A DOAÇÃO ENTRE OS CÔNJUGES CASADOS PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATORIA DE BENS NO NOVO CODIGO CIVIL: POSSIBILIDADE OU VIOLAÇÃO DA LEI?

DONATION BETWEEN SPOUSES MARRIED BY THE MANDATORY SEPARATION OF PROPERTY IN THE NEW CIVIL CODE: POSSIBILITY OR VIOLATION OF THE LAW?

Sérgio Tadeu Pupo[1]

RESUMO

O presente examina o contrato de doação utilizado como forma de disposição patrimonial entre os cônjuges, não tratada pelo regime de bens, especificamente para aqueles casados no regime da separação obrigatória de bens. Nessa hipótese, busca-se analisar os entendimentos antagônicos sobre o tema: de um lado, o posicionamento dos doutrinadores no sentido de que, a doação entre cônjuges constituiria uma violação da vontade do legislador que restringiu a comunicação de bens no regime da separação obrigatória para proteger um ou ambos os cônjuges de lesões patrimoniais causadas pelo outro consorte; e de outro lado, o posicionamento que considera que o contrato possibilita e valida as liberalidades entre os cônjuges casados sob o regime de bens imposto pela lei, sob o fundamento de se tratar do exercício de liberdade de disposição de bens e tratamento isonômico entre as entidades familiares. A pesquisa realizada utilizou-se do método indutivo e como técnica de pesquisa a bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: DOAÇÃO; CASAMENTO; SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS.

---

[1] Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (Uninove). Professor de Direito Civil da Universidade Nove de Julho (Uninove). Advogado.

ABSTRACT

This examines the donation agreement used as a form of disposal assets between spouses, by untreated property regime, specifically for those married under the system of mandatory separation of property. Seeks to analyze the antagonistic understandings on the issue: on one hand, the position of the commentators in the sense that the donation between spouses would be a violation of the will of the legislature that restricted the communication of goods in the regime of mandatory separation to protect one or both spouses of injuries caused by other consort, and on the other hand, the position which considers the agreement makes possible and valid the donations between spouses married under the regime of property imposed by law, under the grounds of being the exercise of freedom of disposition of goods and isonomic treatment between family entities. The survey was used as the inductive method and technique of the bibliographic search.

KEYWORDS: DONATION; MARRIAGE; MANDATORY SEPARATION OF PROPERTY.

SUMÁRIO: Resumo. Abstract. Introdução. 1. Doação. Natureza jurídica e elementos. 2. Da possibilidade da doação entre os cônjuges. 3. Da doação entre cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória de bens. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O contrato de doação constitui uma das formas que o sujeito de direito tem de dispor de sua propriedade a outrem, sem o recebimento de uma prestação equivalente, caracterizando, assim, uma das maiores demonstrações dos poderes do proprietário, ao lado da renúncia e do abandono.

Embora se trate de uma relação de direito privado, surgida da autonomia da vontade e que, a princípio será regida pelo doador no exercício de uma liberalidade, a questão demanda de uma análise pormenorizada, uma vez que, pode colidir com preceitos de ordem

pública do próprio direito contratual, como a proibição de doação universal, quanto do direito de família e sucessões, nas hipóteses de doações inoficiosas ou que tendem a beneficiar o concubino.

Especial atenção merecem as doações feitas entre cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória de bens, aos quais não é concedida a autonomia para tratar da escolha do regime, o que serve de entrave com relação à comunicação dos bens particulares.

Neste caso, verificar-se-á se a doação entre esses cônjuges é válida ou se constitui uma tentativa de burla a lei, cuja consequência é a declaração de nulidade relativa ou absoluta.

Assim, serão abordados neste estudo os elementos característicos do contrato de doação para verificar a extensão e os limites da manifestação de vontade do doador frente aos dispositivos de ordem pública contidos no Código Civil de 2002, findando com a análise dos dispositivos aplicáveis ao casamento sob a égide do regime da separação obrigatória de bens.

A pesquisa realizada utilizou-se do método indutivo e como técnica de pesquisa a bibliográfica.

1. DOAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA E ELEMENTOS

O legislador pátrio ao tratar da doação no artigo 538 do Código Civil definiu-a como "o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra".

