

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

ELCIO NACUR REZENDE

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Elcio Nacur Rezende, Otávio Luiz Rodrigues Junior, José Sebastião de Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-036-7

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, ocorrido nos dias 3 a 6 de junho de 2015, em Aracaju, Sergipe, apresentou como objeto temático central Direito, constituição e cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do milênio. Este encontro apresentou a peculiaridade de ter, pela primeira vez, um grupo de trabalho dedicado ao Direito Civil Contemporâneo, que, de acordo com a ementa oficial, destinava-se ao exame de questões relevantes dessa disciplina jurídica sob o enfoque da metodologia privatística, suas categorias clássicas e sua milenar tradição, mas com a necessária aderência aos problemas de uma sociedade hipercomplexa, assimétrica e com interesses econômicos e sociais contrapostos.

O grupo de trabalho, que ocorreu no dia 5 de junho, no campus da Universidade Federal de Sergipe, contemplou a apresentação de 29 artigos, de autoria de professores e estudantes de pós-graduação das mais diversas regiões do país. Os trabalhos transcorreram em absoluta harmonia por quase sete horas e, certamente, propiciaram a todos bons momentos de aprendizado em um dos ramos mais antigos da ciência jurídica, que hoje é chamado a dialogar com o legado imperecível de sua tradição romano-germânica e com os desafios contemporâneos.

Os artigos reunidos nesta coletânea foram selecionados após o controle de qualidade inerente à revisão cega por pares, em ordem a se respeitar os padrões da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e também para que esta publicação seja útil para os diversos programas de pós-graduação aos quais se vinculam seus autores.

Neste livro eletrônico, o leitor encontrará textos atuais e com diferentes enfoques metodológicos, doutrinários e ideológicos sobre temas de interesse prático e teórico do Direito Civil Contemporâneo.

Na Teoria Geral do Direito Civil, há diversos artigos sobre os direitos da personalidade, a lesão e a interpretação do Direito Civil. No Direito das Obrigações e dos Contratos, destacam-se escritos que dizem respeito à função social do contrato, aos demais princípios contratuais e sua correlação com as cláusulas exoneratórias de responsabilidade, aos deveres anexos da boa-fé objetiva, às distinções entre renúncia e remissão, ao contrato de doação modal, bem assim aos contratos de agência e de representação comercial. A Responsabilidade Civil

também despertou significativo interesse dos participantes do grupo de trabalho, que expuseram suas visões sobre os danos morais, as lesões decorrentes de cirurgias plásticas, as conexões entre a incapacidade e a reparação de danos, a ação direta das vítimas em face das seguradoras, a função punitiva e o Direito de Danos e a reparação por ruptura de noivado.

No Direito das Coisas, o leitor poderá examinar textos sobre a hipoteca, a propriedade aparente e o problema da ausência de procedimento especial sobre a usucapião judicial no novo Código de Processo Civil. No Direito de Família e no Direito das Sucessões, houve um significativo número de artigos, que se ocuparam dos mais variados temas, ao exemplo das famílias mosaico, da Lei de Alienação Parental, das modalidades de filiação e de seu tratamento jurídico contemporâneo, do núcleo familiar poliafetivo, do testamento vital e do planejamento sucessório.

Essa pátina com cores tão diversas, a servir de metáfora para as diferentes concepções jurídicas emanadas neste livro, foi causa de alegria para os coordenadores, que puderam observar que no Brasil não há predileção por qualquer parte do Direito Civil, muito menos se revelaram preconceitos injustificáveis diante das novas relações humanas. Em suma, os temas abordados abrangeram os diferentes livros do Código de 2002, conservando-se os autores atentos à dinamicidade das relações sociais contemporâneas.

Todos os trabalhos apresentados e que hoje se oferecem à crítica da comunidade jurídica refletiram o pensamento de seus autores, sem que os coordenadores desta obra estejam, em maior ou menor grau, a eles vinculados. Trata-se do exercício puro e simples da liberdade e do pluralismo, dois valores centrais de qualquer ambiente universitário legítimo, que se conformam aos valores constitucionais que lhe dão suporte.

Ao se concluir esta apresentação de um livro sobre o Direito Civil Contemporâneo, não se pode deixar de lembrar o que a palavra contemporâneo significa. Para tanto, recorre-se a Giorgio Agamben, tão bem parafraseado por José Antônio Peres Gediél e Rodrigo Xavier Leonardo, quando disse que contemporâneo é algo que pertence verdadeiramente ao seu tempo, é verdadeiramente contemporâneo, aquele que não coincide perfeitamente com este, nem está adequado às suas pretensões e é, portanto, nesse sentido, inatual; mas, exatamente por isso, exatamente através desse deslocamento e desse anacronismo, ele é capaz, mais do que os outros, de perceber e aprender o seu tempo. De tal sorte que, o contemporâneo inevitavelmente será marcado pelo desassossego, que muitas vezes adverte e atenta a fragilidade daquilo que está posto como o estado da arte, malgrado não o ser. (GEDIÉL, José Antonio Peres; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Editorial. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v.2., p.17-19, jan-mar.2015. p. 17).

Essa contemporaneidade que se faz necessária no estudo do Direito Civil, sem fechar as portas a um passado rico de experiências e de construções admiráveis, tão bem refletidas no elogio de Franz Wieacker aos pandectistas, sobre os quais afirmou serem suas ideias a base sobre a qual repousam as melhores estruturas do Direito Privado atual (WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2., neubearb. Aufl. von 1967. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1996, §23.) . Mas, sem que sejam os civilistas transformados em estátua de sal, como a mulher de Ló, por só buscarem nas brumas dos tempos idos as soluções que não mais se prestam a um dia colorido por luzes tão diferentes.

Dessa forma, apresentam os coordenadores, orgulhosamente, esta obra cujo conteúdo certamente enriquecerá a cultura jurídica de todos e, em especial, aqueles que cultuam o Direito Civil Contemporâneo.

Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestre e Doutor em Direito.

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior Professor Doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Pós-Doutor em Direito Constitucional Universidade de Lisboa, a Clássica. Pesquisador visitante, em estágio pós-doutoral, no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo, Alemanha), com bolsa de Max-Planck-Gesellschaft.

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira - Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999) e pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2013). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1984),

A QUALIFICAÇÃO DO CONTRATO DE DOAÇÃO MODAL LA QUALIFICATION DU CONTRAT DE DONATION AVEC CHARGE

Paulo Franco Lustosa

Resumo

O processo de qualificação dos contratos deve ser pautado pela verificação de sua causa em concreto, como decorrência da funcionalização da autonomia privada patrimonial. O exame das teorias doutrinárias revela que a doação se caracteriza pela transferência da propriedade de um bem sem que o donatário assuma uma prestação correspectiva, o que não o impede de obrigar-se a prestar um encargo. Sendo seu traço distintivo a ausência de sinalagmaticidade, cabe ao intérprete levar a cabo um exame minucioso da causa concreta do contrato a fim de identificar se aquela prestação exigida da parte beneficiada pela transferência do bem constitui um encargo (em um contrato de doação modal) ou uma contraprestação (de um contrato bilateral atípico). Assim, serão examinados os critérios tradicionalmente invocados em doutrina para distinguir a prestação modal da prestação correspectiva e, em complemento, o trabalho buscará identificar outros parâmetros que possam auxiliar o intérprete nessa difícil tarefa.

Palavras-chave: Doação modal, Qualificação dos contratos, Encargo, Contrato unilateral, Contrato sinalagmático.

Abstract/Resumen/Résumé

Le procès de qualification des contrats doit être opéré par la vérification de la cause en concret, en raison de la fonctionnalisation de l'autonomie privée patrimoniale. L'examen des théories doctrinales révèle que la donation est caractérisé par la transmission de la propriété d'un bien sans contrepartie au donataire, qui ne empêche pas le donataire se engage à exécuter une charge. Comme un contrat qui nest pas synallagmatique, l'interprète doit effectuer un examen approfondi de la cause en concret pour savoir si la prestation imposée au bénéficiaire constitue une charge (dans un contrat de donation avec charge) ou une contrepartie (dans un contrat bilatéral atypique). Ainsi, seront examinés les critères traditionnellement invoqués sur la doctrine pour distinguer la clause qui impose une charge spécifique de la clause qui impose une contrepartie et, en outre, l'étude cherchera identifier d'autres paramètres qui peuvent aider l'interprète dans cette tâche difficile.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Donation avec charge, Qualification des contrats, Charge, Contrat unilateral, Contrat synallagmatique.

