

## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

---

*STJ – Recurso Especial 1.371.842 – 3ª T. – j. 19.11.2013 – v.u. – rel. Min. Sidnei Beneti – DJe 17.12.2013 – Áreas do Direito: Civil; Processual.*

---

**DOAÇÃO – Inocorrência – Ação de revogação por ingratidão – Pagamento de dízimos e outras contribuições à igreja – Ato de voluntariedade, consciência religiosa e demonstração de fé que não se enquadra no contrato típico de doação – Prestação que não é realizada em favor da pessoa física, sendo ausente o *animus donandi* – Lide, ademais, que não abrange outras questões relacionadas a vício de vontade ou coação moral irresistível, devendo o julgador se ater aos fundamentos jurídicos e aos pedidos formulados.**

### Veja também Jurisprudência

- *RDPriv 34/374 (JRP\2008\2222).*

### Veja também Doutrinas

- Ação revocatória de doação, de José Eduardo da Rocha Frota – *RePro 19/67 (DTR\1980\76)*;
- O regime jurídico da revogação de doações, de Gustavo Tepedino – *Soluções Práticas, Tepedino 2/489 (DTR\2012\446)*; e
- Questões relativas à doação, de Natal Nader – *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos 5/457 (DTR\2012\1221)*.

### RECURSO ESPECIAL Nº 1.371.842 - SP (2012/0218194-1)

**RELATOR** : **MINISTRO SIDNEI BENETI**  
**RECORRENTE** : **RICARDO NICOTRA**  
**ADVOGADOS** : **REINALDO JOSÉ FERNANDES**  
**ANDRÉ LUIS BERGAMASCHI E OUTRO(S)**

RECORRIDO : UNIÃO CENTRAL BRASILEIRA DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA  
 ADVOGADOS : MISAEL LIMA BARRETO JÚNIOR  
 ADRIANA C F L DE CARVALHO  
 JOSÉ SÉRGIO MIRANDA E OUTRO(S)

#### EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO COM RESTITUIÇÃO DE VALORES. DÍZIMOS E OUTRAS CONTRIBUIÇÕES. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1.- A contribuição do dízimo como ato de voluntariedade, dever de consciência religiosa e demonstração de gratidão e fé não se enquadra na definição do contrato típico de doação, na forma em que caracterizado no art. 538 do Código Civil, não sendo, portanto, suscetível de revogação.

2.- Ademais, a doação *lato sensu* a instituições religiosas ocorre em favor da pessoa jurídica da associação e não da pessoa física do pastor, padre ou religioso que a representa. Desse modo, a rigor, a doação não pode ser revogada por ingratidão, tendo em vista que o ato de um membro - pessoa física - não tem o condão de macular o pagamento do dízimo realizado em benefício da entidade, pessoa jurídica.

3.- Recurso Especial improvido.

### COMENTÁRIOS

#### A NATUREZA JURÍDICA DO DÍZIMO: COMENTÁRIOS AO RESP 1.371.842/SP

#### *RELIGIOUS TITHE'S LEGAL NATURE: A COMMENTARY ON APPEAL TO SUPERIOUR COURT 1.371.842/SP (STJ-BRAZIL)*

**RESUMO:** Este texto analisa os fundamentos do REsp 1.371.842/SP para recusar ao dízimo a qualificação de contrato de doação e, por conseguinte, a incidência do regime da revogação por ingratidão. Para isso, apresentam-se as principais correntes acerca da natureza jurídica do dízimo e sua capacidade em distinguir o dízimo da doação.

**ABSTRACT:** This article analyses the legal reasoning behind the decision on Appeal to Superior Court 1.371.842/SP used for the refusal to recognize religious tithe as a donation and, thus, to apply the rules of revocation for ingratitude. To do so, we introduce the most important jurisprudence opinions about religious tithe's legal nature and their capacity to distinguish it from the donation.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dízimo religioso – Doação – Direito e moral – *Animus donandi* – Liberalidades atípicas.

**KEYWORDS:** Religious tithes – Donation – Law and Morals – *Animus donandi* – Gifts.

## 1. SÍNTESE DO CASO

Ricardo Nicotra era fiel da Igreja Adventista do Sétimo Dia, doravante denominada "Igreja". Durante um período de quase sete anos, contribuiu em dinheiro a título de pagamento de dízimos religiosos com somas que totalizavam R\$ 34.179,70, já acrescidas de juros e correção monetária.

Em 23 de março de 2002, já passados mais de dois anos sem realizar contribuições à Igreja, Ricardo Nicotra teria sido injuriado por um pastor da instituição, sendo chamado de "diabo, invejoso e vagabundo" e, em seguida, expulso do estabelecimento. O pastor teria atuado em reação a um artigo publicado na *internet*, intitulado "Pastor do Milhão", falsamente atribuído a Ricardo Nicotra.

Acreditando-se lesado em sua honra, Ricardo Nicotra decidiu, entre outras providências, propor ação de revogação de doações, pedindo a restituição das quantias entregues a título de dízimo, por ingratidão do donatário, em aplicação do art. 547, inciso III, do Código Civil.

O juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido. Em sede de Apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, confirmou a sentença. O relator do acórdão para a Apelação, Álvaro Passos, fundamentou a decisão, em seu voto, nos seguintes termos:

"(...) os pagamentos vão muito além de meras doações, feitos por liberalidade ou gratidão. Eram mais do que isso, constituíam-se em obrigação e como tal foram cumpridas.

Assim, em que pese a injúria, já reconhecida judicialmente, não cabe a devolução das quantias que foram dada (*sic*) em cumprimento a regra estabelecida pela igreja e aceita espontaneamente pelo fiel."

Inconformado, o sucumbido interpôs Recurso Especial, alegando violação dos arts. 538 e 557, III, do Código Civil. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao Recurso, seguindo o voto do Ministro Sidnei Beneti, relator para o acórdão.

O Ministro Sidnei Beneti salientou a liberdade de crença como direito fundamental previsto pela Carta Constitucional brasileira (CF, art. 5º, VI), bem como declarações internacionais no mesmo sentido. Lembrou, ainda, a tradição histórica de se cobrarem dízimos religiosos. Ao final de sua exposição, conclui que:

"a contribuição realizada pelos membros das igrejas, como regras, decorre de um dever de consciência religiosa, representado por ato que caracteriza como manifestação da própria fé, bem como da gratidão pelas dádivas recebidas, sendo de salientar que nenhuma instituição religiosa teria condições de manter as suas atividades sem as contribuições dos fiéis."

O Ministro Relator qualificou o dízimo, portanto, como cumprimento de dever religioso, que se baseia em ordem moral, escapando, por conseguinte, do mundo jurídico e sendo ato livremente executado por ordem de "consciência".

