia que o testador não estivesse em seu perfeito juízo. A insanidade mental era provada pela iniquidade da deserdação, e a ação própria para anular o testamento, por esse motivo, era a *querela inofficiosi testamento*. Posteriormente, um *senatus consultus* da época de Marco Antônio proibiu a utilização da querela desde que os parentes próximos tivessem recebido no mínimo um quarto da herança. Tal norma prova suficientemente a insinceridade do expediente encontrado pelos juristas romanos quando recorriam à ficção da insanidade mental do testador. Finalmente, não mais se admitiu a anulação do testamento, mas tão somente a redução de suas disposições, a fim de assegurar a quota dos legitimários ou herdeiros necessários. A Novela 115 de Justiniano estabeleceu os casos de deserdação, entendendo a melhor doutrina que a desobediência aos princípios por ela fixados importaria em nulidade de testamento.

Ao lado da legítima do direito romano, encontra-se a reserva do direito germânico. É sabido que nesta existia uma co-propriedade entre os diversos membros da família, cuja unidade era protegida pela transmissão do patrimônio ao primogênito. A reserva do direito germânico teria seguido uma evolução inversa à do direito romano. Inicialmente, em vez de liberdade de testar, encontrar-se-ia, no direito germânico, a herança necessária, destacando-se, com o tempo, certa quota em relação à qual o testador poderia dispor livremente.

A diferença de natureza e de origem entre os dois institutos mereceu interessante análise de Bonfante, em que este assinala o caráter equi-

tativo, alimentar, da legítima romana, baseada no *pietas*, e com medidas limitadas, opondo-se à reserva germânica como resíduo de uma ordem social ultrapassada, em que a liberdade de dispor importou num relevante progresso a favor da liberdade individual. Em verdade, o direito romano aceitou a legítima como exceção ao princípio básico da liberdade de testar e o direito germânico viu, na livre disposição de pequena parcela de bens pelo testador, uma exceção ao princípio do condomínio familiar. Foram evoluções inversas que o direito moderno mesclou e confundiu. Efetivamente, nos costumes da Idade Média e no Código de Napoleão, como naqueles que o sucederam, as idéias de reserva e de legítima confundem-se para resguardar os direitos sucessórios da família (Ibidem, p. 244-6).

O autor entende filosófica e sociologicamente “(...) haver uma relação entre o fundamento do direito alimentar e o da herança necessária, pois ambos visam, mediante normas de ordem pública, assegurar certa solidariedade econômica entre os membros da mesma família” (Ibidem, p. 246).

De fato, Diniz (2011, v. 6) justifica a própria existência do direito sucessório de forma que, sem dúvida, guarda relação com as ideias de Adam Smith no campo da economia:

Gustav Radbruch assevera que o direito sucessório assenta na idéia de uma hipotética harmonia preestabelecida entre o interesse individual e o interesse social, à semelhança do que ocorre com o direito de propriedade. Sua argumentação baseia-se, indubitavelmente, no fato de que o interesse pessoal visa o progresso, uma vez que o ser humano, buscando seu próprio interesse, tende a adquirir, sem seu proveito, bens, atendendo assim, indiretamente, ao interesse social, pois aumenta o patrimônio da sociedade. Por isso, a sociedade permite a transmissão de bens aos herdeiros, estimulando a produção de riquezas e conservando unidades econômicas a serviço do bem comum. Daí se infere que o direito das sucessões desempenha importante função social (Ibidem, p. 20).

A própria Constituição adotou a livre iniciativa e a forma de organização econômica denominada capitalismo (GRAU, 1990), com o estado organizado de forma a atuar como agente normativo e regulador, exercendo a tríplice função de fiscalizar, incentivar, e planejar a economia de acordo com os princípios constitucionais implícitos e explícitos (FIGUEIREDO, 2011).

Wald (2009, v. 6) trata da evolução da legítima desde a Lei das XII Tábuas, atravessando todo o direito romano, até as Ordenações Filipinas, diploma que regu a matéria até a Lei Feliciano Pena (Lei 1.839, de 31 de dezembro de

1907). E sobre a legislação daí em diante, afirma:

O código Civil de 1916 manteve, em largos traços, o sistema da Lei Feliciano Pena, no tocante à ordem de vocação sucessória, aumentando, outrossim, a quota disponível (que, de um terço, passou para a metade), autorizando ainda o testador a estabelecer cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade ou conversão (transformação dos bens em outros) em relação à herança necessária (art. 1.723). Posteriormente, a herança dos colaterais foi limitada por leis sucessivas ao 2º, 3º e 4º graus, que é o limite atual da herança legítima dos colaterais (Dec.-Lei n.9.461, de 15-7-1946). O Código Civil de 2002 manteve o parentesco na linha colateral em quarto grau, inclusive para fins sucessórios (art. 1.592) (Ibidem, p. 72).