1. Introdução:

O processo de qualificação dos contratos reveste-se de enorme importância na medida em que determina qual a disciplina normativa aplicável a cada contrato e, conseqüentemente, estabelece os efeitos jurídicos produzidos pelo mesmo. À primeira vista, pode parecer simples a tarefa de qualificar um determinado contrato concreto como um contrato típico de doação, já que o ato de doar está tão presente no dia-a-dia das pessoas que a noção do que seja uma doação parece não suscitar maiores dificuldades. Todavia, como se verá, a qualificação do contrato de doação revela-se muitas vezes tormentosa, em especial quando se exige um determinado comportamento daquela pessoa beneficiada pela liberalidade.

O presente trabalho tem por desafio, justamente, enfrentar o problema da qualificação do contrato de doação modal (também chamada *doação com encargo, gravada* ou *onerosa*), na expectativa de que se consiga indicar alguns parâmetros capazes de ajudar o intérprete na difícil tarefa de distinguir quando se está diante de um encargo – instituído pelo doador como dever atrelado a uma doação onerosa – e quando se está diante de uma prestação correspectiva – i.e., uma contraprestação de um contrato bilateral (sinalagmático) –, apta a afastar a incidência da disciplina aplicável ao contrato típico de doação.

Para tanto, de início, serão apontadas as principais características do tipo contratual de doação, a partir de uma análise dos seus enunciados normativos no direito brasileiro e dos estudos doutrinários pertinentes. Afinal, o processo de qualificação dos contratos, qualquer que seja a metodologia a ser empregada, não pode prescindir de um estudo prévio em abstrato realizado pela doutrina especializada acerca dos tipos contratuais. Assim, procurar-se-á identificar as características mais relevantes do contrato típico de doação de maneira que possam, mais à frente, servir como base para orientar o intérprete na qualificação dos regulamentos concretos de interesses.

Em seguida, estabelecidas algumas premissas acerca dos métodos a serem empregados no processo de qualificação e verificada a necessidade de qualificar os contratos a partir de uma concepção objetiva de causa, buscar-se-á identificar, a partir das diferentes teorias encontradas na doutrina, qual é a causa em abstrato do contrato típico de doação. Somente após definida a noção de causa da doação, o trabalho passará a enfrentar diretamente o problema proposto: a qualificação do contrato de doação modal. Serão mencionados os critérios tradicionalmente invocados em doutrina para distinguir a prestação modal da prestação correspectiva e, sem pretender rejeitá-los, buscar-se-á propor outros parâmetros que

possam auxiliar o intérprete nessa difícil tarefa. Serão tecidos, ainda, breves comentários acerca da disciplina jurídica aplicável aos contratos na hipótese de desqualificação da doação.

Por fim, o presente trabalho se propõe a analisar, à luz dos pressupostos examinados, a correta qualificação dos chamados “contratos de concessão de colaboração financeira não reembolsável” celebrados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. O exemplo prático selecionado é ilustrativo da dificuldade de qualificação daqueles contratos, aparentemente enquadrados no modelo abstrato típico de doação, em que se exige uma prestação da parte beneficiada pela transferência do bem.

2. Características do tipo contratual de doação

De acordo com o artigo 538 do Código Civil, “considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.

O conceito legal não deixa dúvidas de que, no direito pátrio, a doação tem natureza de contrato, exigindo o consentimento do donatário¹. Não se optou por conceber a doação como modo de transmissão da propriedade, tal como consagrado no direito francês, sob influência das *Institutas*², tampouco como negócio jurídico unilateral³. Nem todos os atos de liberalidade são considerados contrato de doação, razão pela qual existem em nosso

¹ O artigo 1.165 do Código Civil de 1916 possuía redação semelhante, porém, ao final, ressaltava a necessidade de aceitação por parte do donatário. A supressão da oração final (“*que os aceita*”), todavia, não alterou a classificação jurídica da doação, uma vez que o próprio artigo 538 afirma tratar-se de contrato (logo, imprescindível a aceitação), sendo certo que a aceitação é mencionada nos artigos 539, 542 e 546, todos do Código vigente. De acordo com a doutrina, a aceitação por parte do donatário pode ser expressa, tácita ou presumida, sendo desnecessária apenas quando o donatário for incapaz e se tratar de doação pura (art. 543), fato que não prejudica a tese da contratualidade consagrada no direito moderno.

² Orlando Gomes (2009, p. 253-254) afirma que, de início, a doação foi equivocadamente considerada ato unilateral no Código Civil francês, por influência de Napoleão, que impusera seu ponto de vista baseado na falsa suposição de que a criação de obrigação unilateral seria incompatível com a ideia de contrato. Posteriormente, o legislador francês conformou-se à orientação do Direito romano, através das *Institutas* de Justiniano, que incluíam a doação entre os meios de aquisição da propriedade.

³ “De outro lado, alastra a ideia contratualista, sustentada firmemente por Windscheid, Dernburg, Giorgi, e que domina diversos códigos – alemão, suíço, português, polonês, japonês, argentino, uruguaio, peruano, mexicano – partindo do pressuposto fático do acordo das vontades. A matéria é debatida e profundamente estudada por Savigny, por Giorgi e a natureza contratual é afirmada por muitos, a maioria, se bem que negada por outros. Na doação, há situações em que o contrato se acha nitidamente desenhado, com o acordo declarado do doador e do donatário, mas outras há em que a participação volitiva do donatário é menos ostensiva, e tem levado a um desvio de perspectiva” (PEREIRA, 2004, p. 246); “É de se admitir, entretanto, que, em certos casos, a doação não tem natureza contratual, realizando-se em virtude de uma só declaração de vontade, quando se caracteriza, portanto, como negócio unilateral” (GOMES, 2009, p. 254). Savigny não classificava a doação como um ato jurídico particular, defendendo que fosse posta na parte geral, ao lado do contrato. O jurista alemão não negava à doação o caráter de contrato quando presente a transmissão de propriedade, mas admitia a possibilidade de haver doação em casos de constituição de usufruto, enfiteuse, remissão de dívida, comodato e outros em que inexistia transferência de propriedade, como observa ALVIM, 1972, p. 6.

ordenamento diversas figuras assemelhadas à doação, tais como a renúncia a direitos, a gratificação laboral e a aquisição de direitos sobre benfeitorias (PENTEADO, 2013, p. 306).

O contrato de doação não se forma com o simples consentimento, daí porque se pode afirmar que a doação jamais será um contrato consensual⁴. Embora se encontrem opiniões divergentes na doutrina⁵, o contrato de doação será sempre formal ou real, dependendo do valor do bem doado. Em regra, trata-se de contrato formal, na medida em que o artigo 541 do Código Civil exige a forma escrita, porém será contrato real quando versar sobre bens móveis de pequeno valor, caso em que se admite a doação verbal se lhe seguir *incontinenti* a tradição⁶.

Sendo assim, é preciso diferenciar os contratos de doação que não têm por objeto bens móveis de pequeno valor daqueles que os têm. Tratando-se de bens imóveis ou de bens móveis que não sejam de pequeno valor, a doação far-se-á por escritura pública ou por instrumento particular, sendo a escritura pública essencial à validade do contrato de doação de imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país (art. 108 do Código Civil). Logo, o doador apenas *se obriga a transferir* – e não *transfere*, como consta, impropriamente, do artigo 538 – a propriedade, o que apenas ocorrerá por ocasião do registro (em caso de imóveis) ou da tradição (bens móveis), consoante estabelecem os artigos 1.226 e 1.227 do Código Civil. Quando se cuida de bem móvel de pequeno valor⁷, além do

⁴ É recorrente a afirmação por diversos autores de que a doação é um contrato consensual (v. GOMES, 2009, p. 254; NERY JUNIOR, 2005; NERY, 2005, p. 426; COELHO, 2005, p. 221). Na maioria dos casos, porém, é provável que tal afirmação seja feita apenas no intuito de se contrapor a doação aos contratos reais, já que a entrega do bem doado, em regra, constitui mero adimplemento. Em outros casos, a assertiva pode decorrer da intenção de ressaltar a necessidade de aceitação do donatário, o que não se coaduna com a melhor técnica, na medida em que o consentimento é imprescindível em qualquer contrato.

