

ANDRÉ CRUZ DE AGUIAR

CLÁUSULA DE ENCARGO EM BENEFÍCIO DO DONATÁRIO
COMO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO
DE DOAÇÃO MODAL

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE

São Paulo, SP

2011

ANDRÉ CRUZ DE AGUIAR

CLÁUSULA DE ENCARGO EM BENEFÍCIO DO DONATÁRIO
COMO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO
DE DOAÇÃO MODAL

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do grau de especialista em direito contratual, sob a orientação da Professora Ms. Luciana Chiavoloni Andrade Jardim.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE

São Paulo, SP

2011

BANCA EXAMINADORA:

Dedicatória

Dedico este trabalho à minha mãe Elenice, à minha irmã Camila e ao meu sobrinho Luís Felipe, o mais novo integrante da família, que são o meu esteio e o meu farol em todas as adversidades e vitórias da vida.

Agradecimentos

Agradeço à professora Luciana Chiavoloni Andrade Jardim pela orientação valiosa e dedicada para a elaboração desta monografia.

Também agradeço aos professores, colegas e funcionários da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo com os quais convivi durante os últimos três anos, período do curso de especialização em Direito Contratual, em convívio que ampliou os meus horizontes pessoais e profissionais.

Agradeço, ainda, aos dedicados funcionários do Serviço de Biblioteca e Documentação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, minha alma mater, pelo auxílio inestimável na consulta ao rico acervo da velha e sempre nova Academia, a despeito de todas as adversidades ocorridas na conservação desse acervo nos últimos anos.

E por último, mas sempre antes de tudo e todos, agradeço Ao que deixa Suas pegadas na areia, acompanhando-me e velando por mim em meu breve caminhar neste mundo.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo demonstrar que a celebração de contrato de doação modal (também conhecida como doação onerosa ou com encargo) com cláusula de encargo em benefício do donatário não apenas é juridicamente possível, como também cumpre a função social do referido contrato, exigida pelo art. 421 do Código Civil brasileiro.

Para tanto, será analisada, primeiro, a natureza jurídica da cláusula de encargo no contrato de doação modal, com a finalidade de demonstrar que a previsão de encargo em benefício do donatário não descaracteriza o contrato de doação.

Também será analisada a posição do donatário como beneficiário da cláusula de encargo no contrato de doação, com o intuito de demonstrar que a assunção da posição concomitante de donatário e de beneficiário da cláusula de encargo é juridicamente possível e também não desnatura o contrato de doação.

Em seguida, será examinado o problema da ausência de menção expressa ao donatário como beneficiário da cláusula de encargo no contrato de doação pela norma do art. 553, *caput*, do Código Civil brasileiro, com a finalidade de provar que a ausência de previsão do donatário dentre os beneficiários do encargo mencionados na norma deve ser interpretada de forma exemplificativa e não significa proibição para a contratação de doação modal com cláusula de encargo em benefício do donatário.

Por fim, será demonstrado que a cláusula de encargo em benefício do donatário atende à função social do contrato de doação modal, como é exigido pelo art. 421 do Código Civil brasileiro.

Palavras-chave: Contrato de doação – Doação modal – Encargo – Função social do contrato.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 NATUREZA JURÍDICA DO ENCARGO NO CONTRATO DE DOAÇÃO MODAL.....	9
1.1 A gratuidade como causa essencial do contrato de doação (<i>causa donandi</i>).....	9
1.2 Descaracterização da cláusula de encargo como contraprestação no contrato de doação modal.....	12
1.3 Descumprimento do encargo como hipótese de revogação do contrato de doação	17
1.4 Encargo como ônus do contrato de doação modal.....	21
1.5 O encargo como causa determinante do contrato de doação modal	24
1.6 Diferença entre a ausência ou falsidade da causa contratual e o descumprimento do encargo no contrato de doação modal	29
2 O DONATÁRIO COMO BENEFICIÁRIO DA CLÁUSULA DE ENCARGO NO CONTRATO DE DOAÇÃO MODAL	32
2.1 Diferença entre o benefício do recebimento do objeto da doação e o benefício do recebimento do objeto do encargo no contrato de doação modal.....	32
2.2 A cumulação do benefício e do ônus da doação sobre o donatário	34
3 AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA AO BENEFÍCIO DO ENCARGO AO DONATÁRIO PELO ART. 553, <i>CAPUT</i> , DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.....	37
3.1 Rol taxativo ou exemplificativo de beneficiário do encargo pelo art. 553, <i>caput</i> , do Código Civil brasileiro?.....	41
4 A CLÁUSULA DE ENCARGO EM BENEFÍCIO DO DONATÁRIO COMO FORMA DE ATENDIMENTO À FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE DOAÇÃO...	45
4.1 A finalidade social como um dos fatores determinantes da função social do contrato	45
4.2 Hipóteses caracterizadoras da finalidade social do contrato de doação pela doação modal com encargo ao donatário.....	51
CONCLUSÕES	58
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem a finalidade de demonstrar que a possibilidade jurídica da celebração de contrato de doação modal (também conhecida como doação onerosa ou com encargo) com cláusula de encargo em benefício do donatário cumpre funções sociais do referido contrato, em atendimento à exigência do art. 421 do Código Civil brasileiro, *in verbis*:

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

Justifica-se o estudo pela discrepância existente na doutrina e jurisprudência a respeito da possibilidade de previsão do donatário como beneficiário da cláusula de encargo no contrato de doação, a partir da dicção da norma inserida no art. 553, *caput*, do Código Civil brasileiro. Referida norma prevê a obrigação do donatário de cumprir encargos estipulados em favor do doador, de terceiros ou do interesse geral, mas é silente a respeito da possibilidade da cláusula de encargo beneficiar o próprio donatário, como consta no texto da lei em comento, *in verbis*:

Art. 553. O donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral.

Para o estudo do referido tema, propõe-se a análise das seguintes questões a respeito do contrato de doação modal ou com encargo, prejudiciais para a conclusão a ser alcançada:

- A natureza jurídica da cláusula de encargo no contrato de doação modal;
- A avaliação da posição do donatário como beneficiário da cláusula de encargo no contrato de doação;
- O problema da ausência de menção expressa ao donatário como beneficiário da cláusula de encargo no contrato de doação pela norma do art. 553, *caput*, do Código Civil brasileiro; e

- O atendimento da função social do contrato de doação modal pela cláusula de encargo em benefício do donatário, como exigido pelo art. 421 do Código Civil brasileiro.

1 NATUREZA JURÍDICA DO ENCARGO NO CONTRATO DE DOAÇÃO MODAL

Para a apreciação da validade jurídica da cláusula de encargo em benefício do donatário no contrato de doação onerosa ou modal, faz-se necessário analisar a identidade ou diversidade de alguns elementos constitutivos dessa espécie de contrato de doação modal com as demais modalidades gerais de contrato modal, de forma a verificar se referida cláusula de encargo mantém a tipificação legal do contrato de doação.

Essa análise será feita nos tópicos seguintes, por meio do estudo dos principais elementos típicos do contrato de doação modal, bem como pela análise da diferença entre as hipóteses de desfazimento da doação por ausência de causa e por descumprimento do encargo em benefício do donatário.

1.1 A GRATUIDADE COMO CAUSA ESSENCIAL DO CONTRATO DE DOAÇÃO (CAUSA DONANDI)

Ponto prejudicial à validade jurídica do contrato de doação modal com cláusula de encargo em benefício do donatário é a análise da causa de atribuição patrimonial nessa espécie de doação onerosa, isto é, a causa ou título pelo qual os bens e direitos dispostos no contrato de doação passam a fazer parte do patrimônio das partes envolvidas no contrato. Essa causa envolve, em um capítulo posterior, também as obrigações decorrentes da cláusula de encargo em benefício do donatário, no contrato de doação modal.

Tal análise torna-se imprescindível ante a norma constante no art. 538 do Código Civil brasileiro, que, ao tipificar a doação, exige que a transferência do patrimônio doado nesse contrato ocorra por *liberalidade*, o que inclui não apenas a *vontade de doar* (o *animus donandi*), mas também que a causa de atribuição patrimonial seja *gratuita*. Ou seja: a transferência patrimonial do bem doado não se caracteriza como contrapartida do doador à obrigação assumida pelo donatário, o que desvirtuaria a gratuidade do contrato e a própria natureza de doação, como se infere da leitura da referida norma, *in verbis*:

Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, **por liberalidade**, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.¹

A respeito da classificação dos negócios jurídicos patrimoniais pela causa de atribuição patrimonial, merece lida a lição do saudoso Orlando Gomes²:

A atribuição patrimonial realiza-se para a consecução de determinado fim. Quem delibera desfazer-se de um bem, deslocando-o para o patrimônio de outra pessoa, tem em mira alcançar algum resultado. Ninguém dispõe de determinado valor patrimonial senão para alcançar fim determinado. O resultado jurídico visado com a atribuição determina-se por motivos pessoais – de ordem puramente objetiva –, que variam conforme o interesse prático das partes. Assim, o motivo que leva uma pessoa a vender determinado bem tanto pode ser a necessidade de obter numerário para a compra de outro bem, como a especulação, ou o simples desejo de desfazer-se da coisa. Esses motivos pessoais são, de regra, irrelevantes para o Direito. Ao ordenamento jurídico não interessa, em princípio, a razão íntima que determinou, no sujeito, a vontade de fazer a atribuição patrimonial.

Mas, ao lado desses fins pessoais, há, nos negócios patrimoniais, fins típicos, de caráter geral, que correspondem a toda atribuição, determinando sua natureza e regime legal. Indaga-se, igualmente, para que se faz a atribuição. Sob essa perspectiva, o fim é o resultado jurídico próprio do negócio realizado pelas partes para a atribuição patrimonial. Assim, o fim típico do pagamento de uma dívida é a sua extinção, pouco importando o motivo pessoal do ato. No caso, a atribuição patrimonial tem a sua razão de ser no efeito geral que a lei empresta a todo pagamento.

É esse fim de ordem geral que se chama causa de atribuição patrimonial, isto é, a projeção de uma causa genérica em determinada relação negocial. Necessário insistir na determinação do sentido em que se emprega a palavra causa quando referida à atribuição patrimonial. É, em síntese, a finalidade usual (típica) do comércio jurídico que se visa alcançar com a atribuição.

A tipificação do contrato de doação dada pela norma do art. 553, *caput*, do código, citada acima, ainda segundo a lição de Orlando Gomes³, significa, sob o ponto de vista da

¹ Destaque em negrito não constante no texto original.

² **Introdução ao Direito Civil**, p. 337-338. Destaques constantes no texto original.

³ **Introdução ao Direito Civil**, ob. cit., p. 342. Destaques constantes no texto original.

causa de atribuição patrimonial, que o resultado jurídico próprio do negócio de doação será o de transferência gratuita de patrimônio do doador ao donatário, sem que eventuais contrapartidas signifiquem contraprestação à transferência patrimonial.

Ou seja: essas eventuais contrapartidas não desvirtuam o contrato de sua natureza de *negócio patrimonial a título gratuito*, pelo fato de que não há nexos de causalidade entre essas contrapartidas e o enriquecimento do donatário, como ocorre nos *negócios patrimoniais a título oneroso*, como no *contrato de compra e venda*, em que o enriquecimento do comprador deve ter relação com o vendedor.

Já na doação, como escreveram Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery⁴ em comentário ao art. 538 do Código Civil, a doação implica, sob o ponto de vista patrimonial, na relação direta do empobrecimento do doador com o enriquecimento do donatário decorrente da transferência de propriedade do bem doado, como se verifica do comentário aqui citado, reproduzido *in verbis*:

5. Elementos característicos: (...) b) que uma das partes empobreça e a outra enriqueça (ou seja: é necessário que haja transferência efetiva de bens; (...))

Tal critério, segundo Arnaldo Rizzardo⁵, serve tanto para diferenciar a doação dos negócios jurídicos patrimoniais a título oneroso, como também para diferenciar de outros negócios jurídicos a título gratuito, como as liberalidades, em que não existe essa transferência patrimonial, exigência que também se encontra prevista no supracitado art. 538 do Código Civil brasileiro, como se verifica da lição do autor citado, *in verbis*:

A doação é um negócio jurídico que necessita reunir várias condições, assim elencadas:

a) Que haja uma atribuição patrimonial, a qual vem favorecer o donatário, conforme refere o direito alemão, o que significa que significa a diminuição de um patrimônio e o aumento correspondente em outro, o que vem a formar o elemento objetivo da doação. O donatário há de enriquecer na medida em que o

⁴ **Código civil comentado**, p. 607, nota n.º 5 ao art. 538 do Código Civil.

⁵ **Contratos**, p. 440-441.

doador empobrece. Este se despoja de uma parcela de seu patrimônio, em benefício do donatário, de acordo com Salvat.

A transferência do bem é indispensável, de modo que não constitui doação o fato de se dar fiança a terceiro, nem de se desistir de uma herança que ainda não se aceitou. Da mesma forma, a remissão de uma dívida, beneficiando o devedor, ou a renúncia a um direito. É possível que esteja presente uma intenção liberal. Mas, para configurar a doação, torna-se imprescindível a transferência do bem. (...)

Salvat apontava mais situações que expressam simples liberalidades, e não doações, como deixar de interromper uma prescrição para favorecer o proprietário, referentemente a uma prescrição aquisitiva, ou usucapião; o serviço pessoal gratuito, ou o trabalho sem o recebimento de uma contraprestação correspondente; todos os atos pelos quais as coisas se entregam ou se recebem gratuitamente, mas não com o escopo de transferir ou adquirir o domínio das mesmas. Exemplificando, os bens que se encontram em comodato. Depreende-se de parte do proprietário a intenção de beneficiar, e não de transferência da propriedade.