Pelas razões expostas, entendeu que, embora o dízimo possa ser identificado como espécie de doação em um sentido amplo, não está abarcado pela noção estritamente recepcionada pelo Direito como contrato. De sorte que o regime típico da doação não lhe seria aplicável, afastando a possibilidade de revogação do ato por ingratidão.

Percebe-se, portanto, que, embora não tenha havido reforma do acórdão de segundo grau, os fundamentos são ligeiramente diversos. Enquanto o STJ reputou tratar-se de cumprimento de dever moral, alheio ao Direito, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo apenas salientou que o ato não

poderia ser doação, pois seria cumprimento de obrigação, sem esclarecer, contudo, se se tratava de obrigação jurídica ou dever moral.

## 2. TEORIAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO DÍZIMO

Subjacente ao caso, encontra-se a questão acerca da natureza jurídica do dízimo, contrastada com o regime típico do contrato de doação. A Terceira Turma do STJ entendeu que a figura seria pertinente ao campo da Moral, estando esta fora da competência do ordenamento jurídico. Entretanto, essa não é a única teoria apresentada pela doutrina que estuda o tema. Passaremos, portanto, a expor as principais correntes para, em seguida, avaliar criticamente a fundamentação do acórdão.

Em síntese, podemos levantar as seguintes correntes acerca da natureza jurídica do dízimo: (i) dízimo como cumprimento de dever moral, alheio ao Direito; (ii) dízimo como cumprimento de dever moral, mas juridicamente relevante; (iii) dízimo como cumprimento de obrigação, sem o *animus donandi*; e (iv) dízimo como espécie de liberalidade atípica fundada nos usos e costumes sociais.

Em comum, todas essas correntes sustentam que o dízimo não se confunde com o contrato de doação.

### 2.1. *Dízimo como cumprimento de dever moral alheio ao Direito*

Esse parece ter sido o fundamento para o acórdão da Terceira Turma do STJ. Para essa corrente, o dízimo seria cumprimento de um dever de consciência, cuja fonte é a moral religiosa do fiel. Além disso, essa corrente parte do pressuposto de que Moral e Direito são esferas completamente distintas, sem vasos comunicantes entre si.

O voto do Ministro Relator indica seguir essa corrente ao citar artigo doutrinário de José Fernando Simão. Este último, em estudo acerca do tema, qualifica o dízimo como "ato meta-jurídico, estranho ao direito, ato de consciência ou fé, que não interessa ao mundo do direito"<sup>1</sup>.

A distinção entre Moral e Direito é um dos grandes temas da Filosofia e diversas foram as respostas dadas pelos estudiosos do assunto. Não pretendemos desenvolver o tema com a profundidade que merece, pois escaparia, em muito, do objeto desses comentários. Entretanto, de maneira superficial, é verdade, não nos parece que a separação entre Moral e Direito resolva a distinção do dízimo em relação à doação.

Um dos fundamentos clássicos para a clivagem entre Moral e Direito, atribuído a Thomasius<sup>2</sup>, consiste em identificar com a Moral os problemas relacionados ao "foro íntimo" e com o Direito aqueles do "foro externo". A nota essencial do Direito seria, portanto, a externalidade. Essa teoria recebeu críticas que fogem ao escopo do presente estudo. Entretanto, ainda que pudéssemos aceitá-la, seríamos forçados a concluir que ela em nada contribui para a questão das dívidas. Muito pelo contrário, se a Moral diz respeito ao foro íntimo, enquanto o Direito requer externalização mediante condutas, o dízimo certamente irá encaixar-se no âmbito dos atos jurídicos.

Uma "revolução copernicana" ocorreu com Immanuel Kant. Este último, diferentemente dos filósofos anteriores, desenvolveu seu conceito de Moral baseado na ideia de autonomia da vontade.

1. SIMÃO, José Fernando. Natureza jurídica do dízimo e da doação: aparente semelhança, mas grandes e insuperáveis diferenças. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 2, n. 9, 2013, p. 10376.

2. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 54.

Com efeito, enquanto o Direito seria heterônomo, a Moral seria aquilo imposto pela vontade em si mediante um imperativo categórico<sup>3</sup>. Se seguirmos essa teoria, novamente o problema do dízimo não encontra solução. Isso porque a distinção kantiana entre Moral e Direito não diz respeito ao conteúdo, mas à fonte dos deveres.

O pagamento de um dízimo pode ser feito por diversas razões. Entre outros motivos, pode-se pagá-lo: (i) temendo castigos no além-morte; (ii) acreditando ser o justo e o correto; (iii) por caridade. Não há nada que comprove que o pagamento do dízimo tenha sido objeto de um imperativo categórico que imponha essa conduta fundando-se na vontade última.

A separação entre Moral e Direito de um ponto de vista formal é um dos principais postulados do Positivismo Jurídico. O representante máximo dessa corrente, Hans Kelsen<sup>4</sup>, considerava que as normas morais seriam igualmente sociais, e não se distinguiriam das normas jurídicas pelo seu conteúdo<sup>5</sup>.

Para Kelsen, as teses que sustentavam a distinção entre Moral e Direito na consciência do indivíduo ignorariam que, também para a Moral, haveria a necessidade de se externalizar a conformidade a uma norma<sup>6</sup>. Não obstante isso, Moral e Direito deveriam ser separados. Não se poderia afirmar que o Direito tem como requisito a observância de valores morais pois essa posição partiria do pressuposto de que haveria um "mínimo moral comum" a todas as ordens morais apto a justificar o Direito<sup>7</sup>. Tendo em vista que esse mínimo comum é inexistente, Hans Kelsen considerava impossível identificar o conteúdo do Direito mediante um ideal de Justiça, exatamente por esse ideal ser relativo<sup>8</sup>. Também não haveria como identificar completamente Direito com Moral, afirmando que todo Direito é moralmente justo, pois, nesse caso, a Moral desapareceria.

