

A LACUNA AXIOLÓGICA NA REGULAMENTAÇÃO DA DOAÇÃO INOFICIOSA E A SUA COLMATAÇÃO PELA VIA DA SOLIDARIEDADE SOCIAL

*THE AXIOLOGICAL GAP IN THE REGULATION OF UNOFFICIAL DONATIONS AND ITS
RESOLUTION THROUGH SOCIAL SOLIDARITY*

*LA LAGUNA AXIOLÓGICA EN LA REGULACIÓN DE LA DONACIÓN INOFICIOSA Y SU
COLMATACIÓN A TRAVÉS DE LA SOLIDARIDAD SOCIAL*

Mariana Ribeiro Santiago¹

Resumo: O presente artigo visa analisar a regulamentação da doação no direito brasileiro, com ênfase para a restrição à doação inoficiosa e sua adequação aos mandamentos constitucionais. Nesse intuito, traçamos o perfil do contrato de doação e, em seguida, estudamos as peculiaridades referentes à doação inoficiosa. O método de abordagem utilizado foi o dialético jurídico, tendo a pesquisa se pautado em fontes bibliográficas sobre o tema. Em conclusão, verificamos que existe lacuna axiológica na regulamentação da doação inoficiosa, que deve ser preenchida a partir do

1 Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUCSP. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR. Editora-Chefe da Revista Argumentum (Qualis B1). Advogada. E-mail: mariana@nbsadvogados.com.br. Telefone: 11 30549568. Endereço: Av. Rouxinol, 55, conj. 204, São Paulo/SP, CEP 04516-000.

princípio da solidariedade social, impulsionando, desta forma, o desenvolvimento de uma sociedade mais saudável e igualitária, dentro do ideal de justiça distributiva.

Palavras-chave: Doação; Doação Inoficiosa; Lacuna axiológica; Solidariedade social.

Abstract: The present paper analyzes the Brazilian legal regulations on donation, emphasizing the restriction on unofficial donation, and its adaptation to the constitutional provisions. To this end, we outline the donation contract, before analyzing specific characteristics of unofficial donation. The methodological approach used was a legal dialectic one, and the research was based on the literature on the subject. In conclusion, we identified an axiological gap in the regulations on unofficial donation, which needs to be resolved through the principle of social solidarity, thereby promoting the development of a healthier and more egalitarian society, based on the ideal of distributive justice.

Keywords: Donation; Unofficial donation; Axiological gap; Social solidarity.

Resumen: El presente artículo pretende analizar la regulación de la donación en el Derecho brasileño, con hincapié en la restricción a la donación inoficiosa y su adecuación a los mandamientos constitucionales. Con esa intención trazamos el perfil del contrato de donación y a continuación estudiamos las peculiaridades referentes a la donación inoficiosa. El método de abordaje utilizado fue el dialéctico jurídico, y la investigación estuvo basada en fuentes bibliográficas sobre el tema. En conclusión, verificamos que existe una laguna axiológica en la regulación de la donación inoficiosa que se debe resolver a partir del principio de la solidaridad social, impulsando de esta forma el desarrollo de una sociedad más saludable e igualitaria, dentro del ideal de la justicia distributiva.

Palabras clave: Donación; Donación inoficiosa; Laguna axiológica; Solidaridad social.

INTRODUÇÃO

O contrato de doação, além de representar um ato de liberalidade por natureza, tem se configurado, ao longo da história, como uma importante via de circulação de riquezas, produzindo impacto, ainda, no que se refere às relações familiares e o direito das sucessões.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pouco se inovou no que tange à matéria no Código Civil de 2002, em relação às normas já consagradas no diploma de 1916, inclusive quanto à natureza jurídica da doação, como contrato, ao arrepio da influência do Direito Romano, no qual o negócio ventilado era caracterizado como forma de transferência da propriedade.

Na regulamentação atual do contrato de doação, todavia, existem algumas restrições à celebração de tal pacto, estas lastreadas na proteção dos próprios contratantes e de terceiros, a exemplo do que observamos na doação inoficiosa, de particular interesse nesta oportunidade.

Trata-se da hipótese do artigo 549, do Código Civil, pelo qual o doador não pode, por meio de contrato de doação, dispor de parcela superior a cinquenta por cento do seu patrimônio, caso possua herdeiros necessários, sob pena de nulidade no que se refere ao percentual excedente.

A doutrina majoritária tem replicado o aludido dispositivo legal sem apontar qualquer deficiência técnica que justifique uma revisão do aludido preceito. Parece-nos apropriado, entretanto, questionar: a limitação presente no referido artigo 549 não feriria o direito de propriedade do doador? Não haveria, por tal via, um estímulo ao ócio do herdeiro necessário ou a disputas familiares? A restrição seria pertinente e justa ainda que o herdeiro necessário fosse maior e capaz? Não observaríamos, *in casu*, um desvio em relação ao princípio da solidariedade social, de magnitude constitucional?

A necessidade de aprofundamento da análise do contrato de doação, como instrumento de efetivação do princípio da solidariedade social, um dos pilares da Constituição federal e do próprio Estado Democrático de Direito, justifica

um estudo aprofundado sobre o tema, com o objetivo de contribuir para a utilização humanitária do instituto, como um instrumento de reconstrução de uma sociedade mais justa, saudável e equilibrada.

Nesse passo, no primeiro capítulo, apresentamos noções gerais do contrato de doação no direito brasileiro, essenciais para a compreensão do espírito de tal liberalidade, pincelando informações do direito comparado. No segundo capítulo, focamos na doação inoficiosa, como restrição ao direito de doar, propondo uma releitura do tema pelo viés da solidariedade social.

Para a obtenção dos resultados almejados pelo trabalho, utilizamos a pesquisa bibliográfica, abrangendo obras especializadas em contratos e no princípio da solidariedade social. O método de abordagem seguido foi o dialético jurídico, abrangendo o fenômeno, fato concreto e a teoria, de forma simultânea, buscando o resultado com o confronto entre os dois.

O PERFIL DO CONTRATO DE DOAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO

Hodiernamente, a doação pode ser definida como o contrato pelo qual uma das partes, denominada de doador, por mera liberalidade, compromete-se a transferir bens ou vantagens do seu patrimônio em benefício de outrem, designado de donatário, sem o recebimento de contraprestação equivalente.

Segundo Trimarchi², *"la donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto, o assumendo verso la stessa un'obbligazione"*³.

