

DOAÇÃO ENTRE CÔNJUGES¹

Prof. Pablo Stolze Gagliano

Juiz de Direito. Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Pós-Graduado em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Professor de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia e da Rede de Ensino LFG. Co-autor das obras “Novo Curso de Direito Civil” e “O Novo Divórcio” (Saraiva).

1. Introdução

Na vida acadêmica ou profissional, é muito comum depararmos com uma pergunta aparentemente simples, mas que merece detida atenção: “pode haver doação entre cônjuges, na constância do casamento?”.

Para o adequado entendimento desse tópico, reputamos necessária uma breve introdução acerca do sistema legal em vigor referente aos regimes de bens disponíveis, com ênfase nos aspectos inovadores consagrados na codificação de 2002².

Como se sabe, segundo o sistema do revogado Código de 1916, os nubentes tinham, à sua disposição, quatro regimes de bens, podendo livremente escolhê-los, por meio do pacto antenupcial, e desde que não houvesse causa para a imposição do regime legal de separação obrigatória (art. 258, parágrafo único).

Esses regimes, de todos conhecidos, eram os de: comunhão universal, comunhão parcial, dotal, e separação absoluta.

Afastada a aplicabilidade social do regime dotal, que já não correspondia aos anseios da sociedade brasileira, tínhamos a subsistência dos outros três, sendo que, em geral, as partes não cuidavam de escolher previamente um regime, oportunizando a incidência da regra legal supletiva do referente ao regime da comunhão parcial.

A partir do casamento, pois, até a entrada em vigor do Código novo, firmava-se a imutabilidade do regime escolhido, nos termos do art. 230 do Estatuto revogado.

O que se disse até aqui não é novidade.

O Código Civil de 2002, por sua vez, ao disciplinar o direito patrimonial no casamento, alterou profundamente essas regras, historicamente assentadas em nosso cenário jurídico nacional.

Revogou, por exemplo, as normas do regime dotal (o que já não era sem tempo), adotando uma nova modalidade de regime, que passaria a coexistir com os demais, o denominado regime de participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686).

Comentando esse novo instituto, SÍLVIO DE SALVO VENOSA, pondera que

é muito provável que esse regime não se adapte ao gosto de nossa sociedade. Por si só verifica-se que se trata de estrutura complexa,

ENTRE ASPAS

disciplinada por nada menos do que 15 artigos, com inúmeras particularidades. Não se destina, evidentemente, à grande maioria da população brasileira, de baixa renda e de pouca cultura. Não bastasse isso, embora não seja dado ao jurista raciocinar sobre fraudes, esse regime fica sujeito a vicissitudes e abrirá campo vasto ao cônjuge de má fé³.

Nesse novo regime, cada cônjuge possui patrimônio próprio (como no regime da separação), cabendo, todavia, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento (art. 1.672).

Embora se assemelhe ao regime da comunhão parcial, não há identidade, uma vez que, neste último, entram também na comunhão os bens adquiridos por apenas um dos cônjuges, e, da mesma forma, determinados valores, havidos por fato eventual (a exemplo do dinheiro proveniente de loteria).

No regime de participação final, por sua vez, apenas os bens adquiridos a título oneroso, por ambos os cônjuges, serão partilhados quando da dissolução da sociedade, permanecendo, no patrimônio pessoal de cada um, todos os outros bens que cada cônjuge, separadamente, possuía ao casar, ou aqueles por ele adquiridos, a qualquer título, no curso do casamento.

Outra modificação legislativa chama ainda a nossa atenção.

Subvertendo o tradicional princípio da imutabilidade do regime de bens, o Código de 2002, em seu art. 1.639, § 2º, admite a alteração do regime, no curso do casamento, mediante autorização judicial, em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas, e ressalvados os direitos de terceiros.

Não cabendo aqui a análise pormenorizada desse dispositivo, ressaltamos apenas que tal pleito deverá ser formulado no bojo de procedimento de jurisdição graciosa, com a necessária intervenção do Ministério Público, a fim de que o juiz da Vara de Família avalie a conveniência e a razoabilidade da mudança, que se efetivará mediante a concessão de alvará de autorização, seguindo-se a necessária expedição de mandado de averbação.

Entretanto, feitas tais ponderações, uma indagação se impõe: terão direito à alteração de regime as pessoas casadas antes do Código de 2002?