⁵ Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, p. 287) é taxativo: “A doação é contrato real, que apenas se aperfeiçoa com a entrega da coisa ao donatário”. Por sua vez, Pablo Stolze Gagliano (2008, p. 11) afirma que em regra é contrato formal, mas em se tratando de bens de pequeno valor, é contrato consensual, entendendo que a tradição seria efeito do contrato já formado. Já Pontes de Miranda (1964, p. 197) observa que, na hipótese de subvenções periódicas, é contrato consensual, pois o art. 1.172 do Código Civil de 1916 (correspondente ao art. 545 do Código atual) sugere tratar-se de relação jurídica continuativa.

⁶ No mesmo sentido ora sustentado, v. PENTEADO, 2013, p. 311-315; TEPEDINO, 2006; BARBOZA, 2006; BODIN DE MORAES, 2006. Por sua vez, para Agostinho Alvim (1972, p. 55), “quer na hipótese do começo do artigo, quer na do parágrafo, o simples consenso, vazio de forma escrita, no primeiro caso, ou não acompanhado da entrega material, no segundo, é impotente para aperfeiçoar o contrato de doação, que, por isso mesmo, nunca é consensual, segundo o nosso modo de ver, ponto este que procuraremos sustentar”. O autor, todavia, entende que a doação de bens de pequeno valor não é contrato real. Após afirmar já ter se inclinado por essa classificação, seguindo autores como Josserand e Buttera, destaca Alvim (1972, p. 78) que ela não conta mais com seu apoio, já que, nos bens de pequeno valor, a tradição pode ser suprida pela forma escrita: “A tradição, portanto, não sendo insuprível (como seria no mútuo ou no comodato), mas desempenhando o papel de substituição de um escrito que não houve, impropriedade será, no rigor da técnica, enxergar nesse caso um contrato real, pois neste o escrito não supre nunca a tradição”.

⁷ Como a lei não define o que deve ser considerado como bem móvel de “pequeno valor”, Pablo Stolze Gagliano (2008, p. 15) sugere que se adote, como critério, o montante equivalente a um salário mínimo. Entretanto, a adoção de um critério objetivo, de forma apriorística, não parece ser a melhor solução, na medida em que se

consentimento, é necessária a entrega imediata da coisa. Destarte, nessa hipótese, o momento da formação do contrato coincide com o momento da transmissão do bem do patrimônio do doador ao patrimônio do donatário.

A partir dessas assertivas, Luciano Penteado (2013, p. 229-230), mencionando os estudos de Gino Gorla, destaca uma importante conclusão: “não se admite a execução de promessa não formal de dar a título gratuito”⁸. Segundo o autor, feita uma promessa verbal de doar, a transferência da propriedade jamais poderá ser exigida, na medida em que nem a prova testemunhal ou mesmo a confissão poderiam suprir a ausência da forma. Mesmo na hipótese de bens de pequeno valor, não seria possível exigir a promessa da doação na medida em que o contrato não chegou a se formar.

Outra característica que merece ser analisada é aquela referente à gratuidade do contrato. Costuma a doutrina distinguir os contratos onerosos – aqueles em que ambas as partes visam a obter vantagens ou benefícios, impondo-se sacrifícios reciprocamente – dos contratos ditos gratuitos (graciosos, benéficos), em que somente uma parte auferir a vantagem enquanto a outra suporta o sacrifício. A doação pura seria um típico exemplo de contrato gratuito⁹, porquanto o doador não obtém qualquer vantagem patrimonial.

A classificação sob exame não tem fins meramente didáticos. O Código Civil estipulou alguns efeitos jurídicos específicos para os negócios ditos gratuitos, tais como a interpretação restritiva (art. 114) e um maior rigor na anulação por fraude contra credores (arts. 158 e 159) (PEREIRA, 2004, p. 65). Merece referência, ainda, a distinção quanto ao elemento subjetivo na responsabilidade civil contratual, conforme previsto no artigo 392¹⁰.

cuida de um conceito jurídico indeterminado. Quisesse o legislador estipular um limite de valor predeterminado, teria o feito. Assim, valendo-se a lei de um conceito com significado intencionalmente vago e aberto, cabe ao intérprete efetuar o preenchimento valorativo à luz das circunstâncias concretas. Sobre o tema, registre-se, ainda, julgado destacado por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2005, p. 427): “A doação manual opera-se por simples tradição, sem necessidade de forma especial, para a sua validade, mesmo de coisas móveis de preço elevado, pois este se considera em função da fortuna do doador e conforme a natureza da própria coisa doada (RF 129/212)”.

⁸ O autor transcreve a seguinte passagem do jurista italiano Gino Gorla: “o estudo da promessa não formal a título gratuito constitui o eixo central em torno do qual gira o problema da obrigação contratual e dos seus requisitos de validade”. E conclui que não é possível postular uma definição de contrato a partir da vontade, pois a simples palavra, despida de contraprestação ou forma solene, não obriga a efetuar a transferência de titularidade do bem objeto da doação (PENTEADO, 2013, p. 229-230).

⁹ Há, ainda, quem distinga os *contratos gratuitos propriamente ditos* (pura liberalidade) dos *contratos desinteressados*. Nos primeiros, há diminuição patrimonial de uma das partes em proveito de outra, como sucede na doação, o que não se verifica nos últimos, em que um dos contratantes presta serviço ao outro sem nada receber em troca, mas sem empobrecer-se.

¹⁰ “Art. 392: nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei”.

Não obstante essa relevância prática, a distinção entre gratuidade e onerosidade não tem a importância que se costuma imaginar no processo de qualificação do contrato de doação. É comum afirmar-se que a doação é contrato benéfico por excelência (ALVIM, 1972, p. 8), ou que é “essencialmente” gratuita, mas a verdade é que não é a gratuidade um marco essencial da doação, tanto que a doação com encargos é onerosa, conforme entende a maioria da doutrina, o que evidencia a inadequação de se usar o critério da gratuidade como técnica de qualificação da doação¹¹.

Conforme se buscará demonstrar neste trabalho, a classificação que confere maior utilidade ao processo de qualificação do contrato de doação é aquela que diferencia os contratos unilaterais dos contratos bilaterais¹². A distinção é tão relevante que se pode afirmar, desde que entendido corretamente o conceito de bilateralidade, que toda doação – mesmo a onerosa – é necessariamente um contrato unilateral, na medida em que o donatário não assume qualquer obrigação correspectiva¹³. A doação é um contrato que se caracteriza por não ter prestação correspectiva ou sinalagmática (BODIN DE MORAES, 2010, p. 275). Assim, caso se verifique que um determinado contrato, cujo instrumento tenha sido nominado “doação” pelas partes, consiste na realidade em um contrato bilateral (com prestações correlatas), de doação não se tratará, em que pese a atribuição gratuita de bens por uma das

¹¹ O próprio Código Civil faz uso da expressão *doação onerosa* nos artigos 441, parágrafo único, e 562. Há, contudo, opiniões em sentido contrário: “O *modus* de jeito nenhum faz oneroso o contrato de doação. Há ônus, mas sem se estender ao contrato o elemento de onerosidade. Qualquer alusão a correspectividade seria absurda” (PONTES DE MIRANDA, 1964, p. 267); “Daí, portanto, a forte crítica que Pontes de Miranda faz à expressão ‘doação onerosa’ para designar aquela com encargo ou modal, justamente porque o vocábulo oneroso, aí, adquire o mesmo sentido do genitivo observado em contrato oneroso, que evoca a relação de reciprocidade econômica, de equilíbrio patrimonial, incompatível mesmo com a estrutura dogmática do que seja doação. Trata-se da compreensão equivocada da expressão *donatio cum onere*, que traduz um peso (ônus) e não um preço (onerosidade, contraprestação) para a atribuição donativa. A doação com encargo não é contrato oneroso. Não existe doação onerosa em sentido próprio, sendo a expressão utilizada pela lei de maneira equívoca, por exemplo, no art. 441, parágrafo único, do CC/2002” (PENTEADO, 2007, p. 335-376). Como se pode notar, as críticas levam em conta um significado distinto de onerosidade do que se pretende sustentar neste trabalho, de modo que não há propriamente uma divergência de opiniões, no ponto, em relação a tais autores.