Hans Kelsen apontava que, se tudo fosse bom, nada seria ruim<sup>9</sup>. Por isso, concluía que a diferença entre as duas ordens seria de forma, não de conteúdo<sup>10</sup>. Enquanto as normas jurídicas teriam uma sanção jurídica coercitiva, as normas morais seriam dotadas de sanções não coercitivas, como a aprovação ou a desaprovação de uma determinada conduta<sup>11</sup>. Isso não quer dizer que, com relação

3. "Uma vez que despojei a vontade de todos os estímulos que lhe poderiam advir da obediência a qualquer lei, nada mais resta do que a conformidade a uma lei universal das acções em geral que possa servir de único princípio à vontade, isto é: devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal" (cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 33).
4. Há, sem dúvida, variações dentro dessa corrente, podendo-se falar em "positivismos jurídicos". Herbert Hart, por exemplo, não considerava que a sanção, por si só, fosse suficiente para distinguir da Moral o Direito e reputava haver um conteúdo mínimo partilhado pelas duas esferas, baseado na ideia de sobrevivência do ser humano, e em alguns "truismos" dela decorrentes. Isso não o impediu, contudo, de reconhecer como necessária, embora não suficiente, a figura da sanção e de concordar com Hans Kelsen acerca da desvinculação entre Moral e Direito no que diz respeito à validade deste último. Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 2001. p. 201-228.
5. KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. Trad. Max Knight. New Jersey: Lawbook Exchange, 2005. p. 60.
6. KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. Trad. Max Knight. New Jersey: Lawbook Exchange, 2005. p. 61.
7. KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. Trad. Max Knight. New Jersey: Lawbook Exchange, 2005. p. 64.
8. KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. Trad. Max Knight. New Jersey: Lawbook Exchange, 2005. p. 64.
9. KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. Trad. Max Knight. New Jersey: Lawbook Exchange, 2005. p. 67.
10. KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. Trad. Max Knight. New Jersey: Lawbook Exchange, 2005. p. 65.
11. KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. Trad. Max Knight. New Jersey: Lawbook Exchange, 2005. p. 62.

ao conteúdo, Moral e Direito não pudessem apresentar regiões coincidentes de interseção. A separação entre Moral e Direito, para Kelsen, significaria somente que a validade das normas jurídicas não dependeria de conformidade a uma determinada ordem moral<sup>12</sup>.

Também a partir da teoria kelseniana não se alcança resultado satisfatório para a qualificação do dízimo. Hans Kelsen não negava que Moral e Direito pudessem comunicar-se e ter pontos em comum no que diz respeito ao conteúdo. A diferença entre as duas esferas seria formal, baseada na presença de coação, no Direito, e de sua ausência na Moral. Ora, sustentar que o dízimo pertence à Moral, para lhe recusar qualquer sanção jurídica, com base na teoria de Kelsen, seria tautológico. Isso porque a conclusão a que se quer chegar é a de que o dízimo seria um ato "extrajurídico", desprovido de qualquer tutela e sanção do Direito. Não há como, portanto, utilizar a tese que se deseja comprovar como fundamento para a vinculação da figura à esfera da Moral.

Diversas foram as respostas ao Positivismo Jurídico, e não temos condições de inventariar todas elas nesse estudo. Cabe, contudo, verificar uma última posição, frequentemente adotada no Brasil, que foi desenvolvida por Miguel Reale. Segundo esse Autor, o Direito diferenciaria-se da Moral em virtude de um aspecto que denominou *bilateralidade atributiva*. Esta seria "uma proporção intersubjetiva em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender, exigir, ou a fazer garantidamente, algo"<sup>13</sup>. Sem termos condições de apresentar uma avaliação crítica dessa teoria, cabe, contudo, ressaltar que a diferença estabelecida por Miguel Reale, se for correta, conduzirá todas as liberalidades, incluindo a doação, para o campo da Moral. As liberalidades têm, como traço característico, a ausência de qualquer proporção, objetiva ou subjetiva. Em certa medida, identificar o Direito com a proporção atributiva é interessante e pode, inclusive, corresponder a alguns sistemas jurídicos, como aquele de países pertencentes à matriz de *Common Law*, em que o *bargain* é elemento necessário para o reconhecimento de um *contract*. Por falta de *consideration*, a doação fica fora do campo jurídico nesses países. Entretanto, em países como o nosso, em que a doação é contrato, não há como nos basearmos na clivagem realiana entre Moral e Direito para distinguir o dízimo da doação. Tanto uma quanto outra pertenceriam a uma ordem moral em virtude de não haver a proporção atributiva imaginada por Miguel Reale.

O exemplo dado por Miguel Reale para explicar sua teoria é próximo ao problema do dízimo. O que distinguiria o ato de pedir esmola do ato de cobrar uma dívida? Para Reale, o primeiro basear-se-ia em um "nexo de solidariedade humana, de caridade", mas o segundo, num "nexo de crédito resultante da prestação de um serviço". Haveria, no segundo, uma *exigibilidade* que estaria ausente no primeiro. Além da aparente tautologia que esse argumento introduz, é interessante notar que o fenômeno do dízimo é semelhante ao das esmolas, sendo frequentemente tratado em conjunto com elas sob a terminologia das "dádivas"<sup>14</sup>. As dádivas seriam as esmolas, os dízimos religiosos, as contribuições a fundações e a associações, os presentes dados em certas ocasiões e as gorjetas. Também para o dízimo costuma-se reconhecer um "nexo de caridade" ou "solidariedade". A questão que não é resolvida, no entanto, é aquela que consiste em saber qual seria, então, a causa de juridicidade da doação, já que ausente a proporção atributiva necessária e igualmente ausente essa exigibilidade no momento da conclusão do contrato.

12. KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. Trad. Max Knight. New Jersey: Lawbook Exchange, 2005. p. 68.

13. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 51.

14. O termo "dádiva" é mais sociológico/antropológico do que jurídico, representa as liberalidades feitas no esquema triangular das obrigações de dar, receber e retribuir, tal como formulado no estudo de Marcel Mauss, cf. MAUSS, Marcel. *Essai sur le don: forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*. Paris: PUF, 2012. p. 151.

Alguns autores identificaram essa causa suficiente da doação na forma do contrato, que viria para substituir o sinalagma<sup>15</sup>. Essa abordagem parece ter certos inconvenientes, sobretudo se considerado o processo de mitigação das solenidades nas doações e a variação dessas formalidades no que diz respeito aos subtipos da doação manual e da doação por subvenções periódicas<sup>16</sup>. Além disso, de um ponto de vista histórico, a imposição das formalidades à doação serviu para fins políticos e circunstanciais, não parece ter sido baseada em uma razão constante em todos os ordenamentos jurídicos<sup>17</sup>. De qualquer modo, a tese de Miguel Reale não aparenta recorrer a essa ideia de causa da doação como formalidade do contrato. Assim, a distinção entre dízimo e doação permanece sem qualquer elucidação.

Portanto, a distinção entre Moral e Direito, por si só, não é suficiente para distinguir dízimo da doação. Além disso, ainda que o dízimo seja uma figura oriunda de uma ordem moral, nada garante que ele seja uma figura irrelevante para o Direito. Mesmo positivistas jurídicos como Hans Kelsen<sup>18</sup> e Herbert Hart<sup>19</sup> reconheciam que o conteúdo das normas jurídicas poderia eventualmente coincidir com o das normas morais, ainda que isso não fosse necessário para a sua validade.