Assim, ao se incumbir de definir a doação, o legislador acabou por dispor de forma expressa a sua natureza jurídica de contrato, se alinhando ao direito alemão, suíço, português, polonês, japonês, argentino, uruguaio, peruano e mexicano[2].

Não se trata de um posicionamento uníssono em todos os sistemas jurídicos, pois o direito francês, por influência direta de Napoleão Bonaparte, coloca o contrato de doação entre as formas de aquisição da propriedade, como testamento, uma vez que, no seu entendimento, a ausência de bilateralidade das prestações descaracteriza o negócio contratual[3].

---

[2] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, v. 3,** p. 207.

[3] **Op. cit.,** mesma página.

A doação é, em regra, um contrato *unilateral*, tendo em vista a criação de obrigações para uma só das partes; *consensual,* aperfeiçoando-se com a manifestação da vontade das partes; *gratuito*, pois apenas o donatário goza de vantagens, sem qualquer ônus, entretanto, nas doações com encargo, o contrato passa a ser oneroso; *formal,* porque deve ter forma escrita como regra, somente se admitindo a doação *manual*, na hipótese de bens móveis, de pequeno valor, com tradição imediata[4] (artigo 541, § único do Código Civil); acrescenta Agostinho Alvim, que se trata, também, de um contrato *benéfico,* pois não empobrece o doador[5], sendo nula a doação universal (artigo 548 do Código Civil).

O contrato de doação se verifica entre vivos, posto que não se admite no nosso direito a doação *causa mortis,* afinal, a liberalidade que produz efeitos com o falecimento do titular do patrimônio, obedece a um regramento especial na forma de testamento[6].

Como deve haver a convergência de vontade das partes, de um lado o doador é movido por um sentimento de *liberalidade* (*animus donandi),* a intenção de beneficiar, de enriquecer o donatário, com a diminuição do seu patrimônio*;* enquanto o donatário deve aceitar, ainda que, de forma ficta[7] (artigo 543 do Código Civil).

Acerca da liberalidade, essa não está presente em todas as doações, podendo não existir interiormente, como "no caso em que algumas pessoas façam doação a um parente que está mal de vida. Um deles pode se aborrecer por ter que doar, não o escondendo, mesmo aos estranhos. Não obstante, e como *noblesse oblige,* a pessoa, por não querer ser exceção, acaba contribuindo"[8].

Pela análise de seus elementos é inegável que este contrato constitui o cume dos poderes de proprietário, visto que, há a disposição de bem de seu patrimônio de forma gratuita, merecendo, portanto, a regulamentação legislativa para garantir esse ato benéfico do doador, mas, também, para evitar que a sua manifestação de vontade o leve a ruína ou a terceiros interessados.

Nesse sentido, escreve Arnold Wald:

---

[4] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 3,** p. 257.

[5] **Da doação,** p. 8.

[6] GOMES, Orlando. **Contratos,** p. 213.

[7] PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de direito civil, v. 3,** p. 212.

[8] ALVIM, Agostinho. **Da doação,** p. 9.

> Na realidade, as doações que desempenham importante função social e ética e concretizam aspirações de solidariedade humana provocam, por parte do legislador e do jurista, duas espécies de reações. Por um lado, as leis visam facilitá-las atendendo à sua finalidade benemérita. Por outro, há um justo receio de que sejam provocadas dolosamente, deixando muitas vezes o doador e sua família em situação precária[9].

A antipatia de alguns pelo contrato, sob o argumento de que poderia ser utilizado para lesar os interesses do próprio doador ou de seus familiares, parece não se justificar diante dos instrumentos fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico para repelir tais condutas.

Sobre este aspecto, convém analisar as doações feitas entre os cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória de bens, porque, aparentemente, o legislador impede o amplo exercício da liberdade do proprietário de dispor de seus bens, resultando na discussão acerca da validade do negócio jurídico na hipótese fática ventilada.

2. DA POSSIBILIDADE DA DOAÇÃO ENTRE OS CÔNJUGES

Os fundamentos para a permissão ou proibição dessa modalidade de doação variam de acordo com a época nas legislações nacionais e estrangeiras.

No direito romano, entre o fim da república e o início do principado eram proibidas as doações entre cônjuges, cujo objetivo era evitar situações de constrangimento ou pressão imoral entre marido e mulher, na qual um dos cônjuges fizesse doação ao outro para que não houvesse a dissolução do casamento. Tal proibição foi atenuada em 206 d.C., admitindo-se a validade do ato, desde que, o doador não modificasse sua vontade até o seu falecimento[10].