¹² Costuma-se dizer que os contratos que geram obrigações para ambos os contratantes são considerados bilaterais, como a compra e venda, ao passo que aqueles que geram obrigações para somente uma das partes, como o depósito, seriam unilaterais. Adiante se verá que há mais de uma definição na doutrina no que tange à bilateralidade: para alguns, basta a existência de obrigações recíprocas; para outros, é preciso que haja correspectividade entre tais obrigações. Ademais, é de se notar que, a rigor, mesmo nos contratos ditos unilaterais, sempre surgem deveres para ambas as partes, ainda que sejam apenas os deveres anexos decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, tais como os deveres de cooperação, proteção e informação.

¹³ Alvim (1972, p. 7-8) critica a opinião de Serpa Lopes, para quem o donatário assume a obrigação de receber a coisa. O entendimento de Serpa Lopes baseia-se na ideia de que a entrega pelo doador não seria apenas uma obrigação, mas também um direito seu, na medida em que tem interesse em desobrigar-se, de tal maneira que a obrigação de receber (do donatário) estaria em correspondência com o direito de entregar (do doador). Em objeção, Alvim afirma que “o que vemos aqui é apenas a passividade do donatário, obrigado a sofrer a consignação, o que não caracteriza uma obrigação da sua parte, e por isso mesmo não retira ao contrato o caráter de unilateral”.

partes em benefício da outra. Em uma frase: o contrato de doação é sempre unilateral, mas nem sempre gratuito¹⁴.

3. A qualificação do contrato de doação a partir da noção de causa

Com a chamada constitucionalização do direito contratual¹⁵, evidenciou-se a necessidade de superar o método tradicional de qualificação dos negócios jurídicos, qual seja, a doutrina dos *essentialia*, pautada na técnica da subsunção¹⁶. Assim, conquanto se reconheça a existência de outros métodos que procuram superar o método da mera subsunção, sustenta a melhor doutrina que o processo de qualificação dos contratos deve se orientar pela perspectiva funcional do contrato, através da sua causa.

A concepção do que seja a causa do contrato, todavia, é tormentosa. Não há um jurista que tenha escrito sobre o tema que deixe de advertir o leitor, preliminarmente, acerca da complexidade que a noção de causa envolve¹⁷. Abordar o tema, portanto, significaria incorrer em sério risco de confundir – mais do que aclarar – a exposição a que se propõe o presente trabalho, de sorte que parece ser suficiente, para os fins aqui almejados, admitir como mais adequada uma concepção objetiva de causa (em contraposição à causa em sentido subjetivo) atrelada à noção de função (síntese dos efeitos essenciais) do contrato.

¹⁴ Como observam os manuais de direito civil, nem sempre os contratos bilaterais são onerosos, e os unilaterais gratuitos. Como exemplo de contrato bilateral gratuito se costuma citar o depósito, já que cabe ao depositante reembolsar despesas. Já o mútuo feneratício é geralmente mencionado como exemplo de contrato unilateral oneroso, embora seja salutar a crítica de abalizada doutrina que o considera um contrato consensual (e não real) e, portanto, bilateral (BODIN DE MORAES, 1990). A maioria dos autores entende, na linha do que se buscará sustentar neste trabalho, que quando imposto encargo à doação não se desvirtua a unilateralidade, de maneira que a doação modal é também exemplo de contrato unilateral oneroso.

¹⁵ “A conformação clássica do contrato, individualista e voluntarista, cede lugar a um novo modelo deste instituto jurídico, voltado a obsequiar os valores e os princípios constitucionais de dignidade e livre desenvolvimento da personalidade humana. O contrato deixa de ser apenas instrumento de realização da autonomia privada para desempenhar uma função social” (MATTIETTO, 2000, p. 179).

¹⁶ Sobre o processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro sob a metodologia do direito civil constitucional, ver, por todos, KONDER, 2009. O autor esclarece que a doutrina dos elementos essenciais parte da concepção de que a aplicação das normas se dá através de um silogismo de lógica formal, pelo qual se enquadra o fato (o contrato) na norma (no tipo), cominando-lhe os efeitos, isto é, um enquadramento automático e mecânico mediante a leitura exclusivamente estrutural do negócio jurídico envolvido. Verificadas as limitações decorrentes da técnica da subsunção, Konder aponta dois métodos que procuraram superar tal doutrina no direito comparado: o método tipológico (Alemanha/Portugal) e a qualificação pela perspectiva funcional do contrato, através da noção de causa (Itália/França/Espanha). O método tipológico reconhece uma flexibilidade dos tipos contratuais, a partir dos chamados “índices do tipo”, que são indicadores da visão global de um tipo flexível, capazes de distinguir um tipo e que podem, portanto, contribuir para qualificar os contratos, mas sem que sejam determinantes ou suficientes (como os elementos essenciais). Mas é o segundo método mencionado que o autor defende em sua tese: a qualificação a partir da função (causa) do contrato concreto, analisado em todas as suas peculiaridades.

¹⁷ Para se ter uma ideia, Gino Gorla menciona nove sentidos para a causa (apud PENTEADO, 2013). Já Luciano Penteado (2013) menciona algumas noções no campo filosófico (causa material e formal; causa eficiente e final; dispositiva e consumativa) e no campo do direito trabalha com diferentes concepções de causa: causa razoável, causa suficiente, causa natural, causa civil, causa final.

Na tentativa de identificar, em abstrato, a causa do contrato típico de doação, podem ser mencionadas quatro teorias doutrinárias. Em cada uma delas, a causa da doação adquire um diferente significado, associando-se (i) ao espírito de liberalidade (*animus donandi*) do doador, (ii) ao pressuposto objetivo de gratuidade do contrato, (iii) ao seu esquema formal-causal ou, ainda (iv) à ausência de sinalagmaticidade. A seguir serão abordadas as diferentes concepções de causa da doação, de modo que se possa, a partir de uma determinada noção que se buscará sustentar, tratar especificamente do problema proposto pelo presente trabalho.

3.1 O espírito de liberalidade

Tradicionalmente, entende-se que a liberalidade é o traço decisivo da doação¹⁸. Afirma-se que o *animus donandi*, i.e., a vontade desinteressada de enriquecer o donatário, é determinante na qualificação do contrato de doação. Em outras palavras, para a doutrina clássica, esse espírito de liberalidade, entendido como ânimo de generosidade, seria a causa da doação¹⁹, concebida em sentido subjetivo.

Tal visão clássica tem por fundamento o brocardo latino *liberalitas nullo iure cogente facta* (a liberalidade é feita na ausência da obrigação derivada de direito cogente), de maneira que, estando o agente com *animus solvendi*, ter-se-á uma dação em pagamento, que é um modo de extinção das obrigações, e não uma doação. Com efeito, a mera entrega de um bem, fora de qualquer contexto, pode ser pagamento ou elemento de constituição de um contrato real, como o depósito, de forma que a doação pressupõe a ausência de débito e crédito prévios.

Inúmeras são as decisões dos tribunais brasileiros que se baseiam na noção de que o espírito de liberalidade é a natureza do contrato de doação, podendo ser mencionados, a título

¹⁸ “Traço decisivo da doação é a liberalidade, a vontade desinteressada de fazer benefício a alguém, empobrecendo-se ao proporcionar à outra parte uma aquisição lucrativa causa” (GOMES, 2009, p. 254); “O que caracteriza a doação é o *animus donandi*: Há outros contratos, como ela, gratuitos, mas em nenhum outro se observa a intenção de praticar um ato de liberalidade, ou gratificação espontânea. O *animus donandi* não está na intenção de enriquecer o donatário (Savigny) nem nos motivos finalísticos do ato (Becker), mas na liberalidade, elemento subjetivo pessoal do agente, ora beneficente, ora generosa, ora expressão de estima e apreço” (BEVILAQUA, 1958, p. 333). No mesmo sentido, Pablo Stolze Gagliano (2008, p. 11) afirma que a liberalidade é a causa, sendo o motivo (móvel psíquico) irrelevante, enquanto José da Silva Pacheco (2004, p. 35) assevera que a doação pressupõe ânimo de generosidade.