O conceito ora exposto pode ser observado a partir do artigo 538, do Código Civil, o qual contém, em verdade, uma imprecisão técnica, ao expressar que, pela doação, uma pessoa "transfere do seu patrimônio bens ou vantagens". Em verdade,

2 TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di diritto privato*. Undicesima edizione. Milano: Giuffrè, 1996. p. 480.

3 "A doação é o contrato pelo qual, por espírito de liberalidade, uma parte enriquece a outra, dispondo a favor desta de um direito seu, ou assumindo em face desta uma obrigação" (tradução livre).

no direito brasileiro, o contrato não tem o condão de transferir a propriedade, gerando apenas direito pessoal (Código Civil, artigos 1.245 e 1.267)⁴.

Fora isso, como o referido artigo 538 está inserido no Capítulo IV, do Título VI, do Livro I, da Parte Especial, do referido diploma legal, podemos concluir, conseqüentemente, a opção do legislador brasileiro pela doutrina majoritária que defende a natureza contratual da doação, como ato *inter vivos*, na linha do que já observávamos no Código Civil de 1916⁵.

Neste ponto, notamos um rompimento do direito brasileiro com a tradição do Direito Romano, no qual a doação era considerada forma de transmissão da propriedade e não contrato, repetindo-se o texto Justinianeus: "*est et aliud genus acquisitionis, donatio*"⁶ (Inst., Lib. II, Tit. VII)⁷.

De forma semelhante ao que observamos no direito brasileiro, temos a interpretação do direito italiano, como pontua Ruggiero^{8 9}:

4 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, Vol. 3, 2005. p. 221; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, Vol 3, 2003. p. 114.

5 TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di diritto privato*. p. 481; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, Vol. 5, 2001. p. 120; VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2000. pp. 436-440; MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Tradução Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, Vol. I, 1995. pp. 459-461; GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*. 6. ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Astrea, Tomo 1, 2006. pp. 494-496; ASSIS, Araken de et al. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. ALVIM, Arruda e ALVIM, Tereza (coord.). Rio de Janeiro: Forense, Vol. 5, 2007. pp. 876-877; GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos em espécie*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, Vol. 4, Tomo II, 2013. p. 132; DONIZETTI, Elpidio e QUINTELLA, Felipe. *Curso Didático de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 553.

6 Há também outro tipo de aquisição, a doação – Inst., Lib. II, Tit. VII (FIÚZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. 13. ed. 2 tir., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 508).

7 FIÚZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. p. 508; RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução Paolo Capitanio. 6 ed. Campinas: Bookseller, 3v., 1999. pp. 516-517; TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di diritto privato*. p. 481; VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. pp. 436-440; MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. pp. 459-461; GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*. pp. 494-496; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. pp. 113-114; GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. pp. 211-212.

8 RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. pp. 518-519.

9 Código Civil italiano, artigo 769. "*La donazione è il contratto (782, 1321 e seguenti) col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto (1376) o assumendo verso la stessa una obbligazione*". Tradução livre: a doação é o contrato (782, 1321 e seguintes), com o qual, por espírito de liberalidade, uma parte enriquece à outra, dispondo a favor desta de um direito seu ou assumindo para a mesma uma obrigação.

A doutrina civilista italiana restituiu à doação ao lugar que efetivamente lhe cabe: a doação é um contrato e precisamente o contrato típico de liberalidade. (...) é contrato porque é necessário, para se operar a atribuição patrimonial, o acordo entre doador e donatário, isto é, à declaração do primeiro deve corresponder a aceitação do segundo (...).

Sobre a posição do direito espanhol, Albaladejo¹⁰ ensina que:

En nuestro Derecho la donación es un contrato en cuya virtud una parte (donante) por espíritu de liberalidad empobrece su patrimonio al realizar a título gratuito una atribución a favor de la otra (donatario), que se enriquece. (...) Creo que por mucho que algunos lo nieguen, en el sistema del Código civil, la donación es un contrato, aunque la definición legal la califique sólo de acto (...), y aunque se la sitúe, no entre los contratos (arts. 1.254 y ss.), sino entre los diferentes modos de adquirir la propiedad (Libro III, título II).

Evidenciada a adoção da teoria contratualista, resta pontuar que mostramos necessária, para o aperfeiçoamento da doação, conforme o artigo 539, do Código Civil, a aceitação por parte do donatário. Tal aceitação, contudo, pode ocorrer de forma expressa, tácita, presumida ou ficta¹¹.

A aceitação expressa ocorre quando o donatário declara a sua vontade, por palavra escrita ou oral, no ato da liberalidade. Se não há a manifestação expressa, mas dos atos do donatário, é possível concluir que este pretende receber o bem ou a vantagem dados, ocorrendo a aceitação tácita. No caso de fixação de prazo para a aceitação pelo doador, o silêncio do donatário dentro do tempo determinado implica aceitação presumida, a menos que não se trate de doação pura e simples. Por fim, a aceitação ficta é reservada para o caso de doação a absolutamente incapaz, nos termos do artigo 543, do Código Civil, em que se dispensa a aceitação, pela presunção da vantagem ao donatário¹².

10 ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil: derecho de obligaciones*. 14. ed. Madri: Edisofer, Vol. II, 2011. pp. 578-579.

11 MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. pp. 459-461; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 2012. p. 281; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. pp. 123-123; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. pp. 117-118; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos em espécie*. pp. 138-141.

12 DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6. ed. rev. amp. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2º vol., 2006. pp. 51-53; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. p. 281; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. pp.

Trata-se de contrato, em regra, na sua forma pura e simples (*vera et absoluta*), unilateral e gratuito, pela perspectiva de que, respectivamente, apenas uma das partes assume obrigação perante a outra, o doador, e somente um dos contratantes obtêm vantagem advinda da celebração, qual seja, o donatário¹³. Tal classificação é questionada no que se refere à doação onerosa, a qual será tratada a seguir.

É, ainda, um contrato típico, tendo em vista a disciplina jurídica dedicada pelo Código Civil, em seus artigos 538 a 564 e, ao, mesmo tempo, formal ou solene, tendo em vista a necessidade de observação da forma escrita, prescrita em lei, para sua formação, sob pena de nulidade. A exceção à formalidade ocorre apenas nos casos de doação manual, conforme o artigo 541, do Código Civil, realizada sobre bem de pequeno valor, com tradição imediata ao donatário, configurando-se, assim, em contrato real¹⁴.

