

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO INTERNACIONAL

PATRICIA GRAZZIOTIN NOSCHANG

RAFAEL PADILHA DOS SANTOS

ROSARIO ESPINOSA CALABUIG

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D598

Direito internacional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020

Coordenadores: Patricia Grazziotin Noschang; Rafael Padilha dos Santos; Rosario Espinosa Calabuig – Florianópolis: CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-010-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO INTERNACIONAL

Apresentação

Os estudos reunidos no Grupo de Trabalho de “Direito Internacional I”, que ocorreu no X Encontro Internacional do CONPEDI, em Valência na Espanha, nos dias 05 e 06 de setembro de 2019, reúnem pesquisas científicas de grande interesse intelectual e que proporcionam reflexão e conhecimento sobre temáticas que versam sobre paradiplomacia ambiental, governança global, migrações, transnacionalidade, reconhecimento e pluralismo jurídico, geopolítica e direitos humanos.

O trabalho intitulado “Paradiplomacia ambiental en la gobernanza global: el Estado de São Paulo en la Agenda 2030” faz um relevante estudo sobre as ações dos governos subnacionais para enfrentar problemas ambientais globais, tratando da paradiplomacia ambiental, ressaltando o protagonismo de governos subnacionais na dinâmica do direito ambiental internacional. É abordada sobre a rede de governos regionais para o desenvolvimento sustentável, destacando a importância das contribuições dos governos subnacionais para o desenvolvimento sustentável. Traz-se neste artigo o exemplo do Estado de São Paulo, que no final de 2018 criou uma Comissão Estatal para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, sinalizando assim um compromisso com a Agenda 2030 adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

A pesquisa intitulada “Doação entre consortes: uma visão histórica e legalista no direito comparado entre Brasil e Portugal” percorre aspectos destacados da história do instituto de doação entre pessoas casadas, e na base de pesquisa em lei e doutrina sobre o tema realiza um estudo comparativo entre a realidade brasileira e portuguesa, ressaltando as divergências entre a legislação de Portugal e Brasil na regulamentação e aplicação do instituto da doação entre consortes.

O Capítulo sobre “Evolução jurisprudencial do TST sobre a lei de regência do trabalhador contratado no Brasil para prestar serviços no exterior” enfrenta o tema sobre a lei de regência do contrato de trabalho no país de destino em relação a trabalhadores migrantes brasileiros que são contratados no Brasil para prestar serviço no exterior, pois há uma complexidade de normas nacionais e internacionais sobre a matéria (como a Lei n. 7.064/82, o Código de Bustamente a Convenção n. 97 da OIT), de modo que esta pesquisa fornece subsídios teóricos e práticos para superar a insegurança jurídica no tema para assegurar que a ordem

jurídica se preste a regular com clareza a contratação de trabalhadores brasileiros por empresas estrangeiras, respondendo sobre qual é o critério de solução de conflitos de leis no espaço na regulação desta tipologia de relação jurídica.

No estudo sobre “Migrações e sustentabilidade: uma análise sob a ótica dos direitos humanos” é analisado sobre as migrações e sua correlação com a sustentabilidade, contextualizando as migrações como parte do fenômeno da transnacionalidade, perpassando o estudo pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela Agenda 2030 da ONU.

No Capítulo intitulado “O lado obscuro do Estado de Direito e a necessidade de uma regulação efetiva em âmbito transnacional” é abordado como o Estado de Direito tem sido manipulado por uma razão instrumental para impor condições desfavoráveis para nações mais fracas para o empoderamento de países hegemônicos, em que o Estado de Direito serve-se para a realização de pilhagem, exigindo por isso soluções em âmbito transnacional para conter tais práticas.

Na pesquisa sobre “Reconhecimento, pluralismo jurídico e transnacionalidade” parte-se da concepção de reconhecimento e da dialética de reconhecimento do autor alemão Hegel, para então entender a origem das leis e instituições, esforçando-se por encontrar subsídios, a partir deste aporte teórico, para fundamentar o pluralismo jurídico em espaços transnacionais.

Por fim, o Capítulo sobre “Universalidade dos direitos humanos: a educação como direito fundamental e suas dimensões” correlaciona a educação à dignidade da pessoa humana para fundamentá-la como um direito humano e como causa de transformações sociais para se alcançar maior inserção social, política, cultural e econômica das pessoas, bem como para o desenvolvimento da personalidade e de relações sustentáveis.