¹⁹ Em profunda pesquisa sobre o tema, Penteadó (2013, p. 76-79; 102-108; e 218-212) explica que, na visão de Jean Domat, a causa da obrigação resultava da clara manifestação da intenção de fazer a liberalidade, chegando o autor francês a relacioná-la ao mérito do donatário, pois haveria a necessidade de existir um motivo razoável e justo. Robert Pothier generalizou ainda mais o consensualismo, afirmando que o mero espírito de liberalidade justifica a doação, independentemente do motivo (sendo a causa inexistente ou falsa, o contrato seria nulo). Já Henri Capitant considerava que a intenção liberal concreta que está posta como propósito das partes (*but poursuivi*) consiste na causa da obrigação, mas enfatizava que a intenção de enriquecer é a causa, e não se confunde com o consentimento ou com o motivo. Nas doações não puras, esse ânimo seria um meio para um fim (como a promoção da educação, em se tratando de doação de imóvel para instituição de ensino).

de ilustração, os julgados dos Tribunais Superiores que consideram inviável a promessa de doação, ante a impossibilidade de se harmonizar a exigibilidade contratual e a espontaneidade²⁰. No entanto, a tradicional concepção de causa da doação que a vincula ao espírito de liberalidade do doador não mais merece guarida no direito contemporâneo²¹. Podem ser mencionadas quatro importantes objeções à aludida teoria.

A primeira crítica que se faz à técnica que procura qualificar a doação a partir do *animus donandi* está em que tal proposta se vale de uma concepção de causa em sentido subjetivo. Sendo o espírito de liberalidade a causa, esta inevitavelmente confundir-se-á com os chamados motivos determinantes. Nesse ponto, é esclarecedora a observação de Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 276):

Numa concepção objetiva da causa, como síntese de seus efeitos jurídicos essenciais, parece difícil remover o *animus donandi* da órbita dos motivos, porque ele diz respeito ao elemento psicológico, de motivação, muito mais que ao elemento objetivamente funcional, relativo à razão jurídica justificadora do negócio.

Identifica-se, assim, mais propriamente, no *animus donandi* o motivo individual e contingente que impulsiona o doador, configurando-se como o elemento psicológico, ou seja, a finalidade prática, a razão determinante para a conclusão do contrato, mas não para a sua qualificação. O motivo é o objetivo que faz com que o contratante realize o negócio. Normalmente, ele é irrelevante porque depende exclusivamente de questões internas do próprio contratante.

A segunda objeção se refere à própria noção de *animus donandi* enquanto uma vontade desinteressada de enriquecer outra pessoa²². Traduzido como ânimo de generosidade, o espírito de liberalidade pode não existir internamente, como se observa na doação remuneratória, com encargo ou por merecimento. E mesmo na doação pura, o doador pode não ter a intenção de fazer bem ao outro²³, conforme ilustra o exemplo de Agostinho Alvim (1972, p. 9-10):

²⁰ STJ, REsp 730626 / SP, 4ª T., Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 17/10/2006; STF, 1ª T., RE 105.862, Rel. Min. Oscar Corrêa, j. 30.05.1985; STF, 2ª T., RE 122.054, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 15.06.1993.

²¹ Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 269-273) observa que o valor do *animus donandi* deve ser redimensionado na contemporaneidade, sendo necessário repensar esse critério subjetivo como elemento qualificador, único e absoluto, quando se trata de analisar a causa da doação.

²² A expressão “vontade desinteressada” de fazer um benefício a alguém, por si só, parece conceitualmente problemática. Com efeito, toda ação humana é voltada a atingir alguma finalidade, ainda que o sujeito não esteja consciente dessa finalidade ou que ela seja simplesmente a obtenção de uma satisfação, de maneira que não existe vontade que seja verdadeiramente “desinteressada”, como parecem supor determinados autores.

²³ “O direito, no entanto, preocupa-se com os atos, não com a qualidade ética de quem os pratica. É possível praticar um ato liberal sem ser liberal subjetivamente e de maneira habitual. O *animus donandi* pode não existir internamente; pode uma pessoa doar sem ter intenção de fazer o bem ao outro, ou até mesmo com a intenção (consciente) de prejudicar: isso não afeta a dimensão jurídica da doação” (PENTEADO, 2013, p. 221). A afirmação de que o doador pode ter até mesmo a intenção de prejudicar o donatário, contudo, deve ser vista com ressalva na medida em que tal postura pode configurar exercício abusivo do direito de contratar.

Com efeito, devemos admitir que o *animus donandi*, a vontade de bem-fazer, possa não existir internamente em certos casos; e poderá até mesmo ocorrer que nem mesmo na aparência haja esse ânimo.

Assim, p. ex., no caso em que algumas pessoas façam doação a um parente que está mal de vida.

Um deles pode se aborrecer por ter que doar, não o escondendo aos estranhos.

Não obstante, e como *noblesse oblige*, a pessoa, por não querer ser exceção, acaba contribuindo.

Nesta hipótese não há vontade de bem-fazer, mas a doação existirá, de onde dizerem alguns que a verdadeira característica da doação é a gratuidade, e não a liberalidade.

A terceira crítica decorre diretamente da anterior e diz respeito à dificuldade prática de se perquirir o real interesse que motivou o doador. Sendo o ânimo de doar, em verdade, o elemento individual (motivo) que impulsiona o doador, ao intérprete restará dificultada, quando não impossibilitada, a tarefa de investigar a vontade interna do declarante e, assim, identificar juridicamente a presença do espírito de liberalidade no âmbito psicológico da parte. Não à toa, é da essência do direito basear-se em atos exteriores, sendo os sentimentos interiores geralmente essenciais ao comportamento moral (PENTEADO, 2013, p. 212). A ordem social, que constitui o fim do Direito, fica garantida se o comportamento externo dos membros da sociedade estiver em harmonia com as obrigações jurídicas (MESSNER, Johannes apud PENTEADO, 2013, p. 212). Tanto é que o falso motivo só vicia a declaração quando expresso como razão determinante (art. 140, CC), de modo que não se trata mais de motivo subjetivo, e sim de objeto da declaração. A tradição do direito ocidental é de não averiguar os motivos não expressos como razão determinante.

Por fim, não é demais ressaltar como quarta crítica, conquanto de evidente clareza, que não basta a intenção donativa para que se tenha uma doação. É preciso que haja, também, vontade do donatário de aceitar a liberalidade (*animus donum accipiendi*), eis que nenhum contrato pode dispensar o consentimento. Logo, o ânimo de doar jamais poderia consistir em requisito suficiente para qualificar a doação, servindo, no máximo, para justificar a vinculação de uma das partes do contrato. Por tudo isso, o *animus donandi* não pode ser o elemento qualificador do contrato de doação²⁴.

3.2 O pressuposto objetivo de gratuidade

Diante das críticas, outra corrente procura identificar a gratuidade como causa da doação. A liberalidade referida pelo legislador seria concebida, assim, não no sentido subjetivo correspondente ao *animus donandi*, e sim como um pressuposto objetivo de

²⁴ Não à toa, o código alemão (BGB) excluiu da definição de doação a referência ao *animus*, mencionando apenas o enriquecimento gratuito do donatário às custas do doador.

gratuidade, ou seja, a atribuição gratuita de bens ou vantagens. Eis a posição de Agostinho Alvim (1972, p. 9-10):

Em alguns casos, os motivos íntimos que levam a doar são o temor da reprovação, a vaidade, ou mesmo a esperança de vantagens indiretas; e nada disso desnatura a liberalidade, bastando o seu aspecto objetivo, que é a gratuidade (DE RUGGIERO, *Instituzioni di Diritto Civile*, vol. III, § 118, Venzi, *Manuale di Diritto Civile Italiano*, n.º 478).