Alvim (1972, p. 177) informa que o direito buscou invariavelmente defender a legítima: “A legítima em nosso direito, antigamente dois terços, hoje metade, foi e continua a sendo defendida como um direito intangível do herdeiro necessário. Por isso se diz reserva, porque é uma parte que a lei reserva para ele”.

Diante da energia do antigo art. 1.721 do Código Civil de 1916 – atual art. 1.846 do Código Civil de 2002 – e da defesa intransigente da legítima efetuada por Beviláqua (1932 *apud* ALVIM, 1972), entre outros autores, Alvim (ibidem, p. 178) chega a exclamar: “Sempre a defesa das legítimas”.

Porém, Wald (2009, v. 6, p. 72) frisa também uma tendência legislativa:

Observa-se, assim, que a ordem de vocação sucessória tem variado de uma legislação para outra, atendendo à importância das relações de família e à escala de valores vigente. Nas legislações modernas, assiste-se a uma evolução, no sentido de limitar o número de colaterais que podem suceder no caso do falecimento *ab intestato*, pois a família moderna é tipicamente a família *jure proprio*, concebida em sentido estrito, ou seja, os pais e os seus filhos, perdendo importância a família patriarcal antiga, a família em sentido amplo, que abrange os colaterais afastados (Ibidem, p. 72).

Assim como Wald (ibidem) verifica a tendência à restrição das famílias ao seu núcleo básico – em conformidade com o art. 1.850 do Código Civil –, não vemos contraindicação em apontar duas outras tendências sociais, quais sejam: a do abandono do casamento, em detrimento da convivência em união estável, e o aumento das liberdades individuais em matéria de direito de família e sucessões.

Essas duas tendências, em relação à matéria aqui imediatamente tratada, devem levar, atendendo à escala de valores vigente, a duas mudanças na legislação positiva: a inclusão dos conviventes como herdeiros necessários e a

diminuição da quota indisponível, que, por compatibilidade do sistema, afetará o regime das doações inoficiosas. Tendências que já ecoam pela doutrina:

Mas esse tratamento mais favorável (do cônjuge em relação ao companheiro) jamais justificaria os 'maus-tratos sucessórios' impostos à companheira pelo novo Código Civil, que chegou ao ponto de inferiorizá-la em face do colateral (GAGLIANO, 2007, p. 51).

Neste sentido, Gonçalves (2010, v. 6, p. 611) salienta que:

A nova disciplina dos direitos sucessórios dos companheiros é considerada pela doutrina um evidente retrocesso no sistema protetivo da união estável, pois no regime da Lei 8.971/94 o companheiro recebia toda a herança na falta de descendentes ou ascendentes (Ibidem, p. 611).

De nossa parte, temos sinceras dúvidas a respeito da eficácia social e justiça dessa norma (preservadora da legítima), a qual, na grande maioria das vezes, acaba por incentivar intermináveis contendas judiciais, quando não a própria discórdia entre parentes ou até mesmo a indolência. Poderia, talvez, o legislador resguardar a necessidade da preservação da legítima apenas enquanto os herdeiros fossem menores, ou caso padecessem de alguma causa de incapacidade, situações que justificariam a restrição à faculdade de disposição do autor da herança. Mas estender a proteção patrimonial a pessoas maiores e capazes é, no nosso entendimento, a subversão do razoável. Essa restrição ao direito do testador, como dito, se já encontrou justificativa em sociedades antigas, em que a maior riqueza de uma família era a fundiária, não mais se explica nos dias que correm. Pelo contrário. A preservação da legítima culmina por suscitar, como dito, discórdias e desavenças familiares, impedindo, ademais, o de cujos de dispor do seu patrimônio como bem entendesse. Ademais, se quisesse beneficiar um descendente seu ou esposa, que mais lhe dedicou afeto, especialmente nos últimos anos da sua vida, poderia fazê-lo por testamento, sem que isso, em nosso sentir, significasse injustiça ou desigualdade, uma vez que o direcionamento do seu patrimônio deve ter por norte especialmente a afetividade. Ressalvamos apenas a hipótese de concorrerem à sua herança filhos menores ou inválidos, caso em que se deveria preservar-lhes, por imperativo de solidariedade familiar, necessariamente, parte da herança. Ademais, essa restrição ao direito do testador implicaria também afronta ao direito constitucional de propriedade, o qual, como se sabe, por ser considerado de natureza complexa, é composto pelas faculdades de usar, gozar/fruir, dispor e reivindicar a coisa. Ora, tal limitação, sem sombra de dúvida, entraria em rota de colisão com a faculdade real de disposição,

afigurando-se completamente injustificada. Se o que justifica o benefício patrimonial *post mortem* é o vínculo afetivo que une o testador a seus herdeiros, nada impediria que aquele beneficiasse os últimos por testamento, de acordo com a sua livre manifestação de vontade. Por essas razões, seguindo a vereda do pensamento de FRANCISCO CAHALI, reputamos injustificada a manutenção da reserva legítima (GAGLIANO, 2007, p. 38-9).