Profa. Dra. Patricia Grazziotin Noschang - UPF

Prof. Dr. Rafael Padilha dos Santos - UNIVALI

Profa. Dra. Rosario Espinosa Calabuig - UV

**DOAÇÃO ENTRE CONSORTES: UMA VISÃO HISTÓRICA E LEGALISTA NO
DIREITO COMPARADO ENTRE BRASIL E PORTUGAL**

**DONATION BETWEEN CONSORTS: A HISTORICAL AND LEGALISTIC VIEW
OF COMPARATIVE LAW BETWEEN BRAZIL AND PORTUGAL**

**Milena de Bonis Faria
Ana Beatriz Jorge De Carvalho Maia**

Resumo

A doação entre pessoas casadas traz em seu arcabouço histórico algumas peculiaridades que o tempo, a legislação e nem mesmo a transformação social se incumbiu de sanar. A evolução da legislação referente ao direito dos contratos acompanha o comportamento social, conforme essas condutas, as leis que estão em um processo contínuo de transformação acoçam o comportamento da sociedade, com intuito precípua de resguardar os direitos dos indivíduos. Nesta senda, fulcro e objeto desta pesquisa limita-se a explorar os aspectos históricos, conceituais, doutrinários e legais da doação entre consortes, através de análise comparativa, ultrapassando fronteiras entre Brasil e Portugal.

Palavras-chave: Doação, Cônjuges, Direito comparado

Abstract/Resumen/Résumé

The donation between married people brings in its historical framework some peculiarities that time, legislation and not even the social transformation was charged to cure. The evolution of legislation related to contract law follows the social behavior, as these behaviors, the laws that are in continuous process of transformation harass the behavior of society, with the primary purpose of protecting the rights of individuals. In this path, core and object of this research is limited to exploring the historical, conceptual, doctrinal and legal aspects of donation between consortes, through comparative analysis, going beyond the borders between Brazil and Portugal

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Donation, Pouses, Comparative law

1 INTRODUÇÃO

Atualmente o direito pauta-se em um direito transfronteiriço, oportunizando uma avaliação mais precisa de implementação, cumprimento pela sociedade, e a própria aplicação do direito no caso concreto. O estudo comparativo propicia avaliar alguns elementos peculiares ao contrato de doação para averiguar a extensão e os limites da manifestação da vontade e liberalidade doador perante aos dispositivos legais de cada país.

Nesta via, torna-se inegável a constituição do contrato se estabelece como âmago do poder do proprietário de bens, podendo este disponibilizar de seu patrimônio na forma que melhor lhe convier. No entanto, merece parcimônia, tendo em vista países que em sede de contratos de doações entre consortes não há regulamentação específica. Ademais nos países em que há regulamentação.., com a finalidade de garantir a autonomia e liberdade do doado perante seu patrimônio, porém também possui o cunho de resguardar os bens de terceiros.

Um tema bastante controvertido na seara doutrinária, que traz no bojo do presente artigo, de forma sutil levantar as possíveis divergências entre legislação entre Portugal e Brasil, tanto nos aspectos de regulamentação, bem como efetivação do direitos envolvidos, aplicação do instituto. Assim, foi utilizado como ponto de partida origem histórica do instituto contratos, seus princípios norteadores, forma, nulidades no intuito de trazer a baila as benesses e os prejuízo incorporados aos debates doutrinários e legais. A presente pesquisa realizada utilizou-se do método indutivo e como técnica de pesquisa a bibliográfica.

2 UMA BREVE ANÁLISE HISTÓRICA ENTRE PORTUGAL E BRASIL

Os registros mais remotos encontrados referentes à doação entre cônjuges estão marcados em um lapso temporal no Direito Romano com o fim da República e início do principado. Nessa época, apresentava-se como um instituto taxativamente proibido, com finalidade profícua de evitar exposição e constrangimento imoral entre desposados.

As doações entre pessoas casadas, em Portugal, não tiveram influência direta do princípio Justiniano, que se pautava na proibição de tal instituto referente à relação do matrimônio. No que tange às Ordenações Lusas, não se fez menção explícita à proibição de doações entre consortes. A evolução da legislação referente ao direito dos contratos

acompanha o comportamento social. Conforme tais condutas, vai alterando as leis que as definem, no intuito precípua de resguardar os direitos dos indivíduos.

No início, a doação entre cônjuges firmava-se com a intenção ao tempo que o cônjuge não era herdeiro legal, como meio de garantir algum pecúlio, haja vista em caso de morte outro cônjuge, na sua maioria mulher, ficava sem meios de subsistência (XAVIER, 2000).

O estudo realizado por Domingues (2014), em um complexo levantamento a respeito do surgimento legal de doações entre casados retratou fragmentos que originaram o dispositivo de doação entre cônjuges, que posteriormente fora disseminado pelas Ordenações por volta da primeira metade do século XV, tendo como compilador de El-Rei D. Afonso V.

A partir desse momento, inicia-se a construção do conceito e de todos os aspetos legais inerentes à doação realizada pela mulher ao marido ou vice-versa, que posteriormente veio a confirmar a validade e eficácia da doação entre cônjuges. Os fragmentos esmiuçados foram classificados em numerais de um (1) a sete (7), os quais descreveremos sucintamente, em sua respectiva ordem crescente.

O primeiro fragmento encontrado revela a doação entre marido e mulher, o qual mencionava que com a morte do cônjuge doador, o donatário estaria obrigado a trazer os bens recebidos à colação, para que estes fossem integrados à herança para que posteriormente fosse realizada partilha com os filhos herdeiros (MOREA, 1913 apud DOMINGUES, 2014).