O princípio romano serviu como fundamento para o artigo 781 do Código Civil italiano de 1942[11], pelo qual era vedada a doação entre cônjuges; entretanto, tal regra foi declarada inconstitucional pela Corte Constitucional Italiana em julgamento de 27 de junho de 1973 (acórdão n° 91), uma vez que estaria ferindo a igualdade entre os consortes e a autonomia privada da vontade.

---

[9] **Direito Civil, v. 3,** p. 57.

[10] ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano, v. 2,** p. 209.

[11] *"i coniugi non possono, durante il matrimonio, farsi l'uno all'altro alcuna liberalità, salve quelle conformi agli usi"* (RUGGIERO, Roberto. **Instituições de Direito Civil, v. 3,** p. 344).

Com os mesmos preceitos romanos, no sentido de evitar o abuso da influência de um cônjuge sobre o outro, o Código Civil português, em seu artigo 1.762, considera nula a doação entre casados, na hipótese de imposição legal do regime da separação de bens[12].

O Código Civil brasileiro de 1916 seguia a mesma linha do direito português, dispondo no artigo 226 que, "no casamento com infração do art. 183, XI a XVI, é obrigatório o regime da separação de bens, não podendo o cônjuge infrator fazer doações ao outro"; porém, tal dispositivo não possui correspondente no Código Civil vigente, estando, portanto, revogado.

"A priori" com a revogação do artigo 226 do Código Civil de 1916 teria desaparecido qualquer restrição para a realização de uma doação entre os cônjuges; mas, a questão ainda demanda de uma análise pormenorizada, levando em consideração a compatibilização da doação com o regime de bens do casamento[13].

O Código Civil de 2002, ao tratar do contrato de doação, passou a prever expressamente a possibilidade de doação entre os cônjuges, conforme a dicção do artigo 544: "A doação de ascendente a descendentes ou de um cônjuge a outro, importa em adiantamento do que lhes cabe por herança".

Trata-se do chamado "adiantamento da legítima", cujos efeitos variam de regime para regime de bens.

Com relação aos regimes da comunhão parcial de bens e da comunhão universal de bens, a questão acerca da possibilidade de doação entre cônjuges está ligada a existência ou não de bens particulares ou exclusivos, como sendo aqueles trazidos por cada um dos cônjuges ao se casar ou que não se comuniquem por força das exceções legais.

Assim, na comunhão parcial de bens, os cônjuges podem fazer doação entre si dos bens que não entraram na comunhão, devendo atentar para que essa doação não ultrapasse a parte disponível que o doador poderia dispor em testamento (artigo 549 do Código Civil), caso contrário ocorreria a afronta a legítima e, consequentemente, o prejuízo dos herdeiros necessários.

---

[12] VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro,** p. 60.

[13] Remanesce na legislação a restrição da doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice, conforme redação do artigo 550 do Código Civil, alcançando tanto o chamado concubinato impuro, decorrente de relacionamento "adulterino, incestuoso ou desleal (relativamente a outra união de fato), como o de um homem casado ou concubinato que mantenha, paralelamente a seu lar, outro de fato", quanto as relações eventuais do doador, de cunho sexual, sem o intuito de manter outro lar, uma vez que, o legislador cuidou de utilizar a expressão "cúmplice" e não concubino (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato,** p. 165).

Todavia, com relação ao regime da comunhão universal de bens, via de regra, não há bens particulares a ser objeto de doação, "visto ser o acervo patrimonial comum a ambos"[14]. Logo, a doação é impedida pela impossibilidade jurídica do próprio objeto[15].

Para Jones Figueirêdo Alves, "a conclusão de que a doação versará sobre os bens particulares de cada cônjuge, certo que, no regime de comunhão universal, o acervo patrimonial é comum a ambos, o que seria ocioso doar"[16].

Em outras palavras, o doador não pode receber aquilo que já é seu, pois enquanto perdura a comunhão, não existe, via de regra, entre os consortes o verbo "meu", mas "nosso" patrimônio.