O contrário seria valorizar o motivo, que o nosso direito não leva em consideração, como elemento do contrato, e que não se deve confundir com a causa, ou objeto. [...] O motivo, porém, que tiver levado o doador a doar, se é amor, amizade, vaidade, ou temor da censura alheia, isso não importa, porque não constitui elemento da doação, que se contenta com o rótulo da liberalidade, externado na gratuidade do ato.

Tal corrente baseia-se, portanto, na existência de um mínimo de objetividade na doação, pois somente há que se falar em doação quando se tem uma transferência gratuita de um bem ou direito para o patrimônio de outrem. A liberalidade seria entendida como ausência de vinculação para a prática de determinado ato, apta a dispensar a investigação do elemento subjetivo.

No entanto, conforme observa Luciano Penteadó (2013, p. 221-222), seria um erro contentar-se com a mera gratuidade, pois se teria um critério excessivamente objetivo. É claro que a mera entrega de um bem, fora de qualquer contexto, pode ser pagamento ou elemento de constituição de um contrato real (como o depósito, por exemplo). A doação depende da ausência objetiva de contraprestação, é verdade, mas é impossível abstrair totalmente certos aspectos subjetivos, de maneira que o *animus donandi* exerce certo papel para a configuração da causa, embora com ela não se confunda.

3.3 O esquema formal-causal

Com base na doutrina de Gino Gorla, alguns autores entendem que a forma exerce o papel de causa no contrato de doação. Tal corrente parte da noção de *causa natural* dos atos jurídicos bilaterais, que corresponde à relação que se estabelece entre uma prestação e uma contraprestação. Como a doação carece de causa natural, na medida em que o donatário não tem contrapartida que justifique a atribuição gratuita que recebe, seria necessário suprir tal ausência com uma *causa civil*, no caso, a forma (escrita) exigida em lei.

Luciano Penteadó (2013, p. 222), entusiasta da teoria defendida por Gino Gorla, procura explicar o raciocínio que demonstra o papel da forma na doação a partir da seguinte formulação: “qual é o elemento que traça uma linha divisória a partir da qual há um vínculo jurídico entre alguém que dá um bem sem contrapartida a outro que apenas o recebe (eventualmente com um dever anexo)”? Em resposta, após demonstrar que o *animus donandi*

puro e simples não é suficiente para configurar uma doação, o autor observa que, não havendo a forma exigida, falta o requisito legal da imediatidade, entendido como a desnecessidade de outro ato para a obtenção dos efeitos do negócio jurídico. Por isso seria correta a afirmação de que a forma toma o lugar da causa na doação, atuando como uma importante limitação ao princípio do mero consentimento. Já nas doações de pequeno valor, a ausência de causa sinalagmática seria substituída pela tradição.

O fundamento para a tese reside na função protetiva que exerce a forma, já que a solenidade traz consigo uma ponderação. O ato de se desprender do bem exige, por um lado, certa maturidade do disponente e, por outro, o respeito àqueles que têm legítimo interesse na preservação do patrimônio do doador. Assim sendo, o papel da forma como causa estaria relacionado justamente à ideia de proteger o doador, sua família e terceiros interessados (credores) contra o impulso de um momento ou contra atos fraudulentos²⁵.

A forma não seria apenas meio de prova (*ad probationem*), mas elemento constitutivo, essencial para a existência do ato (*ad substantiam*), tanto que, para os defensores dessa corrente, a ausência de forma não poderia ser suprida sequer pela confissão. Por esse raciocínio, a forma é elevada à categoria de substância, constituindo, na opinião de parte da doutrina, elemento de existência – e não de validade – do contrato de doação.

A despeito dos argumentos sustentados pelos autores mencionados, a tese do esquema formal como causa da doação deve ser vista com ressalvas, sob pena de se atribuir ao aspecto estrutural do contrato uma importância exagerada em face do seu aspecto funcional. Com efeito, a função do contrato se expressa através da noção de causa, daí a afirmação de que a causa é um instrumento de funcionalização dos negócios jurídicos, gerando certa estranheza associar ao papel da causa a estrutura formal da doação. O requisito da forma parece condizer com a qualificação do contrato pela doutrina dos elementos essenciais, já que se trata de um elemento rígido facilmente verificável pelo método da subsunção, revelando-se incompatível com o método de qualificação pela causa concreta.

A propósito da forma exigida pelo legislador nos negócios jurídicos em geral, convém recorrer à lição de Pietro Perlingieri, que defende uma proposta de renascimento (e não superação) do formalismo a partir de uma leitura constitucional, de maneira que o intérprete passe a adotar uma perspectiva teleológica, abandonando a concepção estruturalista

²⁵ Discorre sobre essa função protetiva Agostinho Alvim (1972, p. 55): “A razão por que a doação exige forma está em que tal contrato vai de encontro ao instinto de egoísmo, visto acarretar empobrecimento, sem nenhuma compensação de ordem econômica. Por isso mesmo, o doador está mais sujeito à coação e às seduções de várias ordens; outras vezes, o vexame de negar o oprime; também pode acontecer que obedeça a um impulso de momento, que o leve à prática de um ato de liberalidade, do qual breve se arrepende. É devido a estas circunstâncias a que está exposto o doador que a lei impõe forma à doação, o que o obriga a refletir”.

e extrínseca da norma inderrogável. Sobre o tema, explica Nathalia Masson (2006, p. 174-177):

As disposições internas sobre forma dos atos não são necessariamente de ordem pública e de natureza inderrogável. [...] Essa classificação não depende de uma qualificação anterior e genérica, mas sim do papel que a norma exerce no sistema, da *ratio* que ela exprime, do valor que ela representa para o ordenamento. Assim, pode-se sustentar que nem todas as normas que prescrevem formas legais para validade e para eficácia dos atos são normas de ordem pública, mas o são certamente aquelas de caráter axiológico elevado por resultarem diretamente de princípios e valores de relevância constitucional, como os inspirados na tutela, na garantia e na promoção da dignidade da pessoa.

A natureza inderrogável de uma norma que versa sobre a forma de um ato não existe *a priori*, somente *a posteriori*, porque é resultado de uma interpretação que leve em conta os interesses e os valores tutelados pela disposição normativa, a intensidade da sua relevância e as garantias que protege. [...]

Mas não se pode aceitar que essa criatividade na interpretação seja arbitrária. Encontra limites, segundo Perlingieri, na principiologia constitucional. Isto tudo leva a crer que são inderrogáveis, em primeiro lugar, as normas que privilegiam, em qualquer situação, os sujeitos débeis [...]; e, em segundo lugar, as normas que têm evidente relação com os interesses e valores tutelados constitucionalmente. Ou seja, não são inderrogáveis as normas que a lei ordinária diz que são. [...] É, então, o argumento de valor constitucional que autoriza a conservação e a eficácia de um ato, não obstante eventualmente esteja ausente o requisito formal do ato.

Diante das premissas elaboradas pelo citado jurista italiano, não parece acertado afirmar, de modo apriorístico e independente do cotejamento com outras normas do sistema jurídico, que a regra contida no artigo 541 do Código Civil, que exige a forma escrita na doação, é inderrogável em qualquer hipótese. Não se nega que o legislador se preocupou em proteger o doador (e, indiretamente, terceiros interessados) ao determinar que a doação se faça por escritura pública ou instrumento particular. Mas o ordenamento também protege outros interesses dignos de tutela, como a legítima expectativa decorrente da confiança, de modo que não seria razoável negar juridicidade a um acordo verbal pelo qual uma pessoa, plenamente consciente das consequências do seu ato dispositivo, dispusesse gratuitamente de um bem de valor em favor de outra pessoa²⁶.