No segundo fragmento encontra-se a citação expressa tornando eficaz doação realizada entre cônjuges, mesmo com o falecimento do doador, desde que este morresse sem revogá-la.

No que toca ao terceiro fragmento encontrado, não havia impedimento desde que condicionado à não existência de filhos do casal.

O propósito do quarto fragmento versava sobre uma possível doação de núpcias. No entanto, o direito costumeiro tinha como regra o regime de comunhão universal de bens, portanto, nesta passagem não havia considerações sobre doações nupciais muito menos a respeito de doação entre consortes, dada a função do regime utilizado na época.

Já os pressupostos do quinto fragmento vislumbravam as condições de validade das doações entre pessoas casadas, que por sua vez estavam condicionadas ao falecimento do doador. Eis alguns requisitos legais para validar a doação: sem testamento, sem outro herdeiro legítimo, sem ter revogado a doação em vida e ainda que o valor não ultrapassasse o fixado legalmente.

O cerne do presente fragmento ao seu final quis-se resguardar a parte dos herdeiros legitimários, em caso de doação entre cônjuges, e caso o valor da doação ultrapassasse o valor fixado, este poderia ser revogado até o que bastasse para completar a parte do herdeiro.

No penúltimo fragmento ocorreu uma tentativa de interpretar a parte que seria permitida ao doador disponibilizar. A partir daí, fica estabelecido o teto máximo de doação em dois terços da herança.

Ainda longe de exaustar o tema, bem como todos questionamentos que giram em torno dos dados históricos sobre doação entre consortes, apresentamos o sétimo fragmento, reconhecendo em vida de quem a fez a eficácia e validade. Para melhor vislumbre desse fragmento, citaremos Ordenações Afonsinas (OA 4.14.7).

E se no caso suso dito fosse a dita paço feita em tal modo, que logo em vida d ambos valesse per direito, assa como quando aquele, que a faz, nom he por ella feito mais pobre, ou aquele a que se he feita, nom her por ella mais rico, ou qualquer outro caso, em que a Doaçom he feito pelo marido aa mulher, ou pela mulher ao marido, logo he per direito valiosa, em tal caso nom podendo herdeiros ver toda sua lidera pela herança do finado sem a dita terça e Doaçom, entom deffalcar-se-ha soamente da dita terça tanto, per que a dita Doaçom, e nom se fará defalcamento da dita Doaçom ate que toda a terça seja defasada; por- que pois que a dita Doaçom valeu em vida daquelle, que a fez, nom se defalcará dell pera suprimento da dita lidima, salvo quando per toda sua herança, que per sua morte ficou, assy principal, como a terça doutra guisa se nom poder aver. (ORDENAÇÕES AFONSINAS)

Por fim, a influência ou não da proibição da doação entre cônjuges, tendo como base o princípio da proibição romana, cogita-se que tal proibição tenha advindo de um possível resultado ruim interligada a eventuais litígios judiciais (DOMINGUES, 2014).

A partir daí, os fragmentos encontrados nas Ordenações Afonsina no século XII e XIII foram dissipados na Ordenações Manuelinas marcando o início do século XVI. Não obstante, as Ordenações Filipinas se consolidaram como regime legal até a chegada do Código Civil de 1867 (MOREA, 1913 apud XAVIER, 2000). Na atualidade, isso pode ser encontrado no Código Civil de 1966, não perdendo o vínculo com passado, posto que, por meio desse histórico, que fora se estabelecendo no decorrer do tempo, tem-se uma norma que possibilite a aplicação do instituto legal com eficiência e eficácia.

Em função de a colonização do Brasil ter sido realizada pelos portugueses, a base dos dispositivos que versavam sobre doações entre cônjuges estava vinculada a Ordenações Filipinas.

Destarte, o ordenamento brasileiro na seara civil, após influência devido a sua relação intrínseca com Portugal, transpõe a codificação advinda das Ordenações, passando a receber influência de ordenamentos jurídicos, como Itália, Alemanha, Espanha, França e vários outros países.

3 DISPOSITIVOS LEGAIS “DOAÇÃO ENTRE CONSORTESES”, SUAS SIMILARIDADES E DIVERGÊNCIA NO CONTEXTO COMPARATIVO

A doação entre pessoas casadas à luz das doutrinas portuguesa e brasileira traz no seu escopo inúmeras polêmicas que se instalaram desde sua estruturação nos respectivos códigos, bem como sua aplicabilidade no caso concreto.

Em minucioso estudo sobre os fragmentos que deram origem ao instituto legal de doações entre consortes, Domingues (2016) enumera em sete os fragmentos encontrados sinalizando surgimento dos dispositivos legais utilizados na atualidade, dando origem à sistemática legal hoje instaurada em vários países.

Domingues (2016, p. 34) faz ainda uma menção sintetizada a respeito da finalidade do surgimento do instituto legal supracitado: “[...] O que se pretende mostrar é que, em princípio, as doações entre marido e mulher tinham sua eficácia condicionada a uma série de eventuais revogações expressas ou tácitas e alguns pressupostos de direito”.