Outrossim, não pode um dos cônjuges ao receber por doação ou sucessão um bem gravado com cláusula de incomunicabilidade pretender a doação para o outro cônjuge, pois estaria burlando a vontade do doador ou testador, tornando letra morta o dispositivo previsto no artigo 1.668, inciso I do Código Civil.

Cabe aqui, numa interpretação sistemática, fazer menção do artigo 1.829, inciso I do Código Civil, o qual, na sucessão *"causa mortis"* restringe ao cônjuge casado no regime da comunhão parcial de bens, a concorrência sobre os bens particulares e afasta a aludida concorrência na hipótese da adoção do regime da comunhão universal de bens.

Nota-se que o legislador já fez justiça com o cônjuge ao elevá-lo a condição de herdeiro necessário e, ainda, ao lhe dar a possibilidade de "concorrer com os descendentes, comuns ou exclusivos do *de cujus*, corrigindo, de certo modo, uma injustiça que se praticava contra o cônjuge no direito anterior, que somente sucedia o falecido na hipótese de não haver descendentes e ascendentes"[17].

No que tange a participação final dos aquestos, extrai-se que, a principal característica é a incomunicabilidade dos bens durante a sociedade conjugal, estando, portanto, sob a égide da separação de bens, somente havendo o levantamento dos aquestos na hipótese de dissolução do vínculo por morte ou pelo divórcio.

---

[14] DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro, v. 3,** p. 236.

[15] STJ, 2ª Seção, Ação Rescisória n° 310-0-PI, Rel. Min. Nilson Naves, j. 26-05-1993, m.v. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> Acesso em: 16-03-2013.

[16] **Novo código civil comentado,** p. 481.

[17] FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Sucessão concorrencial pelo cônjuge e pelo companheiro de acordo com o novo código civil.** Disponível em: **<** http://www.fujitaadvocacia.com.br/artigo_fujita_002.html> Acesso em: 16-03-2013.

Portanto, trata-se de um regime misto de comunhão e separação. Logo, no tocante a doação entre os cônjuges na constância do casamento são aplicáveis as mesmas regras aplicáveis à separação de bens oriunda da manifestação da vontade das partes por pacto antenupcial, ou seja, impera a vontade dos cônjuges com relação aos aspectos patrimoniais do vínculo conjugal.

Para fins deste estudo, não merece maiores divagações a questão atinente a restrição da liberdade de disposição patrimonial nas hipóteses em que os cônjuges optaram por um regime de bens, pois a limitação do direito decorre da manifestação de vontade dos próprios interessados; contudo, em se tratando de regime imposto pelo Estado, a questão ganha outro contorno, tendo em vista que, aos cônjuges poderá ser vedada a efetivação de liberalidades entre si, como será abordado a seguir.

3. DA DOAÇÃO ENTRE CÔNJUGES CASADOS SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Em sentido *lato,* a separação de bens se caracteriza pela "completa distinção de patrimônios dos dois cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições e permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens"[18].

O Código Civil de 2002 dispõe que, o regime da separação de bens pode advir da manifestação da vontade das partes (artigo 1.687), levada a termo através do pacto antenupcial lavrado por escritura pública (artigo 1.640), o qual passa a produzir efeitos a partir do casamento (artigo 1.639); ou, pode ser imposto pela lei (artigo 1.641) para as pessoas que: a) se casarem com inobservâncias das causas suspensivas (artigo 1.523); b) se um ou ambos os cônjuges contarem com mais de 70 (setenta) anos[19]; c) e para todos aqueles que dependerem, para casar, de suprimento judicial, como, por exemplo, o nubente que não alcançou a idade mínima de 16 (dezesseis) anos (artigo 1.520).

Observa-se que, o legislador impôs um regime de bens, limitando a autonomia da vontade dos nubentes para fixar as regras quanto a comunicabilidade ou não do patrimônio, com o objetivo de proteger os bens de cada um dos cônjuges ou de terceiros, como por

---

[18] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, v. 6,** p. 338.

[19] A redação original do Código Civil de 2002 que, impunha o regime da separação para aqueles que se casassem aos 60 (sessenta) anos, foi alterada pela lei 12.344, de 09 de dezembro de 2010.

exemplo, no casamento da viúva que não efetuou a partilha de bens do falecido, cuja imposição do regime evita a confusão entre o patrimônio dos herdeiros do falecido e aquele que surgirá com as novas núpcias da cônjuge sobrevivente.

