

DOI: 10.33242/rbdc.2022.01.013

DOAÇÃO ENTRE CÔNJUGES E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA: COMENTÁRIO AO RECURSO ESPECIAL Nº 1.787.027-RS¹

DONATION BETWEEN SPOUSES AND LEGAL IMPOSSIBILITY: COMMENTARY ON APPEAL NO. 1.787.027-RS

Sergio Tuthill Stanicia

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), com parte da pesquisa realizada na Universidade de Roma II “Tor Vergata”.
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4436-1997>.
E-mail: sergio.tuthill@gmail.com.

Resumo: O comentário mostra o equívoco da solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.787.027-RS, segundo a qual é nula a doação entre cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens em razão da impossibilidade jurídica do objeto. Depois de sintetizar a fundamentação dos votos dos ministros, o comentário esclarece o regime jurídico das doações entre cônjuges e evidencia a dificuldade de estabelecer diferenças entre os conceitos de objeto juridicamente impossível e objeto ilícito. Conclui-se que doações entre cônjuges casados no regime da comunhão universal devam ser permitidas, diferentemente do que decidiu o Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Doação. Comunhão universal. Nulidade. Objeto impossível. Ilícitude.

Abstract: The commentary shows the mistake of the solution adopted by the Superior Court of Justice in Appeal No. 1,787,027-RS, according to which a donation between spouses married under the universal communion of assets regime is null and void due to the legal impossibility of the object. After summarizing the reasons for the votes of the ministers, the commentary clarifies the legal regime for donations between spouses and highlights the difficulty of establishing differences between the concepts of legally impossible object and unlawful object. The conclusion is that donations between spouses married under the universal communion regime should be allowed, differently from what was decided by the Superior Court of Justice.

Keywords: Donation. Universal communion. Voidness. Impossible object. Unlawfulness.

Sumário: Introdução – 1 Síntese do caso – 2 Voto da relatora – 3 Voto convergente – 4 Voto divergente – 5 Doação entre cônjuges – 6 Objeto impossível e objeto ilícito – 7 Impossibilidade e doação entre cônjuges – Conclusão – Referências

¹ Agradeço a Osny da Silva Filho pela atenta leitura e excelentes sugestões, a maioria das quais foi incorporada ao texto. A responsabilidade pelo conteúdo, no entanto, é totalmente do autor.

Introdução

Este comentário diz respeito à decisão do Recurso Especial nº 1.787.027-RS (Decisão), tomada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 4.2.2020. No caso, o STJ decidiu que a doação entre cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens é nula por impossibilidade jurídica do objeto.

O comentário divide-se em duas partes. Na primeira, correspondente aos tópicos 1, 2, 3 e 4, analiso a situação de fato e os votos proferidos pelos ministros Nancy Andrighi (voto condutor) Ricardo Villas Bôas Cueva (voto convergente) e Paulo de Tarso Sanseverino (voto divergente). Na segunda parte, correspondente aos tópicos 5, 6 e 7, mostro que os fundamentos da Decisão foram equivocados. Primeiro, mostro que as hipóteses de proibição das doações entre cônjuges no direito romano, no direito italiano e no direito português se baseiam em razões diferentes daquelas levantadas na Decisão. Depois, mostro por que o conceito de impossibilidade do objeto dificilmente se distingue do conceito de ilicitude. Por fim, faço uma leitura sistemática dos dispositivos aplicáveis ao caso, mostrando que não havia, sob o Código Civil de 1916 (CC/16), e não há, sob o Código Civil de 2002 (CC/02), vedação à doação entre cônjuges, mesmo no regime da comunhão universal.

Na conclusão, aceno para a razão de fundo que levou o STJ a decidir, a meu ver, de forma equivocada, pela nulidade da doação entre cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens.

1 Síntese do caso

André² ajuizou ação judicial objetivando a declaração de nulidade de doação de quotas de pessoa jurídica realizada por sua irmã, Beatriz, ao marido, Carlos. Beatriz e Carlos eram casados pelo regime da comunhão universal de bens, e Beatriz veio a falecer na vigência do CC/16. Deixou como única herdeira necessária sua mãe, Débora, que, posteriormente, também veio a óbito, transmitindo-se sua herança a seu filho, André.

O acolhimento da pretensão de declaração da nulidade da doação das quotas implicou, portanto, sua transmissão *mortis causa* de Beatriz para a mãe, Débora, e desta para André, autor da ação, em prejuízo de seu cunhado, Carlos. Caso a doação se mantivesse válida, Carlos teria direito às quotas que lhe foram

² Embora o processo não tenha tramitado em segredo de justiça, foram utilizados nomes fictícios como forma de preservar a intimidade das partes.

doadas, desde que respeitada a legítima da herdeira necessária, Débora. É de se ressaltar que a sucessão de Beatriz foi aberta na vigência do CC/16, segundo o qual o cônjuge não concorria com os descendentes e os ascendentes na ordem de vocação hereditária,³ e também não era herdeiro necessário.⁴

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) entendeu, por unanimidade:

[n]ão há qualquer previsão legal que vede a possibilidade de doação entre cônjuges, não se aplicando ao caso concreto o instituto que veda ao cônjuge dispor de parte de seu patrimônio sem respeitar o direito da legítima”, e que “[a] doação praticada constituiu negócio realizado *inter vivos* por pessoa maior e capaz de dispor acerca de seu patrimônio”.⁵

Esse acórdão, no entanto, foi reformado pelo STJ, cuja Terceira Turma, por maioria, entendeu ser “nula a doação de bens havida entre os cônjuges casados em regime de comunhão universal de bens, seja ao fundamento de impossibilidade do objeto, seja ao fundamento de desrespeito ao quinhão de herdeiro necessário”.⁶ Ademais, a Segunda Seção do STJ confirmou o julgamento da Terceira Turma, entendendo não haver divergência jurisprudencial no caso em questão.⁷

2 Voto da relatora

O voto da ministra relatora, Nancy Andrighi, centrou-se no argumento de que a doação entre cônjuges casados pelo regime da comunhão universal de bens seria nula, pois a “copropriedade do acervo patrimonial” implicaria a “manifesta impossibilidade de doação entre cônjuges casados”. E isso ocorreria porque “se porventura feita a doação, o bem doado retornaria uma vez mais ao patrimônio comum amealhado pelo casal”. Fundamentando o argumento no pensamento de

³ “Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes; II - aos ascendentes; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais; V - aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União. [...] Art. 1.611. A falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal”.

⁴ “Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723)”.

⁵ TJRS, 6ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70032382053. Rel. Des. Sylvio José Costa da Silva Tavares, j. 21.5.2015.

⁶ STJ, 3ª T. REsp nº 1.787.027-RS Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 4.2.2020. Quando não mencionado em sentido diverso, as citações diretas e indiretas no corpo do texto referem-se a esse julgado.

⁷ STJ, 2ª S. AgInt nos EREsp nº 1.787.027-RS Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 30.3.2021.

Pontes de Miranda, o voto aponta que haveria impossibilidade “lógica e jurídica” da doação entre cônjuges quando o regime fosse o da comunhão universal.⁸

A impossibilidade lógica decorreria do fato de o bem doado integrar a comunhão e a ela “retornar” (ou dela nunca sair) quando da doação. Ademais, embora fosse, em tese, possível evitar essa impossibilidade lógica mediante a aposição de cláusula de incomunicabilidade, isso resultaria em impossibilidade jurídica, pois implicaria alteração no regime de bens, o que não era admitido pelo CC/16.⁹

3 Voto convergente

O voto-vista do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que acompanha o voto da relatora, faz considerações ulteriores acerca da impossibilidade jurídica da doação entre cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens. Segundo o ministro:

sendo a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges uma característica da própria natureza do regime de comunhão universal de bens, qualquer ato de transferência patrimonial de bem comum efetivada entre os cônjuges é totalmente inócua, tendo em vista que o patrimônio torna a integrar o acervo comum automaticamente.

Citando julgado mais antigo do STJ,¹⁰ explica o ministro que se trata de pacto de conteúdo impossível, tomando em sentido amplo impossibilidade do objeto como fator de nulidade do ato jurídico (art. 145, II, do CC/16).¹¹ A expressão

⁸ O argumento da ministra é fundado no *Tratado de direito de família* (v. 2). Consultei o *Tratado de direito privado* (t. 8), e lá constam afirmações semelhantes: “Se um cônjuge doasse ao outro determinado bem, esse passaria a ser, novamente, bem comum, uma vez que no regime da comunhão universal todos os adquiridos se comunicam. [...] Se a doação se fizesse com a cláusula de incomunicabilidade, é certo que tais bens seriam incomunicáveis, porque assim mesmo dispõe o Código Civil (art. 263, II); mas essa cláusula de incomunicabilidade não seria lícita aos cônjuges: importaria permitirem-se-lhes alterações ao regime de bens estabelecido, que é, *ex potestate legis*, irrevogável (art. 230). doações entre cônjuges são, portanto, impossíveis, lógica e juridicamente, se vigora o regime da comunhão universal” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: Parte especial: Dissolução da sociedade conjugal. Eficácia jurídica do casamento. Atualização de Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 8, p. 535-36).

⁹ O regime de bens, no CC/16, era “irrevogável” (art. 230). O CC/02 alterou essa regra, estabelecendo, no art. 1.639, §2º, que “[seja] 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”. No entanto, o art. 2.039 do CC/02 estabelece que “[o] regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”.

¹⁰ STJ, 2ª S. AR nº 310-PI. Rel. Min. Dias Trindade, j. 26.5.1993.

¹¹ “Art. 145. É nulo o ato jurídico: [...] II - quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto”.

“objeto”, assim, deveria ser compreendida em suas feições material e jurídica, “afastada a noção de ilicitude que, eventualmente, possa sugerir esse elemento que amplia o conceito de objeto, tendo em vista poder haver impossibilidade jurídica do objeto, sem caracterizar ilicitude do mesmo”.