Dessa forma, todo contrato de doação tem por característica nuclear, quanto à causa de atribuição patrimonial, a gratuidade, que pode ser mitigada ou não em algumas modalidades desse contrato, como será visto adiante, no caso específico da doação modal. Mas essa mitigação não significa a perda de toda a característica da gratuidade no nexo de transferência do patrimônio do doador ao donatário, sob pena de descaracterizar o contrato de doação, como também será visto a seguir.

1.2 DESCARACTERIZAÇÃO DA CLÁUSULA DE ENCARGO COMO CONTRAPRESTAÇÃO NO CONTRATO DE DOAÇÃO MODAL

Após a constatação inicial de que a transferência do bem objeto da doação deve ser feita a título gratuito, merece análise a causa de atribuição patrimonial da cláusula de encargo no contrato de doação modal, isto é, a que título ocorre a prestação da obrigação assumida pelo donatário a título de encargo, ante a verificação, feita no tópico anterior, de que a existência de contraprestação descaracteriza a gratuidade da transferência patrimonial no contrato de doação e, por consequência, a própria natureza e qualificação de doação do negócio jurídico.

Em princípio, a cláusula de encargo imposta ao beneficiário da doação (o donatário) como contrapartida da doação parece caracterizar uma contraprestação à transferência do patrimônio que a este é feita pelo doador, a partir da leitura da norma do art. 535, *caput*, do Código Civil, *in verbis*, que fala em *obrigação* do donatário:

Art. 535. O donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral.

Tal impressão de natureza de contraprestação do encargo é sustentada, inclusive, por parcela da doutrina, que fala em *mitigação* do caráter de gratuidade do contrato, que seria somente pleno na doação pura, quando da existência do encargo, servindo de exemplo desse entendimento o estudo de Pablo Stolze Gagliano⁶ sobre o tema:

A doação, quando pura, caracteriza-se, ainda, pela gratuidade, visto que uma das partes apenas experimenta um benefício patrimonial em decorrência da liberalidade.

Cuidamos de indicar esse elemento mesmo sabendo que não se trata de um aspecto verificado em todo contrato de doação, uma vez que não é aplicável à doação onerosa (com encargo). É assim o fizemos sem violação ao rigor científico que deve orientar este trabalho, haja vista ser a forma pura da doação a sua manifestação mais comum e socialmente mais difundida.

No entanto, a caracterização do encargo como contraprestação ou mesmo como redução da gratuidade no contrato de doação é entendimento que não merece acolhida, por se tratarem de obrigações de natureza diversa, sob o ponto de vista da causa de atribuição patrimonial.

Como escreveu Orlando Gomes⁷ a respeito do tema, não existe relação de causalidade direta entre o encargo e a atribuição patrimonial (transferência de patrimônio) operada pela doação, que justifique esse caráter de contraprestação. Ou seja: o cumprimento do encargo, sob o ponto de vista patrimonial, não guarda relação direta e proporcional à mudança patrimonial decorrente da doação, de forma a caracterizá-la como

⁶ **O contrato de doação: análise crítica ao atual sistema jurídico e os seus efeitos no Direito de Família e das Sucessões**, p. 23-24.

⁷ **Introdução ao Direito Civil**, ob. cit., p. 342. Destaques constantes no texto original.

contraprestação, como ocorre, por exemplo, em um contrato de compra e venda, como é demonstrado pela lição do saudoso mestre:

Os negócios jurídicos patrimoniais realizam-se a título oneroso ou a título gratuito. A distinção baseia-se na causa. Quando se alude abreviadamente a negócios onerosos ou gratuitos significam-se os negócios que têm causa onerosa ou lucrativa.

(...)

Negócio a título oneroso é o que implica mútua transmissão de bens. Gratuito, o que se realiza com vantagem exclusiva para uma das partes, com diminuição do patrimônio da outra.

A distinção baseada na causa do enriquecimento leva a definir como onerosos exclusivamente os negócios nos quais as atribuições patrimoniais se encontram em relação da causalidade. A compra e venda é negócio oneroso, porque o enriquecimento de uma das partes tem como fundamento a prestação da outra, numa relação de equivalência, que não precisa ser, necessariamente, objetiva.

O nexa causal entre as atribuições patrimoniais é, segundo essa orientação, a pedra de toque dos negócios onerosos. Se não existe, o negócio é gratuito, ainda que origine obrigações para as duas partes, que encerrem obrigações patrimoniais. Por esse critério diferencial, a doação com encargo não é contrato oneroso, porque não se acham em relação de causalidade os [sic] obrigações do doador e do donatário, embora uma e outra produzam atribuições patrimoniais. Realmente, o encargo do donatário não é contraprestação daquele que recebe do doador.

No mesmo sentido leciona Pablo Stolze Gagliano⁸, que, apesar de ter feito menção a entendimento diverso, exposto acima, termina por concluir, em obra diversa, pela descaracterização do encargo como contraprestação, ante a natureza diversa do encargo com relação ao patrimônio doado, caracterizando-a, nesse sentido, como sendo necessariamente *obrigação de menor extensão em proporção à obrigação principal do contrato de doação*:

É preciso salientar, sempre, que o encargo não é uma contraprestação, sendo proporcionalmente muito menos extenso do que o benefício recebido. Isso porque, se o encargo for muito

⁸ Novo curso de Direito Civil, volume IV: contratos, volume 2: contratos em espécie, p. 152.

pesado, pode descaracterizar a doação, transformando-a, por exemplo, em uma compra e venda disfarçada. (...).

Apesar do autor acima citado haver feito menção, na lição supra transcrita, ao conteúdo econômico das obrigações da doação e do encargo, é certo também que o critério da proporcionalidade é igualmente válido para as obrigações de encargo sem conteúdo econômico, mas que podem se revelar inválidas em caso de manifesta disparidade com o bem doado, desobrigando o donatário do cumprimento.

A título de exemplo é a situação, hipotética, de se demandar do donatário esforço físico incomum a título de cumprimento do encargo, como exigir de um donatário idoso e com saúde deficiente que suba de joelhos uma enorme escadaria de igreja para pedir pela vida e saúde do doador.

Também afasta a conclusão de que o encargo é contraprestação o entendimento de Cunha Gonçalves⁹ a respeito do tema – ainda que, para esse autor, a destinação do bem no contrato de doação não seja um encargo propriamente dito, mas uma cláusula de afetação do bem, sem, contudo, caráter de contraprestação:

- Quando o encargo da doação é em proveito do próprio donatário, isto não altera em nada a natureza da doação; não pode esta, sequer, chamar-se *onerosa*, porque o carácter gratuito integralmente se mantém. Não há propriamente um *encargo*, mas sim uma *afecção de bens a um fim*, indicado pelo doador, mas que pertence à esfera de actividade do donatário. Assim sucede, por exemplo, quando um estudante recebe uma soma para uma viagem de estudo ou recreio; tal é a natureza das *bolsas de estudo* oficiais, das *fundações* ou doações feitas às Câmaras municipais, Misericórdias ou a quaisquer entidades com destino a obras de beneficência, escolas, hospitais, etc., ainda que, ao cabo, o encargo venha a custas muito mais do que o valor da doação, como frequentemente acontece.

Pontes de Miranda¹⁰ perfilha igualmente esse entendimento a respeito da ausência de natureza de contraprestação do encargo no contrato de doação, citando especificamente

⁹ **Tratado de direito civil: em comentário ao código civil português**, p. 162. Destaques constantes no texto original.

¹⁰ **Tratado de direito privado**, t. XLVI, p. 206. Destaques constantes no texto original.

a hipótese de o encargo beneficiar o donatário, ainda que classificando o negócio jurídico como *doação com finalidade*, na esteira da doutrina alemã citada, *in verbis*:

(...) Não há *modus se o interesse no cumprimento é exclusivamente* do donatário. Não é fácil a distinção. Se A doa determinada quantia para que B possa veraneiar em alguma cidade ou montanha, não houve a intenção de *modus*. Mas, se A doa determinada quantia para que B possa cursar alguma faculdade de química e preparar-se para servir em determinada indústria, ressalta a determinação anexa. Dá-se o mesmo se o dinheiro que A presta é para os livros de que B precisa, no começo para os seus estudos (sem razão, Franz Haymann, *Die Schenkung unter einer Auflage*, 27 s. e 38 s.). É *doação com finalidade*. Negar-se a tal ato o caráter de prestação modal seria afastar a invocabilidade do art. 964, 1.^a e 2.^a partes, do Código Civil. Nem é de admitir-se que haja o direito, porém não a pretensão de adimplemento do encargo, como pareceu a Otto von Gierke (*Deutsches Privatrecht*, III, 431). O *modus* não torna onerosa a doação. Pode mesmo ser sem valor econômico a prestação do encargo. Ainda mais: ser apenas em *proveito do donatário* (e.g., para se internar no hospital, ou para pagar dívida ou pedir concordata), ou em *proveito* de terceiro, ou para uso do próprio objeto doado, ou no interesse do doador (e.g., para que o donatário satisfaça o pagamento de dívida que tem com o doador).

Enzo Roppo¹¹ tem igual entendimento a respeito da ausência de caráter de contraprestação da cláusula de encargo, ainda que a classificando como *limitativa de enriquecimento*, como a define na lição reproduzida adiante, *in verbis*:

Quanto à *cláusula modal*, o seu âmbito de possível incidência é circunscrito, como já sabemos, apenas aos negócios a título gratuito. Ele consiste na imposição, ao beneficiário do acto de liberalidade (donatário, comodatário, herdeiro, legatário, etc.), duma obrigação que, absorvendo parte dos recursos para si gratuitamente transferidos, lhe limita o enriquecimento: A doa a B um lote de acções, impondo-lhe a aplicação de 25% dos dividendos ao financiamento de uma determinada iniciativa cultural. A obrigação assumida por B não é uma contraprestação (o contrato não se converte, de facto, em oneroso, antes permanece gratuito), e, contudo, constitui um verdadeiro dever jurídico, cujo cumprimento pode ser pedido a B, em juízo e cujo cumprimento pode determinar a resolução do contrato, constringindo B a restituir o que lhe havia sido doado. Por outro lado, o beneficiário é obrigado a cumprir o ônus, apenas dentro dos limites do valor da coisa doada, e não para além do valor deste (art. 793.º cód. civ.).

¹¹ **O contrato**, p. 152. Destaques constantes no texto original.

De qualquer forma, restando afastada ou não a classificação do encargo como contraprestação da doação modal ou onerosa, não será a presença do encargo, em si, que descaracterizará o contrato como de doação – ressalva feita à hipótese de que o encargo, em verdade, seja contraprestação disfarçada, revelando tratar-se de simulação de contrato de doação, negócio jurídico nulo, situação específica que não é objeto do presente estudo.

1.3 DESCUMPRIMENTO DO ENCARGO COMO HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO DO CONTRATO DE DOAÇÃO

A descaracterização da cláusula de encargo como contraprestação do contrato de doação modal não afasta o fator jurídico de eficácia do encargo na referida modalidade de contrato de doação, concernente à previsão de resolução pelo descumprimento do encargo como hipótese de revogação do contrato de doação, assim como é previsto expressamente pela norma do art. 555 do Código Civil brasileiro, *in verbis*:

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

Referida previsão legal de revogação também consta na norma do art. 562, primeira parte, do Código Civil, que, em sua parte final, também exige a mora do donatário no cumprimento do encargo, bem como a concessão de prazo razoável para o cumprimento do referido ônus contratual, como se verifica do texto da referida norma, *in verbis*:

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

Com a necessária repetição de que a exigência de cumprimento do encargo não o transforma em contraprestação e não descaracteriza o contrato como de doação, é extreme de dúvida que a possibilidade de revogação da doação por descumprimento do encargo é fator de eficácia jurídica do contrato de doação onerosa. A revogação da doação é o meio

jurídico adequado para compelir o donatário ao cumprimento do encargo, como escreveu Pablo Stolze Gagliano¹² em obra monográfica sobre o contrato em questão:

Posto isso, cumpre-nos mencionar que o Código Civil brasileiro admite a revogação da doação por duas ordens de motivos (art. 555):

- a) por inexecução do encargo, na doação modal;
- b) por ingratidão do donatário.

A primeira hipótese é de intelecção cristalina.

Caso o donatário, a quem fora imposto o cumprimento de um encargo, não o realize, poderá o doador desfazer a liberalidade, revogando-a.

Também lembra o autor citado acima¹³ que a revogação somente poderá ser postulada pelo doador, não pelo beneficiário do encargo, sem prejuízo da adoção de medida judicial para a exigência do cumprimento do encargo pelo beneficiário; ou, ainda, pelo Ministério Público, em caso de encargo estipulado em favor da coletividade. Esse entendimento, aliás, reproduz a norma do parágrafo único do art. 553 do Código Civil brasileiro, *in verbis*:

Art. 553. *Omissis.*

Parágrafo único. O donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiros ou do interesse geral.

A lembrança feita acima certamente se aplica à hipótese aqui aventada, de que o beneficiário do encargo seja o próprio donatário, haja vista que o doador, nessa situação, estará mais do que interessado em exigir do último o cumprimento do encargo que foi estipulado em benefício do próprio donatário. Isso, sob pena de reduzir o encargo ao que a doutrina tradicional qualifica como um *mero conselho* sobre a boa utilização do patrimônio doado, sem qualquer exigência de cumprimento pelo doador.

¹² **O contrato de doação...**, ob. cit., p. 150.

¹³ **O contrato de doação...**, ob. cit., p. 151.