Em todas as espécies de separação, o patrimônio surgido, a princípio, fará parte dos bens particulares de cada cônjuge não se comunicando por força do regime de bens.

No caso da separação voluntária de bens – oriunda de pacto antenupcial – não há qualquer óbice para que a doação se efetive, uma vez que, tal qual na escolha do regime de bens, as partes (doador e donatário) estarão exercendo a autonomia da vontade ao formalizar o contrato.

A diferença, portanto, reside no fato de que, a instituição de patrimônio comum ou de disposição de bens deverá surgir a partir da manifestação expressa de vontade, visto que, a regra estabelecida entre o casal é a da prevalência da inexistência de bens comuns.

Com relação a separação obrigatória de bens, a questão não se mostra tão simples, considerando que, neste caso vigora a imposição da lei sobre a vontade dos consortes.

A doação entre os cônjuges na separação obrigatória de bens pode gerar o entendimento de burla a lei, pois a autonomia da vontade das partes foi limitada pela norma imperativa.

Ademais, a limitação atinge inclusive os direitos sucessórios dos cônjuges, pois o artigo 1.829, inciso I do Código Civil vedou a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes se o casamento fora realizado sob a égide do regime da separação obrigatória de bens. Logo, ainda que, se utilize uma interpretação sistemática, a resposta para a possibilidade de doação *"inter vivos"* ou *"causa mortis"* pode ser negativa.

Contudo, não se deve se afastar da realidade da vida, do fato concreto para apresentar uma solução que garanta aos cônjuges o livre exercício ao direito de propriedade privada, previsto pela Constituição Federal em seu artigo 5°, inciso XXII e pelo Código Civil no artigo 1.128, o qual estabelece os poderes do proprietário de usar, gozar e dispor da coisa.

Caio Mário da Silva Pereira ensina que a propriedade advém "da ideia de 'meu e teu', a noção do assenhoramento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de

cumprimento ou do desenvolvimento intelectual". Acrescenta, ainda que, "os menos cultivados, os espíritos mais rudes, e até crianças têm dela noção inata (...)"[20].

Não se pode ignorar que, atualmente a propriedade não goza do caráter absoluto sustentado em sua origem, pois sofre limitações impostas pelo interesse público[21].

Desta forma, se justifica o zelo do legislador quanto a administração e disposição do patrimônio no caso de seus titulares serem incapazes (artigo 2° e 3°), necessitando de uma tutela especial do Estado ou ainda, quando o interesse público o exigir, diante da prevalência da ordem pública nos interesses particulares[22].

Entretanto, com relação à liberalidade entre cônjuges, se observa uma tentativa desarrazoada do Estado de gerir os afetos da pessoa acabando por remontar o temor de que um dos cônjuges estaria contraindo núpcias com o único intuito de obter uma vantagem patrimonial sobre o outro.

A restrição neste caso pode parecer, a princípio, intransponível, mas o próprio Código Civil vigente trouxe consigo instrumentos para viabilizar a liberdade dos cônjuges quanto às questões envolvendo a realização de liberalidades mútuas.

A primeira solução para essa questão foi trazida pelo próprio Código Civil de 2002, ao permitir a alteração do regime de bens entre os cônjuges, por força do previsto no artigo 1.639, § 2°, que assim dispõe, *"in verbis"*: "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".

O legislador destacou que, a alteração é possível, desde que haja uma motivação que possa convencer o juízo e, ao mesmo tempo, não venha a prejudicar a terceiros.

Assim, na hipótese do casamento ter se realizado com a imposição do regime da separação de bens por força do artigo 1.641, incisos I e III do Código Civil, verifica-se que, a mudança será possível se cessada a causa que gerou a subsunção.

Sobre o tema exemplifica Maria Berenice Dias[23]:

---

[20] **Instituições de Direito Civil, v. 4,** p. 74.

[21] Dentre as limitações, observam-se aquelas decorrentes da função social da propriedade, como preconiza o artigo 5°, inciso XXIII da Constituição Federal de 1988.

[22] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos,** p.27.

[23] **Manual de direito das famílias,** p. 234.