Conclui que a doação entre cônjuges casados no regime da comunhão universal não se pode dizer ilícita, mas seu objeto é juridicamente impossível, “porque o sistema contém disposições relativas ao casamento que, logicamente, se antagonizam com a eficácia mesma do pactuado”. A impossibilidade decorreria, portanto, do disposto no art. 262 do CC/16, que determinava “a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges”.¹² Disso resulta que, “efetivada a doação de bem comum a um dos comunheiros, torna esse bem a ingressar na comunhão, ou melhor, dela não sai”. A impossibilidade, conclui, “não é apenas de ordem jurídica, mas sobretudo lógica”. E isso afastaria a solução “engenhosa” da divergência, a qual será exposta a seguir.

4 Voto divergente

A divergência aberta pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino funda-se nos argumentos que se seguem. Citando o julgado *a quo*, do TJRS,¹³ o ministro ressalta que, no caso concreto, houve sim a intenção de garantir ao cônjuge supérstite (Carlos) a maior parte do patrimônio amealhado pelo casal (Carlos e Beatriz), evitando que se operasse eventual transferência *mortis causa* à mãe (Débora), e, posteriormente, ao irmão (André). O TJRS ressaltou, ainda que, que a manifestação de vontade “não foi viciada”, e vai ao encontro do entendimento de que o patrimônio foi construído com os esforços do casal.

Revisando posição defendida anteriormente em sede doutrinária,¹⁴ o ministro ressalta que o CC/16 continha apenas um dispositivo expressamente vedando a doação entre cônjuges, bastante excepcional, e aplicável apenas quando o regime de bens fosse o da separação obrigatória.¹⁵ Ressalta também que o CC/02 admite expressamente a doação entre cônjuges, sem fazer ressalva alguma quanto ao

¹² “Art. 262. O regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções dos artigos seguintes”.

¹³ TJRS, 6ª C.C. Ap. Civ. nº 70032382053. Rel. Des. Sylvio José Costa da Silva Tavares, j. 21.5.2015.

¹⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Contratos nominados II: Contrato estimatário, doação, locação de coisas, empréstimo (mútuo – comodato). In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 4.

¹⁵ “Art. 226. No casamento com infração do art. 1.83, nºs XI a XVI, é obrigatório o regime da separação de bens, não podendo o cônjuge infrator fazer doações ao outro. [...]”.

regime de bens.¹⁶ O ministro ressalta, ainda, que o CC/16 adotava como regra a liberalidade do doador em dispor da parte disponível de seu patrimônio,¹⁷ podendo outorgar dispensa de colação em testamento ou no próprio “título da liberalidade”.¹⁸

No caso concreto, ainda que não fosse caso de colação pelo fato de o cônjuge não ser herdeiro necessário, constou do termo particular de cessão de quotas que a transferência se deu “a título de doação livre de colação futura”. Nesse sentido, o voto divergente ressalta:

sequer necessitaria o doador fazer o referido registro, pois a doação àquele que não é herdeiro há de ser retirada da parte disponível do seu patrimônio, não havendo a presunção que há no sistema sucessório de que a doação que é feita a herdeiro necessário presume-se como adiantamento da legítima, caso em que deveria o doador, para evitar a colação, deixar claro que a liberalidade se dá com bens que integram a metade disponível da herança.

O voto divergente conclui que a doação não deva ser declarada nula em sua integralidade, mas apenas na parte em que eventualmente “sobejar a metade disponível”.¹⁹ Nas palavras do ministro:

A doação entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal pode ser aproveitada, dela se extraindo a manifestação de vontade do doador de fazer agraciado o donatário com bens integrantes da parte disponível de sua herança, especialmente por eleger como donatário aquele com quem estabeleceu um consórcio de vida e neste palmilhar construíra o patrimônio que após o seu passamento vem a constituir a sua herança.

5 Doação entre cônjuges

A proibição da doação entre cônjuges é um daqueles temas que se incorporaram à tradição jurídica europeia continental com a redescoberta, releitura e

¹⁶ “Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança”.

¹⁷ “Art. 1.788. São dispensados da colação os dotes ou as doações que o doador determinar que saiam de sua metade, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação”.

¹⁸ “Art. 1.789. A dispensa de colação pode ser outorgada pelo doador, ou dotador, em testamento, ou próprio título da liberalidade”.

¹⁹ Era o que dispunha o art. 1.176 do CC/16, equivalente ao art. 549 do CC/02: “Art. 1.176. Nula é também a doação quanto à parte, que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”.

reexame da compilação justinianea, a partir dos séculos 11 e 12.²⁰ E isso se deu, provavelmente, porque o *Digesto* contém um longo título, com sessenta e sete fragmentos, que trata especificamente dessa vedação.²¹ Embora a romanística discuta a hegemonia dessa proibição – tanto mais depois que manuscritos descobertos no século 19²² mostraram que as doações entre cônjuges haviam sido autorizadas num período mais antigo do direito romano –, fato é que a proibição foi incorporada à tradição. As razões que a justificavam, no entanto, se perderam – e já não eram claras no direito romano.²³ Nesse sentido, a proibição parece ser mais um exemplo do fenômeno identificado por Judith Martins-Costa, segundo quem:

especialmente no Direito Privado, as palavras e expressões designativas dos seus principais institutos podem ser metaforizadas pela *concha do marisco abandonada*: em uma concha jogada na areia da praia, o primitivo habitante que lhe recheava o conteúdo de há muito pode ter desaparecido e gerações de outros habitantes podem ali ter encontrado a sua morada. Traços do antigo morador, todavia, permanecem escondidos em sua volutas, incrustados e disfarçados em sua madrepérola, pontuando sutilmente nossas representações.²⁴