## 2.2. *Dízimo como cumprimento de dever moral juridicamente relevante*

Há autores, contudo, que reconhecem relevância jurídica a certos atos, ainda que possam ser originários de um campo moral. Na doutrina brasileira, Agostinho Alvim seguia essa orientação, ao

15. Era o caso de Gino Gorla, em Itália; Luciano de Camargo Penteado, no Brasil; e Georges Rouhette, em França. Cf. GORLA, Gino. *I problemi fondamentali del contratto: principi, metodi e tecniche del civil law in comparazione con il common law*. Tradução Antonio Di Fede, Pietro Piccioni, Manuela Giobbi, Ettore William Di Mauro. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017. p. 252; PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 226; ROUHETTE, Georges. *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Paris, Paris, 1965. p. 482.

16. NICOD, Marc. *Le formalisme en droit des libéralités*. La Baule: La Mouette, 2000. p. 74.

17. As primeiras restrições à liberdade de se doar foram introduzidas pela lex Cincia de numberibus, de 204 a.C. Essa lei parece ter sido editada com o objetivo de acabar com o sistema de clientelismo entre patronos, geralmente patricios, e réus plebeus, em causas judiciais. Cf. GONZALEZ, Amparo. The possible motivation of the Lex Cincia de donis et numeribus. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, Paris, 3. série, v. 34, p. 161-171, 1987. Essa razão é confirmada em um relato de Cícero acerca da disputa entre Marcus Cincius, grande defensor da lex Cincia, e Caius Centhius, seu opositor. Cf. CÍCERO. *On oratory and orators*. Trad. J. S. Watson. New York: Harper & Brothers, 1875. p. 167. Nas legislações modernas, a formalidade da doação foi o mecanismo imaginado para se garantir a sua irrevogabilidade. Nesse sentido, a respeito da *Ordonnance de 1731*, do Chanceler D'aguesseau, que inaugurou o sistema moderno de solenidades para as doações, cf. REGNAULT, Henri. *Les ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau*. Paris: Recueil Sirey, 1929. p. 78; POTHIER, Robert Joseph. *Traité des donations entre-vifs*. In: POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres de Pothier contenant les traités de droit français*. Paris: Bechet Ainé, 1825. t. 7. p. 474-475.

18. "If presupposing only relative values, the demand made to separate law and morals in general, and law and justice in particular, then this demand does not mean that law and morals, law and justice, are unrelated; it does not mean that the concept of law is outside the concept of the Good", cf. KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. Trad. Max Knight. New Jersey: Lawbook Exchange, 2005. p. 66.

19. "Assim, não pode seriamente discutir-se que o desenvolvimento do direito, em todos os tempos e lugares, tem de facto sido profundamente influenciado, quer pela moral convencional, quer por ideias de grupos sociais particulares, quer ainda por formas de crítica moral esclarecida sustentadas por indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral correntemente aceite", cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 2001. p. 201.

reconhecer as dídivas como cumprimento de dever moral, mas sem qualificá-las como ato "me-tajurídico". Para ele, seriam hipóteses de ato jurídico<sup>20</sup>. No entanto, não se encontra, na exposição de Agostinho Alvim, um tratamento verdadeiramente unitário para as dídivas. Os presentes dados em ocasiões festivas, por exemplo, seriam "atos de boa sociedade, gentilezas recíprocas", sendo qualificados, diversamente, como fatos jurídicos em sentido estrito<sup>21</sup>. Não é dada, ainda, qualquer explicação clara para essa qualificação.

Giorgio Oppo era outro autor que tentava conciliar o pertencimento das dídivas ao campo da Moral com a sua relevância para o Direito em algumas situações. Ele admitia que as dídivas em geral, não só o dívido, seriam fenômenos baseados e regulados pela Moral. Contudo, elas seriam recepcionadas pelo Direito para a regulação de certos efeitos secundários<sup>22</sup>. O Direito utilizaria para essa recepção a norma moral como pressuposto fático de reconhecimento desses atos. Assim, a norma moral integraria o suporte fático das normas jurídicas que regulariam as dídivas. Os "dados sociais", providos pela Moral, serviriam de causa jurídica, distinta das causas *donandi* e *solvendi*, para as dídivas<sup>23</sup>.

Subjacente a esse raciocínio, contudo, encontra-se uma visão do Direito atrelada ao Estado. Giorgio Oppo indicava, por diversas vezes, considerar como norma jurídica apenas os preceitos emanados ou reconhecidos pela autoridade estatal. Essa premissa pertence à visão monista do Direito, no que diz respeito às suas fontes, reconduzindo todo o fenômeno jurídico à figura estatal. Esse é um dos traços do positivismo jurídico<sup>24</sup>. O grande inconveniente de se adotar o Positivismo Jurídico e, por conseguinte, o Monismo está em ser forçoso admitir que todo o Direito seria reconduzível ao Estado e, portanto, todo o Direito seria Direito Público. Aceitas essas conclusões, em si coerentes, a autonomia epistemológica do Direito Privado estaria extinta<sup>25</sup>.

Por outro lado, abandonado o critério do "estatal" para a identificação dos fatos jurídicos, a distinção entre Moral e Direito estabelecida por Giorgio Oppo não mais se sustenta. Giorgio Oppo até tentou apresentar outros fundamentos, de matiz jusnaturalista, para a distinção, que parecem ser secundários em sua visão. Assim, argumentava que a Moral seria sustentada por uma atribuição da "natureza humana"<sup>26</sup>. Já vimos, contudo, que o simples reconhecimento de uma Moral distinta

20. ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Ed. RT, 1963. p. 21-22.

21. "Em tais casos, a aquisição e extinção de direito ocorre, mas por força de fato jurídico (mediante ato humano, mas que não é ato jurídico)", cf. ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Ed. RT, 1963. p. 20.

22. OPPO, Giorgio. *Adempimento e liberalità*. Milano: Giuffrè, 1947. p. 24-25.

23. "Pertanto il dato sociale che, come sappiamo, appartiene alla fattispecie dell'effetto giuridico (attributivo), dovrà, per dar luogo ad un tipo (negoziale) autonomo, collocarsi in quel momento della fattispecie (negoziale) che è la causa giuridica dell'atto", cf. OPPO, Giorgio. *Adempimento e liberalità*. Milano: Giuffrè, 1947. p. 32.

24. Assim afirmava Hans Kelsen: "Once it is recognized that the state, as an order of human behavior, is a relatively centralized coercive order and that the state as a juristic person is the personification of this coercive order, the dualism of state and law is abolished as one of those duplications that originate when cognition hypostatizes the unity of its object", cf. KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. Trad. Max Knight. New Jersey: Lawbook Exchange, 2005. p. 318.