> Celebra-se pelo regime da separação obrigatória de bens o matrimônio do viúvo que, tendo filhos, não havia feito inventário. Vindo ele a ultimar o inventário durante o casamento, comprovando a inexistência de prejuízo à prole, possível pedir a alteração do regime do novo casamento.

O mesmo entendimento deve ser aplicável àqueles que se casaram com autorização judicial, como nas hipóteses de suprimento de idade, pois se o legislador pretendeu proteger o patrimônio do menor para evitar a dilapidação do mesmo em virtude de inexperiência decorrente da juventude, com a maturidade deste cônjuge, não há motivo para a manutenção da restrição.

O tema foi objeto da III jornada de direito civil realizado pelo Conselho da Justiça Federal em Brasília, no qual foram aprovados os seguintes enunciados relacionados com o tema, *"in verbis"*:

> Enunciado n° 260 – Arts. 1.639, § 2º, e 2.039: A alteração do regime de bens prevista no § 2° do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior.
>
> Enunciado n° 261 – Art. 1.641: A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.
>
> Enunciado n° 262 – Arts. 1.641 e 1.639: A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs.

Por conseguinte, tem-se que, sendo possível a alteração do regime da separação obrigatória em decorrência da cessação da causa que a justificara, poderão os cônjuges realizar doações entre si.

O problema ainda persiste com relação ao maior de 70 (setenta) anos que se casa, pois, embora o enunciado n° 261 tenha tratado da possibilidade de mudança de regime se o casamento for precedido de união estável anterior a essa idade, nos demais casos, a causa da imposição do regime não cessa, tolhendo o direito de mudança de regime e, consequentemente, da realização de doações entre os cônjuges.

Acerca da imutabilidade do regime da separação obrigatória de bens, sustenta Silvio de Salvo Venosa: "(...) qualquer tentativa de alteração do regime imposto será fraudatória"[24], contudo, deixa a questão em aberto para eventual mudança de rumos sobre o tema, o que de

---

[24] **Direito Civil, v. 6,** p. 318

fato já vem acontecendo como demonstrado anteriormente. No mesmo sentido escreve Maria Helena Diniz[25] e Paulo Lôbo[26].

Por sua vez, Regina Beatriz Tavares da Silva ao atualizar a obra de Washington de Barros Monteiro, entende haver um impedimento para a alteração de regime da separação obrigatória, sem a cessação da causa, sustentando o seguinte:

> Trata-se de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes. É de se lembrar que, conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de sessenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras[27].

Desta análise, apenas os casados sob o regime da separação obrigatória por força de contarem com 70 (setenta) anos ou mais, ficam irremediavelmente prejudicados com a impossibilidade de realizar doações entre si, por força da impossibilidade de alteração do regime de bens pela não cessação da causa que gerou a imposição legal.

O que implicitamente acompanha o entendimento doutrinário pelo impedimento de doação entre os cônjuges maiores de 70 (setenta) anos é a declaração de incapacidade das pessoas nessa faixa etária, mesmo não estando no rol do artigo 2º e 3º do Código Civil, ou seja, "não se pode deixar de concluir que se trata de uma *capitis deminutio,* uma limitação na liberdade, um rebaixamento de categoria, uma diminuição da capacidade da pessoa, sem que a discriminação tenha alguma base a não ser a presunção de que o idoso está senil (...)"[28].

Contrário à justificativa da restrição no sentido de que, o maior de 70 (setenta) anos estaria sujeito ao engodo praticado pelo outro nubente, destaca Caio Mário da Silva Pereira:

> Essa regra não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir[29].

No entanto, prevalecendo na doutrina e nos Tribunais o entendimento acerca da impossibilidade de alteração do regime de bens na hipótese supracitada, tem-se que, a solução para viabilizar a doação entre esses cônjuges pode advir da declaração de

---

[25] **Curso de direito civil brasileiro, v. 5,** p. 159.

[26] **Famílias,** p. 298.

[27] **Curso de direito civil brasileiro, v. 2,** p. 251.

[28] VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro,** p.63.

[29] **Instituições de direito civil, v. 5,** p.196.

inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, exatamente por impor uma *capitis deminutio* e ferir a isonomia entre as entidades familiares previstas na Constituição Federal[30].

Ao se considerar inconstitucional a regra do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, a consequência é a perda da sustentação legal e assim, o casamento será considerado como celebrado pelo regime supletivo, qual seja: da comunhão parcial de bens[31].