O entendimento de que não havia razão alguma para a proibição, a qual, inclusive, afrontava dispositivos constitucionais sobre a igualdade entre os cidadãos e a liberdade de iniciativa econômica,²⁵ foi adotado pela Corte Constitucional italiana, quando, em 1973, julgou inconstitucional o art. 781 do Código Civil de 1942, segundo o qual “[o]s cônjuges não podem, durante o matrimônio, fazer um ao outro liberalidade alguma, com exceção daquelas em conformidade com os usos”.²⁶ O que é importante comentar a respeito desse julgado é que a Corte Constitucional não restringiu sua decisão a este ou àquele regime de bens, nem aludiu ao conceito de impossibilidade jurídica do objeto. Ao contrário, pontuou que a proibição havia sido mantida em razão de argumentos moralistas sobre o “afeto recíproco” que deveria embasar a relação entre os cônjuges, e não em “cálculos

²⁰ BERMAN, Harold J. *Law and revolution: the formation of the Western legal tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 3-4; 7-8; SILVA FILHO, Osny da. *Fundamentos do direito contratual*: doutrina, teoria e empiria. São Paulo: Almedina, 2022. No prelo. Capítulo 1, seção 2.

²¹ *De donationibus inter virum et uxorem*, D. 24, 1.

²² Trata-se dos *Fragmenta Vaticana*, que contém o texto da *Lex Cincia de donis et muneribus* (204 AEC).

²³ STANICIA, Sergio Tuthill. *Doação no direito privado*: reflexões sobre um conceito jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 13-34.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A concha do marisco abandonada e o nomos (ou os nexos entre narrar e normatizar). *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, v. 2, n. 5, 2013. p. 4136.

²⁵ Respectivamente, arts. 3º e 41 da Constituição da República Italiana.

²⁶ “Art. 781. Donazione tra coniugi. – I coniugi non possono, durante il matrimonio, farsi l'uno all'altro alcuna liberalità, salve quelle conformi agli usi”. Tradução livre.

utilitários egoístas”, razões que se mostram inconsistentes com o “ordenamento familiar moderno”.²⁷

De fato, esses argumentos constam da Exposição de Motivos ao Código Civil italiano de 1942. De acordo com seu texto, a “abolição da tradicional proibição das doações entre os cônjuges” havia dado ensejo a “muitas discussões”. O projeto preliminar estabeleceu que a doação seria válida, embora sempre revogável. O projeto definitivo, por sua vez, substituiu a revogabilidade pela anulabilidade, e esclareceu que o único legitimado a propor a ação anulatória seria o doador. No texto final do Código, todavia, optou-se por reafirmar a proibição, entendendo-se que a doação entre cônjuges ensejaria “grave perigo” e não corresponderia a uma “exigência digna de tutela”. Daí a conclusão, apresentada na Exposição de Motivos, segundo a qual “a tradicional proibição” seria “necessária para manter íntegra a solidariedade moral e material da família”.²⁸

Convém lembrar que o Código Civil italiano era “o código do Estado corporativo”,²⁹ ou, sem meias palavras, do Estado fascista. A Exposição de Motivos não alude a razões de ordem pretensamente técnica para a proibição – digamos, ao conceito de impossibilidade jurídica do objeto. Tampouco apresenta argumentos propriamente morais – argumentos de caráter universal, por exemplo – em favor da opção levada ao Código. Em vez disso, o legislador italiano simplesmente reitera que as doações entre os cônjuges seriam *desnecessárias*, uma vez que marido e mulher já viveriam “em comunhão”. Em suma, a proibição da doação entre cônjuges casados em regime de comunhão universal de bens pelo Código Civil italiano de 1942 não se explica por razões doutrinárias, tampouco por argumentos morais, mas por motivações moralistas.³⁰

Cabe mencionar, ainda, que o Código Civil português, de 1966, admite a doação entre casados, mas estabelece, no art. 1.764º, nº 1, que “[s]ó podem ser doados bens próprios do doador”. O “Código de Seabra” (Código Civil de 1867), inspirado no Código Civil francês (que até hoje autoriza a doação entre os cônjuges, ficando a discussão limitada às circunstâncias para sua revogabilidade),³¹

²⁷ ITALIA. Corte costituzionale. *Sentenza n. 91*. 14 jun. 1973. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Acesso em: 24 dez. 2021.

²⁸ GRANDI, Dino. Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del “Codice Civile”. In: ITALIA. Ministero di Grazia e Giustizia. *Codice Civile: Testo e Relazioni Ministeriale*. Roma: Istituto Poligrafico dello Stato, 1943. p. 80, nº 375.