²⁶ O problema da falta de forma na doação pode ser ilustrado com um exemplo hipotético corriqueiro: suponha-se que Ana, em exercício perfeito de suas faculdades mentais, oferece verbalmente uma joia de elevado valor à sua amiga Maria, que a aceita e recebe logo em seguida. Parte da doutrina dirá que o contrato é inexistente, já que a forma é da essência do contrato de doação, de modo que o ato sequer ingressou no mundo jurídico. Ora, se não houve transferência de propriedade, Ana poderia propor uma ação reivindicatória para reaver o bem, podendo até mesmo em sua petição confessar que “dera” a joia à amiga. Outros dirão que o contrato, embora existente, é nulo por falta da forma escrita, caso em que se teria o mesmo problema na medida em que a tradição não transfere a propriedade quando tem por título um negócio jurídico nulo (art. 1.267, §2º, Código Civil). Para os defensores de tal doutrina, sequer poderia haver um contrato atípico, uma vez que, para a atribuição gratuita de bens de elevado valor a outrem, o legislador exige a forma escrita, que seria da substância do ato. Embora

3.4 A ausência de sinalagmaticidade

Finalmente, uma quarta corrente enxerga na falta de sinalagmaticidade a causa da doação. Na clássica lição de Alberto Trabucchi (1999, p. 685-686), o sinalagma é o liame recíproco que existe em alguns contratos, entre a prestação e a contraprestação, de forma que os contratos sinalagmáticos caracterizam-se pela circunstância de a prestação de cada uma das partes encontrar sua justificativa e seu fundamento na prestação da contraparte. Para que haja sinalagma, não basta a coexistência de obrigações recíprocas; é necessária uma relação de interdependência entre prestação e contraprestação²⁷, o que não se observa na doação, conforme leciona Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 275):

[...] a causa da doação (síntese de seus efeitos essenciais) é a transferência de um bem ou direito sem qualquer contraprestação. Mais propriamente, a doação é um contrato que se caracteriza pela falta, isto é, por não ter prestação correspondente ou sinalagmática. Em outros contratos também pode não haver a contraprestação; assim, por exemplo, no comodato, no mútuo e no depósito gratuitos. Estes contratos diferem da doação, todavia, por terem sido tipificados pelo legislador e exigirem outros requisitos além da ausência de contraprestação. Sob esta ótica, a doação representa uma figura residual, subsidiária, de *fechamento (ipotesi di chiusura)* do sistema: para fins de qualificação, não tendo o negócio contraprestação, nem podendo ser

sem ter adquirido a propriedade, Maria poderia invocar em sua defesa o princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista o comportamento contraditório de Ana, e isso bastaria para a improcedência da ação petítória, que é julgada com base no domínio? Seria este um caso de negócio jurídico nulo com efeitos válidos?

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina já analisou situação parecida. No caso, Cramer Gomes deflagrou ação monitória em desfavor de Anna Karyna Murakami, objetivando haver a importância de R\$ 18.209,34 que ele teria, em decorrência de laços de amizade, depositado em conta corrente da ré para pagamentos de débitos, supostamente a título de mútuo. Esta se defendeu alegando que as transferências foram realizadas a título de doação e presentes. O Tribunal entendeu que não havia prova de que os valores foram recebidos a título de empréstimo (tanto que as provas dos autos demonstraram que o autor tinha intenção de namoro), mas que também não poderia se tratar de doação em razão da falta de forma, que seria da essência do contrato. A solução dada foi considerar cuidar-se de “ajuda financeira a título gracioso”, embora sem explicar a natureza de tal ato, mantendo-se a sentença de improcedência: “[...] ALEGAÇÃO DE EMPRÉSTIMO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE OS GASTOS TEREM NATUREZA DE EMPRÉSTIMO, PODENDO CONCLUIR TRATAR-SE DE AJUDA FINANCEIRA A TÍTULO GRACIOSO. DOAÇÃO. INEXISTÊNCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. INVALIDADE DE EVENTUAL DOAÇÃO VERBAL. QUANTIA NÃO CONSIDERADA COMO DE PEQUENO VALOR. [...] RECLAMO APELATÓRIO NÃO PROVIDO” (Ap Cível 368986, 1ª Câmara de Direito Comercial, TJ/SC, j. em 25/05/2009, rel. Stanley da Silva Braga).

Embora se reconheça a complexidade do tema, parece que a melhor solução para o problema da ausência de forma, nos casos mencionados, seria reconhecer que houve um contrato de doação válido, embora sem a forma exigida por lei. Conforme já se asseverou, o interesse do doador, protegido pela exigência de forma em razão da ponderação que a solenidade traz consigo, não é o único a ser tutelado pelo ordenamento, de modo que não existe forma inderrogável *a priori*. Não se pode perder de vista a necessidade de proteção da confiança despertada na pessoa a quem se prometeu doar um bem, mormente em se considerando ser o informalismo um traço característico da realidade contemporânea. Como consequência, em sentido oposto ao que afirma a maioria da doutrina, a forma escrita na doação deve ser exigida como meio de prova (*ad probationem*), e não como substância do contrato (*ad substantiam*).

²⁷ Alguns autores observam que a dependência recíproca entre as obrigações nos contratos sinalagmáticos pode ser *genética* (quando a vinculação existe desde a formação do contrato) ou *funcional* (quando surge na execução) (vide GOMES, 2009, p. 85).

subsumido em outro tipo não correspectivo, de doação possivelmente se tratará²⁸.

Já se afirmou no presente trabalho que o traço característico da doação é a unilateralidade (e não a gratuidade)²⁹ do contrato. É preciso, agora, esclarecer que tal assertiva deve considerar a bilateralidade como sinônimo de sinalagmaticidade. A ressalva é necessária porque o conceito de contrato bilateral não é unívoco entre os civilistas. Parte da doutrina considera que, para se falar em bilateralidade, é suficiente que o contrato estabeleça obrigações recíprocas entre as partes, daí alguns autores distinguirem os *contratos bilaterais* dos *contratos sinalagmáticos*, havendo nestes uma relação de causalidade entre as prestações. Entretanto, o melhor entendimento é aquele que exige sinalagmaticidade (ou correspectividade): só há contrato bilateral quando as obrigações recíprocas são principais e ligadas por um nexo de funcionalidade (uma deve ser a razão jurídica da outra).

De todas as teorias que procuram identificar a causa do contrato de doação, esta última parece ser a mais adequada em nosso ordenamento, podendo servir de base para orientar o intérprete na difícil tarefa de qualificar as doações onerosas.

4. O problema da qualificação da doação modal

Pelo que se viu até aqui, está claro que “a doação com encargo não é contrato bilateral, pois que entre as obrigações não há sinalagma” (GOMES, 2009, p. 254). A causa da doação é justamente a falta de sinalagmaticidade, de maneira que, para continuar sendo a doação modal um contrato unilateral, é preciso diferenciar o encargo (ou modo) – tido como uma mera restrição (um sacrifício atrelado a uma vantagem) – de uma prestação correspectiva. Por encargo entende-se a “cláusula que, aposta a negócios jurídicos gratuitos, atinge seus efeitos (sem impedir a aquisição ou o exercício do direito), impondo-lhes uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, sem que esta configure uma contraprestação” (TEPEDINO, 2006; BARBOZA, 2006; BODIN DE MORAES, 2006, p. 268). Na prática,

²⁸ Embora defenda que a forma exerce o papel de causa na doação, Gino Gorla (apud PENTEADO, 2013, p. 226) chega a conclusão semelhante: “Daqui nasce um conceito negativo de doação; será doação todo ato de dar e toda promessa de dar que não se realizem para obter uma contraprestação ou por razão de uma *causa praeterita*”.

²⁹ Enquanto a distinção entre contratos gratuitos e onerosos leva em conta o objeto perseguido pelas partes, a unilateralidade ou bilateralidade considera os efeitos produzidos pelo contrato. Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 275), baseando-se em obra de Guido Biscontini, esclarece que o nexo de sinalagmaticidade (que torna o negócio bilateral) se refere à coligação jurídica existente entre os efeitos do contrato e não se confunde com a avaliação econômica (relativa à onerosidade) que se possa fazer dos efeitos da relação que no contrato têm a sua causa.

porém, é muitas vezes difícil ao intérprete distinguir as figuras, sobretudo em se sabendo que o encargo pode ser o motivo determinante da liberalidade (artigo 137 do Código Civil)³⁰.