Sobre a doação manual, que isenta as partes da formalidade escrita, ensina Gonçalves¹⁵:

Como a lei não fornece critério para se aferir o pequeno valor, leva-se em consideração o patrimônio do doador. Se este é pessoa abastada, até mesmo as coisas de valor elevado podem ser doadas através de simples doação manual. Um critério às vezes utilizado é o de considerar de pequeno valor a doação que não ultrapassa dez por cento do patrimônio do doador. Tal critério, todavia, não pode ter aplicação generalizada, por não corresponder, em muitos casos, à intenção do legislador.

Além dos elementos essenciais a qualquer contrato, previstos no artigo 104, do Código Civil, como agente capaz, objeto lícito e possível, forma prescrita ou não defesa em lei, o contrato de doação precisa evidenciar, para a sua validade, dois elementos característicos: *animus donandi* e transferência de bens ou vantagens do doador para o donatário¹⁶.

230-232; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. pp. 123-123; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. pp. 117-118; GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 29-31.

13 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. p. 282.

14 FIÚZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. p. 509.

15 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. p. 296.

16 DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. p. 49; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. p. 279; FIÚZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. pp. 510-512.

O *animus donandi* é o elemento subjetivo da doação, a intenção espontânea e inequívoca de doar. Ressalte-se, contudo, que, ainda que não verifiquemos, no caso concreto, o espírito de altruísmo, de desinteresse ou de generosidade por parte do doador, isso não é essencial à noção jurídica de doação, a qual permanece válida¹⁷.

Ressaltemos que nem toda liberalidade se configurará em doação. Podem significar atos de liberalidade que não se caracterizam tecnicamente como doação, por exemplo, a não interrupção da prescrição pelo credor, a renúncia de direitos, presentes feitos por ocasiões de datas festivas etc.¹⁸.

Nessa linha, Terré et al.¹⁹ ensinam que:

Les contrats, qui ne sont pas à titre onéreux, et que l'on appelle parfois contrats de bienfaisance (...), sont ceux par lesquels une partie procure à l'autre un avantage sans rien recevoir en échange. Ces contrats se divisent eux-mêmes en:

a) contrats à titre gratuit, dans lesquels le contractant qui s'engage le fait en vue d'enrichir le patrimoine d'autrui: ainsi le donation entre vifs lorsque le transfert doit se réaliser du vivant du donateur; ainsi encore l'institution contractuelle, contrat ayant pour objet de donner à une personne tout ou partie des biens qu'on laissera en mourant;

b) contrats de services gratuits, dans lesquels le contractant qui s'engage le fait, en vue non d'enrichir autrui, mais de lui rendre service, tels le prêt à usage ou commodat, le prêt d'argent sans intérêt, le mandat non salarié, le dépôt ou le cautionnement non rémunérés²⁰.

17 RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. p. 523; TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di diritto privato*. p. 481; DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 2006, pp. 49-50; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. p. 280; FIÚZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. pp. 510-512; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. p. 121.

18 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. p. 116; ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil: derecho de obligaciones*. p. 581.

19 TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 57.

20 "Os contratos, que não são a título oneroso, e que se chama às vezes de contratos benéficos, (...), são aqueles pelos quais uma parte fornece à outra uma vantagem sem receber contrapartida. Esses contratos se dividem em: a) contratos a título gratuito, nos quais o contratante que se compromete o faz em vista de enriquecer o patrimônio do outro: assim a doação entre vivos quando a doação deve se realizar em vida do doador; assim mesmo a instituição contratual, contrato tendo por objeto doar a uma pessoa todos ou parte dos bens que se deixa ao morrer; b) contratos de serviços gratuitos, nos quais o contratante

Já a transferência de bens ou vantagens do doador para o donatário, acompanhada da diminuição do patrimônio do doador, mostra-se como elemento objetivo, como constatação da inexistência de contraprestação em benefício do doador em equivalência ao valor do bem ou vantagem objeto de doação²¹.

Sobre o tema, é a lição de Diniz²²:

Se inexistir translação de valor econômico de um patrimônio a outro não se terá doação, visto que é um contrato que envolve um ato de alienação. Não constituirão doações aqueles casos em que o benefício proporcionado gratuitamente a alguém não assenta sobre uma perda no patrimônio da outra parte, como ocorre, p. ex., no comodato, em que o uso do comodatário não implica uma perda ou diminuição de patrimônio do comodante, já que não há transferência definitiva da coisa; no mandato gratuito; na prestação de serviços sem remuneração; no mútuo sem juros; na renúncia abdicativa, em que o direito adquirido pelo beneficiário não provém do patrimônio do renunciante.

Conforme aludido anteriormente, o objeto da doação poderá ser bem ou vantagem, compreendidos nesta os frutos da coisa. Estão incluídos os bens móveis, imóveis, corpóreos, incorpóreos, consumíveis e não consumíveis. Nada impede que o contrato verse também sobre coisa futura²³. É preciso, ainda, tratar-se de bem *in commercium*, ou seja, sem impedimento para a circulação.

Existem, todavia, alguns bens fora do comércio que, excepcionalmente, poderão ser doados, a exemplo de partes que podem ser separadas do corpo, desde que sem prejuízo para a integridade física, para a saúde ou para a dignidade humana do doador, como o leite materno, os cabelos, o material placentário, o sêmen, o sangue²⁴. Além disso, devidamente configurada e certificada a morte encefálica, é possível a doação de órgãos e tecidos^{25 26}.

A par do tipo puro e simples, existem outras espécies de doação reconhecidas pela legislação e pela doutrina. Caso o motivo do pacto esteja expresso,

que se compromete o faz visando não enriquecer o outro, mas de prestar benefício a ele, como o empréstimo para uso ou comodato, o empréstimo de dinheiro sem juros, o mandato não remunerado, o depósito ou caução não remunerados" (tradução livre).

21 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. p. 280.

22 DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. p. 50.

23 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. p. 222.

24 Lei 4.701/65; Lei 10.205/2001; Dec. 3.990/2001; Dec. 95.721/88, que regulamenta a Lei 7.649/88.

25 Art. 4º da Lei 9.434/97, com alteração da Lei 10.211/2001.

26 DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. pp. 58-59.

configurando-se em uma virtude ou um merecimento do donatário, caracteriza-se a doação meritória ou contemplativa²⁷.

É possível, ainda, que a liberalidade em questão se realize em forma de prestações periódicas ou pensão, caso em que denominamos doação em forma de subvenção periódica. Nesses casos, o Código Civil dispõe, em seu artigo 545, que a prestação se extingue com o falecimento do doador, a menos que haja estipulação determinando o pagamento por parte dos herdeiros, dentro dos limites do quinhão recebido por herança.