²⁹ FERRI, Giovanni B. *Il negozio giuridico tra libertà e norma*. 2. ed. Rimini: Maggioli, 1989. p. 98.

³⁰ SILVA FILHO, Osny da. *A moralidade da autonomia: estudo de teoria do direito privado*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 29-37, Capítulo 1 – “Moralidade contra moralismo”.

³¹ MALAURIE, Philippe. Les successions – Les libéralités. In: MALAURIE, Philippe; LAURENT, Aynès. *Droit civil*. 4. ed. Paris: Défrenois, 2010. p. 359-362.

não continha a restrição. A razão da proibição, no entanto, parece não ter sido fundada na ideia de impossibilidade do objeto, mas na proteção da “integridade do patrimônio comum e a consequente defesa dos credores de ambos os cônjuges”. A ideia não é isenta de críticas. Argumenta-se, por exemplo, que “os credores poderiam ficar mais garantidos se os bens comuns doados, transformados em bens próprios do donatário, respondessem perante os credores de ambos os cônjuges ao mesmo tempo que os outros bens comuns”.³²

De todo modo, a preocupação central continua não sendo a eventual impossibilidade jurídica do objeto da doação.

6 Objeto impossível e objeto ilícito

O STJ fundamentou sua Decisão na impossibilidade “jurídica”, e também “lógica”, da doação entre cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens. Em especial, o voto-vista do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva destacou que não se trataria de ilicitude, haja vista não haver proibição expressa na legislação vigente, mas de impossibilidade jurídica. Convém examinar com cuidado o confronto entre esses dois conceitos – os conceitos de ilicitude (como resultado de proibição) e impossibilidade jurídica.

A ideia de impossibilidade jurídica é mencionada em três passagens decisivas do CC/02. Primeiro, na disciplina do objeto como requisito de validade do negócio jurídico (arts. 104, II, e 166, II do CC/02). Segundo, nas regras relativas aos elementos acidentais do negócio jurídico (arts. 123, I, e 124, para as condições, aplicáveis ao termo por força do art. 135; e art. 137, para o encargo, todos do CC/02). Por fim, em diversos dispositivos do livro de direito das obrigações e em regras específicas sobre as espécies de obrigações, bem como, de modo mais geral, no art. 399 do CC/02, referente à mora. Estes comentários se limitam aos dois primeiros casos, relativos ao plano da validade dos negócios jurídicos, ou seja, o plano de análise a partir do qual se pode afirmar a nulidade do negócio.

O art. 104, II, do CC/02 estabelece como requisito de validade do negócio jurídico que o objeto seja lícito e possível. O reverso da regra está no art. 166 (correspondente ao art. 145, II, do CC/16), que sanciona com a nulidade o negócio jurídico quando for ilícito ou impossível o seu objeto. Ao tratar dessas disposições, a doutrina tende a distinguir a impossibilidade *física* da impossibilidade *jurídica*,³³

³² TEIXEIRA, Rosa dos Remédios Lima. *A revogação do contrato de doação entre cônjuges separados de pessoas e bens*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017. p. 28, nt. 83.

³³ Por todos, ver AMARAL, Francisco. *Direito civil*. introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 403-405.

esforçando-se, em alguns casos, para distinguir esta última da *ilicitude* do objeto. Embora haja quem questione o “fundamento lógico” e o “interesse prático” desta última distinção,³⁴ é possível identificar pelo menos uma circunstância em que ela importa.

No direito civil brasileiro, a ilicitude implica sanção mais gravosa, contaminando o negócio jurídico por completo. Já a impossibilidade não implica necessariamente a nulidade total do negócio jurídico. A circunstância na qual a distinção conduz a consequências diferentes é o tratamento das condições resolutivas impossíveis e das condições de não fazer coisa impossível, que se consideram simplesmente não escritas (art. 124), sem afetar a validade do negócio. Já as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita, maculam com a nulidade o negócio jurídico no seu todo (art. 123, II). Mas o legislador nem sempre atribui consequências diferentes aos conceitos. No art. 137, por exemplo, lemos que “[se] considera não escrito o encargo ilícito *ou* impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico” (grifos nossos). Ademais, o único momento em que o legislador alude expressamente à impossibilidade *jurídica* – que *equipara* à impossibilidade *física* – é justamente no tratamento das condições suspensivas, atribuindo-lhes o mesmo efeito das condições ilícitas, qual seja, a nulidade total do negócio (art. 123, I).