Note bem que, o Supremo Tribunal Federal já havia mitigado os efeitos da restrição de composição de um patrimônio comum no regime da separação obrigatória de bens ao editar a Súmula n° 377, dispondo que: "no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento"; portanto, ainda que se discuta a manutenção ou não da citada Súmula após a revogação do Código Civil de 1916[32], conclui-se não ser a melhor solução a manutenção de tamanha restrição a liberdade de disposição dos próprios bens, pois significaria um retrocesso e consequente afronta ao espírito Constitucional vigente.

Nossos tribunais vêm endossando esse entendimento, conforme se observa nas ementas das decisões a seguir, *"in verbis"*:

> ANULAÇÃO DE DOAÇÃO - PRELIMINARES - REJEIÇÃO - CASAMENTO REALIZADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA - CÔNJUGE SEXAGENÁRIO - VALIDADE DA DOAÇÃO FEITA À ESPOSA DESDE QUE OBSERVADA A LEGÍTIMA - PRINCÍPIO DA LIVRE DISPOSIÇÃO DOS BENS. Alargar o sentido da norma prevista no artigo 1641, II do CC para proibir o sexagenário, maior e capaz, de dispor de seu patrimônio da maneira que melhor lhe aprouver, é um atentado contra a sua liberdade individual. A aplicação da proibição do cônjuge, já de tenra idade, fazer doação ao seu consorte jovem, deve ser aplicada com rigor naquelas hipóteses onde se evidencia no caso concreto que o nubente mais velho já não dispõe de condições para contrair matrimônio, deixando claro que este casamento tem o único objetivo de obtenção de vantagem material.[33]

> CASAMENTO. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do art 258, § único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1°, III, e 5°, I, X e LIV, da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível

---

[30] Maria Berenice Dias escreve que "a lei é implacável", sendo "escancarada afronta ao princípio da isonomia que a regra legal encerra. É que essa restrição não existe na união estável" (**Manual de direito das famílias,** p. 230).

[31] VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro,** p.67.

[32] SIMÃO, José Fernando. **O Regime da separação absoluta de bens (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória?** Disponível em: < http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html> Acesso em: 16-03-2013.

[33] TJ/MG, 1ª Câm. Cível, AC 1.0491.04.911594-3/001, Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 29-05-2005. v.u. Disponível em: < http://www.tjmg.jus.br/juridico> Acesso em: 16-03-2013.

> com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (substantive due process of law), já não vige a restrição constante do art. 258, § único, II, do Código Civil[34].

> Processual civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Casamento. Regime da separação legal de bens. Cônjuge com idade superior a sessenta anos. Doações realizadas por ele ao outro cônjuge na constância do matrimônio. Validade. - São válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime da separação legal de bens, por três motivos: (i) o CC/16 não as veda, fazendo-no apenas com relação às doações antenupciais; (ii) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinqüenta, presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justificam nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) nenhuma restrição seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges, acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, §3º, da Constituição Federal. Recurso especial não conhecido[35].

O legislador, recentemente, ao discutir o assunto teve a oportunidade de revogar a norma restritiva, mas preferiu simplesmente majorar a idade para a imposição do regime de bens, mantendo viva a discussão acerca do tema.

Embora a questão ainda gere acalorados debates, considerando a falta de uma posição uniforme dos Tribunais[36], observou-se que existem inúmeros fundamentos jurídicos aptos a possibilitar a doação entre os cônjuges casados sobre o regime da separação de bens, não constituindo burla à lei, mas a interpretação conforme os preceitos Constitucionais da Isonomia, da Dignidade da Pessoa Humana e que garantem o exercício da Propriedade Privada.

Assim, a impugnação a efetivação das doações entre cônjuges ficaria restrita às hipóteses legais decorrentes de vícios gerais aplicáveis a todos os negócios jurídicos ou específicos da espécie contratual em exame, como por exemplo, na doação universal, na inoficiosa (artigo 549 do Código Civil)[37] e na decorrente de ato desleal do cônjuge adúltero

---

[34] TJ/SP, 2ª Câm. Dir. Priv., AC 007.512-4/2-00, Rel. Des. Cezar Peluso, j. 18-08-1998. v.u. Disponível em: < https://juris.aasp.org.br/contexpressNbGf/resultado.do> Acesso em: 16-03-2013.