Não rara é também a doação com encargo (*donatione sub modo*), também chamada de modal, gravada ou onerosa. Nessa espécie, exige-se que o donatário realize uma prestação em favor do doador, de terceiro ou de interesse geral. Neste último caso, o Ministério Público está legitimado a exigir a execução do encargo, no caso de inadimplemento do donatário, se o doador vier a falecer sem o haver feito, nos termos do artigo 552, do Código Civil²⁸.

É o que ocorre, por exemplo, quando a doação de um terreno obriga o donatário a construir no local uma escola, ou na doação de um imóvel que impõe ao donatário cuidar de determinada pessoa doente. Não sendo o encargo equivalente ao benefício recebido, em termos de valor, não resta descaracterizada a liberalidade^{29 30}.

Não devemos confundir, ressalvemos, encargo e contraprestação. Esta é um benefício que alcança uma das partes em contrapartida de uma prestação recebida; já aquele não é contrapartida, pois não necessariamente será revertida em benefício para a outra parte e não encontra equivalência econômica com a

27 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. p. 122.

28 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. pp. 286-287; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. pp. 122-123; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos em espécie*. p. 154.

29 DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. pp. 65-66.

30 Conforme Maria Helena Diniz, o encargo em benefício do próprio donatário vale como mera recomendação, não sendo exigível por falta de interesse de agir, como no caso de doação de verba ao donatário visando ao seu tratamento médico. A referida professora ressalta, ainda, que a doação com reserva e usufruto não é onerosa, mas pura e simples (RT, 124:709, 128:182, 178:132; RF, 80:156, 126:491), e que, se o encargo for ilícito ou impossível, ignorar-se-á a cláusula que o impôs, não se invalidando a doação, que passará a ser pura e simples (DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. p. 66).

prestação recebida por quem o realiza. O encargo, dessa forma, não descaracteriza a gratuidade, embora configure bilateralidade^{31 32}.

Doação remuneratória é a que, embora aparente mera liberalidade, realiza-se no propósito de pagar serviços ou vantagens recebidos do donatário, pela necessidade moral de compensá-lo, uma vez que o pagamento não pode ser exigido por este. É o que ocorre, por exemplo, numa doação de obra de arte a um médico que tratou gratuitamente doador³³.

As doações podem ser atreladas a uma condição. É o que observamos na doação para casamento futuro ou para nascituro. Em ambos os casos a doação tem os seus efeitos obstados até o implemento da condição suspensiva, quais sejam, respectivamente, a celebração do matrimônio e o nascimento com vida (Código Civil, artigos 542 e 546). Caso a condição suspensiva do pacto seja a criação de pessoa jurídica pelo donatário, falamos em doação para entidade futura, a qual caduca em dois anos, em não se constituindo mesma (Código Civil, artigo 554).

Quando o doador subordina os efeitos do contrato à condição resolutiva, estabelecendo que, morrendo o donatário antes dele, o bem retorna para o seu próprio patrimônio, tem-se a doação com cláusula de reversão. Trata-se, nesse ponto, de doação personalíssima, regulada no artigo 547, do Código Civil, que não visa beneficiar os herdeiros do donatário, mas apenas a pessoa deste. Todavia, se o doador falecer antes do donatário, o bem se consolida na propriedade deste, deixando de ser resolúvel e beneficiando os seus herdeiros, quando do seu falecimento. A reversão em vida, retornando o bem ao doador sem que haja a morte do donatário, também é admitida na doutrina³⁴.

31 FIÚZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. p. 514; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. pp. 224-225.

32 Em sentido contrário, defendendo a unilateralidade da doação com encargo: VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. p. 114; ASSIS, Araken de et al. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. p. 882; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos em espécie*. pp. 133-134.

33 DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. p. 66; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. p. 287; VENOSA, 2003, p. 123; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos em espécie*. pp. 154-155.

34 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. p. 295; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. p. 127; GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos em espécie*. pp. 157-158.

É possível citarmos, por fim, as doações realizadas de ascendente para ascendente e entre cônjuges, no que se refere aos bens particulares destes. Ambos os casos são tratados pelo legislador como adiantamento de legítima, no artigo 544, do Código Civil, retornando o objeto da doação ao inventário, por meio de colação, a menos que haja dispensa expressa do doador nesse sentido, o que implica que a doação se refere à parte disponível do patrimônio do deste³⁵.

Sobre os efeitos do contrato de doação, podemos dizer que este gera para o doador a obrigação de entrega do bem ou vantagem ao donatário. Nesses termos, cria vínculo obrigacional, e não real³⁶. Conforme o direito brasileiro, a propriedade das coisas imóveis se transfere pelo registro; e a das coisas móveis, por tradição (Código Civil, artigos 1.245 e 1.267).

Caso haja atraso no cumprimento da referida obrigação de entrega do bem ou vantagem pelo doador, ressalvemos que, em regra, este não responderá pelos juros moratórios, da mesma forma como fica isento da responsabilidade por vícios redibitórios e evicção, tendo em vista se tratar de contrato unilateral e gratuito (Código Civil, artigo 552), de forma similar ao que observamos no direito italiano³⁷ e no direito alemão³⁸.

Todavia, a responsabilidade por vícios redibitórios e evicção persiste nos casos da doação remuneratória e da onerosa até o limite do encargo assumido. Nas doações para casamento, o doador também ficará sujeito à responsabilidade pela evicção, caso não haja convenção em sentido contrário, nos termos do artigo 552, do Código Civil.

É possível, ainda, que a doação seja gravada com as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, caracterizando-se, ainda assim, como doação pura e simples. No primeiro caso, o donatário não poderá praticar nenhum ato que implique a perda do bem, como vender, trocar, doar, hipotecar, empenhar, etc.; no segundo, a coisa fica excluída do patrimônio a ser partilhado

35 DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. p. 68; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. pp. 290-292)

36 FIÚZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. p 516.

37 RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. p. 532.

38 MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. p. 462.

com cônjuge ou companheiro; no terceiro, há impedimento à penhora do bem para satisfação de eventuais credores³⁹.

No tocante à extinção da doação, a par de todas as formas de invalidação do negócio jurídico por desrespeito aos elementos essenciais gerais necessários para a sua formação, existem hipóteses previstas no Código Civil brasileiro que permitem a sua revogação⁴⁰ nos casos de descumprimento de encargo e de ingratidão (Código Civil, artigo 555), de forma muito similar ao que observamos no direito italiano⁴¹.