De fato, a distinção entre impossibilidade jurídica e ilicitude não é trivial. Caio Mario da Silva Pereira, por exemplo, é crítico ao tratar da distinção, afirmando que “são correlatas as ideias que se expõem ao dizer do ato que é possível frente à lei, ou que é lícito”, e que “[a] impossibilidade jurídica condiz com a ausência de liceidade”.³⁵ Outros autores fundam a distinção na ideia de um juízo de reprovação do ordenamento jurídico, que estaria presente na ilicitude, mas não na impossibilidade jurídica.³⁶

Pontes de Miranda, por sua vez, trata de três conceitos aparentemente distintos: o juridicamente impossível, o ilegal e o ilícito. O juridicamente impossível “concerne ao que, devido ao direito, não pode ser construído”. E essa impossibilidade decorreria da lei (impossibilidade jurídica primária) ou de alguma situação jurídica impeditiva (impossibilidade jurídica secundária). A diferença entre a impossibilidade jurídica primária e a ilegalidade, no entanto, não é muito clara. Pontes de Miranda preocupa-se mais em traçar uma distinção explícita entre o ilegal e o ilícito, pois este seria “abrangente, também, do imoral”.³⁷

³⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. por Antônio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 556-557.

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil. 21. ed. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. 486-487.

³⁶ Por exemplo, BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile: il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. v. 3. p. 326.

³⁷ Citações tiradas de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: Parte geral: Validade. Nulidade. Anulabilidade. Atualização de Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Júnior.

Embora considere a ideia de impossibilidade jurídica problemática em seu todo, desconstruí-la demandaria um esforço que transcende ao escopo destes comentários. Procedendo dessa maneira, e partindo do pressuposto de que o legislador adotou pelo menos uma distinção relevante entre a impossibilidade jurídica e a ilicitude no que se refere às condições resolutivas, considero que a distinção mais adequada seja a traçada por Enrico Gabriele, autor que, no entanto, também se mostra cético em relação à possibilidade de diferenciação. Segundo ele, a distinção pode ser operável se a impossibilidade jurídica for entendida como ausência de instrumentos fornecidos pelo direito para a realização do negócio programado pelas partes. A ilicitude, por sua vez, abrangeria os casos de vedação em função de norma imperativa ou proibitiva.³⁸

7 Impossibilidade e doação entre cônjuges

Conforme mencionado, o STJ decidiu que a doação entre cônjuges casados em regime de comunhão total de bens é nula por impossibilidade jurídica e lógica. Em relação à impossibilidade lógica, o conceito foi tomado da obra de Pontes de Miranda, segundo quem “[a] impossibilidade lógica [se] dá quando há invencível contradição”.³⁹ Marcos Bernardes de Mello, seguindo a obra ponteana, menciona como exemplo a “manifestação de vontade ininteligível”, bem como “as condições incompreensíveis ou contraditórias” (art. 123, III, do CC/02).⁴⁰ Pela narrativa do caso concreto, não houve contradição ou incompreensão na declaração negocial. Ao contrário, a declaração negocial foi clara, ao que tudo indica, em consubstanciar a intenção de Beatriz de doar as quotas sociais para seu marido Carlos, inclusive tendo constado do instrumento negocial a dispensa de colação. Parece-me, portanto, que o que os votos condutores chamam de impossibilidade lógica seja, na realidade, a ideia de contradição com os dispositivos de lei que regulam

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 4. p. 254; 260; 236, respectivamente. Considero extremamente problemática a construção ponteana realizada com base na moralidade, seja porque a relação entre direito e moral é um tema extremamente controverso em teoria e filosofia do direito, seja porque abrir as portas para a discussão a respeito do que é “conforme” ou não à moral levaria a questionamentos infundáveis que comprometeriam seriamente a segurança no julgamento de casos concretos. Ademais, atribuir ao julgador a condição de autoridade epistêmica para decidir o que é moral ou imoral coloca inúmeros problemas, dos quais a (falta de) legitimidade é apenas um entre muitos exemplos.

³⁸ GABRIELE, Enrico. Dell'oggetto del contratto. In: NAVARRETTA, Emanuela; ORESTANO, Andrea (A cura di). *Commentario del Codice Civile: Dei contratti in generale*: artt. 1321-1349. Torino: UTET, 2011. p. 735.

³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: Parte geral: Validade. Nulidade. Anulabilidade. Atualização de Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 4. p. 253.

⁴⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 112.

o regime da comunhão universal de bens, sendo absorvida pela ideia de impossibilidade jurídica do objeto. Dessa forma, é desta que trato a seguir.

Retomemos a argumentação dos votos vencedores. Dois pontos merecem destaque. Primeiro, de acordo com a Ministra Nancy Andrighi, haveria “copropriedade”, isto é, as quotas já seriam de Beatriz e Carlos em partes ideais pelo fato de integrarem a comunhão. Cabe ressaltar, no entanto, que houve imprecisão conceitual no uso do termo “copropriedade”. A comunhão é o compartilhamento de uma universalidade de posições ou situações jurídicas, enquanto o condomínio é o compartilhamento de posições ou situações jurídicas específicas. Os cônjuges podem ser ou não condôminos de certos bens, o que independe de esses bens integrarem ou não a parcela patrimonial que compõe a comunhão.⁴¹

Vamos imaginar uma situação em que Marcos e Leandro sejam casados pelo regime da comunhão universal. O apartamento onde vivem pode estar apenas “em nome de” Leandro – para usar uma expressão corrente –, ou os cônjuges podem ser condôminos – no caso, titulares de frações ideais do mesmo bem. Em ambas as situações, o bem integra o patrimônio comum, na medida em que a divisão dos bens integrantes da comunhão somente ocorre com a dissolução da sociedade conjugal (art. 268 do CC/16;⁴² art. 1.671 do CC/02).⁴³ No caso concreto, aparentemente, as quotas doadas para Carlos estavam “em nome de” Beatriz, ou seja, não havia condomínio, mas ainda que Carlos e Beatriz fossem condôminos, nada impediria que a esposa doasse sua fração ideal ao marido.