Esse entendimento decorre da premissa, já afastada em tópico anterior deste trabalho, de que o encargo ao doador caracterizaria contraprestação e destipificaria o contrato como de doação, servindo de exemplo desse pensamento a lição seguinte de Carlos Roberto Gonçalves¹⁴ sobre a doação modal:

O encargo pode ser imposto a benefício do doador, de terceiro, ou de interesse geral (art. 553). O seu *cumprimento*, em caso de mora, pode ser exigido judicialmente, salvo quando instituído em favor do próprio donatário, valendo, nesse caso, como mero conselho ou recomendação (ex.: “dou-te tal importância para comprares tal imóvel”). (...)

Ainda na hipótese aqui tratada, a revogação torna-se ainda mais importante, pelo fato de que inexistente a possibilidade de o beneficiário do encargo postular judicialmente o cumprimento desse ônus contratual, pelo fato óbvio de que o donatário também é o beneficiário do encargo.

Dessa forma, sem que se confira eficácia revocatória ao encargo, referida cláusula contratual torna-se inútil, por desvincular o donatário do cumprimento do ônus contratual estipulado pela cláusula de encargo. Ou como escreveu Pontes de Miranda¹⁵, com a precisão de costume, essa desvinculação afasta mesmo a existência do próprio contrato de doação modal, uma vez que o modo, sem ser imperativo da vontade do doador, fica afastada a própria tipicidade dessa espécie de contrato de doação:

Não há doação modal se o doador apenas exprimir *conselho*, ou *sugestão*, ou *desejo*, ou *opinião*.

No mesmo sentido entendeu o Tribunal Regional Federal da Quarta Região¹⁶ ao decidir que a cláusula de destinação de um imóvel doado sem a previsão de revogação da doação, ainda que declaratória da causa contratual, não caracterizaria encargo, por estar destituída de eficácia quanto à determinação da destinação do bem, como se lê da ementa da decisão colegiada citada reproduzida abaixo, *in verbis*:

¹⁴ **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**, p. 285. Destaques constantes no texto original.

¹⁵ **Tratado de direito privado**, ob. cit., t. XLVI, p. 206. Destaques constantes no texto original.

¹⁶ Terceira Turma, Apelação Cível n.º 97.04.16336-3, rel.ª Des.ª Fed. Vivian José Pantaleão Caminha, j. em 25.5.2000, publ. DOU 5.7.2000, p. 188.

ADMINISTRATIVO. DOAÇÃO. ENCARGO. DESTINAÇÃO DO IMÓVEL. Não constitui encargo, cujo adimplimento pode ser exigido, sob pena de revogação da doação, a mera explicitação da destinação que o doador deseja seja dada ao imóvel doado, desprovida de cláusula de reversão ou medida similar, pois, nesse caso, ela apenas representa a causa justificadora do ato gracioso, e não encerra em si uma autêntica obrigação que se põe ao lado da manifestação de vontade dispositiva.

Ainda sobre a revogação, cabe lembrar que são irrevogáveis as doações com encargo já cumprido, hipótese que também se entende aplicável sem restrição à hipótese ora tratada, de contrato de doação com cláusula de encargo em benefício do donatário, e que se encontra prevista no art. 564, inciso II, do Código Civil brasileiro, *in verbis*:

Art. 564. Não se revogam por ingratidão:

(...)

II – as doações com encargo já cumprido;

Essa situação de irrevocabilidade, em especial, deve ser entendida como um estímulo do legislador ao cumprimento do encargo, justamente por tornar imutável a transmissão patrimonial alterada pela doação, que, nessa situação, não poderá ser resolvida por qualquer outra cláusula ou disposição contratual.

Por fim, cumpre lembrar o alerta, também válido para a hipótese de contratação modal que é objeto do presente estudo, de que a revogação da doação somente poderá ser feita em juízo, haja vista que a cláusula não tem eficácia a partir de ato unilateral do próprio doador, segundo lição do saudoso Sílvio Rodrigues¹⁷, citando o não menos saudoso Washington de Barros Monteiro e aqui reproduzida *in verbis*:

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO sustenta, com base em julgado que cita (RF, 118/484), que a revogação deve derivar de pronunciamento judicial, colhido em ação ordinária, promovida pelo doador, não podendo se aperfeiçoar através de ato unilateral do próprio doador, como, por exemplo, escritura pública. Tem razão o eminente mestre, pois, como a revogação da liberalidade é medida excepcional, só possível em casos expressos na lei, é mister que o motivo que a autoriza seja judicialmente reconhecido.

¹⁷ **Direito civil, volume 3: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**, p. 215.

1.4 ENCARGO COMO ÔNUS DO CONTRATO DE DOAÇÃO MODAL

Restando afastada a classificação do encargo como contraprestação no contrato de doação e, por conseguinte, a descaracterização ou mitigação da *causa donandi* na doação modal, parece ser inafastável a conclusão de que a natureza jurídica dessa obrigação acessória é a de ônus contratual ou material.

O ônus, do ponto de vista jurídico amplo, é definido como “*um interesse próprio subordinado a outro interesse próprio*”, que “*se diferencia da obrigação, por se tratar esta de um interesse próprio subordinado a interesse alheio*”.¹⁸

Mais especificamente no campo de direito material, são classificados como *ônus materiais* e são definidos como redução das faculdades adquiridas em um ato jurídico complexo, em contraposição ao caráter obrigacional da contraprestação, segundo a lição de Luciano de Camargo Penteadó¹⁹ reproduzida *in verbis*:

Os ônus materiais são situações jurídicas nas quais o onerado sofre uma redução no complexo das faculdades adquiridas por um ato jurídico se não cumpre o objeto do ônus. As sanções aos ônus materiais correlatas são “sanções enfraquecidas”. São um *tertium genus* entre as obrigações naturais, em que a mutilação do direito impede a concretização da pretensão por via judicial e os deveres comuns, os quais surgem acompanhados de sanções particulares, judiciais ou extrajudiciais.

No mesmo sentido é a lição de Arnaldo Rizzardo²⁰, citando vasta doutrina sobre o tema – ainda que com conclusão afeita à leitura literal do citado art. 553 do Código Civil:

Se a tanto leva o descumprimento, é porque, na doação com encargo, ou modal, impõe-se ao gratificado a obrigação de realizar um dever, ou uma incumbência, como está no art. 553 (art. 1.180 do diploma civil revogado): “O donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiros, ou do interesse geral”.

¹⁸ Cf. J. M. Othon Sidou, **Dicionário Jurídico – Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, verbete “Ônus”, p. 541.

¹⁹ **Doação com encargo e causa contratual**, p. 241. Destaques constantes no texto original.

²⁰ **Contratos**, ob. cit., p. 477. Destaques constantes no texto original.

O tratamento da matéria coincide no antigo e no atual sistema jurídico.

José da Silva Pacheco, em excelente estudo, com base na melhor doutrina tradicional, apresenta esta espécie de doação: “Segundo Clóvis Beviláqua, ‘encargo (*modus*) é a determinação acessória, em virtude da qual se restringe a vantagem criada pelo ato jurídico, estabelecendo o fim, a que deve ser aplicada a coisa adquirida, ou impondo uma certa prestação.’ (Com. ao Cód. Civil, vol. I, p. 384).

No entender de Eduardo Espínola, ‘o modo é uma cláusula pela qual se impõem certos encargos àqueles em cujo proveito se constitui um direito ou se pratica um ato de liberalidade’ (Sistema de Direito Civil, 4ª ed., 2º vol., nº 345, p. 303).

Carvalho Santos, ao conceituá-la, assinala que ‘o encargo, também chamado modo, é cláusula restritiva de uma promessa, pela qual se limita a forma por que ela deve ser usada por aquele em favor do qual é constituído o direito.’

Martinho Garcez dizia que ‘modo, que alguns denominam encargos, é, segundo Savigny, a cláusula pela qual, restringindo-se a própria vontade, se impõem certas obrigações, àquele em cujo proveito se constitui um direito, nos atos de mera liberalidade, tais como as disposições testamentárias e as doações.’ (Nulidades dos atos jurídicos, 2ª ed., 2º vol., nº 47, p. 40).

Spencer Vampré, após salientar que ‘modo é a cláusula acessória em que aquele promete gratuitamente a outrem alguma coisa, restringe a sua promessa, marcando-lhe a forma por que há de usar dela’, esclarece que ‘a inexecução do encargo torna anulável a liberalidade, cabendo a ação de nulidade ao estipulante, seus herdeiros ou ao terceiro a quem tiver de reverter’ (Manual de Direito Civil Brasileiro, vol. I, § 64, pp. 101/103).

Clóvis Beviláqua, por seu turno, deixa explícito que ‘a inexecução do encargo torna anulável a liberalidade, cabendo a ação de nulidade ao estipulante, seus herdeiros ou ao terceiro a quem tiver de reverter’ (Teoria Geral do Direito, § 60, p. 307), que ‘o não implemento das condições ou dos encargos acarreta a nulificação da liberalidade’ (Direito das Obrigações, § 88, p. 230).

Assim, o encargo ou *modus*, que acompanha a doação, constitui uma determinação acessória, não se exigindo o cumprimento unicamente se o beneficiado for o donatário. (...)

Agostinho Alvim²¹, em obra sobre o contrato de doação escrita à luz do Código Civil brasileiro de 1916, alerta para o fato de que o encargo não se trata de uma limitação de poder, mas de uma limitação ao uso do patrimônio doado, um ônus imposto ao donatário – salientando que parte da doutrina aceita como também possível de beneficiar o próprio beneficiado:

Os códigos não costumam definir encargo; e a doutrina é um tanto vária, acêrca de certos pontos.

Aceitam alguns, em menor número, o encargo a favor do próprio beneficiado; outros, também, em número reduzido, o aceitam nos negócios onerosos; distinguem alguns o encargo da limitação de poder.

Da leitura dos autores nacionais e estrangeiros, que se ocupam do assunto, a idéia central é a de obrigação imposta ao gratificado, conforme os exemplos com que ilustram suas dissertações. Mancha de onerosidade na atribuição gratuita (Betti).

No caso da cláusula de encargo estabelecida em favor do próprio donatário, a característica de ônus fica ainda mais destacada, por dois aspectos concernentes ao encargo contratual, um genérico e outro específico da espécie tratada.

O genérico decorre da possibilidade de revogação da doação pelo doador por inexecução do encargo, prevista nos arts. 555 e 562, primeira parte, do Código Civil brasileiro, tratada no tópico anterior. Como já foi comentado, o doador pode revogar a doação, mas não pode exigir o cumprimento do encargo, justamente para não caracterizar essa imposição contratual como contraprestação à transferência patrimonial decorrente do contrato de doação.

Logo, o cumprimento do encargo no contrato de doação é feito pelo donatário para o atendimento de seu próprio interesse no contrato, que é o de manter o contrato vigente, para a obtenção da vantagem patrimonial decorrente da doação.

Caso fosse contraprestação, o doador, como parte do negócio, poderia exigir o cumprimento forçado do encargo, sob a justificativa específica de se tratar de contrapartida

²¹ Da doação, p. 233.

da diminuição patrimonial decorrente do contrato, como no caso do contrato de compra e venda, o que não ocorre no caso da doação, que somente poderá ser desfeita pelo descumprimento do encargo enquanto condição resolutiva da eficácia contratual.

O segundo aspecto concernente ao encargo, desta feita específica da hipótese aqui tratada, de encargo em benefício do donatário, é o de que não existe terceiro beneficiário do encargo legitimado a exigir o cumprimento forçado do encargo.

Isso reforça a idéia de inexistência de caráter obrigacional de contraprestação no encargo destinado ao donatário, que, por sua vez, é estimulado ao cumprimento do ônus contratual somente em atendimento ao seu interesse pessoal de manter o efeito econômico do contrato, ante a possibilidade de revogação da doação e de desfazimento da transferência patrimonial.

1.5 O ENCARGO COMO CAUSA DETERMINANTE DO CONTRATO DE DOAÇÃO MODAL

Outro aspecto a ser analisado na avaliação da natureza jurídica do encargo no contrato de doação modal é o de sua caracterização como causa determinante nessa modalidade contratual – referida pela norma do art. 166, III, do Código Civil brasileiro como *motivo determinante*, como se lê da norma ora citada, reproduzida *in verbis*:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

(...)

III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito.

Diferentemente da causa de atribuição patrimonial, já estudada em tópico anterior, a causa (ou motivo) determinante do negócio jurídico caracteriza-se pela finalidade subjetiva específica de um determinado negócio jurídico.

Entende-se como a finalidade subjetiva específica o fim, do ponto de vista jurídico, que as partes desejam quando da manifestação de vontade que resulta em determinado ato

ou negócio jurídico, como escreveu Orlando Gomes²². Menciona ainda referido autor²³ que, embora essa finalidade, em princípio, não seja considerada relevante pelo ordenamento jurídico, ela é levada em consideração em determinados contratos, nos quais é considerada requisito da validade do negócio jurídico:

Ao lado dos *negócios causais* encontram-se os *negócios de motivo relevante*, formando categoria excepcional.

Em princípio, a lei ignora a razão de ordem pessoal que impele alguém à prática de um negócio jurídico, pois, do contrário, não haveria segurança no comércio jurídico, mas, em certos contratos, os fins subjetivos que as partes visam a alcançar, com a *atribuição patrimonial*, são levados em consideração, passando a constituir requisito de sua validade.