25. Conforme alerta Otavio Luiz Rodrigues Jr.: "'todo Direito é Direito Público' significa a inexistência de um Direito Privado essencialmente distinto do Direito Público, dotado de autonomia e de unidade de princípios", cf. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018. p. 131.

26. Assim dizia: "la norma morale (e alla stesso modo il c. d. diritto naturale) è manifestamente *immediata* della natura umana", cf. OPPO, Giorgio. *Adempimento e liberalità*. Milano: Giuffrè, 1947, p. 11, destaque no original.

do Direito não permite afirmar com segurança que o dízimo, e as demais dádivas, estejam restritos ao campo da primeira e não digam respeito ao do segundo. Essa distinção, por si só, não seria suficiente. Se tanto a doação quanto as dádivas são juridicamente relevantes, não verificamos um critério seguro para distinguir as duas figuras com base apenas na Moral ou em "dado social", como reconhecia Giorgio Oppo.

### 2.3. *Dízimo como cumprimento de obrigação sem animus donandi*

Esse fundamento parece ter sido aquele utilizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para afastar o regime das doações no caso concreto. Por não depender da natureza da obrigação, se moral ou jurídica, esse é um argumento que pode ser encontrado acompanhado de um dos dois primeiros fundamentos apresentados. Por isso, não necessariamente a fundamentação do Superior Tribunal de Justiça estava em contradição com a do juízo de segundo grau.

Dos autores que fundamentam a distinção entre dízimo e doação na separação entre Moral e Direito, José Fernando Simão também apresenta esse segundo argumento. Segundo ele, faltaria ao dízimo "o elemento objetivo da doação, o *animus donandi*, já que não há intenção de enriquecer o seu destinatário"<sup>27</sup>.

Há um poema em prosa de Charles Baudelaire, denominado *A falsa moeda* (*La fausse monnaie*), que serve bem para ilustrar o argumento apresentado. O poema nos conta um acontecimento entre dois amigos que andavam pela rua e encontraram-se com um mendicante que lhes pediu algum trocado. Um dos amigos, então, estendeu prontamente a mão e entregou ao pedinte uma moeda de alto valor nominal. O outro amigo, vendo o ato do companheiro, ficou assustado com a sua generosidade. Percebendo a sua surpresa, o amigo que havia sido supostamente generoso explicou-lhe que a moeda era falsa. Não havia, contudo, qualquer traço de malícia em seu olhar. Diante dessa resposta e de sua expressão, o outro amigo conclui: "Eu vi então, claramente, que ele queria fazer, ao mesmo tempo, uma caridade e um bom negócio; ganhar quarenta sóis e o coração de Deus"<sup>28</sup>. Não teria havido, portanto, qualquer intenção de enriquecer o mendigo, mas sim de cumprir um dever moral.

Na Itália, país em que esses atos são estudados com mais atenção sob a alcunha de "liberalidades conformes ao uso ou costume", Francesco Messineo entendia, em sentido semelhante, que o *animus donandi* estaria excluído nessas situações em virtude de haver uma norma social ou de consciência que imporia o cumprimento de um dever ou obrigação moral<sup>29</sup>. Não haveria, portanto, espontaneidade.

27. SIMÃO, José Fernando. Natureza jurídica do dízimo e da doação: aparente semelhança, mas grandes e insuperáveis diferenças. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 2, n. 9, 2013. p. 10378.

28. "Je vis alors clairement qu'il avait voulu faire à la fois la charité et une bonne affaire; gagner quarante sols et le coeur de Dieu; emporter le paradis économiquement; enfin attraper gratis un brevet d'homme charitable", cf. BAUDELAIRE, Charles. *Le spleen de Paris ou les cinquantes petits poèmes en prose de Charles Baudelaire*. Paris: Émile-Paul, 1917. p. 97, tradução livre.

29. MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. 6. ed. riv. e amp. Padova: CEDAM, 1943. v. 3. p. 10. No mesmo sentido, Giovanni Bonilini afirma: "Tutte ipotesi, queste, in cui è assente, o largamente attenuato, un genuino spirito di liberalità, poiché il donno risulta sollecitato dall'uso, che si è consolidato. Si suol affermare, che dette elargizioni sono sorrette, più che da animus donandi, da animus solvendi", cf. BONILINI, Giovanni. *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*. 5. ed. Torino: UTET, 2011. p. 382.

Contudo, essa tese desconsidera que as obrigações ou deveres morais não são coercíveis e, portanto, o sujeito estaria livre, no sentido jurídico do termo, para não realizar a prestação, bastando tal asserção para verificar a presença do *animus donandi* como elemento do contrato de doação<sup>30</sup>.

Além disso, a tentativa de preencher o conceito de *animus donandi* com algum conteúdo positivo é problemática. A definição clássica de *animus donandi* como espírito de liberalidade é tautológica: "É contrato de doação quando houver *animus donandi*; é movido por *animus donandi* todo contratante que queira celebrar uma doação". Tentativas mais recentes procuram atribuir ao *animus donandi* uma identificação com interesses extrapatrimoniais<sup>31</sup>. Os demais contratos teriam interesses patrimoniais. Essa posição também não parece coerente, pois ignora subtipos de doação que podem ser motivados por interesses patrimoniais. É o caso da doação com encargo. Além disso, propiciaria uma investigação dos motivos<sup>32</sup>, algo que o Direito admite apenas em casos excepcionais. Por fim, esse interesse extrapatrimonial seria referente apenas ao doador? Pois o donatário teria um interesse claramente patrimonial no contrato<sup>33</sup>.

Diante da incapacidade de se apresentar um conceito satisfatório para o *animus donandi*, alguns autores refutaram que a figura pudesse auxiliar na qualificação do contrato de doação. Foi o caso de Agostinho Alvim, para quem "liberalidade é gratuidade, dispensada a sondagem íntima"<sup>34</sup>. Em abordagem a partir da causa do contrato, Luciano de Camargo Penteado não o enxergava como causa suficiente e natural da doação<sup>35</sup>.

Parece-nos, no entanto, que a razão não está com nenhum dos dois extremos. Embora o *animus donandi* não possa ser definido de maneira positiva, ele pode ser reconhecido negativamente. Ou seja, nas hipóteses em que se identifica algum interesse ou finalidade incompatíveis com o intento liberal, há o afastamento da qualificação como doação, em virtude de ser impossível reputar presente um *animus donandi*. Essa lógica pode ser encontrada, por exemplo, no reconhecimento de determinadas vendas por preço simbólico como verdadeiros contratos onerosos. Em algumas situações, seja quando a venda faz parte de uma operação global maior, como um trespasse de empresa, seja quando é utilizada para estimular a compra dos produtos, mediante ofertas, a finalidade lucrativa da operação permite afastar a possibilidade de que o *animus donandi* esteja presente em virtude da desproporção entre as prestações<sup>36</sup>.