E aqui passo ao segundo ponto que merece destaque. Tudo indica que a intenção da doadora tenha sido fazer uma doação com cláusula de incomunicabilidade, fazendo com que as quotas se vinculassem ao patrimônio particular do donatário. Por conseguinte, não me parece correto o argumento utilizado pelos votos vencedores, segundo o qual as quotas doadas retornariam necessariamente à comunhão, razão pela qual haveria impossibilidade jurídica. E o argumento é incorreto porque a comunhão universal não implica a impossibilidade de haver bens particulares de cada cônjuge. Embora o art. 262 do CC/16⁴⁴ estabelecesse a “comunicação de todos os bens presentes e futuros”, o dispositivo seguinte,

⁴¹ Sobre essas distinções, ver, por exemplo, LÔBO, Paulo. *Direito civil: coisas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 4. p. 233; PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 465-466; BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile: la famiglia; le successioni*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2005. v. 2. p. 92.

⁴² “Art. 268. Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e passivo, cessará à responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro por dívidas que este houver contraído”.

⁴³ “Art. 1.671. Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro”.

⁴⁴ “Art. 262. O regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções dos artigos seguintes”.

art. 263,⁴⁵ apresentava extenso rol de bens que estavam “excluídos da comunhão” (os dispositivos correspondem aos arts. 1.667 e 1.668 do CC/02).

Ademais, ainda que o art. 263, II, excluísse da comunhão “os bens doados ou legados com cláusula de incomunicabilidade”, levando ao entendimento de que as doações efetuadas sem cláusula de incomunicabilidade ingressassem na comunhão, tudo indica que, no caso concreto, teria havido realmente a intenção de estabelecer a incomunicabilidade, com o objetivo, aparentemente, de evitar que a parte disponível da herança fosse transmitida aos herdeiros necessários. E é importante ressaltar que a legislação vigente garantia (e garante) a livre disposição dos bens integrantes da parte disponível do patrimônio. Disso não decorre que haveria intenção de alterar o regime de bens – o que veio a ser admitido apenas pelo CC/02 (art. 1.639, §2º) –, pois a alteração na titularidade de posições ou situações jurídicas singulares não implica, por si só, alteração do regime jurídico aplicável à universalidade de posições e situações jurídicas, que compõe o patrimônio comum.

Some-se a isso o fato de que a única vedação trazida pelo CC/16 para doação entre cônjuges dizia respeito ao regime da separação obrigatória de bens.⁴⁶ Embora não houvesse regra como a do art. 544 do CC/02, segundo o qual a doação “de um cônjuge a outro [...] importa adiantamento do que lhes cabe por herança” (o art. 1.171 do CC/16 mencionava apenas a “doação dos pais aos filhos”), a omissão não implicava vedação a doações conjugais, sendo apenas reflexo do fato de que o cônjuge, no regime anterior, não era herdeiro necessário. No mais, é importante destacar que, na constância do casamento, as oscilações patrimoniais são normais, sendo expressamente permitido realizar doações desde que respeitada a legítima dos herdeiros necessários (art. 1.176 do CC/16; art. 549 do CC/02). Essa é a regra geral que, no meu entendimento, deve prevalecer, pelas razões já expostas.

⁴⁵ “Art. 263. São excluídos da comunhão: I - As pensões, meios soldos montepios, tenças, e outras rendas semelhantes; II - Os bens doados ou legados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; III - Os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizar a condição suspensiva; IV - O dote prometido ou constituído a filhos de outro leito; V - O dote prometido ou constituído expressamente por um só dos cônjuges a filho comum; VI - As obrigações provenientes de atos ilícitos (art. 1.518 e 1.532); VII - As dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; VIII - As doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade (art. 312); IX - As roupas de uso pessoal, as joias esponsalícias dadas antes do casamento pelo esposo, os livros e instrumentos de profissão e os retratos da família; X - A fiança prestada pelo marido sem outorga da mulher (artigos 178, §9º, nº I alínea b, e 235 nº III); XI - Os bens da herança necessária, a que se impuser a cláusula de incomunicabilidade (art. 1.723); XII - Os bens reservados (art. 246, parágrafo único); XIII - Os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos”.

⁴⁶ “Art. 226. No casamento com infração do art. 183, nºs XI a XVI, é obrigatório o regime da separação de bens, não podendo o cônjuge infrator fazer doações ao outro. [...]”.