Pablo Stolze Gagliano²⁴, com base no magistério de Vicente Rao, alerta para o fato de que essas causas ou motivos determinantes não se confundem com o móvel subjetivo, no caso, as considerações feitas no íntimo da parte contratante, que, para ele, não integram o conceito jurídico de causa e não são relevantes para o Direito:

Diferentemente, o *motivo (móvel subjetivo) da prática do ato* está relegado ao plano psíquico do agente, não sendo relevante para o Direito. Assim, se resolvo presentear minha noiva dando-lhe um perfume, a causa do contrato é a liberalidade, enquanto o motivo é o amor que sinto por ela.

Pode-se, quem sabe, até mesmo doar movido pelo sentimento de desprezo: doarei o dinheiro ao meu vizinho, para me sentir superior...

(...)

Como vimos, diversas *razões de ordem psicológica ou emocional* podem motivar o doador, e não apenas a generosidade, escapando tal investigação da órbita eminentemente jurídica.

²² **Introdução ao Direito Civil**, ob. cit., p. 341. Destaques constantes no texto original.

²³ Idem supra.

²⁴ **O contrato de doação...**, ob. cit., p. 12-13. Destaques constantes no texto original.

As causas consideradas por Orlando Gomes²⁵ como precípua nos negócios jurídicos de motivo relevante -- ainda que subjetivas, porque decorrentes da vontade de determinada parte em alcançar determinado fim jurídico em um contrato -- são todas relacionadas às partes e à finalidade específica do negócio, como se verifica da lição aqui reproduzida *in verbis*:

O *motivo* é relevante:

- a) quando expresso como razão determinante do negócio;
- b) quando declarado condição de validade do negócio;
- c) quando, pelas circunstâncias, verifica a parte que é de importância fundamental para quem está do lado oposto;
- d) quando pode ser reconhecido como decisivo para a conclusão do contrato, constituindo-se em *base do negócio jurídico*, no sentido que à expressão atribuem Oertmann e Larenz.

Nos dois primeiros casos, o *erro* sobre o *motivo* vicia o ato, tornando-o *anulável*.

Não por acaso, o exemplo de contrato com motivo relevante dado pelo referido autor²⁶ é o de doação remuneratória, justamente pelo fato de que, nessa situação, a transferência patrimonial está relacionada a determinado ato realizado pelo donatário, sem o qual não ocorreria ou teria finalidade diversa, como escreveu o autor citado:

Assinala-se a existência de negócios *típicos* que de outros se distinguem pelo *motivo* determinante da vontade do sujeito. Entre esses negócios se encontraria a *doação remuneratória*. Diferiria da doação simples por ser a vontade do doador determinada pela gratidão ao donatário, mas, bem considerada a natureza da doação remuneratória, chaga-se à conclusão de que os serviços inestimáveis prestados pelo donatário constituem a *causa de atribuição patrimonial*, causa que, na figura desse contrato, se entrosa com o *motivo*, sem torná-lo, entretanto, *negócio oneroso*.

²⁵ Idem supra. Destaques constantes no texto original.

²⁶ Idem ibidem. Destaques constantes no texto original.

Humberto Theodoro Júnior²⁷, em nota de atualização à obra de Orlando Gomes citada acima ainda à luz das normas do Código Civil brasileiro de 1916, reproduzidas no diploma civil vigente, lembra que o motivo somente é condição de anulabilidade do negócio jurídico quando integra o contrato como cláusula ou quando decorre de dolo:

No caso de erro quanto ao motivo, o negócio jurídico só é anulável, se a equivocada causa integrar a declaração de vontade como razão expressa ou sob a forma de condição (o motivo passa, então, à categoria de *cláusula* do negócio – elemento *acidental*) (Cód. Civil, art. 90). Já quando se trata de *dolo*, como fator de determinação do consentimento, a lei não distingue entre *motivo* e *causa* do negócio jurídico viciado. Será ele anulável sempre que o *dolo* for sua causa (Cód. Civil, art. 92). O motivo, em suma, é irrelevante na aferição do erro e relevante na configuração do dolo.

A identificação do contrato de doação modal, feita acima, como contrato de causa ou motivo determinante, qual seja, a *causa donandi* de atribuição do patrimônio doado desejada pelas partes como motivo determinante da realização do contrato de doação, é a conclusão a que chega Pablo Stolze Gagliano²⁸, em obra sobre o referido contrato:

A liberalidade, tantas vezes mencionada, é a verdadeira pedra de toque do contrato de doação, por que não dizer a sua causa, e que guarda íntima conexão com as características da *gratuidade* e da *unilateralidade*.

Podemos dizer, nessa linha, que a liberalidade é a razão típica, objetivada, da doação, ou seja, a sua causa. A causa seria, em outras palavras, a *razão determinante, a motivação típica do ato que se pratica*, ou, como quer RAO, “o fim imediato que determina a declaração de vontade.”

(...)

Em conclusão, forçoso concluir que a liberalidade se encarta perfeitamente no conceito de *causa* do negócio jurídico, não se podendo confundi-la com a diversa noção de *motivo*, mais afeita ao plano psicológico.

²⁷ Em Orlando Gomes, **Introdução ao Direito Civil**, ob. cit., p. 341-342. Destaques constantes no texto original.

²⁸ **O contrato de doação...**, ob. cit., p. 10-12. Destaques constantes no texto original.

Na doutrina estrangeira, a conclusão não é diversa, como se observa do ensinamento de Enneccerus²⁹, que considera a causa determinativa do uso do bem doado como típica do contrato de doação onerosa ou modal:

I. Llámase modo a la determinación añadida a una donación (o disposición de última voluntad) de que el donatário venga obligado a una prestación.

Corrientemente el modo se dirige a que la atribución patrimonial recibida o el valor de la misma sean empleados, total o parcialmente, de una manera determinada, pero cabe también cualquier otro contenido pueda ser objeto de una obligación.

No mesmo sentido é a lição clássica de Henri Capitant³⁰, à luz de sistema jurídico diverso, no caso o Código Civil francês – no qual a doação não é tipificada como contrato, mas como forma de aquisição da propriedade:

La charge, elle, est une obligation concernant les biens donnés, imposée au gratifié et acceptée par lui, obligation qui consiste soit à les affecter en tout ou en partie à un emploi determine (fondation, rente viagère à un tiers), soit à ne pas les aliéner.

As conclusões expostas acima para o contrato de doação modal são igualmente válidas para a definição do contrato que contém cláusula de encargo em benefício do donatário, objeto do presente estudo.

Infere-se tal conclusão justamente pelo fato de que, nessa espécie de doação modal, o doador objetiva determinada finalidade específica para o bem doado, em todo ou parte, por meio da previsão de cláusula de encargo que tem o donatário concomitantemente como onerado e como beneficiário.

²⁹ **Tratado de derecho civil**, v. 2, t. 2, p. 214. Destaques constantes no texto original. Tradução livre: “Chama-se modo a determinação acrescida a uma doação (ou disposição de última vontade) de que o donatário seja obrigado a uma prestação. Normalmente, o modo se destina a que a atribuição patrimonial recebida ou o valor da mesma sejam empregados, total ou parcialmente, de uma maneira determinada, mas também cabe qualquer outro conteúdo que possa ser objeto de uma obrigação.”

³⁰ **De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)**, p. 450. Tradução livre: “O encargo é uma obrigação relativa aos bens doados, imposta ao donatário e aceita por ele, obrigação que consiste ou em lhes destinar em todo ou em parte a um fim determinado (fundação, renda vitalícia a um terceiro), ou a não os alienar.”

Na espécie de doação modal ora tratada, cuja cláusula de encargo beneficia o donatário, referida finalidade é, ao mesmo tempo, motivo determinante e causa de atribuição patrimonial do contrato de doação, além de ônus contratual.

Dessa forma, referida espécie de doação, assim como a remuneratória, poderá ser anulada em caso de erro quanto ao motivo determinante previsto na cláusula de encargo ou, ainda, em caso de dolo das partes, sem prejuízo da hipótese de revogação pelo descumprimento do encargo por parte do donatário, ainda que este também seja o beneficiário do encargo.

1.6 DIFERENÇA ENTRE A AUSÊNCIA OU FALSIDADE DA CAUSA CONTRATUAL E O DESCUMPRIMENTO DO ENCARGO NO CONTRATO DE DOAÇÃO MODAL

Finalmente, para encerrar a apreciação da natureza jurídica do encargo no contrato de doação modal, faz-se necessário diferenciar a hipótese de nulidade do contrato por ausência ou falsidade da causa contratual com a situação de revogação do contrato de doação modal por descumprimento da cláusula de encargo, incluindo a hipótese de que essa cláusula tenha por beneficiário o próprio donatário.

Como foi visto no tópico anterior, a hipótese contratual tratada, de doação modal com encargo beneficiando o próprio donatário, é negócio jurídico de causa ou motivo relevante, passível de anulação nas hipóteses de vício de vontade como o erro quanto ao motivo, quando previsto expressamente como cláusula, ou de dolo.

Todavia, além da hipótese acima de anulação do contrato, a doação modal com cláusula encargo em benefício do donatário poderá ser revogada em caso de descumprimento do encargo pelo beneficiário da doação, consoante a hipótese prevista no art. 555 do Código Civil brasileiro, citada acima.

Tal situação de desfazimento do negócio jurídico, embora juridicamente diversa da anulação, implica igualmente no retorno do bem doado ao patrimônio do doador.

A diversidade jurídica das hipóteses de *desfazimento* do contrato de doação – utilizado o termo *desfazimento* de forma genérica – é o que caracteriza a diferença entre a anulação nas demais espécies de doação e a revogação da doação modal, inclusive a em que o encargo beneficia o próprio donatário, esta última identificada pela diferença em questão, o que pode ser inferido através dos exemplos mencionados a seguir.

Em uma doação genérica, o motivo poderá ser determinante caso assim seja especificado pelo doador e previsto em cláusula, hipótese em que o negócio poderá ser anulado na situação de erro quanto à pessoa ou quanto ao motivo, por exemplo.

Já na doação modal em que o encargo beneficia o próprio donatário, *a causa de atribuição patrimonial será sempre determinante desse tipo de doação*, eis que a causa da transferência patrimonial estará sempre declarada no contrato, em vista de que constitui não apenas ônus ao donatário, mas também porque o beneficia.

Essa é a hipótese, por exemplo, de uma doação em dinheiro a determinada pessoa, feita pelo doador com a condição de que o donatário conclua determinado curso.

Sob a análise da causa de atribuição patrimonial, a transferência do dinheiro do patrimônio do doador para o do donatário é *causa donandi*, porque foi realizada com o fim de liberalidade.

A liberalidade não é descaracterizada pelo encargo de conclusão do curso, porque o curso beneficiará o próprio donatário, não o doador. Isso afasta a idéia de sinalama econômico que ocorre em contratos diversos, como o de prestação de serviços, em que o contratado recebe quantia em troca da realização de um serviço em benefício do contratante ou de terceiro, mas sempre com a idéia de contrapartida entre a remuneração e a prestação do serviço.

A condição de conclusão do curso também é um ônus, um encargo para o donatário, porque, ao mesmo tempo em que o beneficiará em hipótese de conclusão, o prejudicará na hipótese contrária, de não conclusão ou de realização, situação em que a doação poderá ser revogada por descumprimento do encargo.

Ainda no exemplo mencionado acima, de doação em dinheiro para a conclusão de curso, observa-se que o motivo determinante do contrato de doação, do qual também se infere a *causa donandi* de atribuição patrimonial, está inserido na própria cláusula de encargo, que é a da conclusão do curso pelo donatário.

Vale dizer: fica claro, no exemplo citado, que o *motivo determinante* da doação é a conclusão de curso pelo donatário e que esse motivo não é a contratação de serviço do donatário ou outra espécie contratual (e de causa de atribuição patrimonial), mas a liberalidade do doador com relação à pessoa do donatário, no que diz respeito à transferência patrimonial, o que caracteriza a *causa donandi* essencial ao contrato de doação.

Por outro lado, ainda utilizando o exemplo utilizado acima, a doação poderá ser revogada pelo doador se o donatário não cumprir o encargo que o beneficia, isto é, não concluir ou não cursar o curso, por fatos diversos que não caracterizem dolo (por exemplo, a perda do prazo de realização da matrícula ou reprovação nos exames finais por falta de estudo).

Tal situação de descumprimento é claramente diversa das hipóteses de anulação por erro ou dolo, que ocorreriam, respectivamente, se o donatário não fosse apto a realizar o curso que motivou a doação (erro, falsa percepção da realidade) ou, ainda, se o donatário houvesse mentido ao doador sobre a destinação da verba (dolo, intenção de violar direito alheio).

Ocorre que, se desconsiderada a validade do encargo em benefício do donatário na doação modal, pelos motivos já explicados, a doação não poderá ser desfeita por revogação ou anulação na hipótese de descumprimento tratada acima, pelo entendimento da doutrina tradicional, já citada, de que a destinação do dinheiro doado é de interesse exclusivo do donatário, sendo as considerações do doador relegada a “mero conselho”³¹ – ou seja, reduzidas a um *nada jurídico*, que parece não se coadunar com a função social do contrato de doação preconizada pelo já citado art. 421 do Código Civil brasileiro.

³¹ Cf. Carlos Roberto Gonçalves, **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**, ob. cit., p. 285.

2 O DONATÁRIO COMO BENEFICIÁRIO DA CLÁUSULA DE ENCARGO NO CONTRATO DE DOAÇÃO MODAL

A próxima etapa do presente trabalho é avaliar a possibilidade do encargo, na doação modal, reverter-se em benefício do próprio donatário, especialmente ante a aparente omissão do legislador civil, já relatada acima, de menção ao donatário na norma do art. 553, parágrafo único, do Código Civil brasileiro, *in verbis*:

Art. 553. *Omissis*.

Parágrafo único. O donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiros ou do interesse geral.