Essa indagação reveste-se ainda de maior importância quando consideramos o princípio da irretroatividade das leis, e, sobretudo, o fato de o próprio Código novo estabelecer, em seu art. 2.039, que: *o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido.* (grifos nossos)

Uma primeira interpretação conduz-nos à conclusão de que os matrimônios contraídos na vigência do Código de 1916 não admitiriam a incidência da lei nova, razão por que esses consortes não poderiam pleitear a modificação do regime.

Não concordamos, todavia, com esse entendimento.

Em nossa opinião, o regime de bens consiste em uma instituição patrimonial de eficácia continuada, gerando efeitos durante todo o tempo de subsistência da sociedade conjugal, até a sua dissolução. Dessa forma, mesmo casados antes de 11 de janeiro de 2003 – data da entrada em vigor do novo código –, os cônjuges poderiam pleitear a modificação do regime, já que os seus efeitos jurídico-patrimoniais adentrariam a incidência do novo diploma, submetendo-se às suas normas.

Raciocínio contrário coroar a injustiça de admitir a modificação do regime de bens de pessoas que se uniram matrimonialmente um dia após a vigência da lei, negando-se o mesmo direito aos casais que se hajam unido um dia antes.

A jurisprudência brasileira, por seu turno, já se manifestou a respeito do tema, firmando

posicionamento correto, ao permitir a mudança do regime de bens para casamentos anteriores, consoante podemos observar da análise dos seguintes acórdãos, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e, também, do próprio Superior Tribunal de Justiça:

REGISTRO CIVIL. REGIME DE BENS. ALTERAÇÃO. REQUISISTOS. CASAMENTO CELEBRADO SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. POSSIBILIDADE. O art. 2.039, constante das disposições finais e transitórias do Código Civil, em vigor não impede a mudança do regime de bens para casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916. Ao dispor que *o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior (...) é o por ele estabelecido*, claramente visa a norma resguardar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Isso porque ocorreram diversas modificações nas regras próprias de cada um dos regimes de bens normatizados no Código de 2002 em relação aos mesmos regimes no Código de 1916, e, assim, a alteração decorrente de lei posterior viria a malferir esses cânones constitucionais. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME (TJRS, 7ª Câm. Cív., AC 70010230324, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos).

CIVIL. REGIME MATRIMONIAL DE BENS. ALTERAÇÃO JUDICIAL. CASAMENTO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CC/1916 (LEI N. 3.071). POSSIBILIDADE. ART. 2.039 DO CC/2002 (LEI N. 10.406). CORRENTES DOUTRINÁRIAS. ART. 1.639, § 2º, C/C O ART. 2.035 DO CC/2002. NORMA GERAL DE APLICAÇÃO IMEDIATA.

1 – Apresenta-se razoável, in casu, não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88, mas, ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos.

2 – Recurso conhecido e provido pela alínea “a” para, admitindo-se a possibilidade de alteração do regime de bens adotado por ocasião de matrimônio realizado sob o pálio do CC/1916, determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias a fim de que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002 (STJ, 4ª T., REsp 730.546/MG, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 23-8-2005, DJ, 3-10-2005, p. 279).

Feitas tais considerações introdutórias, passemos a enfrentar a instigante questão da doação entre cônjuges em nosso sistema.

2. Compra e Venda entre Cônjuges

Existe, sobre o contrato de compra e venda, expressa disposição legal no sentido de considerar lícita a venda entre cônjuges, *apenas no que tange aos bens excluídos da comunhão* (art. 499).

ENTRE ASPAS

Pode-se indagar o porquê de o legislador cuidar de uma situação aparentemente óbvia, uma vez que não existiria razão plausível para negar a venda entre os consortes de bens integrantes do patrimônio pessoal do marido ou da esposa.

Quer-se, em verdade, explicitando essa regra, evitar burla ou fraude ao regime de bens no casamento, que poderia encontrar nessa via um meio de agredir o patrimônio comum ou as regras do regime de bens escolhido.

Aliás, no afã de coibir abuso patrimonial ou fraude no casamento também prevê, o novo Código, que marido e mulher, casados em comunhão universal ou separação obrigatória, não possam constituir nenhum tipo de sociedade (art. 977).