Conclusão

Cabe, por fim, um aceno a um problema de fundo, evidenciado pelo uso da ideia de impossibilidade jurídica do objeto no julgado aqui comentado. Conforme apontam Marcus Dantas e Sergio Negri, um problema recorrente no direito civil é a “busca de falsas essências”, que “cria verdadeiras armadilhas ontológicas”. Em outras palavras, toma-se um conceito – no caso, o de objeto juridicamente impossível – como se fosse uma descrição do mundo real. E o problema da “extração de normas a partir de conceitos” é que “[se] acredita que o conceito tenha o condão de funcionar como referencial de qualquer tipo de fundamentação”.⁴⁷ Passa-se a impressão de que “o regime legal das invalidades negociais” decorre de “alguma lei natural ou imutável”.⁴⁸

Todavia, seguindo Herbert L. A. Hart,⁴⁹ deve-se tomar consciência de que a função principal das palavras jurídicas não é a de descrever algo, mas especificar as condições necessárias para que sentenças como “João tem um direito” ou “a doação de Beatriz a Carlos é válida” sejam verdadeiras. Creio que o problema fundamental da Decisão tenha sido pressupor (sem declarar) um conceito de objeto impossível para dele deduzir regras que não foram postas pelo legislador. Se seguirmos a lição de Hart, no sentido de examinar as regras jurídicas que prescrevem em que condições aquele negócio concreto será válido ou inválido, acabamos por concluir que (i) não há vedação à doação entre cônjuges, que (ii) mesmo no regime da comunhão universal há bens particulares, que (iii) a declaração negocial, no caso concreto, consubstanciou intenção de estabelecer a incomunicabilidade dos bens doados e que (iv) essa doação não implica alteração no regime de bens.

Referências

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERMAN, Harold J. *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

⁴⁷ Citações tiradas de DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho; NEGRI, Sergio Marcos Carvalho Ávila. Filósofos do direito e civilistas em colaboração: a superação da visão agostiniana no estudo do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo (Coord.). *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 576-577; 578; 581, respectivamente.

⁴⁸ Expressões tomadas de SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos de atos nulos e anuláveis. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com>. Acesso em: 27 dez. 2021.

⁴⁹ HART, Herbert L. A. Definition and theory in jurisprudence. In: HART, Herbert L. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983. p. 21-48.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile: il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. v. 3.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile: la famiglia; le successioni*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2005. v. 2.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho; NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho Ávila. Filósofos do direito e civilistas em colaboração: a superação da visão agostiniana no estudo do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo (Coord.). *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014.

FERRI, Giovanni B. *Il negozio giuridico tra libertà e norma*. 2. ed. Rimini: Maggioli, 1989.

GABRIELE, Enrico. Dell'oggetto del contratto. In: NAVARRETTA, Emanuela; ORESTANO, Andrea (A cura di). *Commentario del Codice Civile: Dei contratti in generale: artt. 1321-1349*. Torino: UTET, 2011.

GRANDI, Dino. Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del "Codice Civile". In: ITALIA. Ministero di Grazia e Giustizia. *Codice Civile: Testo e Relazioni Ministeriale*. Roma: Istituto Poligrafico dello Stato, 1943.

HART, Herbert L. A. Definition and theory in jurisprudence. In: HART, Herbert L. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: coisas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 4.

MALAUURIE, Philippe. Les successions – Les libéralités. In: MALAUURIE, Philippe; LAURENT, Aynès. *Droit civil*. 4. ed. Paris: Défrenois, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. A concha do marisco abandonada e o nomos (ou os nexos entre narrar e normatizar). *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, v. 2, n. 5, p. 4121-4157, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil*. 21. ed. atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. por Antônio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Parte especial: Dissolução da sociedade conjugal. Eficácia jurídica do casamento. Atualização de Rosa Maria de Andrade Nery*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 8.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Parte geral: Validade. Nulidade. Anulabilidade. Atualização de Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 4.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Contratos nominados II: Contrato estimat6rio, doa73o, loca73o de coisas, empr6stimo (m6tuo – comodato). In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. S3o Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 4.

SILVA FILHO, Osny da. *A moralidade da autonomia: estudo de teoria do direito privado*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de S3o Paulo, S3o Paulo, 2020.

SILVA FILHO, Osny da. *Fundamentos do direito contratual: doutrina, teoria e empiria*. S3o Paulo: Almedina, 2022. No prelo.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do neg6cio jur6dico: proposta de modula73o dos efeitos de atos nulos e anul6veis. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, 2017. Dispon6vel em: <http://civilistica.com>. Acesso em: 27 dez. 2021.

STANICIA, Sergio Tuthill. *Doa73o no direito privado: reflex6es sobre um conceito jur6dico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

TEIXEIRA, Rosa dos Rem6dios Lima. *A revoga73o do contrato de doa73o entre c6njuges separados de pessoas e bens*. Disserta73o (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

Informa73o bibliogr6fica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associa73o Brasileira de Normas T6cnicas (ABNT):

STANICIA, Sergio Tuthill. Doa73o entre c6njuges e impossibilidade jur6dica: coment6rio ao Recurso Especial n6 1.787.027-RS. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 1, p. 201-216, jan./mar. 2022. DOI: 10.33242/rbdc.2022.01.013.

Recebido em: 29.12.2021

Aprovado em: 03.01.2022