Restando afastada, nos tópicos anteriores, a caracterização do encargo como contraprestação contratual, certamente não é esse o impedimento existente para a contratação de doação com essa modalidade de encargo. Também não representa óbice a concomitância do donatário na posição de beneficiário e onerado pelo encargo – além, é claro, de beneficiário da transferência patrimonial que é o cerne do próprio contrato de doação em si.

2.1 DIFERENÇA ENTRE O BENEFÍCIO DO RECEBIMENTO DO OBJETO DA DOAÇÃO E O BENEFÍCIO DO RECEBIMENTO DO OBJETO DO ENCARGO NO CONTRATO DE DOAÇÃO MODAL

No contrato de doação modal são de duas espécies os benefícios patrimoniais decorrentes do contrato: o decorrente da transferência patrimonial gerada pela doação e o causado pelo cumprimento da cláusula de modo ou encargo imposta ao donatário.

Embora o primeiro benefício patrimonial citado seja acessório do último, como hipótese de revogação do contrato de doação, os benefícios são claramente *vantagens patrimoniais diversas*, até porque a existência de relação econômica direta entre ambas, como um sinalagma, pode desvirtuar a *causa donandi* do contrato de doação, caracterizando negócio jurídico diverso, inclusive por simulação, alerta já feito em tópico anterior deste trabalho.

Sem prejuízo, ambas as obrigações caracterizam-se como *unilaterais*, assim como é o próprio contrato de doação, porque são impostas respectivamente ao doador e ao donatário sem qualquer contrapartida, ainda que o encargo seja cláusula acessória do contrato de doação e condição resolutiva desse contrato, como escreveram Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³² sobre o tema:

Nesse diapasão, podemos afirmar que o contrato de doação é essencialmente unilateral, mesmo quando se trata de *doação onerosa* – aquela gravada com um encargo – uma vez que o ônus que se impõe ao donatário não tem o peso de uma contraprestação, a ponto de desvirtuar a natureza do contrato.

A título exemplificativo, é o caso do sujeito que doa uma grande fazenda a outrem, impondo a este o encargo (não a contraprestação) de pagar determinada pensão a uma senhora idosa, tia do doador, até que ela complete 85 anos. Note-se que, nesse caso, o ônus assumido pelo donatário deverá ser cumprido em benefício dele mesmo, e não tem o matiz de uma contraprestação obrigacional, ou seja, ele (donatário) não está pagando a pensão como pressuposto para o recebimento da coisa (nota típica da bilateralidade sinalagmática). E tanto é assim que – a despeito de o doador poder revogar o negócio se o encargo for descumprido –, desde o dia da celebração do ato, o donatário já adquire a propriedade da coisa, ainda que não tenha efetivado o pagamento devido (art. 136 do CC).

Temos, assim, que o contrato de doação somente impõe *obrigação* (no sentido técnico estrito do termo), para uma das partes – o doador –, não desvirtuando essa unilateralidade a existência de onerosidade (doação com encargo).

A despeito dessa identidade obrigacional, tratam-se de obrigações diversas, impostas, tradicionalmente, a sujeitos diversos do mesmo contrato de doação modal, doador e donatário, ainda que direcionadas, em princípio, a beneficiários diversos: enquanto a obrigação principal da doação beneficia o donatário, a obrigação acessória do encargo tem por beneficiários, tradicionalmente, os sujeitos elencados pela norma do parágrafo único do art. 553, *caput*, do Código Civil brasileiro: o doador, terceiros ou a coletividade, identificada esta última na norma pela expressão “interesse geral”.

³² Novo curso de direito civil, p. 15-16.

2.2 A CUMULAÇÃO DO BENEFÍCIO E DO ÔNUS DA DOAÇÃO SOBRE O DONATÁRIO

Na hipótese ora estudada, em que o donatário é beneficiário do encargo no contrato de doação modal, há uma cumulação objetiva em um dos pólos da obrigação acessória imposta pelo encargo, que é a do donatário ao mesmo tempo obrigado ao cumprimento do encargo e beneficiário dessa obrigação modal – além de beneficiário da obrigação principal da doação, cabe lembrar.

Mesmo que essa cumulação de “papéis contratuais” pelo donatário pareça estranha, ainda mais no modelo do contrato de doação modal, ela também não representa óbice para a validade jurídica dessa espécie contratual. Infere-se tal conclusão, pelo fato de que não altera a natureza do contrato como de doação, pelos motivos já explicados em passagens anteriores do trabalho, em especial relativos à manutenção da *causa donandi* nessa modalidade de doação onerosa, sem a ocorrência do sinalagma entre a obrigação principal do doador e a acessória do donatário, como leciona Sílvio de Salvo Venosa³³:

Como vemos, ao contrário do negócio oneroso, a doação não se perfaz tendo por objetivo uma contraprestação patrimonial. A aposição de encargo não faz o negócio desviar-se da liberalidade. Digno de menção é o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que não veda a possibilidade de encargo em doação. Para que ocorra, contudo, a lei exige que haja obrigação de transferir bens, em sentido amplo. Essa amplitude, porém, não é ilimitada. A vantagem do donatário deve ser de cunho patrimonial, devendo ocorrer o aumento de seu patrimônio em detrimento do doador.

(...)

O donatário, entretanto, não se vincula efetivamente a prestação alguma, pois o contrato é de índole unilateral. A aposição do encargo, como vimos, não desnatura o princípio geral. No entanto, o donatário que não cumpre o encargo incorre em mora. Sua obrigação, uma vez aceito o benefício, é receber a coisa doada.

A partir disso é que causa estranheza o entendimento de parcela considerável da doutrina sobre a classificação do contrato de doação onerosa como *bilateral* quanto às

³³ **Direito civil – Contratos em espécie**, p. 126-132.

obrigações assumidas pelas partes, a partir do raciocínio de que o encargo caracterizaria contraprestação ao recebimento da doação, entendimento esse exemplificado pela passagem a seguir do mesmo Venosa³⁴, em outro volume de sua obra de direito civil:

Há contratos que, por sua própria natureza, geneticamente, são bilaterais ou unilaterais. No entanto, quando possível, as partes podem alterar a natureza primária de um contrato. Assim, a doação pura e simples é contrato unilateral. A doação com encargo passa a ser bilateral. O comodato e o mútuo são contratos unilaterais. As partes podem, no entanto, agregar disposições que os tornem bilaterais. Percebemos, portanto, que a denominação do contrato, de *per si*, não é suficiente para essa informação classificatória, sendo necessário o exame do conteúdo da avença em cada caso.

No mesmo sentido parece entender Pablo Stolze Gagliano³⁵, que, citando o magistério de Guillermo Borda, chega a falar mesmo em onerosidade do contrato de doação modal, “sufocando” a gratuidade do contrato:

Entretanto, consoante anotamos, caso seja imposto encargo ao contrato de doação, a característica da gratuidade perde espaço, cedendo lugar à onerosidade.

No dizer de GUILLERMO BORDA:

La transferencia debe ser a título gratuito. Es decir, hay un desprendimiento de bienes, sin compensación por la otra parte. Pero ésta no es una regla absoluta. Es posible que el contrato de donación obligue al donatario a hacer o pagar algo, sea en beneficio del donante o de un tercero.

Pode, inclusive, a gratuidade vir a ser sufocada, como se verifica no *negotium mixtum cum donatione*, estudado linhas abaixo.

Com a devida vênia dos mestres citados, referida classificação do contrato de doação modal como bilateral não parece ser a melhor, justamente pela falta do signalagma entre a obrigação principal e a acessória desse contrato, inclusive na hipótese do encargo ter como beneficiário o próprio donatário, o que já foi demonstrado em tópico anterior deste trabalho e escorado, inclusive, nas valiosas lições dos referidos doutrinadores.

³⁴ **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**, p. 424. Destaques constantes no texto original.

³⁵ **O contrato de doação...**, ob. cit., p. 24. Destaques constantes no texto original.

Também parece provar a unilateralidade do contrato de doação modal a ausência de reciprocidade das obrigações, já comentada, consistente no fato de que a obrigação principal da doação modal tem com beneficiário o donatário, enquanto que o beneficiário da obrigação acessória do ônus o encargo não é necessariamente o doador.

A concomitância de obrigações unilaterais para as partes de um mesmo contrato, como no contrato de doação modal, se o descaracterizar como contrato unilateral, parece encaixá-lo em classificação jurídica diversa da de contrato bilateral – talvez algo semelhante à definição de *contrato unilateral imperfeito*, que, embora amplamente criticada pela doutrina, ao menos tem validade para a identificação dessa situação de diversidade de enquadramento jurídico da obrigação, utilidade que consta da lição direta e precisa do sempre clássico Orlando Gomes³⁶:

Uma vez que nos *contratos* unilaterais somente uma das partes se obriga, é impossível conceber qualquer espécie de *dependência*, mas, em alguns, surge, no curso da execução, determinada obrigação para a parte que tinha apenas *direitos*. Nesse caso, diz-se que o contrato é *bilateral imperfeito*. Seria uma categoria intermediária. A melhor doutrina repele-a, mas pode ser mantida por sua utilidade prática, especialmente para o direito de retenção. O *contrato bilateral imperfeito* não deixa de ser *unilateral*, pois, no momento de sua conclusão, gera obrigações somente para um dos contratantes. Em verdade, a obrigação esporádica não nasce do contrato, mas, acidentalmente, de fato posterior à sua formação. O contrato bilateral imperfeito subordina-se, com efeito, ao regime dos *contratos unilaterais*.

A despeito dessa controvérsia, que não prejudica as premissas e conclusões do presente estudo, resta certo que não é essa diversidade de obrigações ou dúvida a respeito da classificação do contrato de doação modal que o descaracteriza como doação ou afasta a *causa donandi* do negócio jurídico, o que também não afasta, por consequência, a possibilidade do estabelecimento de cláusula de encargo em benefício do donatário por esse aspecto específico.

³⁶ **Contratos**, ob. cit., p. 72. Destaques constantes no texto original.

3 AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA AO BENEFÍCIO DO ENCARGO AO DONATÁRIO PELO ART. 553, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Outra das questões a serem analisadas na avaliação da possibilidade de contratação da doação com cláusula de encargo em benefício do donatário, aqui também denominada de doação modal com encargo em benefício do donatário, é a da validade jurídica dessa contratação ante a norma do art. 553, *caput*, do Código Civil brasileiro.

A dicção da norma citada não elenca o donatário entre os beneficiários que obrigaria ao cumprimento do encargo, como se observa do texto da norma legal em comento, aqui reproduzida *in verbis*:

Art. 553. O donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral.

O estudo sobre a interpretação da norma faz-se necessário, até porque o sistema jurídico brasileiro, como sistema de direito posto, baseia-se na primazia da norma jurídica escrita como fonte de direito, sem prejuízo dos demais meios de integração e interpretação do direito como fonte normativa, o que se infere, dentre outras normas do ordenamento jurídico brasileiro, da disposição constante no art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, *in verbis*:

Art. 4.º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Da leitura da citada norma do art. 553 do Código Civil brasileiro, o primeiro detalhe a ser observado, no que pertine ao tema do presente estudo, é o de que a norma não proíbe diretamente que o donatário seja beneficiário do encargo na doação modal.

Mais do que isso: a norma refere-se, somente, à limitação da obrigação de cumprimento às hipóteses do encargo, no contrato de doação onerosa, ter sido instituído em benefício do doador, de terceiro ou do interesse geral.

Logo, também é possível a interpretação do texto no sentido de que o encargo em benefício do donatário, ainda que possível de contratação, não seria de cumprimento

obrigatório pelas partes, situação que afetaria a eficácia da referida cláusula contratual, mas não a validade dessa cláusula ou, ainda, a validade do próprio contrato de doação.

Clóvis Beviláqua³⁷, ao comentar o art. 1180 do Código Civil brasileiro de 1916, de redação idêntica ao art. 553, parágrafo único, do Código Civil brasileiro de 2002, interpretou referida norma no sentido acima, sob o fundamento de que essa espécie de cláusula de encargo não seria considerada obrigação ou ônus pelo diploma legal, mas mera recomendação, conforme se lê da lição do preclaro jurista, *in verbis*:

2. – A determinação jurídica acessória do encargo pode ser feita em benefício do próprio donatário, do doador, de terceiro, ou no interesse geral.

Se o encargo é imposto no próprio benefício do donatário, será, apenas, uma recomendação, confiada à lealdade e ao reconhecimento da pessoa, que recebe o benefício. O Código não o considera obrigação.

Essa também é a interpretação dada à referida norma por Maria Helena Diniz³⁸, para quem o ditame, embora não proíba o donatário de ser beneficiário do encargo, também não exige o seu cumprimento sob pena de revogação da doação. Segundo a Mestre de todos nós³⁹, a imposição de cumprimento dessa espécie de encargo “constituiria uma violação da liberdade individual”, o que se entende como uma violação da liberdade do donatário em dispor como sua da coisa doada. Ainda nessa linha de raciocínio da autora aqui citada⁴⁰, tal limitação afastaria a característica essencial de liberalidade do contrato de doação, como se infere da lição abaixo reproduzida *in verbis*:

O Código Civil, no art. 553, não menciona hipóteses em que o modo é imposto no interesse do próprio onerado, como, p.ex., em caso de doação de certa quantia em dinheiro para que o donatário faça um tratamento nos Estados Unidos, para que conclua seu curso de direito ou reforme sua casa, visto que não poderia obrigá-lo a cumprir o encargo, porque a obrigação estabelecida constituiria

³⁷ **Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clovis Beviláqua**, p. 349, nota 2 ao art. 1.180 do Código Civil brasileiro de 1916.