Trata-se de norma proibitiva, em nosso sentir, de uma infelicidade manifesta, não apenas por firmar uma absurda “presunção de fraude” – pois toda fraude deve ser demonstrada – mas especialmente por manchar-se pelo vício da inconstitucionalidade por afronta ao princípio da isonomia.

Comentando esse dispositivo, tivemos a oportunidade de anotar:

... uma primeira interpretação do Código conduz à idéia de que a sociedade formada com a presença de marido e mulher, desde que casados sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória, tem o prazo de um ano para ter o seu contrato social modificado, com a saída de um ou de outro, e o ingresso de um terceiro, sob pena de ser considerada ineficaz.

A impressão que se tem é de que a lei teria ‘oficializado a figura do laranja’. Tudo isso porque, inadvertidamente, o legislador firmou uma espécie de ‘presunção de fraude’ pelo simples fato de os consortes constituírem sociedade, impondo-lhes o desfazimento da sociedade, se forem casados sob os regimes referidos pelo art. 977.

Não concordamos com essa postura.

A condição de casados, por si só, ou a adoção deste ou daquele regime, não poderia interferir na formação de uma sociedade, sob o argumento da existência de fraude.

Toda fraude deve ser apreciada *in concreto*, e não segundo critérios *apriorísticos* injustificadamente criados pelo legislador.

O que dizer, então, daquela sociedade formada há anos por pessoas casadas em regime de comunhão universal de bens?

Desfazer-se da empresa?

Providenciar um substituto às pressas?

Em nosso entendimento, a solução está na alteração do regime de bens, desde que não haja prejuízo a terceiros de boa fé, especialmente os credores.

Como sabemos, o art. 1.639, § 2º, admite a ‘alteração do regime, no curso do casamento, mediante autorização judicial, em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas, e ressalvados os direitos de terceiros’.

Já defendemos, aliás, que, a despeito de o art. 2.039 determinar que ‘o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é por ele

estabelecido, esta regra apenas explicita que para os casamentos anteriores ao Código de 2002, o juiz, quando da separação ou do divórcio, não poderá lançar mão das regras do novo Código Civil referentes às espécies de regimes de bens (arts. 1.658 a 1.688), para efeito de partilhar o patrimônio do casal. Deverá, pois, aplicar ainda os dispositivos do Código de 1916 (arts. 262 a 311).

Entretanto, no que tange à sua modificação (inovação do Código de 2002 – art. 1.639), pelo fato de o regime de bens consistir em uma instituição patrimonial de eficácia continuada, gerando efeitos durante todo o tempo de subsistência da sociedade conjugal, até a sua dissolução, a alteração poderá ocorrer mesmo em face de matrimônios anteriores à nova lei.

Aliás, essa possibilidade de incidência do Código novo em face de atos jurídicos já consumados, mas de execução continuada ou diferida, apenas no que tange ao seu aspecto eficaz, não é surpresa, consoante se pode constatar da análise do art. 2035 do presente Código, referente aos contratos.

E note-se que mesmo as pessoas casadas sob o regime de separação obrigatória poderão, excepcionalmente, e desde que o juiz avalie a justa causa da medida, realizar a mudança do regime. Darei um exemplo. Imagine que dois jovens se casem por força de suprimento judicial (art. 1517, parágrafo único). Neste caso, o regime é o de separação obrigatória (art. 1641, III). Teria sentido, pois, à luz da mudança de paradigmas proposta pelo novo Código, que estas pessoas vivessem 40, 50 ou 60 anos unidos sob o intransponível regime da separação obrigatória? Ou não poderia o julgador, analisando com cautela o caso concreto, afastar a rigidez da norma e, sem prejuízo aos terceiros de boa-fé, permitir a modificação de regime?

Por tudo que se expôs, concluímos que, mesmo casados antes de 11 de janeiro de 2003 – data da entrada em vigor do novo Código –, os cônjuges poderiam pleitear a modificação do regime, eis que os seus efeitos jurídico-patrimoniais adentrariam a incidência do novo diploma, submetendo-se às suas normas.

Tal providência se nos afigura bastante útil especialmente para as centenas – senão milhares – de pessoas casadas sob o regime de comunhão universal e que hajam estabelecido sociedade comercial antes da entrada em vigor do novo Código.

É preciso, diante das perplexidades existentes em inúmeros pontos do novo diploma, que afastemos formalismos inúteis, visando imprimir plena eficácia à nova lei, sem prejuízo da dinâmica das relações econômicas, e, principalmente, dos ditames constitucionais, a exemplo da valorização social do trabalho e da livre iniciativa.