[35] STJ, 3ª Turma, REsp n° 471.958-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18-12-2008, v.u. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> Acesso em: 16-03-2013.

[36] Vide TJ/SP, Ap. n° 512.240-4/8-00;

[37] Aponta Agostinho Alvim que, tais doações são chamadas de inoficiosas, pois "contrariam o ofício do doador. O pai, que doar excessivamente a um dos filhos ou a um estranho, peca contra o estado de pai, o dever, o ofício de pai. Por isso a doação é inoficiosa (*in,* prefixo negativo)" (**Da doação,** p. 171).

(artigo 550 do Código Civil)[38], ou seja, situações aplicáveis a todas as espécies de doação, independentemente do regime de bens adotado.

CONCLUSÃO

Se de um lado o contrato de doação serve como instrumento para que o sujeito tenha liberdade de disposição de seus bens, de outro, tal disposição deve obedecer às normas de ordem pública, no sentido de evitar a ruína do doador ou seus herdeiros necessários.

Assim, observou-se que, o legislador impôs uma série de limitações que, podem acarretar a nulidade relativa ou absoluta de uma doação, principalmente dentro do ambiente familiar, cuja liberalidade pode advir do abuso de confiança ou atos escusos do donatário.

Ao vedar a doação universal, inoficiosa e aquela feita pelo cônjuge ao seu cúmplice do adultério, pretendeu o legislador assegurar a manutenção do sustento do doador; garantir que a legítima não seja dilapidada; e impedir que, o cônjuge adúltero atente contra a entidade familiar ao fazer uma doação para o seu cúmplice, ainda que, simulada na forma de contrato oneroso ou para interposta pessoa.

Entretanto, o excesso de zelo do legislador ao impedir a doação entre cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória de bens, em decorrência de um ou ambos os consortes contarem com 70 (setenta) anos de idade, permite concluir que, não há um tratamento igualitário com relação a outros que tenham se casado sob regime diverso ou cujo casamento esteja sob a égide do regime da separação obrigatória, mas com fundamento outro.

A restrição à liberdade de escolha do regime de bens dos maiores de 70 (setenta) anos e, consequentemente, a impossibilidade de doação entre os cônjuges é inconstitucional, pois viola o princípio da isonomia e da livre disposição de bens, tal qual aconteceu na declaração de inconstitucionalidade do artigo 781 do Código Civil italiano.

Este estudo está alinhado com essa corrente doutrinária e concluí que, tal restrição não deve prevalecer em nosso sistema, pois os seus fundamentos acabam por considerar o maior de 70 (setenta) anos como incapaz para gerir os seus bens e, consequentemente, escolher o melhor regime de bens para o seu casamento, mesmo não estando preenchidos os

---

[38] A lei visa proteger o patrimônio da família contra as atitudes do cônjuge adúltero, não importando o regime de bens, tampouco a classificação do bem, se móvel, imóvel, bem particular ou comum dos cônjuges, pois a punição se dá pela injúria ao dever conjugal (ALVIM, Agostinho, **Op. cit.,** p. 197).

pressupostos da incapacidade biológica ou psicopatológica previstas nos artigos 2° e 3° do Código Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo código civil comentado.* Coord. de Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano, v. 2.* 6ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ALVIM, Agostinho. *Da doação.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Estatuto da família de fato.* 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 5ª ed. rev., atual., e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: *teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, v. 3*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu, Sucessão concorrencial pelo cônjuge e pelo companheiro de acordo com o novo código civil. Disponível em: < http://www.fujitaadvocacia.com.br/artigo_fujita_002.html> Acesso em: 16-03-2013.

GOMES, Orlando. *Contratos.* 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*, v. 3. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

LÔBO, Paulo. *Famílias.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil: direito de família, v. 2*. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; FICHTNER, Regis. *Instituições de direito civil, v. 3.* 14ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____; PEREIRA, Tânia da Silva. *Instituições de direito civil, v. 5.* 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil, v. 3.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

SIMÃO, José Fernando. O Regime da separação absoluta de bens (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória? Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html> Acesso em: 16-03-2013.

VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro.* São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família, v. 6*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008

WALD, Arnoldo. *Direito civil: contratos em espécie, v. 3.* 18ª ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.