A hermenêutica utilizada na recepção dos aspectos que envolvem as doações entre pessoas casadas demonstra um elo intrínseco com outras áreas do direito. Nesta seara, ainda que classificado na legislação em direito de contratos percorre, transpassa áreas como direito de família, direito sucessório, e ainda no direito tributário. Tendo em vista que são aplicados, quando necessário de forma subsidiária, com implicações por vezes direta.

Dir-se-á Stolzer (2015, p. 85), ao tratar do tema doação entre cônjuges: “[...] está umbilicalmente relacionada ao direito de família e das sucessões, uma vez que, para que ela ocorra, necessário a verificação do regime de bens dos cônjuges, bem como os impactos sucessórios”.

As legislações vigentes no Brasil e em Portugal, têm o intuito de apresentar as principais características, semelhanças, divergências, eficácia social, bem como aplicabilidade dos dispositivos legais na atualidade seguindo essa via. No primeiro momento faremos uma breve contextualização sobre doações e posteriormente analisaremos de forma pormenorizada os demais aspectos legais embutidos nos artigos, parágrafos, súmulas das legislações no direito comparado entre Brasil e Portugal.

O Código Civil Português em vigor elege uma titulação específica destinada a regular todos os aspectos que envolvem doação entre casados, podendo ser encontrada no Capítulo X - Secção II, Artigos 1.761 a 1.766 (NETO, 2016). No entanto, o conceito propriamente dito, encontramos na regra geral dos contratos no Capítulo II, Secção I, o qual copilaremos, infracitado:

“Art. nº 940. Doação é o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu património, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício do outro contraente”.

O direito português trata o tema doação entre consortes, como já mencionamos, em uma secção específica, e o legislador cuidou para resguardar os direitos do doador em todos os aspectos e situações existente.

Dito isto, encontramos o Artigo 1.761, que menciona havendo falta de lei que atenda a alguma situação em um caso concreto, poderão ser usados subsidiariamente os Artigos 940 a 979, dispostos no Capítulo - Secção de contratos.

No Código Civil Brasileiro, versa-se sobre o tema de forma generalizada, posto que não aborda no ordenamento jurídico vigente um capítulo ou seção específica sobre doação entre pessoas casadas. Este pode ser encontrados no Capítulo IV - Da Doação, Seção I - Disposições Gerais, Artigos 538 a 564. E direcionado para doação entre cônjuges tem-se o Artigo 544 (BRASIL, 2002). Porém o conceito de doação no seu aspecto material, subsidiariamente atende como conceito de doação entre cônjuges, o qual transcreveremos, a seguir:

Art. nº 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu património bens ou vantagens para o de outra.

[...]

Art.º 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança. (BRASIL, 2002).

Partindo da premissa à qual dispõe-se o hodierno texto, limitar-nos-emos por hora aos apontamentos mencionados, já que os demais dispositivos legais dos países Brasil e Portugal serão em um outro momento analisados.

4 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A DOAÇÃO ENTRE CONSORTES NO BRASIL

4.1 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

A prima facie, tal princípio finca sua base, considerando-o como dúplice, tendo em vista que aborda aspectos objetivos e subjectivos (REALE, 2003). Podendo assim, enquanto boa-fé subjectiva, configurar-se como um atributo psicológico, definitivamente regido pelas decisões das vontades humanas. Já a boa-fé objetiva se estabelece com as exigências, que extrapola a esfera íntima do indivíduo, como honestidade, legalidade, lisura, confiança, ética, moral. Todos esses atributos são a força centrípeta que regem um acordo entre duas pessoas, ou seja, subsidiariamente o contrato de doação estabelecido entre as partes, fica à mercê da boa-fé, e todos aspectos que giram em torno desta.

O saudoso jurista, Reale (2003) afirma que a boa-fé não constitui imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda experiência jurídica, desde a hermenêutica dos mandamentos legais com suas cláusulas contratuais até a última consequência. E, ainda, deve ser considerado como “*conditio sine qua non*” na realização da justiça ao longo de sua aplicação dos dispositivos emanados das fontes do direito, legislativa, consuetudinárias, jurisdicional e negocial.

Ressalta-se que o princípio da boa-fé é atualmente como o cerne do Código Civil do ano de 2002, permanecendo com o mesmo entendimento dentro do ordenamento brasileiro.

Após sua mais recente revisão de 2015, passando a vigorar em março de 2016, de forma específica, tem-se o Artigo 422, que se pauta na boa-fé entre os contratantes, obrigando-os a agir contratualmente com base bom senso, boa intenção, bem como manter o equilíbrio contratual entre as partes como pressuposto de boa-fé recíproca (BRASIL, 2002).