³⁸ **Tratado teórico e prático dos contratos**, v. 2, p. 66.

³⁹ **Tratado teórico e prático dos contratos**, ob.cit., idem supra.

⁴⁰ **Tratado teórico e prático dos contratos**, ob. cit., idem supra.

uma violação da liberdade individual. Isso não impede, contudo, que tal doação seja modal, devendo-se ressaltar que sua inexecução não acarretará rescisão do contrato, por falta de interesse de agir (AJ, 100: 231).

Cabe anotar, contudo, que esse posicionamento não é uniforme na doutrina, de acordo com o posicionamento contrário adotado por vários autores citados ao longo do presente trabalho, que admitem a possibilidade do donatário ser beneficiário do encargo na doação modal – ainda que muitos desses autores, como Arnoldo Wald⁴¹, não tragam justificativa para essa opção de posicionamento sobre o tema.

Não obstante, sem prejuízo da restrição a essa espécie de contratação haver sido afastada em capítulo anterior deste trabalho, que tratou da manutenção da liberalidade no contrato de doação onerosa com encargo em benefício do donatário, é certo que referida interpretação da norma em questão, bem como a que vedaria a contratação com encargo em benefício ao donatário, não devem ser acolhidas como válidas, até porque tais interpretações têm por fundamento a interpretação gramatical da norma, que não é o único, tampouco o melhor critério de hermenêutica da norma jurídica em questão.

A despeito da já citada primazia da norma escrita no ordenamento jurídico, que, em princípio, privilegia a interpretação gramatical como meio de interpretação do conteúdo da norma jurídica, os demais métodos de hermenêutica, como o histórico, o teleológico e o axiológico, também não podem ser ignorados.

Muitas das vezes, os métodos citados são meios de interpretação mais precisa do conteúdo da norma jurídica do que o próprio texto legal, até porque o legislador nem sempre é preciso na utilização da linguagem, como adverte Tércio Sampaio Ferraz Junior⁴²:

Quando se enfrenta uma questão léxica, a doutrina costuma falar em *interpretação gramatical*. Parte-se do pressuposto de que a

⁴¹ **Direito civil 3: contratos em espécie**, p. 612. Nessa passagem da obra, o autor somente menciona a possibilidade de o encargo beneficiar o donatário no contrato de doação modal, sem, contudo, fundamentar a opinião.

⁴² **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação**, p. 261. Destaques constantes no texto original.

ordem das palavras e o modo como elas estão conectadas são importantes para obter-se o correto significado da norma. Assim, dúvidas podem surgir quando a norma conecta subjetivos e adjetivos ou usa pronomes relativos. Ao valer-se da língua natural, o legislador está sujeito a equívocos que, por não existirem nessas línguas regras de rigor (como na ciência), produzem perplexidades. Se a norma prescreve: “a investigação de um delito *que* ocorreu num país estrangeiro não deve levar-se em consideração pelo juiz brasileiro”, o pronome *que* não deixa claro se se reporta a *investigação* ou a *delito*. Outro exemplo: “o exame da mercadoria, quando *indispensável* para a confecção do produto, deverá ocorrer à vista do fornecedor”, como o adjetivo *indispensável* não flexiona, pode-se ficar na dúvida sobre se a condição da indispensabilidade se refere ao exame ou à mercadoria.

É por igual motivo que Karl Engisch⁴³ anota que mesmo os teóricos que advogam pela primazia da interpretação literal da lei também admitem formas de interpretação restritivas e extensivas, por decorrência da imprecisão do próprio legislador na utilização da linguagem, conforme ensinamento aqui transcrito *in verbis*:

Como se apresentam, porém, os conceitos de interpretação extensiva e restritiva do ponto de vista da teoria objectivista? Dado que esta teoria concebe e respeita o texto, independentemente da vontade do legislador, como portador dum sentido imanente, à primeira vista parece que nem sequer há qualquer margem para uma interpretação extensiva ou restritiva. Se o sentido literal é unívoco, é porque o espírito objectivo se manifestou precisamente deste modo, se o sentido literal é equívoco, a decisão há-de ser então a favor do sentido “razoável”. Todavia, também nos objectivistas deparamos com os conceitos de interpretação “extensiva” e “restritiva”. Assim, diz por exemplo WACH: “Para fazer vingar o sentido razoável face ao teor verbal incorrecto, tem muito frequentemente de verificar-se que a lei foi defeituosamente concebida (interpretação extensiva ou restritiva)”. Para satisfação nossa notamos, pois, que, do ponto de vista objectivista, não só a lei pode ser mais inteligente do que o seu autor, como também o intérprete pode ser mais inteligente do que a lei.

Também não pode ser ignorado o papel da doutrina e da jurisprudência como fontes de Direito e de hermenêutica da norma jurídica, interpretando e extravasando o texto literal desta.

⁴³ **Introdução ao pensamento jurídico**, p. 196.

A jurisprudência, em especial, ganhou ainda mais força no atual sistema jurídico brasileiro, a partir da valoração, pela própria lei, da interpretação e integração jurisdicional feita pelo magistrado por meio diversos mecanismos jurídicos inseridos na legislação hodierna, dentre ela o Código Civil brasileiro de 2002, como as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, que implicam na necessária atuação jurisdicional para a interpretação, integração e aplicação da norma no sistema jurídico.

Tal fenômeno é um dos elementos do que vários autores, como José Manoel de Arruda Alvim Netto⁴⁴, denominam de *crise do positivismo jurídico*, ou seja, a crise do modelo jurídico fundado na primazia absoluta da norma escrita como fonte de direito, como se lê das palavras no festejado jurista, ao depor sobre a vida e obra de Clóvis Beviláqua, conforme trecho do depoimento aqui reproduzido *in verbis*:

Ao falarmos de Clóvis Beviláqua é imperioso lembrar sua sólida formação intelectual marcada, nos primeiros anos, pela leitura intensa de Augusto Comte. O positivismo comtiano projetou-se no Direito para atribuir um valor absoluto ao direito positivo, no sentido de que o direito era precisamente o que constasse das leis, por meio de normas minuciosas e que não deixavam maior espaço ao juiz. Não havia, em pontos-chave do sistema jurídico, normas ou conceitos vagos que ofertassem aos juízes uma margem grande de deliberação. Foi uma posição filosófica, como é hoje a que valoriza extremamente o Direito Constitucional – emprestando-lhe também, do ponto de vista prático, influência decisiva no ordenamento infraconstitucional – e os direitos fundamentais, sublinhando-se que, atualmente, há conceitos vagos em pontos cardeais do sistema jurídico (por exemplo, a função social da propriedade e do contrato), o que proporciona grande liberdade aos juízes e conseqüente valorização do Poder Judiciário. Há tendências que marcam épocas, e praticamente nenhum jurista – nem ninguém – deixa de estar sintonizado com a tendência de seu tempo.

3.1 ROL TAXATIVO OU EXEMPLIFICATIVO DE BENEFICIÁRIO DO ENCARGO PELO ART. 553, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO?

Decerto, a omissão do legislador quanto à vedação do donatário como beneficiário de encargo na doação modal, ao redigir o art. 553, *caput*, do Código Civil brasileiro, não pode ser interpretada como uma proibição dessa forma de contratação dessa cláusula; ou,

⁴⁴ Clóvis Beviláqua foi um homem cujo saber extravasou muito o âmbito do direito civil, p. 188.

ainda, como possibilidade de contratação desprovida de obrigatoriedade. As considerações feitas ao longo deste trabalho demonstraram ser juridicamente possível essa espécie de doação onerosa, a partir do pressuposto de que a previsão de encargo em favor do próprio donatário não afasta a tipicidade do contrato de doação e não caracteriza condição vedada por lei.

Em vista disso, referida omissão do legislador civil deve ser interpretada como *exemplificativa*, ou seja, no sentido de que as hipóteses de doação modal que constam no citado art. 553, *caput*, do Código Civil brasileiro foram citadas pelo legislador a título de exemplo e não constituem vedação à contratação de outras modalidades de doação onerosa, inclusive a que contempla cláusula em que o próprio donatário é beneficiário do encargo.

Vale dizer: o rol de beneficiários do encargo da doação constante no citado art. 553, *caput*, é exemplificativo, não taxativo, de forma que o próprio donatário pode ser incluído como um dos possíveis beneficiários da cláusula de encargo no contrato de doação modal.

Tal conclusão ocorre a partir da *interpretação ampliativa ou extensiva* do alcance da referida norma jurídica, método esse de interpretação que, como define Ferraz Jr.⁴⁵, vai além do escrito no próprio texto da lei para superar as deficiências do texto legal e alcançar o objetivo da norma:

Temos, por fim, a interpretação extensiva. Trata-se de um modo de interpretar que amplia o sentido da norma para além do contido na sua letra. Isto significa que o intérprete toma a mensagem codificada num código forte e a decodifica conforme um código fraco. Argumenta-se, não obstante, que deste modo estará respeitada a *ratio legis*, pois o legislador (obviamente o legislador racional) não poderia deixar de prever casos que, aparentemente, por uma interpretação meramente especificadora, não seriam alcançados.

Assim, se a mensagem normativa contém denotações e conotações limitadas, o trabalho do intérprete será o de torná-las vagas e ambíguas (ou *mais vagas e ambíguas* do que são em geral, face à imprecisão da língua natural de que se vale o legislador).

⁴⁵ **Introdução ao estudo do direito...**, ob. cit., p. 269. Destaques constantes no texto original.

No caso em exame, a interpretação restrita da norma do já mencionado art. 553, *caput*, do Código Civil brasileiro, aos beneficiários de encargo relacionados na referida norma, além não se coaduna com o próprio texto da lei, que não veda expressamente a hipótese do próprio donatário também ser beneficiário do encargo.

Igualmente, essa interpretação não atende à própria tipificação do contrato pelo Código Civil, já que a tipicidade do contrato de doação não é afastada pela previsão dessa cláusula específica de encargo, sendo que não há norma alguma que proíba essa interpretação extensiva da lei.

Não pode ser afastado, ainda, o princípio da liberdade contratual, inserido na norma do art. 421 do Código Civil brasileiro e que permite às partes contratar da forma que melhor lhes aprouver, desde que não vedada em lei, sendo que a norma é encarada como exceção ao exercício dessa liberdade, não o contrário.

É por conta desse princípio, típico do direito privado, que os critérios de hermenêutica das normas de direito privado costumam ser menos rígido do que os das normas de direito público, como escreveu Carlos Maximiliano⁴⁶, em lição histórica sobre esses critérios:

386 – Em regra as leis comerciais têm caráter *dispositivo* ou *enunciativo*, e não *imperativo* ou *absoluto*; por isso prevalecem somente no *silêncio* das partes, e podem pelos contraentes ser, de fato, revogadas, deixadas em olvido, salvo poucas exceções, isto é, de normas que *ordenam*, ou *vedam*. Só se não alteram na prática, ao arbítrio dos interessados; nem interpretam extensivamente, as leis *de ordem pública* em sendo *imperativas*, ou *proibitivas*.

Todos os elementos acima, aplicados na interpretação do supracitado art. 553, *caput*, do Código Civil brasileiro, resultam na interpretação de que a norma citada não restringiu a contratação de doação modal com encargo em benefício do donatário, porque o rol de beneficiários do encargo previstos na norma citada é meramente exemplificativo.

Corroborando essa conclusão a de que a interpretação restritiva também afasta uma das funções sociais do contrato de doação, que é a proporcionada por essa espécie de contrato

⁴⁶ **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 319. Destaques constantes no texto original.

modal e que será estudada em capítulo específico, que trata justamente da função social dessa modalidade de contrato de doação onerosa.

Todos esses elementos citados são critérios claros da possibilidade de interpretação extensiva da norma jurídica em questão, até pelo fato de que referidos critérios, na ausência de normas de hermenêutica, não são uniformes ou precisos e, no fundo, dependem da vontade e poder do aplicador, bem como dos princípios e valores envolvidos, como leciona Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁴⁷:

Uma orientação uniforme sobre a distinção não se encontra na doutrina. Por isso há autores que procuram uma solução radical, dizendo que toda vez que ultrapassamos um dos sentidos *literais* possíveis, já temos analogia. Com isso, porém, a liberdade do intérprete se reduz dramaticamente e a decidibilidade dos conflitos se torna mais difícil. Uma certa dose de indefinição, por isso, é, talvez, um dos pressupostos *ocultos* da língua hermenêutica e, pois, da configuração da vontade do legislador racional. Aliás, de modo geral, o segredo do bom êxito da atividade interpretativa está em que não há critérios precisos que indiquem quando se deve usar uma ou outra forma de interpretação ou se o intérprete deve valer-se de métodos sistemáticos, sociológicos ou teleológicos. Não é sem razão, pois, que a doutrina hermenêutica costuma dizer difusamente que a interpretação é um ato de síntese e que o intérprete, para alcançar a *ratio legis*, deve lançar mão de todos os meios doutrinários a seu alcance.

⁴⁷ **Introdução ao estudo do direito...**, ob. cit., p. 270. Destaques constantes no texto original.

4 A CLÁUSULA DE ENCARGO EM BENEFÍCIO DO DONATÁRIO COMO FORMA DE ATENDIMENTO À FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE DOAÇÃO

Nenhum contrato pode ser analisado no sistema jurídico brasileiro sem o exame do atendimento de sua função social, a partir da vigência do Código Civil brasileiro de 2002, que, no art. 421, determinou o atendimento dessa função como limite à liberdade contratual, conforme se verifica da dicção da referida norma, *in verbis*:

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

Portanto, a modalidade de contrato de doação onerosa analisada no presente estudo, que é a de encargo em benefício do donatário, também deve ser analisada por esse aspecto, até porque, como será visto adiante, a finalidade social é elemento que também diferencia e justifica essa modalidade de contrato de doação no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 A FINALIDADE SOCIAL COMO UM DOS FATORES DETERMINANTES DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Termo algo equívoco, porque permite a pluralidade de significados, sempre evitada no âmbito jurídico, função social também pode ser interpretada, nesse âmbito, como o atendimento de um interesse da coletividade por um ato jurídico.