Por isso, defendemos a possibilidade da mudança do regime de bens, a critério do magistrado, a quem se incumbe a tarefa de avaliar, ouvido sempre o Ministério Público, em procedimento de jurisdição graciosa e com ampla publicidade, a conveniência da medida⁴.

3. Possibilidade Jurídica da Doação entre Cônjuges

Especificamente no que tange à doação, tomando de empréstimo o que dissemos a respeito da compra e venda, temos que é perfeitamente possível a doação entre os cônjuges, desde que a liberalidade não agrida o regime de bens escolhido, nem, muito menos, a legítima dos outros herdeiros necessários.⁵

Assim, casados, por exemplo, em comunhão parcial de bens, não vemos óbice a que o marido doe à esposa um imóvel adquirido por causa anterior ao casamento, bem este, como se sabe, não integrante da comunhão (art. 1.661).

Na mesma linha, se aplicável o regime da separação obrigatória (art. 1.641), não poderá a doação burlar a restrição legal que preserva, com os temperamentos da Súmula 377 do STF⁶, o patrimônio pessoal de cada cônjuge, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA DO MAGISTRADO DESIGNADO EM PORTARIA DA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA AUXILIAR EM VARA CÍVEL. POSSIBILIDADE DE PROFERIR SENTENÇA DURANTE AS FÉRIAS FORENSES, APESAR DE DESIGNADO PARA EXERCER SUAS FUNÇÕES EM VARA DIVERSA. CONVALIDAÇÃO POR PORTARIA SUPERVENIENTE QUE DETERMINA SEU RETORNO COMO AUXILIAR DA ANTERIOR VARA CÍVEL. DIREITO CIVIL. REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS. SEXAGENÁRIO. ART. 258, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL. DOAÇÃO DE IMÓVEL AO CÔNJUGE. VIOLAÇÃO DE NORMA DE ORDEM PÚBLICA. NULIDADE. SIMULAÇÃO DE COMPRA E VENDA. CONTRATO DISSIMULADO DE DOAÇÃO. VÍCIO SOCIAL. ART. 104 DO CÓDIGO CIVIL. LEGITIMIDADE DO DOADOR, SEXAGENÁRIO, EM VIRTUDE DE DISPOSIÇÃO LEGAL DE NATUREZA PROTETIVA. FALTA DE CAPACIDADE ATIVA PARA PROCEDER À DOAÇÃO. AUSÊNCIA DE REQUISITO DE VALIDADE DO ATO JURÍDICO.

– A designação de magistrado para exercício em determinada serventia judicial é ato administrativo, que diz respeito à estrutura interna, não retirando a possibilidade de que naqueles processos nos quais o magistrado tivesse posto visto, anteriormente à designação para outra serventia judicial, fosse lançada sentença durante as férias forenses, não só porque a regra constitucional é a competência jurisdicional (não sua excepcionalidade), como pela convalidação por portaria superveniente, que determinou o retorno do magistrado às suas atividades na vara anterior.

– Viola o art. 258, inciso II do Código Civil a disposição patrimonial gratuita (simulação de contrato de compra e venda, encobrendo doação) que importe comunicação de bens não adquiridos por esforço comum, independente da natureza do negócio jurídico que importou em alteração na titularidade do bem, porque é obrigatório, no casamento do maior de sessenta anos, o regime obrigatório de separação quanto aos bens entre os cônjuges.

– Tratando-se de ato simulado malicioso, com infração de ordem pública, de natureza protetiva de uma das partes, esta – que pretendeu contornar a norma protetiva, instituída em seu favor, buscando renunciar o favor legal por via transversa – tem legitimidade para requerer sua declaração de nulidade.

– Há possibilidade jurídica no pedido de supressão da doação, ainda que esta não tenha sido feita por escritura pública, porque a causa de pedir é a invalidade do negócio jurídico que importou em transferência gratuita de bem imóvel, e, em consequência, de todos os atos que o compõem, violadores do regime obrigatório de separação de bens do sexagenário⁷. O fundamento jurídico da nulidade do contrato que importou em disposição patrimonial é o distanciamento, a burla, a contrariedade do regime do art. 258, II do Código Civil (3ª T., REsp 260.462/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17-4-2001, DJ, 11-6-2001, p. 205).