Para que seja possível a revogação por descumprimento de encargo, é preciso que observemos o contexto de onerosidade da doação e a mora do donatário no cumprimento do encargo que lhe cabe. Caso originariamente não tenha sido designado prazo para o cumprimento do encargo, o doador deverá notificar judicialmente o donatário, fixando-lhe prazo para tal fim (Código Civil, artigo 562).

As hipóteses de ingratidão, para fins de revogação da doação, estão descritas de forma taxativa, no Código Civil, quais sejam, homicídio doloso ou atentado contra a vida do doador, ofensa física, injúria grave e calúnia e recusa desmotivada na prestação de alimentos (Código Civil, artigo 557). Tais atos permitem a revogação da doação ainda que praticados em relação ao cônjuge, ascendente, descendente, ainda que adotivo, ou irmão do doador (Código Civil, artigo 558). Não revogamos por ingratidão, entretanto as doações remuneratórias, as com encargo cumprido, as realizadas em cumprimento de obrigação natural e para casamento futuro (Código Civil, artigo 564).

Em todo caso, o direito à revogação da doação é de ordem pública, não cabendo a renúncia antecipada por parte do doador (Código Civil, artigo 556). A par disso, é importante frisar que há prazo decadencial de um ano para a propositura da ação de revogação, ao final do qual há a perda do direito (Código Civil, artigo

39 FIÚZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. p. 517; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. p. 122)

40 Carlos Roberto Gonçalves considera o termo revogação inadequado, pois não se opera pela simples vontade do doador. O que ocorre, na verdade, segundo o autor, é anulação, rescisão ou resolução (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. p. 301).

41 RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. pp. 354-537.

559), sendo a ação personalíssima, com possibilidade dos herdeiros, darem continuidade ao processo já interposto, quando do falecimento do doador (Código Civil, artigo 560). No caso de homicídio do doador, a ação caberá aos herdeiros, exceto na hipótese de expresse perdão do ofensor (Código Civil, artigo 561).

Passada essa síntese dos pontos centrais no estudo do contrato de doação, é importante frisar que existem casos em que, mesmo presentes todos os elementos essenciais para a formação do referido pacto, restrições legais observamos atingindo a validade da liberalidade. É sobre essas restrições que trataremos no capítulo seguinte.

A DOAÇÃO INOFICIOSA ANALISADA PELO PRISMA DA SOLIDARIEDADE SOCIAL

Visando preservar o interesse social, o interesse das partes e de terceiros, o Código Civil brasileiro impõe restrições à realização da doação em determinados contextos, quais sejam, a doação pelo insolvente, a doação pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice, a doação de todos os bens do doador e a doação inoficiosa⁴².

A insolvência se caracteriza quando as dívidas da pessoa física superam o seu patrimônio⁴³. Nesse caso, a proibição da doação visa reprimir a fraude contra credores, a qual poderá ter a sua validade contestada por meio de ação pauliana, nos termos do artigo 158, do Código Civil brasileiro.

A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice poderá ser anulada pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros necessários até dois anos após a dissolução da sociedade conjugal (Código Civil, artigo 550). O propósito seria, segundo a doutrina, proteger a família e repelir o adultério. Não se aplica a restrição, contudo, se a relação concubinária se inicia após a realização da doação⁴⁴.

42 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. pp. 297-300.

43 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. p. 297.

44 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. pp. 298 e 300; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos em espécie*. pp. 165-166.

A doação universal do doador também restou proibida pelo Código Civil no seu artigo 548. É preciso que o doador, ainda que não possua herdeiros necessários, reserve para si ao menos parte do seu patrimônio, suficiente para sua subsistência e dignidade, evitando-se, assim, a penúria, o que, além do mais, não é útil à sociedade. Ainda que haja na doação encargo para donatário de prover o sustento do doador, a nulidade persiste⁴⁵.

Interessa particularmente ao presente estudo a hipótese da doação inoficiosa. Isso ocorre quando o doador, tendo herdeiros necessários, realiza a doação que vai além do patrimônio do qual poderia dispor por testamento⁴⁶. Conforme o artigo 549, do Código Civil, o excesso na liberalidade implica a nulidade em relação aos bens excedentes, reduzindo-se a doação ao limite de cinquenta por cento do patrimônio previsto na lei⁴⁷.

Conforme Albaladejo⁴⁸:

La donación puede ser excesiva, y, por tanto, rebajable, lo mismo cuando el donante se ha quedado sin bienes suficientes para atender a sus necesidades, que cuando la donación lesionó derechos de terceras personas, como ocurre si en el patrimonio de aquél no quedó bastante para pagar sus deudas, o no quedó bastante para cubrir las legítimas de sus herederos forzosos, o Dio al donatario más que lo que le podía dar (...). Según lo visto, los términos inoficiosa y reducción podrían servir para referirse a cualquier caso de donación excesiva e a cualquiera de rebaja o supresión de la misma. Pero, la verdad es que solo son usados por la ley para algunos, y dentro de eso, se usan más específicamente para designar el supuesto de que una donación, yendo más allá de la cifra admisible, lesione la legítima de los herederos forzosos, por lo que debe ser recortada por el exceso.

45 DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. p. 60; GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*. pp. 500-501; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. p. 298; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. p. 228; ASSIS, Araken de et al. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. p. 903; GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos em espécie*. pp. 148-149.

46 GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*. pp. 500-501.

47 No mesmo sentido, o Código Civil espanhol estabelece, no artigo 634: "La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias"; e no artigo 636: "No obstante lo dispuesto en el artículo 634 ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida".

48 ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil: derecho de obligaciones*. pp. 625-626)

Segundo a doutrina majoritária, o referido artigo 549, do Código Civil brasileiro, visa preservar a legítima dos herdeiros necessários, de onde poderíamos concluir que a liberdade plena de doar, assim como a de realizar testamento, caberia apenas àqueles que não possuem sucessores de tal qualidade⁴⁹.

De fato, no que se refere ao direito das sucessões, o Código Civil estabelece, em seu artigo 1.789, que o testador só poderá dispor de metade da herança, caso possua herdeiros necessários. Herdeiros necessários, nos termos do artigo 1.845, do citado *Codex*, seriam descendentes, ascendentes e cônjuge. A estes cabe a metade indisponível da herança, chamada de legítima (Código Civil, artigo 1.846). Ressalvemos que o cônjuge se torna herdeiro a depender do regime de bens, em face do artigo 1.829, do mesmo diploma legal.

A situação do companheiro supérstite também merece menção. Embora este não conste expressamente no rol do citado artigo 1.845, torna-se herdeiro necessário, por força e nos termos do artigo 1.790, do Código Civil, numa interpretação que se coaduna perfeitamente com a diretriz de equiparação da união estável ao casamento, materializada no artigo 226, §3º, da Constituição Federal.