O pensamento jurídico do princípio da boa-fé, na visão de Judith Master Costa, qualifica a boa-fé objetiva como uma normativa de comportamento leal, mais facilmente compreendido como “honestidade pública”¹ (BRASIL, 1988). Esse comportamento exigível individual ou coletivamente, seja no ambiente jurídico, seja fora dele, sempre terá que ser avaliado sob o prisma de cada circunstância e situação fática dentro do caso concreto.

4.2 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Destarte, com a promulgação da Constituição Federal da República Brasileira em 1988, consagrou-se a função social do contrato, objetivando possibilitar a equidade, bem como indiretamente limitar as liberdades contratuais (FERNANDES, 2016). Sendo assim, passa a integrar o Código Civil de 2002, no Artigo 421², onde sugere de forma imperativa que

¹ Art. 5º XXIII. A propriedade atenderá a sua função social.

² Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

a liberdade dos contratantes não pode na sua individualidade ultrapassar sua função social, devendo estar atrelado à finalidade da coletividade em relação à individualidade dos contratos (MORAES, 2016).

Esse é um tema com vasta repercussão no ceio jurídico brasileiro, posto que alguns doutrinadores e juristas o compreendiam como uma afronta à própria liberdade de pactuar das partes envolvidas. Mas a finalidade empregada na função social dos contratos assume um papel de distanciamento do individualismo em prol da sociedade.

Não há como deixar de mencionar a importância da aceitação instituída pela função social do contrato, embora muitas vezes com argumentos plausíveis sobre sua legalidade, sem dúvida que, o legado deixado para sociedade como um todo perfaz um caminho mais ético, mais moral e principalmente mais justo, quando se utiliza o ponderamento de valores como técnica de interpretação do dispositivo legal, onde a coletividade está acima do interesse de particular.

5 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA DOAÇÃO ENTRE PESSOAS CASADAS EM PORTUGAL

5.1 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

A recepção taxativa do princípio da boa-fé consagrou-se com a promulgação do Código Civil de 1966; muito embora já existisse o entendimento a respeito, não foi expressivo no ordenamento jurídico.

A boa-fé no contexto contemporâneo no Código Civil, que cuidou de tratar o tema, e no desenrolar de vários artigos, caracterizou-se como um princípio geral do direito.

Segundo Nicolau (in apud FERNANDES, 2016), o princípio da boa-fé subjectiva está intimamente vinculada à “psique”, ou seja, comportamento íntimo do agente. No que concerne à boa fé objetiva, podemos traduzi-la, interpretando-a como um padrão comercial de conduta que deve guardar em si imposta pelas leis contratuais.

5.2 PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE

O princípio da imutabilidade é delineado, com forte influência românica, e com sua efetividade voltada para os regimes de casamentos (OLIVEIRA, 2015). Em função dele, por

muitos anos não se vislumbrou a doação entre cônjuges, sendo uma modalidade de doação expressamente proibida.

Conforme a história descrita, era o meio pelo qual se poderia evitar abusos por parte de um consorte sobre o outro. Sua finalidade primordial era proteção.

O Código Civil Português atual não permite alterações de regimes de casamento, assim como nos tempos românicos mais remotos. Assim, fomenta o Artigo 1.714.

Cabe ressaltar que o princípio da imutabilidade, considerando os regimes de casamentos dispostos no ordenamento brasileiro, não encontra correspondente posto que desde a promulgação do Código Civil de 2002 é permitida alteração de regime de casamento, desde que preencha os requisitos legais existentes.

Assim, no ordenamento brasileiro é possível alteração do regime de casamento após sua consumação por força do Artigo 1639 do Código Civil³.

5.3 PRINCÍPIO DA LIVRE REVOGABILIDADE

A livre revogabilidade está umbilicalmente atrelada ao princípio da imutabilidade, já que, na visão legalista, firma-se na garantia de possibilitar a doação legal entre cônjuges e ao mesmo tempo garantir que o doador não seja usurpado pelo donatário, o “*ratio*”, e evitando o casamento por motivações econômicas.

No tocante ao princípio da livre revogabilidade, traremos à baila o conceito instituído, mencionando dois aspectos caracterizando a boa-fé. São eles: objetivo e subjectivo. Em uma definição clássica, cristalina e sucinta, para melhor entendimento conceitual, transcrevemos parte do Acórdão STJ nº 10/2001.

O conceito normativo da boa-fé é utilizado pelo legislador em dois sentidos distintos: no sentido da boa-fé objetiva, enquanto norma de conduta, ou seja, nos planos dos princípios normativos, e ou como base orientadora e fundamento de efetivas soluções reguladoras dos conflitos de interesses, alcançadas através da densificação, concretização justificada de se adotar um comportamento conforme ao direito e respectivas exigências éticas. (BRASIL, 2012).

³ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2º 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 Artigo 1.765, institucionaliza a livre revogabilidade das doações entre casados, dispondo que o doador poderá a qualquer tempo, sem qualquer justificativa, sem qualquer necessidade de comunicação ou desacordo com o donatário revogar a doação.