Peculiar é a situação da doação entre consortes cujas relações patrimoniais são regidas pela comunhão universal de bens, pois, por força da regra da comunicabilidade, ao adjudicar ao seu patrimônio o bem doado, o donatário culminará por admitir que o mesmo se agregue ao patrimônio comum, carecendo de sentido a liberalidade, como já decidiu o próprio Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. DOAÇÃO ENTRE CÔNJUGES. INCOMPATIBILIDADE COM O REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. A DOAÇÃO ENTRE CÔNJUGES, NO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS, É NULA, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO SEU OBJETO (2ª Seção AR 310/PI, Rel. Min. Dias Trindade, j. 26-5-1993, DJ, 18-10-1993, p. 21828).

Finalmente, cumpre-nos lembrar ser muito comum, nos acordos de separação ou divórcio⁸, um cônjuge doar ao outro bens integrantes do seu próprio patrimônio, não havendo impedimento, pois, para que no curso do casamento, desde que respeitado o regime escolhido, possam fazer o mesmo.

Aliás, onde há a mesma razão, deverá haver o mesmo direito...

Em suma, podemos fixar como regra geral a admissibilidade da doação entre cônjuges, desde que a liberalidade não traduza afronta ao regime de bens, por ocorrência de simulação ou fraude à lei, nem, muito menos, viole a legítima dos demais herdeiros necessários (doação inoficiosa)⁹.

Notas

¹ Este artigo é fruto de nossa pesquisa quando da elaboração do projeto de dissertação apresentado no Mestrado em Direito das Relações Sociais (Direito Civil), na PUC-SP, e que se publicamos, pela Editora Saraiva, sob o título “O Contrato de Doação”, em que a matéria é desenvolvida e aprofundada, para o qual remetemos o leitor.

² GAGLIANO, Pablo Stolze. O impacto do novo Código Civil no regime de bens do casamento. Disponível em

ENTRE ASPAS

<<http://www.novodireitocivil.com.br>> Acesso em 1º mar. 2006.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil – direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 191.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. Sociedade formada por cônjuges e o novo Código Civil. Disponível em <<http://www.novodireitocivil.com.br>> Acesso em 1º mar. 2006. Ainda no que tange a sociedades anteriores, o Departamento Nacional do Registro do Comércio (DNRC), por meio de sua procuradoria jurídica, apresentou o Parecer Jurídico n. 125/03, no sentido de tal proibição somente se aplicar a sociedades constituídas após a entrada em vigor do Código novo. Todavia, não havendo ainda pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, a mudança do regime de bens pode continuar servindo como última medida para tentar contornar a injustiça da norma prevista no art. 977.

⁵ Vale lembrar também ser vedada, a teor do art. 548 do CC, sob pena de nulidade, a denominada doação universal: a transferência gratuita de todos os bens do doador sem reserva de parte para a sua manutenção (patrimônio mínimo), na perspectiva de respeito à dignidade da pessoa humana (sobre o Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo e os seus efeitos jurídicos, conferir a obra de Luiz Edson Fachin, Ed. Renovar).

⁶ Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

⁷ Entendemos inconstitucional o dispositivo que impõe o regime de separação legal obrigatória aos maiores de 60 anos, não apenas por afronta ao princípio da razoabilidade (com esta idade, ou mesmo superior, pode-se presidir a República), mas, especialmente, por vulnerar a isonomia constitucional, criando uma limitação incompreensível para tais pessoas. E não se diga que o legislador pretendeu evitar o “golpe do baú”, pois, se esse fosse o argumento justificador da norma, chegar-se-ia à conclusão de que a lei viciou-se pelo elitismo, apenando a imensa maioria das pessoas que pretendem casar sem esse risco patrimonial. Nessa mesma linha de pensamento, ROLF MADALENO: “Em face do direito à igualdade e à liberdade ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil” (Do regime de bens entre os cônjuges, in Direito de família e o novo Código Civil. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 191). Todavia, mantivemos a referência jurisprudencial por existir também no Código de 2002 (art. 1.641, II) dispositivo semelhante ao da lei revogada. Neste julgado mais recente, por fim, salientando a controvérsia em torno do tema, o STJ firmou posicionamento mais condizente com a tese da inconstitucionalidade: Processual civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Casamento. Regime da separação legal de bens. Cônjuge com idade superior a sessenta anos. Doações realizadas por ele ao outro cônjuge na constância do matrimônio. Validade. - São válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime da separação legal de bens, por três motivos: (i) o CC/16 não as veda, fazendo-no apenas com relação às doações antenuupciais; (ii) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinquenta, presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justificam nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) nenhuma restrição seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges, acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, §3º, da Constituição Federal. Recurso especial não conhecido. (REsp 471.958/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 18/02/2009)