Importante frisar que o momento da conferência do limite da metade disponível para a doação é o momento da realização da doação, e não quando da abertura da sucessão, por razões de segurança jurídica, diferentemente do que observamos no direito português^{50 51 52}.

Sobre os trâmites para o reconhecimento da nulidade da doação inoficiosa, Diniz⁵³ sustenta que⁵⁴:

49 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. p. 293; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. p. 119; GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos em espécie*. p. 142.

50 Código Civil português, artigo 2.109. "1. O valor dos bens doados é o que eles tiveram à data da abertura da sucessão".

51 GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação*. pp. 40-43; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. p. 119.

52 *Em sentido oposto, o Código Civil espanhol estabelece, em seu artigo 654: "las donaciones que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636 sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero ésta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos. Para la reducción de las donaciones se estará a lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del presente Código"*.

53 DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. pp. 60-61.

54 No mesmo sentido: VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. p. 120.

O herdeiro lesado com a doação inoficiosa poderá ingressar em juízo imediatamente com a competente ação, pleiteando redução ou nulidade da liberalidade na parte excedente. Trata-se, porém, de questão controvertida sustentando outros que só poderemos ajuizar tal ação após a abertura da sucessão do doador, pois de outro modo estaríamos a litigar sobre herança de pessoa viva.

Para aprofundamento no estudo da doação inoficiosa, indispensável citar o posicionamento de Gagliano⁵⁵, com o qual concordamos:

De nossa parte, temos sinceras dúvidas a respeito da eficácia social e justiça desta 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 de 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.

De acordo com o referido autor, a doação inoficiosa é questionável, em síntese, pelas seguintes razões: a) com os avanços da sociedade contemporânea, a riqueza fundiária, que justificava tal proteção nas sociedades antigas, foi substituída por novas formas de riqueza; b) a citada limitação incentivaria a discórdia familiar e o ócio do herdeiro necessário; c) haveria, no caso, afronta ao direito constitucional de propriedade do doador, em sua faculdade real de disposição de bens; e d) o benefício aos herdeiros poderia acontecer, por vontade do doador, em forma de testamento⁵⁶.

Particularmente, na linha do citado autor⁵⁷, entendemos que a proibição da doação inoficiosa se justifica no caso da existência de herdeiros necessários menores, sob responsabilidade do eventual doador, em proteção da dignidade humana daqueles, presumidamente inaptos para a manutenção da própria subsistência.

Todavia, a proibição genérica prevista da legislação pátria, que persiste ainda quando os herdeiros necessários sejam maiores e capazes, parece-nos originar

55 GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação*. p. 39.

56 GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos em espécie*. p. 143; GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação*. pp. 39-40.

57 GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação*. p. 39.

uma grave lacuna axiológica, ou seja, um resultado injusto na sua aplicação, por limitar o direcionamento do patrimônio por doação mesmo quando esta se realizaria em face de motivações humanitárias, com o intuito de beneficiar um indivíduo ou uma parcela de pessoas desprovidas de dignidade e de um mínimo existencial. Há, no caso, uma questão ética indisfarçável.

O problema das lacunas se mostra em dois aspectos. O primeiro se caracteriza pela própria discussão acerca da possibilidade da existência das lacunas; o segundo implica, admitida a existência das lacunas, apontar a maneira como estas devem ser preenchidas, ou seja, no procedimento de integração⁵⁸.

Verificamos duas principais concepções antitéticas sobre o tema: a que não reconhece a existência de lacunas, por defender que o sistema jurídico⁵⁹ é um todo orgânico suficiente na disciplina de todos os comportamentos humanos, e a que admite a existência das lacunas, com base na crença de que os ordenamentos não podem prever todas as situações de fato que se encontram em constante evolução. O entendimento acerca da lacuna se mostra, assim, absolutamente relacionado com a concepção do sistema jurídico adotada⁶⁰.

Para aqueles que defendem um sistema normativo como um todo fechado e completo, no qual o campo da experiência está delimitado por um conjunto de casos e condutas, o problema analisado se mostra solucionado de forma negativa, pela regra "tudo o que não está juridicamente proibido, está permitido", a supostamente garantir sempre uma resposta no sistema⁶¹.

58 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. p. 219.

59 Ao definir sistema jurídico, Maria Helena Diniz (DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 25-26) afirma que "'sistema' significa nexos, uma reunião de coisas ou conjunto de elementos, e método, um instrumento de análise. De forma que o sistema não é uma realidade nem uma coisa objetiva; é o aparelho teórico mediante o qual se pode estudar a realidade. É, por outras palavras, o modo de ver, de ordenar, logicamente, a realidade, que, por sua vez, não é sistemática. (...) Do exposto pode-se concluir que o direito não é um sistema jurídico, mas uma realidade que pode ser estudada de modo sistemático pela Ciência do Direito. É indubitável que a tarefa mais importante do jurista consiste em apresentar o direito sob uma forma ordenada ou 'sistemática', para facilitar o seu conhecimento, bem como seu manejo por parte dos indivíduos que estão submetidos a ele, especialmente pelos que o aplicam".

60 DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. pp. 23 e 27; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. p. 220.

61 DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. pp. 27-28; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. p. 220)

Se, entretanto, o direito for visualizado como uma realidade complexa, cuja sistematização assume caráter aberto e incompleto, nas dimensões normativa, fática e axiológica, torna-se inevitável a conclusão sobre a existência de uma desordem, uma descontinuidade, apresentando um 'vazio', uma lacuna, por não encontrarmos soluções expressas para todos os casos⁶².

Conforme ensina Engisch⁶³:

Uma lacuna é uma incompletude insatisfatória no seio de um todo. Aplicado ao Direito, o conceito de lacuna significa que se trata de uma incompletude insatisfatória no seio de um todo jurídico. (...) As lacunas são deficiências do Direito positivo (do Direito legislado ou do Direito consuetudinário), apreensíveis como faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de fato em que é de esperar essa regulamentação e em que tais falhas postulam e admitem a sua remoção através duma decisão judicial jurídico-integradora. As lacunas aparecem, portanto, quando nem a lei nem o Direito consuetudinário nos dão uma resposta imediata a uma questão jurídica.

Na classificação de Diniz⁶⁴, a qual adotamos, é possível identificarmos três espécies de lacuna, quais sejam, a) a normativa, na ausência de norma para a resolução do caso; b) a ontológica, quando, havendo norma, esta não corresponda aos fatos sociais; c) a axiológica, na falta de norma justa, ou seja, se da aplicação da norma resulte uma solução insatisfatória ou injusta.