Portanto, o *animus donandi* é útil na qualificação da doação, mas em sua acepção negativa e, por isso, deve ser utilizado em conjunto com outros elementos, como a gratuidade, as relações entre as

30. Nesse sentido, cf. BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. Torino: UTET, 1961. p. 753.

31. STANCIA, Sergio Tuthill. *Liberalidade e gratuidade no âmbito da doação*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 175-176. Um resumo de suas ideias pode ser encontrado em: STANCIA, Sergio Tuthill. A liberalidade ou *animus donandi* como elemento caracterizador da doação. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 13, n. 4, p. 99-138, out.-dez. 2017.

32. BOZZI, Lucia. Alla ricerca del contratto gratuito atipico. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 50, n. 2, parte 2, mar.-abr. 2004. p. 230.

33. Nesse sentido, cf. BISCONTINI, Guido. *Onerosità, corresponsività e qualificazione dei contratti: il problema della donazione mista*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1984. p. 150.

34. ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Ed. RT, 1963. p. 12.

35. PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 219.

36. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Código Civil comentado: compra e venda, troca, contrato estimatório*. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008. v. 6. p. 37.

partes (parentesco, amizade etc.), a denominação dada ao contrato, a definitividade da transferência patrimonial gratuita, entre outros.

Tomado em sua acepção negativa, o *animus donandi* não pode ser um fundamento para afastar as dívidas do esquema típico da doação. Não há qualquer obrigação jurídica propriamente dita que vincule aquele ato de transferência patrimonial, nem uma intenção incompatível com a das liberalidades. Por isso, afirmar que as dívidas são feitas por adimplemento de um dever moral ou natural que afastaria o *animus donandi* parece não ser coerente. Isso sem falar em certas correntes filosóficas que reconhecem como conduta moralmente correta aquela orientada pela autonomia da vontade, como é o caso da filosofia kantiana. Para essas correntes, um ato conforme à Moral é um ato livre e, portanto, não haveria sentimento de cumprimento de dever que permitisse afastar a intenção liberal.

#### 2.4. Dizimo como liberalidade atípica

A última corrente não nega juridicidade às dívidas em geral e ao dizimo em especial. Funda a distinção entre essas figuras e o contrato de doação não em um cumprimento de um dever moral, mas na fonte juridicizante desses atos. Para os adeptos dessa corrente, as dívidas seriam justificadas pelos usos e costumes de determinada sociedade ou de determinado grupo de uma sociedade.

Para Andrea Torrente, as dívidas derivariam de costumes sociais de tradição, relações familiares, conduta profissional, decoro etc.<sup>37</sup> As dívidas não poderiam ser juridicamente irrelevantes, pois seriam a definição negativa do contrato de doação<sup>38</sup>. O reconhecimento dos usos e costumes como fontes das dívidas não impede que estas sejam realizadas espontaneamente, pois frequentemente essas fontes normativas apresentam-se como geradoras de normas dispositivas<sup>39</sup>. Os usos e costumes, além disso, não só definiriam as dívidas como seriam capazes de delimitar o seu regime jurídico<sup>40</sup>.

Para o reconhecimento das dívidas, três elementos seriam necessários<sup>41</sup>. Em primeiro lugar, a existência de uma liberalidade, isto é, de uma atribuição patrimonial gratuita sem fim outro que o de enriquecer o adquirente. Em segundo lugar, deveria haver um costume ou uso social que permitisse

37. Em sentido semelhante, cf. a posição de: ALMEIDA, Carlos Ferreira de. A doação e a dívida. *Themis*, Lisboa, ano 9, n. 17, 2009. p. 12; TERRÉ, François; LEQUETTE, Yves; GAUDEMET, Sophie. *Droit civil: les successions, les libéralités*. Paris: Dalloz, 2013. p. 261-262; GRIMALDI, Michel. *Droit civil: libéralités, partages d'ascendants*. Paris: Litec, 2000. p. 31; LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações: contratos em especial*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2009. v. 3. p. 177.

38. TORRENTE, Andrea. *La donazione*. 2. ed. Atualizado por Ugo Carnevali e Andrea Mora. Milano: Giuffrè, 2006. p. 116.

39. TORRENTE, Andrea. *La donazione*. 2. ed. Atualizado por Ugo Carnevali e Andrea Mora. Milano: Giuffrè, 2006. p. 117. No mesmo sentido, tratando dos usos comerciais em sentido amplo, cf. ANTUNES, José Engrácia. Os usos e o costume no direito comercial: algumas breves reflexões. In: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Carlos Ferreira de; ALMEIDA, Marta Tavares de (Coord.). *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2008. v. 2. p. 232.

40. TORRENTE, Andrea. *La donazione*. 2. ed. Atualizado por Ugo Carnevali e Andrea Mora. Milano: Giuffrè, 2006. p. 118.

41. TORRENTE, Andrea. *La donazione*. 2. ed. Atualizado por Ugo Carnevali e Andrea Mora. Milano: Giuffrè, 2006. p. 122.

o reconhecimento daquela liberalidade como espécie de dádiva. Por fim, que houvesse uma correspondência entre a norma estabelecida pelo uso ou pelo costume e a liberalidade praticada. Assim, reconhece-se que a atribuição patrimonial dada deve ter valor módico em relação à capacidade econômica do *dador*<sup>42</sup>. Deve, ainda, corresponder a um bem móvel, tendo em vista as diversas restrições que o ordenamento jurídico impõe à transmissão de bens imóveis<sup>43</sup>.

As próprias circunstâncias negociais podem permitir a identificação da adequação da atribuição patrimonial gratuita com o costume social existente. Nesse sentido, parece ser razoável justificar, em certas camadas da sociedade, a entrega de um automóvel a um filho quando atinge a maioridade, forma-se no Ensino Médio ou passa em vestibular de universidade pública. Não pode, contudo, ser vista do mesmo modo a troca anual do automóvel de um filho, pelos pais, seja em um aniversário ou em outra data qualquer. Isso não afasta, é claro, a necessidade de avaliar ainda a condição econômica dos pais nessas situações.

Do mesmo modo, o oferecimento de somas periódicas de dinheiro a uma instituição religiosa é socialmente reconhecido como dizimo. No entanto, o oferecimento de um bem imóvel para a construção de uma igreja dificilmente escaparia da qualificação de doação.

Essa solução parece ser a mais adequada para diferenciar as dádivas do contrato de doação. Enquanto este último seria um contrato *legalmente* típico, aquelas seriam espécies de contrato *socialmente* típico<sup>44</sup>.