⁸ Confira-se, no Superior Tribunal de Justiça (grifos nossos): “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO, DÚVIDA OU FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. MATÉRIA DE ÍNDOLE LOCAL E CUNHO CONSTITUCIONAL EXAMINADA NO TRIBUNAL A QUO. SÚMULA N. 280/STF. ANÁLISE DE ASPECTOS PROBANTES. MATÉRIA DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 07/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO DO APELO.

- 1) Agravo regimental contra decisão que desproveu o agravo de instrumento do agravante.
- 2) O acórdão a quo, em partilha de bens em separação consensual, concluiu por haver tributo a favor do Estado do Rio de Janeiro, por identificar, no ajuste feito entre os cônjuges, operação equiparada à doação.
- 3) Argumentos da decisão a quo que se apresentam claros e nítidos. Não dão lugar a omissões, obscuridades, dúvidas,

A REVISTA DA UNICORP

contradições ou ausência de fundamentação. O não acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa, posto que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide. Não está obrigado o magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131, do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso.

4) Não obstante a interposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância extraordinária, se não houve omissão do acórdão a que deva ser suprida. Desnecessidade, no bojo da ação julgada, de se abordar, como suporte da decisão, dispositivos legais e/ou constitucionais. Inexiste ofensa aos arts. 515 e 535, do CPC, quando a matéria enfocada é devidamente abordada no voto do aresto a quo.

5) Não se conhece de recurso especial quando a decisão atacada baseou-se, como fundamento central, em matéria de cunho eminentemente constitucional.

6) Na via Especial não há campo para se revisar entendimento de segundo grau assentado em matéria de direito local, por inexistir ofensa à legislação federal (Súmula n. 280/STF).

7) Demonstrado, de modo evidente, que a procedência do pedido está rigorosamente vinculada ao exame das provas depositadas nos autos. Em sede de recurso especial não há campo para se revisar entendimento de segundo grau assentado em prova. A missão de tal recurso é, apenas, unificar a aplicação do direito federal, conforme disposto na Súmula n. 7/STJ.

8) Apesar de haver fundamento infraconstitucional, não prevalece este em detrimento da abordagem central de natureza constitucional e de cunho local.

9) O fato de este Tribunal já ter apreciado questões idênticas à dos presentes autos, não indica que, necessariamente, tenha que se analisar todas que ingressem nesta Corte, visto que, muitas delas, como a presente, envolvem debate eminentemente constitucional ou de direito local, o que, provavelmente, não ocorreu quando daqueles julgamentos.

10) Agravo regimental parcialmente provido” (1ª T., AgRg no Ag. 511.911/RJ, Rel. Min. José Delgado, j. 16-10-2003, DJ, 1º-12-2003, p. 269).

⁹ A denominada doação inoficiosa é aquela que traduz violação da legítima dos herdeiros necessários. Muito interessante, nesse particular, é a explicação semântica dada por AGOSTINHO ALVIM acerca da palavra “inoficiosa”: “O pai, que doar excessivamente a um dos filhos ou a um estranho, peca contra o estado de pai, o dever, o ofício de pai. Por isso, a doação é inoficiosa (in, prefixo negativo). E só por isso as Ordenações consideravam inoficiosas certas doações feitas pelo nubente ou entre marido e mulher (...) quando excessivas em relação aos filhos do primeiro casamento. Mesmo tendo em vista a origem da palavra (inofficiosus: que não cumpre os deveres), o uso jurídico não tem ampliado o termo a outros casos semelhantes, como ficou dito. Assim, não se chama inoficiosa a doação do cônjuge à concubina, embora contrarie o dever de marido” (Da Doação, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, pág. 171). Por herdeiros necessários entenda-se aquela classe de sucessores que têm, por força de lei, direito à parte legítima da herança (50%): descendente, ascendente ou cônjuge (art. 1.845, CC).