Há referência, ainda, na obra da citada autora⁶⁵, às lacunas de conflito ou antinomias reais, que se observam na existência de várias soluções incompatíveis para a aplicação de determinada norma, deixando o julgador numa situação insustentável, porque não há solução normativa cabível ou porque não há uma solução unívoca. Trata-se, em verdade, de caso de conflito de normas.

No estudo ora empreendido, interessa-nos, particularmente, a espécie das lacunas axiológicas, a qual acreditamos estar presente no instituto da doação inoficiosa, na roupagem conferida pelo legislador pátrio.

62 DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. pp. 27-28; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. p. 220)

63 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. pp. 276 e 279.

64 DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. p. 95.

65 DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. p. 95.

Parece-nos indubitável que, se considerada a limitação imposta no artigo 549, do Código Civil, impede-se que mais de cinquenta por cento do patrimônio do doador, ainda que seus herdeiros necessários sejam maiores e capazes, seja direcionado ao auxílio de comunidades carentes, cujas urgências e demandas são de conhecimento público e notório no Brasil, provocando, dessa forma, um resultado injusto para a aplicação da norma, que privilegia os familiares em detrimento de terceiros necessitados.

Uma vez identificada a referida lacuna axiológica, cabe-nos apontar o caminho para o preenchimento de tal vazio, produzindo uma aplicação jurídica adequada para a norma em tela. Trata-se de procedimento de integração da norma⁶⁶.

Neste ponto, cabe frisar a diferenciação entre as figuras da interpretação, da integração e da aplicação da norma. A aplicação da norma se dá em decorrência da competência de um órgão ou autoridade que impõe uma diretriz de direito num caso concreto. Antes de aplicar o direito, contudo, o órgão ou autoridade precisa interpretá-lo, ou seja, proceder à escolha, de natureza axiológica, de vários sentidos possíveis para a norma. Mas se a norma apresenta lacuna, o processo de interpretação não é suficiente para preencher tal vazio, fazendo-se necessário o uso da integração⁶⁷.

O procedimento de integração contém ferramentas utilizadas tanto na constatação quanto no próprio preenchimento da lacuna, os quais, embora correlatos, são independentes, podendo haver situação na qual, após a constatação, seja vedado o preenchimento como as lacunas em matéria penal, cujo preenchimento cabe exclusivamente ao Poder Legislativo⁶⁸.

Os mecanismos da integração das lacunas se encontram previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁶⁹, nos artigos 4º e 5º. Trata-se da analogia, dos costumes, dos princípios gerais do direito e da equidade a serem utilizados nessa ordem no procedimento de integração^{70 71}.

66 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. atual. 7 tir. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 295-296.

67 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. pp. 295-296.

68 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. p. 314.

69 A denominação da "Lei de Introdução ao Código Civil" foi alterada para "Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro", pela Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010.

70 DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. pp. 134-135.

71 Conforme lembra Tércio Sampaio Ferraz Jr. (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. p. 314), "não podemos esquecer que os

Cabe ao aplicador do direito, ante uma questão dúbia, indagar acerca da existência de disposição geral expressa e precisa sobre o tema; caso negativo, o técnico recorrerá aos preceitos sobre casos similares; se ainda assim não encontrar solução, irá até os costumes; na ausência destes, direcionará a busca para os princípios gerais; e, finalmente, não logrando êxito na utilização de tais instrumentos, far-se-á necessário o recurso à equidade⁷².

Aplicando tais critérios ao tema em estudo, podemos concluir não existir disposição legal análoga à ora ventilada ou costume que possam ser utilizados na integração da lacuna axiológica em comento. Na nossa opinião, é nos princípios gerais do direito que encontramos a saída para a questão da lacuna axiológica presente no artigo 549, do Código Civil, acerca da doação inoficiosa, com o recurso à solidariedade social, prevista no artigo 3º, I, da Constituição Federal.

A solidariedade social ingressa no sistema jurídico como marca do Estado democrático de direito, estimulando em cada indivíduo consciência perceptiva do ambiente social, pelo que pode ser considerada como um novo paradigma para o direito, no qual Estado e indivíduos assumem uma aliança, de caráter absolutamente democrático, visando incrementar direitos básicos destes, promoção de políticas de erradicação da pobreza e da redução das desigualdades⁷³.

Comentando o art. 3º, I, da Constituição brasileira, Silva⁷⁴ assevera:

O que a Constituição quer, com esse objetivo fundamental, é que a República Federativa do Brasil construa uma ordem de homens livres, em que a justiça distributiva e retributiva seja um fator de dignificação da pessoa e em que o sentimento de responsabilidade e apoio recíprocos solidifique a ideia de comunidade fundada no bem comum. Surge aí o signo do Estado democrático de direito, voltado à realização da justiça social, tanto quanto a fórmula liberdade igualdade e fraternidade o fora no Estado liberal proveniente da Revolução Francesa.

diversos ordenamentos jurídicos nacionais enfrentam a integração de modo diferente, havendo os que expressamente determinam quais os instrumentos, como é o caso do brasileiro, mas havendo também os que são omissos a esse respeito, gerando uma espécie de lacuna de segundo grau por falta de norma sobre o modo de preenchimento, como é o caso do ordenamento alemão”.

72 DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. pp. 134 e 212.

73 CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010. pp. 109, 116, 122 e 151.

74 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 46-47.

Ao tentar precisar o alcance da palavra solidariedade, Lôbo⁷⁵ afirma que esta,

como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e auto-determinado que impõe a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras. A solidariedade cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social.

A solidariedade social realiza-se, então, como um ato complexo, no qual concorrem o Poder Público e a própria sociedade, apontando a Constituição Federal as diretrizes ideológicas, políticas e jurídicas para sua otimização e implementação ao acolher os princípios da dignidade humana e do pluralismo social e político⁷⁶.

Não podemos negar que a solidariedade surge nas relações sociais como um sentimento, o que gera uma certa reticência numa ordem jurídica republicana e laica, a lidar diretamente com condutas verificáveis como objeto de normatização. Todavia, há posicionamento doutrinário sustentando ser justamente o retorno ao sentimento uma das características da pós-modernidade. Nada impede, assim, que o princípio jurídico da solidariedade receba esses sentimentos como valores e os converta em direitos e deveres⁷⁷.