No caso dos contratos, o modelo de ato jurídico por excelência em nosso e em vários ordenamentos jurídicos, é válida a idéia exposta acima, resultando no fenômeno descrito por vários autores, dentre os quais Pablo Stolze Gagliano⁴⁸, ora citado, como de “socialização do contrato”. Tal fenômeno caracteriza-se pela vinculação da liberdade de contratar das partes à responsabilidade da vida em sociedade, como se verifica das palavras do autor⁴⁹ aqui citado, *in verbis*:

⁴⁸ O contrato de doação..., ob. cit., p. 2.

⁴⁹ O contrato de doação..., ob. cit., p. 1-2. Destaques constantes no texto original.

Não se poderá falar em contrato, de fato, sem que se tenha por sua pedra de toque a *manifestação da vontade*.

Sem *querer humano*, pois, não há negócio jurídico.

E, não havendo negócio, não há contrato.

Ocorre que toda essa manifestação de vontade deverá fazer-se acompanhar pela necessária responsabilidade na atuação do contratante, derivada do respeito a normas superiores de convivência, com assento na própria Constituição da República.

Em uma perspectiva civil-constitucional, devemos ter em conta que o contrato, espécie mais importante do negócio jurídico, apenas se afirma socialmente se entendido como um instrumento de conciliação de interesses contrapostos, manejado com vistas à pacificação social e ao desenvolvimento econômico. Isso sem menosprezar, claro, a autonomia privada e a livre iniciativa.

Não podemos, dessa forma, considerá-lo um instrumento de *opressão*, mas sim de *realização*.

Lamentavelmente, não é raro um dos contraentes pretender utilizá-lo como *çoite*, visando a subjugar a parte economicamente mais fraca, em franco desrespeito à sua *função social*.

E todo contrato deve observar uma função social.

Ora, se já constatamos que esse negócio jurídico serve como inegável veículo de manifestação do direito de propriedade, e este último foi, na Carta Magna de 1988, devidamente socializado, por consequência, o contrato também acabará por sofrer o mesmo processo.

Nesse diapasão, com propriedade, JOÃO HORA NETO preleciona:

Em verdade, se é certo que a Carta Magna de 1988, de forma explícita, condiciona que a livre iniciativa deve ser exercida em consonância com o princípio da função social da propriedade (art. 170, III), e, uma vez entendido que a propriedade representa o segmento estático da atividade econômica, não é desarrazoado entender que o contrato, enquanto segmento dinâmico, implicitamente também está afetado pela cláusula da função social da propriedade, pois o contrato é um instrumento poderoso da circulação da riqueza, ou melhor, da própria propriedade.

Em outras palavras, conclui com maestria ARRUDA ALVIM, o contrato passou a ser *legitimado* pela sociedade:

Mas o contrato deixou de ficar estritamente atrelado ao interesse individual do contratante, dado que, formado dentro de um ambiente de quase absoluta liberdade, fortaleceu o forte e prejudicou o fraco. E, o direito de propriedade passou a ser visto, também, como devendo respeitar, além do interesse do proprietário, os interesses da sociedade. Vale dizer, tanto o contrato quanto o direito de propriedade, passaram a ser legitimados também em face da sociedade, e, deixaram de gravitar, exclusivamente, em torno do indivíduo.

Segundo referido autor⁵⁰, esse fenômeno de socialização dos institutos jurídicos não é exatamente novidade em nosso ordenamento jurídico, haja vista que, mesmo no Código Civil de 1916, supostamente moldado em modelo jurídico individualista, já havia preocupação com as conseqüências do contrato em sociedade, como se verifica do seguinte trecho da obra reproduzida, no qual se cita lição clássica de Clóvis Beviláqua:

Esse fenômeno de socialização dos institutos jurídicos de Direito Privado não é novo, contudo. O próprio CLÓVIS BEVILÁQUA, ao tratar da matéria, ainda que sob um enfoque de cunho historicista, já ressaltava esse aspecto, em sua clássica obra *Direito das obrigações*, consoante deflui da análise desse trecho:

Pode-se, portanto, considerar o contracto como um conciliador dos interesses collidentes, como um pacificador dos egoísmos em lucta. É certamente esta a primeira e mais elevada função social do contrato. E para avaliar-se de sua importância, basta dizer que, debaixo deste ponto de vista, o contracto corresponde ao direito, substitue a lei no campo restricto do negocio por elle regulado. Ninguém dirá que seja o contracto o único factor de pacificação dos interesses, sendo o direito mesmo o principal delles, o mais geral e mais forte, mas impossivel será desconhecer que também lhe cabe essa nobre função socializadora. Vêde uma creança em terna idade. Appetece um objecto, com que outra se diverte; seu primeiro impulso é arrebatá-lo, num ímpeto de soffrido egoísmo, das mãos frágeis, que o detêm. A experiência, porém, pouco e pouco, lhe ensina que econtrará resistênciã, sempre que assim proceder. Seu proceder vae amoldando-se às circumstancias, e, em vez de apoderar-se à força, pede, solicita, propõe trocas, seduz com promessas capitosas e, esgotados os meios brandos, passará, então, à violênciã, ou aos gritos, último recurso dos fracos. Assim foi o homem primitivo, assim seria o homem civilizado, se não o

⁵⁰ O contrato de doação..., ob. cit., p. 3.

contivessem os freios do direito, da religião, da opinião pública, de todas as disciplinas sociaes empenhadas na tarefa de trazer bem enjaulada a fera, que cada homem traz dentro de si (sic).

É exemplo claro da ausência de novidade da preocupação do legislador com a função social a presença, na Lei de Introdução ao Código Civil, vigente desde 1942⁵¹, o art. 5.º, que determina ao aplicador da lei o atendimento dos interesses sociais e do bem comum, como se verifica da redação da norma em questão, *in verbis*:

Art. 5.º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Não necessariamente, o interesse jurídico atendido pela função social do contrato precisa ser direto, como nas situações de interesses coletivos ou difusos, até porque as relações jurídicas em sociedade podem ser individuais ou envolver número limitado de partes.

Todavia, mesmo nessa hipótese de número limitado de partes, a idéia primeira da função social do contrato é a de que as partes contratantes adotem o padrão geral de conduta social imposto pelo ordenamento jurídico; e a segunda, mais moderna, é a de que o interesses das partes em determinado ato jurídico não se sobreponha ou prejudique os interesses coletivos, como o de proteção do meio ambiente, sendo que essa limitação não significa, de forma alguma, a limitação da liberdade de contratar, como novamente escreve Pablo Stolze Gagliano⁵² a respeito do tema:

A dimensão da *socialização do contrato*, entretanto, não se limita à idéia de “harmonização de interesses contrapostos”.

Não só nesse aspecto centra-se a denominada função social.

Em nosso sentir, na medida em que o processo de constitucionalização do Direito Civil conduziu-nos a *repensar a função social da propriedade*, toda a ideologia assentada acerca do contrato passou a ser revista, segundo um panorama de respeito à dignidade da pessoa humana.

⁵¹ Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942.

⁵² **O contrato de doação...**, ob. cit., p. 3-4. Destaques constantes no texto original.

Em um Estado verdadeiramente democrático de direito, o contrato somente atenderá à sua função social desde que, *sem prejuízo ao livre exercício da autonomia privada*:

- 1) respeite a *dignidade da pessoa humana* – traduzida sobretudo nos direitos e garantias fundamentais;
- 2) admita a *relativização do princípio da igualdade das partes contratantes*, somente aplicável aos contratos verdadeiramente paritários, que atualmente são minoria;
- 3) consagre uma *cláusula implícita de boa-fé objetiva*, ínsita em todo contrato bilateral, e impositiva dos deveres anexos de lealdade, confiança, assistência, confidencialidade e informação;
- 4) respeite o *meio ambiente*;
- 5) respeite o valor social do trabalho.

Enfim, todas essas circunstâncias, reunidas, moldam o princípio da *função social do contrato*, assentado no art. 421 do Código Civil.

Mas há um importante aspecto que deve ser ressaltado: *o reconhecimento desse princípio não significa redução da autonomia da vontade privada e da livre iniciativa*. Ao contrário, significa sua reeducação. Nesse sentido, ensina NELSON NERY JUNIOR:

A função social do contrato não se contrapõe à autonomia privada, mas com ela se coaduna e compatibiliza. À conclusão semelhante se chegou na “Jornada de Direito Civil”, como se pode verificar da Jornada 23: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”

É lapidar a advertência feita por ARRUDA ALVIM a esse respeito: “A função social vem fundamentalmente consagrada na lei, mas não é, nem pode ser entendida como destrutiva da figura do contrato, dado, que, então, aquilo que seria um valor, um objetivo de grande significação (função social), destruiria o próprio instituto do contrato.

No caso da doação, o atendimento à função social do contrato também caracteriza o cumprimento da função social da propriedade, que é exigido pelo art. 5.º, XXIII, da

Constituição Federal brasileira para o exercício do direito de propriedade, este último garantido pelo inciso XXII do mesmo artigo da constituição, *in verbis*:

Art. 5.º. *Omissis*.

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

O atendimento à função social da propriedade pelo contrato de doação, mais do que uma limitação ao exercício da propriedade, como é tradicionalmente interpretada, também deve ser considerada como uma orientação ao doador para que disponha de sua propriedade também atendendo à função social do bem doado. Essa orientação que pode ser interpretada como uma orientação para a melhor e mais adequada disponibilização do bem no contrato de doação, que, por sua vez, pode ser executada por meio da previsão de cláusulas de encargo no contrato de doação, ao invés da contratação de doação pura ou simples.

Nesses novos parâmetros de socialização dos institutos jurídicos e do contrato, torna-se primordial a análise da finalidade do ato jurídico, ainda que no plano abstrato, para a aferição do atendimento da função social.

Muito embora tenha sido dito, em passagem anterior, que a vontade das partes contratantes no plano psicológico não integra a causa contratual, também foi lembrado que a finalidade contratual, quando declarada no teor do contrato, passa a fazer parte do contrato como cláusula, por consequência do disposto no art. 140 do Código Civil brasileiro, *in verbis*:

Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.

Dessa forma, a finalidade do encargo, no contrato de doação onerosa, passa a integrar o contrato como vontade declarada da parte contratante, no caso o doador, o que torna possível e jurídica a análise do atendimento da função social pelo contrato de doação. Nesse sentido, cumpre lembrar que a vontade da parte contratante, no caso o doador, deixa

o plano psicológico e passa a fazer parte do plano jurídico do contrato, em contrato de doação no qual integra cláusula de encargo.

4.2 HIPÓTESES CARACTERIZADORAS DA FINALIDADE SOCIAL DO CONTRATO DE DOAÇÃO PELA DOAÇÃO MODAL COM ENCARGO AO DONATÁRIO

É pelo exame de algumas hipóteses, ainda que genéricas e abstratas, de contratação de doação modal com encargo ao beneficiário, que se verifica o atendimento de importantes funções sociais contratuais nessa modalidade de contrato de doação, a justificar a pertinência e validade dessa modalidade de doação em nosso ordenamento jurídico.

Uma das hipóteses de encargo ao donatário é a de que o doador imponha ao primeiro o dever de consultar um analista financeiro pessoal, à custa do doador ou do próprio donatário, mas com valor inferior ao bem doado na última hipótese, para planejar a melhor forma de investir os recursos recebidos com a doação, sob pena de resolução do contrato e de volta do bem doado ao patrimônio do doador.

Na visão tradicional da doutrina, já citada em passagens anteriores deste trabalho, referido encargo é cláusula inválida ou ineficaz, por trazer condição contrária à lei, vedada pelo art. 122 do Código Civil brasileiro, ao estipular contraprestação à doação do bem em benefício do próprio donatário ou, ainda, restrição à livre utilização do bem doado. Ambas as situações afastam a *causa donandi* e o próprio caráter de doação do contrato.

Todavia, ao se analisar a hipótese com um pouco mais de cuidado, observa-se que essa cláusula de encargo, ainda que ao mesmo tempo beneficie e onere o donatário, não afasta os elementos constitutivos do contrato de doação, como a liberalidade e a *causa donandi*. Isso, porque o donatário poderá destinar da forma que melhor lhe aprouver o bem doado, com a condição de que tenha consultado um analista financeiro que o oriente a dispor desse patrimônio de forma mais eficaz *para o próprio donatário*.

Vale dizer: o doador, além de transmitir o patrimônio ao donatário, também dispõe de meios para que o último aproveitasse o patrimônio da melhor forma possível. Essa estipulação é feita por meio de encargo, para que o donatário efetivamente procure

orientação profissional, o que não poderia ocorrer se a sugestão de orientação ficasse no plano do “mero aconselhamento”, como foi mencionado em passagem anterior deste trabalho.

Nessa hipótese, certamente, não pode ser dito que o doador impôs condição vedada pelo Código Civil brasileiro, porque, à exceção da vedação por lei, que diz respeito ao alcance da norma do art. 553, *caput*, do mesmo diploma, não se pode dizer que estão presentes as demais proibições constantes no art. 122 do diploma legal citado, *in verbis*:

Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou que sujeitem ao puro arbítrio de uma das partes.