### 3. TÍPICIDADE SOCIAL E O PAPEL DOS USOS E COSTUMES

O reconhecimento dos usos e costumes como fonte normativa permite concluir haver figuras contratuais que adquirem contornos típicos sem que haja expressa previsão legal<sup>45</sup>. São os chamados contratos socialmente típicos<sup>46</sup>.

Para que se verifique a existência de um contrato socialmente típico é necessário, portanto, que se encontre um certo grupo de casos que permita constituir uma prática social com certo caráter vinculante. São requisitos do direito costumeiro e que, por conseguinte, aplicam-se igualmente aos contratos socialmente típicos, vez que originários daquela fonte de Direito<sup>47</sup>.

42. O termo *dador*, no lugar de *doador*, é utilizado para evitar confusão com a figura da doação.

43. Contra, GIOVANNI BALBI admite, por exemplo, que a entrega de uma pequena propriedade a sua mulher, quando o marido possua um grande patrimônio, possa ser qualificada como dádiva. Cf. BALBI, Giovanni. *La donazione*. Milano: Francesco Vallardi, 1964. p. 113. Esse raciocínio parece ir contra o sistema disposto, que impõe restrições maiores, incluindo formalidades mais rígidas, a transmissões de bens imóveis.

44. Andrea Torrente utiliza expressamente essa terminologia, cf. TORRENTE, Andrea. *La donazione*. 2. ed. Atualizado por Ugo Carnevali e Andrea Mora. Milano: Giuffrè, 2006. p. 109.

45. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A liberdade de contrato: contratos típicos e atípicos. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 2, n. 8, jan.-mar. 1982. p. 16.

46. "Mais la loi n'est pas la seule source possible, notamment en raison de sa lenteur d'élaboration. La pratique ne l'attend pas, qui peut progressivement s'ériger en coutume: il y a des contrats fort anciens qui n'ont jamais fait l'objet d'aucun texte (bail à nourriture...) ou seulement de textes récents (emphytéose...). (...) "Avant ou sans intervention légale, ces contrats n'en méritent pas moins d'être considérés comme des contrats 'nommés' dès lors que leur existence déclenche l'application d'un corps de règles, même s'il reste plus ou moins embryonnaire." Cf. BÉNABENT, Alain. *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2017. p. 20.

47. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 63.

Em geral, o processo de tipificação dos contratos ocorre seguindo essa sequência de acontecimentos. Primeiro, surgem contratos absolutamente atípicos, fruto da criatividade do mercado e de suas necessidades. Com a reiteração dessas práticas esses contratos outrora atípicos passam a se vincular a usos e costumes. Por fim, caso o contrato socialmente típico torne-se relevante, o ordenamento pode vir a enrijecer ou consolidar a prática contratual mediante sua positivação. De contrato atípico, passando a ser socialmente típico e, por fim, legalmente típico, o movimento de tipificação não é capaz de destruir os usos e costumes nos quais foram baseados os tipos legais. Por isso, o chamado tipo real, aquele encontrado na prática comercial, permanece sendo um instrumento útil de interpretação e integração dos contratos, conforme evidenciado pelo art. 113 do Código Civil<sup>48</sup>.

Nos casos em que os contratos permanecem apenas socialmente típicos, contudo, os usos e costumes são preeminentes. Os usos modelam o próprio suporte fático, mediante a atividade hermenêutica. Por isso, os usos podem reconduzir os atos praticados a figuras pertencentes a um tipo social ou identificar a criação de uma figura completamente atípica<sup>49</sup>.

O reconhecimento, portanto, de que as dívidas são identificadas mediante conformidade a certos usos ou práticas sociais permite a sua recondução a figuras socialmente típicas. Há, destarte, o afastamento de tipos legais, como o da doação, e a aplicação das normas cuja fonte são os usos utilizados para a identificação dessas figuras.

A referência aos usos para a determinação das dívidas e sua consequente exclusão do regime da doação é feita de maneira expressa pela legislação italiana quando, no art. 770, n. 2, do *Codice*, afirma não constituir doação as liberalidades feitas *in conformità agli usi*<sup>50</sup>. Do mesmo modo, no Código Civil francês, o art. 852 exclui da colação os *présents d'usage*<sup>51</sup>. No Código Civil português, expressão semelhante à do diploma italiano é encontrada na segunda alínea da norma que define o contrato de doação, ao excluir do conceito os "donativos conformes aos usos sociais"<sup>52</sup>.

No BGB, não há referência expressa aos usos, mas às "doações em observância de um dever moral ou motivadas por decoro"<sup>53</sup>, excluindo a incidência das regras de revogação. Nessas hipóteses, segundo Karl Larenz, os atos encontrar-se-iam na "esfera do humanitário, das conveniências e do decoro sociais"<sup>54</sup>.

48. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 66.

49. COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. p. 129.

50. Código Civil italiano, art. 770, n. 2. "Non costituisce donazione la liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi".

51. Código Civil francês, art. 852. "Les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de noces et les présents d'usage ne doivent pas être rapportés, sauf volonté contraire du disposant. "Le caractère de présent d'usage s'apprécie à la date où il est consenti et compte tenu de la fortune du disposant."

52. Código Civil português, art. 940.º, n. 2. "Não há doação na renúncia a direitos e no repúdio de herança ou legado, nem tão-pouco nos donativos conformes aos usos sociais".

53. BGB, § 534 (*Donations for duty and decency*). "Donations to meet a moral duty or made from considerations of decency are not subject to a claim for return or to revocation" (tradução fornecida pelo Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz).

54. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: EDERSA, 1959. t. 2. p. 176.

Para Pontes de Miranda, a regra presente no BGB inspirou o legislador brasileiro a prever, no Código Civil de 1916, a proibição de se revogarem por ingratidão as doações feitas em cumprimento de obrigação natural. Segundo ele, a redação do Projeto Primitivo, que previa "dever moral" no lugar de "obrigação natural", era mais apropriada<sup>55</sup>. A redação teria "pensamento certo e forma erradíssima"<sup>56</sup>. Cumprir obrigação natural é adimplir, não doar. Portanto, não caberia excluir o ato das hipóteses sujeitas à revogação por ingratidão, pois doação não é. A despeito da redação, Pontes de Miranda defendia uma interpretação do dispositivo conforme àquela dada ao § 534 do BGB, entendendo-a como aplicável às liberalidades feitas em cumprimento de dever moral ou conforme aos costumes<sup>57</sup>. A regra não teve sua redação alterada quando da aprovação do Código Civil de 2002. O art. 564, inciso III, do CCB reafirma não serem revogadas por ingratidão as doações "que se fizerem em cumprimento de obrigação natural" e a doutrina continua reconhecendo a norma como um equívoco<sup>58</sup>.