De fato, o limite entre os deveres de justiça e os de caridade não é tão evidente. Esta, fora de dúvida, marca a superioridade moral duma sociedade, mas basta sancioná-la, de acordo com a linguagem do direito, para que se torne um dever de justiça, confundindo-se os campos de atuação de cada uma⁷⁸.

Não se trata, neste ponto, de propugnar um resgate secular da caridade ou do altruísmo, não exigíveis pelo direito, mas construir uma base jurídica da solidariedade, de onde desprendemos direitos e deveres juridicamente exigíveis, o que implica atuações positivas dos poderes públicos, das quais o Estado não se pode omitir⁷⁹.

75 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 81.

76 DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e o princípio da solidariedade. *Nomos: Revista do Curso de Mestrado em direito da UFC*. Fortaleza, v. 26, pp. 171-185, janeiro-junho de 2007. p. 173.

77 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: parte geral*. p. 81.

78 RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2002. p. 268.

79 ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Direitos humanos e direito dos refugiados: os princípios da dignidade humana, a universalidade dos direitos humanos e a solidariedade como funda-

A solidariedade ingressa no sistema jurídico como uma forma de atribuir significado ao próximo, despertando no indivíduo o reconhecimento da existência do outro, porque estimula em cada um a consciência perceptiva do ambiente social. Torna-se, assim, um novo paradigma para o direito, que, visando melhorar o Estado, a sociedade e a qualidade de vida dos cidadãos, implica um sistema jurídico que valoriza a dignidade plena do ser humano e a responsabilidade social de todos, no qual não se encaixam a indiferença social e o egoísmo individual exacerbado⁸⁰.

O discurso da solidariedade, dentro de um quadro democrático, implica, assim, admitir direitos e deveres nas relações interindividuais, como cooperação e respeito, exigindo uma postura não só do Estado, mas também de cada cidadão em relação a todos os demais.

Nessa linha da efetivação da solidariedade social, mostra-se perfeitamente justificável permitir que o doador, independentemente de possuir herdeiros necessários maiores e capazes, exceda o limite de cinquenta por cento do seu patrimônio, na realização de uma doação verdadeiramente solidária e humanitária, com repercussão direta na redução das desigualdades, objetivo traçado na Constituição Federal.

Adotada, em face dos argumentos ventilados, a citada posição em matéria de doação, fazemos mister, pelas mesmas razões, concluir pela mitigação do impedimento previsto nos artigos 1.789 e 1.846, do Código Civil, os quais determinam o respeito à legítima pelo testador, sob pena de alavancar uma incoerência dentro do sistema jurídico, haja vista padecer este dispositivo de similar lacuna axiológica.

Tal conclusão não implica, de forma alguma, supressão da ordem de sucessão hereditária e demais regras de sucessões, tendo em vista que, não tendo o falecido optado pela doação ou pelo testamento, seu patrimônio seria, no nosso entendimento, distribuído entre os seus herdeiros na forma de tais dispositivos.

mentos para superar a discricionariedade estatal na concessão do refúgio. *Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e Centro Universitário de Maringá (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. pp. 6.267-6.294. p. 6.286.

80 CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*. pp. 109,116,122.

Em arremate, acreditamos alcançar, pelo entendimento ora exposto, um aspecto de igualdade jurídica entre um herdeiro do eventual doador e qualquer ser humano que se encontre em situação de penúria ou indignidade, para fins de estimular aquele que se propõe à atitude generosa em face de um estranho, conduta que se coaduna perfeitamente com o princípio da solidariedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao regulamentar o contrato de doação, o legislador civil entendeu por proibir a chamada doação inoficiosa, que ocorre quando o doador, tendo herdeiros necessários, realiza essa liberalidade, desrespeitando o limite de cinquenta por cento do seu patrimônio, conforme o artigo 549, do Código Civil, dispositivo este que não está imune a críticas.

A referida proibição, por possuir caráter genérico, persiste ainda quando os herdeiros necessários sejam maiores e capazes, originando, assim, uma grave lacuna axiológica, ou seja, um resultado injusto na sua aplicação, por limitar o direcionamento do patrimônio por doação mesmo quando esta se realizaria em face de motivações humanitárias, beneficiando pessoas financeiramente necessitadas.

A colmatação da referida lacuna no dispositivo que trata da doação inoficiosa, ao nosso ver, respeitados os critérios estabelecidos nos artigos 4º e 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, realiza-se a partir de um princípio geral do direito, qual seja, a solidariedade social, prevista no artigo 3º, I, da Constituição Federal.

Permitir que o doador, independentemente de possuir herdeiros necessários maiores e capazes, exceda o limite de cinquenta por cento do seu patrimônio, na realização de uma doação verdadeiramente solidária e humanitária, com repercussão direta na redução das desigualdades, mostra-se como um importante instrumento de efetivação do referido princípio da solidariedade social.

O posicionamento adotado implica, pelas mesmas razões, admitir a mitigação das atuais regras acerca da legítima do testador, previstas nos artigos 1.789 e 1.846,

do Código Civil, mantendo-se intactas, contudo, a regulamentação sobre a ordem de sucessão hereditária e demais regras de sucessões, a serem respeitadas caso o falecido não opte pela doação ou pelo testamento nos termos ora propostos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Direitos humanos e direito dos refugiados: os princípios da dignidade humana, a universalidade dos direitos humanos e a solidariedade como fundamentos para superar a discricionariedade estatal na concessão do refúgio. *Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e Centro Universitário de Maringá (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. pp. 6.267-6.294.

ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil: derecho de obligaciones*. 14. ed. Madri: Edisofer, Vol. II, 2011.

ASSIS, Araken de et al. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. ALVIM, Arruda; ALVIM, Tereza (coord.). Rio de Janeiro: Forense, Vol. 5, 2007.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, Vol. 3, 2005.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e o princípio da solidariedade. *Nomos: Revista do Curso de Mestrado em direito da UFC*. Fortaleza, v. 26, pp. 171-185, janeiro-junho de 2007.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2º vol., 2006.

DONIZETTI, Elpídio e QUINTELLA, Felipe. *Curso Didático de direito civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 8 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

FIÚZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. 13. ed. 2 tir., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos em espécie*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, Vol. 4, Tomo II, 2013.

GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*. 6. ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Astrea, Tomo 1, 2006.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Tradução Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, Vol. I, 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, Vol. 5, 2001.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. atual. 7 tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2002.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução Paolo Capitanio. 6 ed. Campinas: Bookseller, 3v., 1999.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2009.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1996.

TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di diritto privato*. Undicesima edizione. Milano: Giuffrè, 1996.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, Vol 3, 2003.

Recebido em: jul/2016

Aprovado em: set/2016