Dentre as vedações ausentes do exemplo citado e inseridas no retro mencionado art. 122 está a da condição potestativa, ou puramente potestativa, porque a resolução do contrato de doação modal, no exemplo citado, não se submete ao livre arbítrio do doador, mas depende, tão somente, do cumprimento do encargo pelo donatário – no caso, a busca de aconselhamento profissional com consultor de finanças. E tendo cumprido o encargo, a doação torna-se irrevogável mesmo por ingratidão, a teor do disposto no art. 564, II, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 564. Não se revogam por ingratidão:

(...)

II – as oneradas com encargo já cumprido;

Por outro viés, que é o do atendimento da função social do contrato de doação, essa cláusula de encargo citada no exemplo atende melhor a função social da propriedade do que um contrato de doação simples ou de doação modal sem eficácia do encargo ao donatário, se reduzido a um “mero conselho”.

Inferese a conclusão acima a partir do raciocínio de que o aconselhamento financeiro sobre a disposição do bem doado é favorável ao donatário e ao próprio contrato de doação como instrumento de transmissão de bens em sociedade, por elementos para que o donatário utilize melhor o bem doado. No exemplo em exame, a melhor utilização do

bem doado inclui mantê-lo mais tempo em seu patrimônio, ao invés de desperdiçá-lo ou dilapidá-lo em bens voluptuários; inclui ainda dispor de parte do bem doado em benefício da coletividade, por meio de novo contrato de doação.

Certamente, em um modelo de contrato de doação inserido em sistema jurídico no qual há predomínio do interesse individual sobre o coletivo, é indiferente para o doador a destinação do bem doado pelo donatário; para o primeiro, importa apenas a vaidade e o bem estar próprio de dispor do patrimônio, enquanto para o último é importante a livre disposição do bem, sem a interferência de interesses alheios, sob pena de desnaturar a doação em si.

Todavia, no sistema jurídico vigente com a Constituição da República brasileira de 1988 e com o Código Civil brasileiro de 2002, de boa-fé objetiva e de preocupação com a função social do contrato e da propriedade, entre outras, não se pode considerar como inválida ou ineficaz a preocupação do doador com o melhor destino do bem doado ao donatário. Ainda mais quando o melhor destino do bem doado está alinhado ou não é contrário à própria vontade do donatário e à própria vontade do legislador – legislador este que, não por acaso, considera como hipótese de incapacidade parcial do sujeito a **prodigalidade**, isto é, a dilapidação do patrimônio por doença psicológica ou mental, a teor do disposto no art. 4.º, IV, do Código Civil brasileiro, *in verbis*:

Art. 4.º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

(...)

IV – os pródigos;

Outra hipótese, utilizada para encerrar o presente trabalho, é a de que o encargo da doação estipule ao donatário o ônus de concluir determinado curso superior, destinando-se a verba doada exatamente para essa finalidade.

Novamente, em uma visão tradicional do contrato de doação modal, a restrição criada pela cláusula de encargo para o donatário seria vista como inválida, não apenas por ter o próprio donatário como beneficiário do encargo, o que não estaria previsto no art. 553, *caput*, do Código Civil brasileiro, mas também porque todo o patrimônio doado teria

destinação determinada pelo doador. Segundo esse entendimento, isso cercearia a liberdade de disposição do bem doado pelo donatário, o que afastaria a liberalidade e a gratuidade do contrato de doação e a própria *causa donandi* do patrimônio doado.

Todavia, de acordo com o estudo feito em capítulos anteriores desse trabalho, percebe-se serem falsas as conclusões acima, em especial a do afastamento da doação, porque a predestinação do patrimônio doado pelo doador não afasta a *causa donandi* como causa de atribuição patrimonial ou enriquecimento do donatário.

Nesse sentido, observa-se que o pagamento do curso não ocorreu por contrapartida de qualquer outra obrigação feita pelo donatário ao doador, mas ocorreu por disposição livre do patrimônio do último em favor do primeiro, o que demonstra a liberalidade do ato de disposição patrimonial.

Também demonstra a liberalidade o fato de que a condição pode ser ou não aceita pelo donatário, que continua com a possibilidade de recusa da doação. Tal possibilidade de recusa não ocorreria caso o contrato tivesse outra natureza, como o de prestação de serviços, no qual existe a obrigação de realizar o serviço ou trabalho após o pagamento do preço, sob pena de restituição do indébito e de indenização por perdas e danos.

A gratuidade também permanece presente nessa espécie de doação, porque a conclusão do curso superior não é contrapartida da doação, mas condição para que o bem doado permaneça no patrimônio do donatário.

A respeito, deve ser lembrado que o descumprimento do encargo é causa para a revogação do contrato de doação, sem que ganhe caráter de contraprestação porque favorece somente o donatário, o que também afasta a sinalmática ou proporcionalidade do encargo com relação ao patrimônio transferido por intermédio do contrato de doação modal.

Já pelo aspecto da função social do contrato, infere-se que o contrato de doação e o encargo, pela sua finalidade, atendem-na plenamente, porque o ônus imposto ao donatário, de conclusão de curso superior, também é um benefício ao donatário, que, pelo valor da

educação e do conhecimento em nossa sociedade, é superior até mesmo ao do próprio valor doado.

O valor em questão, mais do que monetário, é o moral, pelo fato de que o conhecimento e a educação são reconhecidos como elementos de extrema importância para a formação do ser humano e do cidadão.

Não é por outro motivo que esse reconhecimento também ocorre no plano jurídico, motivo pelo qual a Constituição Federal do Brasil, em seu art. 205, determina que a educação seja incentivada pela sociedade, conforme se lê no texto da norma aqui citada, *in verbis*:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Portanto, nessa hipótese, não pode ser aceito como útil, tanto social quanto juridicamente, o entendimento de que essa espécie de encargo no contrato de doação não teria validade ou se reduziria a “mero conselho”, sem eficácia jurídica, porque o ônus criado tem valor social e jurídico muito maior do que a simples doação do bem, até para o donatário.

Na hipótese tratada, mais do que transmitir bens por motivos egoísticos como a vaidade do doador ou limitar-se ao plano patrimonial das partes, ou que o encargo seja peso para o donatário, a doação efetiva a transferência de crescimento e esperança para as partes contratantes.

Se o ônus cria obrigação para o donatário, também o faz diante de uma perspectiva de crescimento pessoal, trazendo-lhe nova dimensão como pessoa e como cidadão, muito além do mero aumento do patrimônio pessoal.

O mesmo ocorre para o doador, que vai além do mero ato de disposição patrimonial e se preocupa não só com a posterior boa utilização do bem transmitido ao patrimônio do

donatário, mas também com o próprio crescimento pessoal do donatário, transferência que contempla a função social do contrato de doação e da propriedade transferida.

Enfim, os dois exemplos citados são somente duas hipóteses abstratas de contratos de doação modal com encargo em benefício do donatário, dentre a miríade de contratos semelhantes passíveis de celebração no mundo dos fatos.

Todavia, essas duas hipóteses são válidas para esmiuçar os elementos de validade e eficácia dessa modalidade contratual, demonstrando a sua possibilidade no ordenamento jurídico brasileiro e a sua validade na implementação da função social do contrato de doação, além do atendimento da função social da propriedade transmitida pela doação.

Nesse sentido, inclusive, é interessante notar que o atendimento à função social do contrato de doação, pela cláusula de encargo em benefício do donatário, atende ao interesse social mencionado no próprio art. 553, *caput*, do Código Civil – ainda que, obviamente, de forma indireta, e não como previsão de benefício do encargo para a sociedade, como trata a norma em questão.

Dessa forma, acredita-se que o presente estudo tenha alcançado, ao menos em parte, o objetivo maior de fazer uma contribuição, mesmo que pequena, para o estudo de um dos institutos mais antigos do direito privado, que é a doação.

Também fez parte desse objetivo a intenção de demonstrar provar que mesmo os institutos mais antigos e basilares do direito podem ser revistos e reestudados à luz de novos parâmetros, como os trazidos ao direito privado brasileiro pela Constituição Federal brasileira de 1988 e pelo Código Civil brasileiro de 2002, parâmetros que, sem afastar a liberdade contratual das partes, também se preocuparam com a função social dos atos jurídicos.

Por derradeiro, cabe lembrar que essas intenções, bem como a conclusão do presente estudo, não são exatamente novidades em nosso ordenamento jurídico, tampouco no ordenamento jurídico de outros países.

No longínquo ano de 1898, ano da primeira edição de sua obra, Alberto Ascoli⁵³ já tratava da possibilidade da doação modal ser contratada com encargo em favor do donatário, à luz do Direito Civil italiano da época, anterior ao Código Civil italiano em vigor, do ano de 1942:

§ 18. Venendo alle donazioni modali, comincerò dal notare che l'onere può essere una prestazione da farsi a vantaggio del donante o d'un terzo o dello stesso donatário, (...)

E em 1972, no prefácio da segunda edição de sua obra de referência sobre o contrato de doação, Agostinho Alvim⁵⁴ já exortava o legislador a adotar novo viés na regulamentação de diversos institutos jurídicos, dentre eles o da doação: o de “atos benéficos à sociedade por excelência”:

Simpatias e especiais cuidados do legislador deve merecer a regulamentação dos institutos, que correspondem a nobres impulsos da alma: o empréstimo gratuito, a remissão de dívida, a transação que pacífica, e outros mais. Sobretudo a doação: ato benéfico por excelência.

Enfim, como muita coisa no Direito, nem sempre o novo é sinônimo de novidade.

⁵³ **Tratatto delle donazioni**, p. 217. Tradução livre: “A respeito da doação modal, começo por notar que o ônus pode ser uma prestação, em princípio, em vantagem do doador ou de um terceiro ou mesmo do donatário, (...)”

⁵⁴ **Da doação**, ob. cit., prefácio à segunda edição, sem numeração de página.

CONCLUSÕES

À vista do exposto no presente estudo, obtêm-se as seguintes conclusões sobre a possibilidade jurídica da contratação de doação modal com cláusula de encargo em benefício do donatário:

1. A cláusula de encargo em benefício do próprio donatário não afasta a gratuidade como causa essencial do contrato de doação, porque não caracteriza contraprestação, mas ônus material ao donatário, mantendo a gratuidade exigida pelo art. 538 do Código Civil brasileiro.

2. A revogação por descumprimento do encargo também é necessária para a eficácia do contrato de doação modal com cláusula de encargo em benefício do donatário, assim como nas demais modalidades de doação onerosa, sob pena de relegar o encargo a mero conselho sobre a utilização do bem doado, sem qualquer eficácia.

3. A cláusula de encargo em benefício do próprio donatário é causa determinante dessa espécie de contrato de doação modal, por expor e vincular as partes à causa contratual.

4. A revogação do contrato por descumprimento do contrato de doação modal com cláusula de encargo em benefício do donatário é situação diversa da revogação ou anulação de contrato de doação modal por falsidade de causa, de forma que a espécie contratual em questão tem autonomia própria e não se reduz a mero contrato de doação com causa declarada.

5. É possível ao donatário cumular, como parte no contrato de doação, as funções de onerado e beneficiário do encargo, situação que não afasta a *causa donandi* por caracterizá-la como contraprestação.

6. O rol de beneficiários do encargo constantes na norma do art. 553, *caput*, do Código Civil brasileiro deve ser interpretado como exemplificativo, não como restritivo, possibilitando a contratação de doação onerosa com cláusula de encargo em benefício do donatário.

7. A contratação de doação onerosa com cláusula de encargo em benefício do donatário atende à função social do contrato de doação e à função social da propriedade doada, por possibilitar o direcionamento do uso do bem doado que, dentro dos limites legais e sem alterar os elementos constitutivos do contrato de doação, atende a várias finalidades sociais desejadas com a transferência de bens operada por intermédio do contrato de doação.

São Paulo, março de 2011.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. **Da doação**. 2.^a edição. São Paulo: Saraiva, 1972.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Clóvis Beviláqua foi um homem cujo saber extravasou muito o âmbito do direito civil**. In: SCHUBSKY, Cássio (org.). **Clóvis Beviláqua: um senhor brasileiro**. São Paulo: Lettera.doc, 2010 (Coleção grandes juristas).

ASCOLI, Alfredo. **Tratato delle donazioni**. 2.^a ed. Milão: Societa Editrice, 1935.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado**. 12.^a edição. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956.

CAPITANT, Henri. **De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)**. 2.^a edição. Paris: Dalloz, 1924.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. **Tratado de direito civil**. São Paulo: Max Limonad, 1956.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 6.^a ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), o Projeto de Lei n. 6.960/2002 e a Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2006.

ENGISCH, Karl. **Einführung in das Juristische Denken [Introdução ao pensamento jurídico]**. 7.^a edição, tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ENNECCERUS, Ludwig. KIPP, Theodor. WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil**. Traducción de Blas Pere Gonzales e Jose Alquer. 39.^a ed. Barcelona: Bosch, 1950.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e de sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo 2: contratos em espécie**. 3.^a ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 12.^a edição atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro, Forense, 1996.

_____. **Contratos**. 17.^a edição atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos (Carlos Maximiliano Pereira dos Santos). **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 7.^a edição revista, ampliada e atualizada até 25.8.2009. São Paulo: RT, 2010.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte especial**. Tomo XLVI. 3.^a edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 8.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil 3: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 30.^a ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

ROPPO, Enzo. **Il contratto [O contrato]**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário jurídico – Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 3.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 5.^a edição. São Paulo: Atlas, 2005 (Coleção direito civil; v. 2).

_____. **Direito civil: contratos em espécie**. 5.^a edição. São Paulo: Atlas, 2005 (Coleção direito civil; v. 3).

WALD, Arnoldo. **Direito civil 3: contratos em espécie**. 18.^a edição reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.