Essa liberalidade justifica-se segundo entendimento de doutrina dominante e legislação vigente, como uma regra de carácter público. Pode a revogação ocorrer por meio de documento por escrito, quando forem coisas móveis, e por escritura pública quando estiver relacionada com bens imóveis.

Torna-se mais que oportuno, pertinente questionar a quem visa proteger esse dispositivo legal? Tendo em vista que, com base no conceito de princípio de imutabilidade, que tem como finalidade precípua proteger os bens jurídicos tutelados o doador. Sendo assim, como tendência de proteção ao economicamente mais favorecido de forma taxativa e expressa no dispositivo legal existente.

Diz-se-á que a proteção está pautada na possibilidade de o cônjuge exercer força física, ou psíquica ao outro com a finalidade de alterar a propriedade e administração dos bens de um a favor do outro cônjuge. Mas ambos poderiam exercê-los, poderia o mais favorecido em condição econômica fazer o uso de sua situação financeira para manter o casamento.

Sob essa ótica, apresenta-se um pouco confusão tal fundamentação, dado que na mesma forma que pode o possuidor dos bens usá-los para coercivamente na esfera psíquica e física, pode utilizar esse princípio para coagir outro cônjuge, meio esse muito utilizado nos dias atuais em todas esferas sociais econômicas. Quiçá nos tempos mais remotos.

A proteção deveria ser estabelecida de forma recíproca entre as partes, assegurando que ambos não pudessem ser autor e vítima da coerção física e ou psíquica relacionadas aos bens patrimoniais. Entendemos como um dispositivo legal que ampara somente um dos cônjuges, neste caso, o doador.

No Brasil não há correspondência do princípio da livre revogabilidade em doações entre pessoas casadas. Contudo, outros quesitos são apresentados pela legislação brasileira, com cunho eminentemente protecionista, dentre os quais podemos citar o Artigo 547⁴, assegurando que o contrato de doação possa conter cláusula de revisão, ou seja, com a morte do donatário sobrevivendo a doação dos bens.

Porém algumas reservas devem ser levantadas no que diz respeito a esse dispositivo, já que com a morte do donatário os bens deste passam a pertencer ao direito sucessório,

⁴ Art. 547. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

assunto este que, no presente momento, nos tomaria tempo, e fugiria do que foi proposto inicialmente.

O Legislador ateve-se com muito esmero aos dispositivos legais que regem a revogação da doação em função de no Código Civil Brasileiro não constar um título específico que ampare exclusivamente as questões sobre doação entre casados. Isto posto anteriormente, citaremos alguns dispositivos que subsidiariamente efetuam o mesmo papel que o Artigo 1765 do Código Civil Português, porém no Brasil há uma delimitação ponderada e aparentemente mais sensata do que o princípio da livre revogabilidade aplicado em Portugal.

Os dispositivos que discorrem sobre doação, constam do Artigo 555 ao 564⁵ do Código Civil em vigor (BRASIL, 2002). Arrolados infra, no intuito de propiciar visualização das possibilidades existentes de revogação no ordenamento brasileiro, ressaltando que, no Brasil não existe o princípio de livre revogabilidade que rege os dispositivos legais sobre as doações entre cônjuges.

O Artigo 550⁶ do Código Civil surge como mais um dispositivo de proteção ao doador, e seu fulcro está pautado nas possíveis doações de cônjuge adúltero ao seu cúmplice, podendo ser anulado, desde que, ocorra no prazo de dois anos após a dissolução da sociedade

⁵ Art. 555. A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo.

Art. 556. Não se pode renunciar antecipadamente o direito de revogar a liberalidade por ingratidão do donatário.

Art. 557. Podem ser revogadas por ingratidão as doações:

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

II - se cometeu contra ele ofensa física;

III - se o injuriou gravemente ou o caluniou;

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

Art. 558. Pode ocorrer também a revogação quando o ofendido, nos casos do artigo anterior, for o cônjuge, ascendente, descendente, ainda que adotivo, ou irmão do doador.

Art. 559. A revogação por qualquer desses motivos deverá ser pleiteada dentro de um ano, a contar de quando chegue ao conhecimento do doador o fato que a autorizar, e de ter sido o donatário o seu autor.

Art. 560. O direito de revogar a doação não se transmite aos herdeiros do doador, nem prejudica os do donatário. Mas aqueles podem prosseguir na ação iniciada pelo doador, continuando-a contra os herdeiros do donatário, se este falecer depois de ajuizada a lide.

Art. 561. No caso de homicídio doloso do doador, a ação caberá aos seus herdeiros, exceto se aquele houver perdoado.

Art. 562. A doação onerosa pode ser revogada por inexecução do encargo, se o donatário incorrer em mora. Não havendo prazo para o cumprimento, o doador poderá notificar judicialmente o donatário, assinando-lhe prazo razoável para que cumpra a obrigação assumida.

Art. 563. A revogação por ingratidão não prejudica os direitos adquiridos por terceiros, nem obriga o donatário a restituir os frutos percebidos antes da citação válida; mas sujeita-o a pagar os posteriores, e, quando não possa restituir em espécie as coisas doadas, a indenizá-la pelo meio termo do seu valor.