Considerações Finais

Percorremos, ainda que de forma rápida e sucinta, grande parte das questões atuais acerca do contrato de doação. E não é difícil perceber que o Código Civil de 2002 realmente “nasceu velho”.

O código demonstra falta de sintonia com a sociedade dos dias atuais. Se a legítima no Código de 1916 foi considerada direito dos herdeiros, nos dias atuais, a reserva de 50% soa como vantagem desarrazoada para quem a recebe, e a limitação à doação inoficiosa, restrição excessiva da liberdade e da vontade do doador.

Essa conclusão causa mais efeito no que concerne ao direito sucessório, visto que se este for adequado aos tempos atuais, por meio de comando legislativo que reduz ou elimina a reserva legítima, os dispositivos acerca da doação inoficiosa automaticamente se adaptarão, pois fazem referência à parte que o doador estaria impossibilitado de dispor em testamento.

Não nos parece, contudo, que a liberdade de testar ou não testar seja absoluta. E em não se tratando de uma liberdade absoluta, a questão deverá se encaminhar pelo processo legislativo e não pela via da inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, A. N. A. **Da doação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

ANDRADE, D. B. O. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949.

_____. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

AZEVEDO, A. V. **Contratos inominados ou atípicos**. São Paulo: Bushatsky, 1975.

_____. **Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, A. V.; VENOSA, S. S. **Código civil anotado e legislação complementar**. São Paulo: Atlas, 2004.

BARBOSA, M. F. **Doação**: especulações jurídicas. Salvador: Quarteto, 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp n.º 1.196.946. 3ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Min. Sidnei Beneti. J. 19.11.2010a. Acesso em: 21 mar. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AR n.º 310-0. 2ª Seção do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Relator Min. Francisco Dias Trindade. J. 26.05.1993a. Acesso em: 21 mar. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 259.406 (2000/0048914-0). 4ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator Min. Aldir Passarinho Júnior. J. 17.02.2005. Acesso em: 21 mar. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 285.421 (2000/0111801-3). 3ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Min. Vasco Della Giustina. J. 04.05.2010b. Acesso em: 12 mai. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 3.560. 4ª Turma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Min. Luiz Carlos Fontes de Alencar. J. 13.12.1993b. Acesso em: 23 mai. 1994.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n.º 005165-10.2004.8.26.0286 (990.10.549327-0). 6ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Roberto Solimene. J. 31.03.2011b. Acesso em: 21 mar. 2011.

BULGARELLI, W. **Contratos mercantis**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

FIGUEIREDO, L. V. **Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FRANÇA, R. L. Revogação de doação onerosa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 78, n. 644, p. 29-45, jun. 1989.

GAGLIANO, P. S. **O contrato de doação**: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos do direito de família e das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, O. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

_____. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

JUNQUEIRA, E. M. A impossibilidade de se anular doação por ingratidão, fora das hipóteses do art. 557, CC. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, Franca, v. 8, n. 14, p. 68-73, 2005.

MARMITT, A. **Doação**. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

RIBEIRO, M. G. B. Da validade da doação feita a netos. **Boletim de Doutrina ADCOAS**, Rio de Janeiro, v. 8. n. 15, p. 288-90, ago. 2005.

SIMÃO, J. F. **Direito Civil**: contratos. São Paulo: Atlas, 2005. (Série Leituras jurídicas: provas e concursos, 5).

VENOSA, S. S. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 2.

WALD, A. **Direito Civil**: contratos em espécie. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

_____. **Direito Civil**: direito das sucessões. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6

DONATION AND RESTRICTION OF FREEDOM TO DONATE

ABSTRACT: This study aims to investigate some aspects of the donation agreement, analyzing their structural objective and subjective elements, species and their chances of extinction, with an emphasis on evolution and trends of restrictions on freedom to donate in order to give greater scope and effectiveness of the donation to the institute.

KEYWORDS: Donation. Donation contract. Universal donation. Donation of any natural heritage.

DONACIÓN Y RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD DE DONAR

RESUMEN: Este estudio busca investigar algunos aspectos del contrato de donación, analizando sus elementos estructurales objetivos y subjetivos, especies y sus hipótesis de extinción, con énfasis en la evolución y tendencias de las restricciones a la libertad de donar, con el fin de dar mayor amplitud y eficacia al instituto de donación.

PALABRAS CLAVE: Donación. Contrato de donación. Donación universal. Donación no oficial.