Já vimos, no entanto, os inconvenientes de se tratar das dádivas como algo exclusivamente pertencente ao campo da Moral. Por essa razão, adotamos a tese de que os usos sociais são fonte normativa das dádivas, conformando-as a uma tipicidade social. Sem fundamento legal semelhante àquele presente nos Códigos Civis italiano, português e francês, pode-se afirmar que as regras que determinam essa classificação são o art. 113 do Código Civil e o art. 4º da LINDB. Por analogia – ainda que não seja preciso, pois os usos permitem afastar as regras da doação –, o intérprete poderá recorrer à mitigação das formalidades da doação em benefício da doação manual (Código Civil, art. 541, parágrafo único); da exclusão das doações feitas em cumprimento de obrigação natural (*rectius*, dever moral) pelo art. 564, III, do Código Civil; e da não sujeição à colação das despesas efetuadas pelo ascendente para cobrir gastos ordinários do descendente com educação, alimentação e vestuário (Código Civil, art. 2.010).

## CONCLUSÕES

A conclusão a que chegaram os acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça é correta: o dízimo, espécie de dádiva, não se confunde com a doação. Por essa razão, não é possível revogá-lo por ingratidão.

Entretanto, os argumentos utilizados tanto pelo juízo de segundo grau quanto pelo STJ não parecem ser suficientes para estabelecer essa distinção entre as duas figuras.

A separação entre Moral e Direito, por si só, é insuficiente para a identificação do regime aplicável às dádivas. As diversas correntes filosóficas que sustentam essa separação não negam poder haver certa comunicação entre as duas esferas. De sorte que identificar o dízimo como ato pertencente à esfera moral não exclui, necessariamente, que ele seja igualmente pertencente ao mundo jurídico.

55. *Projeto Primitivo*, art. 1.327. "Não estão sujeitas à revogação por ingratidão as doações exclusivamente remuneratórias, as oneradas com encargos, as que forem realizadas em satisfação de um dever moral, e os dotes", cf. BRASIL. *Código Civil brasileiro*: trabalhos relativos à sua elaboração. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917. v. 1. p. 248.

56. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 46. p. 279.

57. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 46. p. 280.

58. A título de exemplo, cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 2. p. 249.

Na verdade, o afastamento do regime típico da doação parece advir da tipificação social que essas condutas possuem. Os dizimos, assim como as demais dádivas, são reconhecidos por usos e costumes sociais que lhes garantem regime próprio, afastando o regime do contrato de doação.

Não é preciso negar a relevância jurídica desses atos para afastar a qualificação como doação. Esse afastamento pode se dar, seja pelo reconhecimento desses usos e costumes, seja pela aplicação analógica de certas regras que derrogam o regime da doação. São, notadamente, aquelas que: (i) mitigam o formalismo da doação para hipóteses de bens móveis de pequeno valor; (ii) impedem a revogação por ingratidão de doação feita em cumprimento de "obrigação natural"; e (iii) afastam o dever de colação quanto às liberalidades feitas pelos ascendentes aos descendentes com gastos ordinários, enquanto menores.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. A doação e a dádiva. *Themis*, Lisboa, ano 9, n. 17, p. 5-15, 2009.
- ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Ed. RT, 1963.
- ANTUNES, José Engrácia. Os usos e o costume no direito comercial: algumas breves reflexões. In: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Carlos Ferreira de; ALMEIDA, Marta Tavares de (Coord.). *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2008. v. 2.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A liberdade de contrato: contratos típicos e atípicos. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 2, n. 8, p. 10-17, jan.-mar. 1982.
- BALBI, Giovanni. *La donazione*. Milano: Francesco Vallardi, 1964.
- BAUDELAIRE, Charles. *Le spleen de Paris ou les cinquantes petits poèmes en prose de Charles Baudelaire*. Paris: Émile-Paul, 1917.
- BÉNABENT, Alain. *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2017.
- BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. Torino: UTET, 1961.
- BISCONTINI, Guido. *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti: il problema della donazione mista*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1984.
- BONILINI, Giovanni. *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*. 5. ed. Torino: UTET, 2011.
- BOZZI, Lucia. Alla ricerca del contratto gratuito atípico. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 50, n. 2, parte 2, p. 209-224, mar.-abr. 2004.
- BRASIL. *Código Civil brasileiro: trabalhos relativos à sua elaboração*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917. v. 1.
- CÍCERO. *On oratory and orators*. Trad. J. S. Watson. New York: Harper & Brothers, 1875.
- COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.
- GONZALEZ, Amparo. The possible motivation of the Lex Cincia de donis et numeribus. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, Paris, 3. série, v. 34, p. 161-171, 1987.
- GRIMALDI, Michel. *Droit civil: libéralités, partages d'ascendants*. Paris: Litec, 2000.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 2001.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

- KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. Trad. Max Knight. New Jersey: Lawbook Exchange, 2005.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: EDERSA, 1959. t. 2.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações: contratos em especial*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2009. v. 3.
- MAUSS, Marcel. *Essai sur le don: forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*. Paris: PUF, 2012.
- MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. 6. ed. riv. e amp. Padova: CEDAM, 1943. v. 3.
- NICOD, Marc. *Le formalisme en droit des libéralités*. La Baule: La Mouette, 2000.
- OPPO, Giorgio. *Adempimento e liberalità*. Milano: Giuffrè, 1947.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 46.
- POTHIER, Robert Joseph. *Traité des donations entre-vifs*. In: POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres de Pothier contenant les traités de droit français*. Paris: Bechet Ainé, 1825. t. 7.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- REGNAULT, Henri. *Les ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau*. Paris: Recueil Sirey, 1929.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Código Civil comentado: compra e venda, troca, contrato estimatório*. São Paulo: Atlas, 2008. v. 6. t. 1.
- ROUHETTE, Georges. *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Paris, Paris, 1965.
- SIMÃO, José Fernando. *Natureza jurídica do dizimo e da doação: aparente semelhança, mas grandes e insuperáveis diferenças*. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 2, n. 9, p. 10357-10386, 2013.
- STANICIA, Sergio Tuthill. *Liberalidade e gratuidade no âmbito da doação*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.
- STANICIA, Sergio Tuthill. *A liberalidade ou animus donandi como elemento caracterizador da doação*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 13, n. 4, p. 99-138, out.-dez. 2017.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 2.
- TERRÉ, François; LEQUETTE, Yves; GAUDEMET, Sophie. *Droit civil: les successions, les libéralités*. Paris: Dalloz, 2013.
- TORRENTE, Andrea. *La donazione*. 2. ed. atualizado por Ugo Carnevali e Andrea Mora. Milano: Giuffrè, 2006.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

**THALLES RICARDO ALCIATI VALIM**

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais. Mestre e doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo – USP. Bacharel em Direito pelas Universidade de São Paulo e Université de Lyon.*  
thalles.valim@gmail.com