Art. 564. Não se revogam por ingratidão:

I - as doações puramente remuneratórias;

II - as oneradas com encargo já cumprido;

III - as que se fizerem em cumprimento de obrigação natural;

IV - as feitas para determinado casamento

⁶ Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal

conjugal. Pode-se aqui, entender como uma prudência na possível anulabilidade, devido ao tempo estipulado no intuito de resguardar os direitos dos herdeiros, se houver, e os do próprio cônjuge.

6 ASPECTOS LEGAIS DO DIREITO PORTUGUÊS E BRASILEIRO

6.1 NULIDADES

Em Portugal, em uma leitura do Artigo 1.762, que discorre sobre nulidades, temos a proibição da doação entre pessoas casadas, em caso de regime de separação de bens, fundada no impedimento legal. Nessas disposições, subentende-se que uma doação entre cônjuges poderia ser um meio legal para ludibriar o regime adotado.

Discorrendo ainda sobre as questões proibitivas, temos: não pode abranger bens alheios; tampouco os bens comuns do casal, aqui adentrando nas questões de direito de família, respeitando o regime de casamento escolhido pelo casal.

Não obstante, o citado artigo enfatiza também que não há comunicabilidade dos bens recebidos por doação em qualquer que seja o regime patrimonial anteriormente escolhido pelo casal. Configurando esses bens, como do próprio donatário, cabendo divergências doutrinárias nesse tema, contradições estas que embora exerçam um papel peculiar no direito de família e consequentemente na doação entre casados, não nos cabe ampliar ainda mais a margem de pesquisa, resguardando tais posicionamentos para uma futura linha de pesquisa.

No Brasil, o Artigo 548⁷ considera nula qualquer doação que vise a todo patrimônio do doador ou parte da renda destinada à sua subsistência (BRASIL, 2002). Esse preceito legal tem o escopo de garantir o mínimo para subsistência. No entanto, o *quantum* legal de doação encontra-se regulado no Artigo seguinte 549⁸, o qual estipula que o doador somente poderá doar a parte que poderia dispor em testamento, adentrando em matéria de direito sucessório.

6.2 FORMALIDADES

Os aspectos formais da doação entre consorte podemos encontrar regulada no Código Civil de 1966, Art. 1.763, que delimita qual o procedimento que configura a doação e no Art.

⁷ Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.

⁸ Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento

947 regula que as doações de bens moveis se concretizam com a simples tradição da coisa, já os bens imóveis devem ser realizadas por escritura pública.

Com relação às formalidades no Brasil, elas são resguardadas no Código Civil de 2002, Art. 541⁹, no qual consta que deve ser realizada a doação entre cônjuges por escritura pública ou instrumento particular.

7 CONCLUSÃO

A conjuntura mundial contemporânea trouxe à baila uma ruptura de paradigmas do sistema jurídico antigo e individualista, que foi um traço marcante do sistema legal passado, para uma ascensão direcionada para a coletividade, com pressuposto de um ordenamento jurídico pautado na equidade individual e coletiva.

A doações entre cônjuges surge no âmbito de direito de contratos, portando-se em uma simplicidade nos Códigos analisados. Mas seu desenrolar é hostil, e ainda é temeroso. Nesta perspectiva, o “polvo jurídico”, com seus tentáculos, alcança outras áreas do direito, como família, sucessão e tributário, com sérias implicações na interpretação e aplicação dos dispositivos legais.

Dentre as numerosas posições assumidas pelos codificadores, desde seus primórdios, sem destoar da finalidade à qual se preserva a doação entre pessoas casadas, firma-se como um contrato de cunho contemplativo, benévolo, unilateral e gratuito em favor de um dos cônjuges. A princípio, fundado na autonomia privada do doador, porém em Portugal com o intuito de proibir o enriquecimento injusto, de um à custa do outro, instituiu o princípio da livre revogabilidade,

A livre revogabilidade torna-se o cerne que permeia todo o contexto envolvendo doações entre casados, esbarrando assim no princípio da imutabilidade que regula atualmente os regimes de casamento em direito de família e sucessões, contudo tais princípios não encontram correspondentes no Brasil. Posto que, no ordenamento atual é possível alterar o regime de casamento em sua constância, desde que atenda aos quesitos legais estipulados pelo legislador. Referente à revogabilidade, como não dispõe de secção específica no Código Civil brasileiro em vigor, aplica-se subsidiariamente o disposto no capítulo de contratos, onde se pode verificar na regra geral acauteladas as possibilidades de revogação.

⁹ Art. 541. A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular. Parágrafo único. A doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição

Todavia, o tempo não para, nem retrocede. O mundo não fica inerte, permitindo assim o processo de transmutação social contínuo, que se desprende do “eu” e do “meu”, passando a ter visão holística das necessidades sociais, do impacto social da liberdade exacerbada em pactuar, das leis propriamente ditas, bem como dos efeitos da sua aplicabilidade em um caso concreto, com a relação direta à sociedade.

Partindo da primazia do bem-estar social, como um valor maior a ser preservado, ou seja, um bem jurídico preeminente a ser tutelado e garantido pelo Estado, sociedade e empresas, haja vista, assume carácter social da coletividade. Para tanto, fazer-se a necessário uma compreensão axiológica, histórica, bem como a legislação vigente, ampliando os horizontes e ultrapassando as fronteiras entre Portugal e Brasil, para que possamos analisar a eficiência e eficácia desses dispositivos legais na atualidade, sob a ótica do direito comparado. E neste contexto, trazer-se a baila suas características, similitudes e suas divergências. O instituto Doações entre cônjuges merece atenção específica, debates doutrinários e legislativos, uma vez que não se encontra regulamentado em diversos países. Os fundamentos legais dessa modalidade variam de acordo com a contexto legislativo, comportamento social instituídos e absorvidos nacionais e estrangeiras.

O contrato de doação tem adquirido novas formatações, no que se refere a disposição patrimonial entre os cônjuges, não esta ligado diretamente ao regime de bens, especificamente para aqueles. No entanto, assume a hipótese, e busca-se avaliar os entendimentos divergentes em torno do tema, que traz o posicionamento dos doutrinadores, aonde a doação entre cônjuges constituiria lesões patrimoniais causadas pelo outro consorte; e de outro lado, em se tratando de contrato possibilita e valida as liberalidades entre os cônjuges casados, com o alicerce se tratar do exercício de liberdade de disposição de bens e tratamento isonômico entre as entidades familiares.

Nesta via, pautada m uma relação de direito privado, surgida da autonomia da vontade e que, a prima facie é regida pelo doador no exercício do direito de maior valia, a liberalidade. todavia, como difundido por todo o discurso do presente tema 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.

Assim, por ser muito suscitada por diversos doutrinadores a classificação entre negócios onerosos e negócios gratuitos deve ser entendida em vertentes polarizadas, dentro dos paradigmas da onerosidade consignados pela compra e venda e aspectos da gratuidade,

constituindo assim, pela doação. Todavia se encontram nos negócios que não são gratuitos nem onerosos, podendo assumir na relação entre as partes e não a assumir na relação com terceiros.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 out. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo nº 2841/03.8TCSNT.L1.S1**. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça uniformizador de Jurisprudência nº10/2001. Relator: Min. Lopes do Rego. Brasília, DF: Supremo Tribunal de Justiça, 2012. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/43062520cfe1121a80257a0d0032578b?OpenDocument>. Acesso em: 15 out. 2016.

DOMINGUES, José. As doações inter Virum et Exorem no Direito Medieval Português. **Cadernos Del Historia Del Derecho**, v. 23, p. 101-120, 2016. Disponível em: http://dx.doi.org/10.5209/rec_CUHD.2016.v23.53059. Acesso em: 20 set. 2016.

DOMINGUES, José. O elemento Castellhano-Leonês na Formação do Direito medieval Português. **Cadernos de Historia del Derecho**, v. 21, p. 216-217, 2014. Disponível em: <http://revistas.ucmes/index.php/CUHD>. Acesso em: 20 out. 2016.

FERNANDES, Claudio Roberto. **A função social do contrato**. 2016. Disponível em: www.egou.ufsc/portal/conteudo/funcao-social-do-contrato-1. Pesquisa realizada em 14 de outubro de 2016.

MORAES, Vanessa. **Novo Código Civil**: Lei n. 13.105, de 16/03/2015. Rev. e atual. de acordo com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Mega Jurídico, 2016. Disponível em: http://www.megajuridico.com/arquivos/NOVO_CPC_megajuridico_1aEd.pdf. Acesso em: 24 set. 2016.

MOREA, Paulo. **Evolução dos regimes matrimoniais**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1913.

NETO, Abílio. **Código Civil anotado**. 19. ed. Lisboa: Ediforum, 2016.

OLIVEIRA, Ricardo Monteiro. **O Princípio da imutabilidade das convenções antenupciais dos regimes de casamentos de bens legalmente fixados**. 2015. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/2869711/0%principios%.imutabilidade.convecoes.pdf>. Acesso em: 24 de janeiro de 2019.

ORDENAÇÕES AFONSINA. **Livros I, II, III, IV e V.** Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>. Disponível em: 02 jan. 2015.

REALE, Miguel. **O princípio da boa-fé.** 2003. Disponível em: www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.2003. Pesquisa realizada no dia 30 de setembro de 2016.

STOLZER, Pablo. **As doações entre cônjuges e sua tributação.** 2015. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1794/1761>. Acesso em: 19 set. 2016.

XAVIER, M. Rita da Gama Lobo. **Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges.** 2000. 320 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, Coimbra, 2000.

BARBOSA, Paula. **Doação entre cônjuges enquadramento Jus – Sucessório.** Coimbra, Coimbra, 2018. ISBN 97897232115533.