Diverge a doutrina acerca da natureza do encargo: para alguns, trata-se de um ônus; para outros, uma obrigação (em sentido próprio)³¹. Parece mais acertada esta segunda orientação, dada a possibilidade de se exigir judicialmente o cumprimento do encargo, o que evidencia a existência de interesses juridicamente relevantes por parte do doador que impõe a cláusula modal. Celebrado o contrato, o donatário assume o compromisso de satisfazer o encargo e, ao deixar de cumpri-lo, não lesa apenas o seu próprio interesse (por assumir o risco de ter a liberalidade revogada), mas frustra também a expectativa de terceiros³². A prestação modal consiste, pois, em um dever não contraposto, que geralmente caminha no mesmo sentido da atribuição gratuita, no que difere das obrigações correspectivas dos contratos bilaterais, caracterizadas pela existência de interesses contrapostos. Trata-se de um sacrifício que o beneficiário aceita, em reconhecimento do benefício recebido, razão pela qual é comumente mais uma finalidade para a dádiva do que algo que se contrapreste.

Em regra, os interesses do doador são relegados a meros motivos e reputam-se irrelevantes para o direito, mas em alguns casos podem adquirir maior importância no relacionamento concreto entre as partes, a ponto de justificarem a imposição de uma autêntica contraprestação, desqualificando o contrato típico de doação modal. Deve o intérprete, portanto, empreender uma minuciosa investigação das circunstâncias e elementos (objetivados) que constituem a *causa concreta*, para então concluir se está diante de uma prestação modal ou de uma prestação correspectiva. A fim de facilitar a visualização do fenômeno, Luciano Penteadó (2013, p. 225) se vale da noção de *causa suficiente*, que seria o fator apto a romper o esquema da doação, dando ensejo a uma espécie de “bilateralização” do

³⁰ Neste caso, sendo o encargo ilícito ou impossível (desde a formação do contrato), invalida-se o negócio jurídico.

³¹ “A diferença entre o dever e o ônus reside no fato de que, no primeiro, o comportamento do agente é necessário para satisfazer o interesse do titular do direito subjetivo, enquanto que no caso do ônus o interesse é do próprio agente. No dever, o comportamento do agente vincula-se ao interesse do titular do direito, enquanto que no ônus esse comportamento é livre, embora necessário por ser condição de realização para conseguir-se certo resultado, que a lei não impõe, apenas faculta. No caso do dever, há uma alternativa de comportamento, um lícito (o pagamento, por exemplo) e outro ilícito (o não pagamento); no caso do ônus, também há uma alternativa de conduta, ambas lícitas, mas de resultados diversos” (AMARAL, 2005, p. 196).

³² Note-se que o próprio art. 553 do Código afirma que “o donatário é **obrigado** a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral” (grifou-se). Quando estipulado exclusivamente no interesse do próprio donatário, entende a doutrina tratar-se de mera recomendação, e não de encargo. Luciano Penteadó (2013, p. 324-327) acrescenta que a noção de ônus foi importada do direito processual (“dever no próprio interesse”), o que não se mostra adequado, tanto que a parte adversária tem interesse no não cumprimento do ônus processual, enquanto o credor tem interesse em obter a prestação objeto do dever. Além disso, observa que o descumprimento do encargo na doação modal não induz diretamente a uma desvantagem (apenas autoriza que o doador proponha uma ação de revogação).

contrato, que passaria a ter na sinalgmaticidade a sua *causa razoável*. Em tais hipóteses, prossegue o autor, o interesse do doador no cumprimento da prestação sairia do campo dos motivos determinantes para se transformar na própria causa da “dádiva”, tornando-a um contrato atípico ou um negócio misto com doação (*negotium mixtum cum donatione*)³³.

Mas como, a partir do exame das peculiaridades da causa concreta, poderá o intérprete concluir se está diante de um encargo ou de uma contraprestação? Para que seja possível propor alguns parâmetros capazes de auxiliar o hermenêuta em tal desafio, devem ser antes examinados, em abstrato, os principais efeitos que decorrem da qualificação daquele acordo de um ou de outro modo, i.e., como um contrato unilateral (doação onerosa) ou como um contrato bilateral (sinalagmático). Com efeito, ao mesmo tempo em que demonstra a importância da correta qualificação do contrato, a pré-compreensão doutrinária é essencial para fornecer uma base de conhecimento teórico acerca da disciplina da doação com encargos que seja capaz de auxiliar o intérprete diante de uma causa concreta³⁴.

É interessante observar que a disciplina legal da doação (pura), dada a sua natureza de contrato benéfico, caracteriza-se primordialmente pela proteção dos interesses do doador, de maneira que o “benfeitor não seja tratado com a mesma severidade com que o são os que agem por interesse” (ALVIM, 1972, p. 217). Por essa razão o doador apenas responde por dolo (art. 392) e não é obrigado a pagar juros moratórios, nem se sujeita às consequências da evicção e do vício redibitório (art. 554). Na doação gravada, contudo, muitas vezes tal lógica se inverte e as regras do Código acabam por prestigiar os interesses do donatário, na medida em que o encargo que lhe é imposto como obrigação não tem a mesma importância que uma autêntica contraprestação de um contrato bilateral³⁵.

³³ Em seu estudo sobre doação com encargo, Luciano Penteado (2013) trabalha com as noções de *causa razoável* e de *causa suficiente*. A causa razoável dos atos jurídicos bilaterais, defendida por Gino Gorla, é um *quid* necessário para dar juridicidade ao acordo e está relacionada à presença de uma prestação e de uma contraprestação. Na doação, a forma escrita (ou a tradição, no caso de bens de pequeno valor) supriria a falta de contraprestação e seria a causa razoável do contrato. Já a causa suficiente refere-se à maneira como, concretamente, encontra-se composta a relação entre os termos que dependem um do outro. Assim, caso se exija do beneficiado uma prestação apta a tornar a suposta liberalidade em um contrato sinalagmático, haverá uma causa suficiente para descaracterizar a doação. Nessa hipótese, a exigência formal (solenidade) ou real (entrega do bem móvel de pequeno valor) desaparece, porque a causa razoável passa a ser a contraprestação.

³⁴ Carlos Konder (2009, p. 168) destaca o papel fundamental da doutrina, de construir estudos relativos às potencialidades de cada norma típica, das diversas relações que mantêm, fornecendo a base científica que deve ser inculcada na formação de cada intérprete: “A avaliação em abstrato dos enunciados normativos típicos, estabelecendo premissas acerca de seus significados e seus limites com relação a outros enunciados, sistematizando análises anteriores e predizendo perspectivas hipotéticas futuras, (...) fornece um repositório de informações a partir do qual poderá o intérprete basear-se para identificar a qualificação mais adequada quando se depara com uma nova causa concreta”.

³⁵ Com relação aos juros moratórios, entende-se que a regra que isenta o doador vale também para a doação onerosa, mas é valiosa a ressalva feita por Agostinho Alvim (1972, p. 220) no sentido de que tal favor dura apenas enquanto houver desinteresse do donatário na exigência da coisa prometida. No que diz respeito aos

A seguir são destacadas algumas das regras que se aplicam à doação modal e estabelecem efeitos relevantes distintos daqueles previstos em lei para os contratos bilaterais, especialmente no que tange ao problema da frustração da finalidade do negócio:

- i) enquanto a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito nos contratos bilaterais (art. 474), a revogação da doação depende sempre da propositura de ação judicial;
- ii) na doação com encargo, não podem as partes invocar a exceção do contrato não cumprido, pois se trata de um efeito típico dos contratos ditos bilaterais (art. 476, CC)³⁶;
- iii) a revogação da doação enseja apenas a devolução do bem³⁷, não cabendo indenização por perdas e danos, como sucede na resolução do contrato (art. 475);
- iv) caso se torne impossível o cumprimento do encargo por motivo de força maior, prevalece o entendimento de que o donatário fica exonerado e a liberalidade se mantém sem qualquer limitação, conquanto seja a matéria controvertida, ao passo que, nos contratos bilaterais, a impossibilidade superveniente da prestação sem culpa do devedor resolve a obrigação para ambas as partes³⁸.

vícios redibitórios, o parágrafo único do artigo 441 do Código expressamente reconhece ao donatário o direito de enjeitar a coisa nas doações onerosas. Já quanto aos riscos da evicção na doação modal, costuma a doutrina admitir que o doador responda apenas até o limite do valor correspondente ao encargo, por força da regra contida no artigo 540. A mesma restrição é feita por alguns autores com relação aos vícios redibitórios, como no exemplo de Agostinho Alvim (1972, p. 225): “coisa doada valendo quinhentos cruzeiros, com um encargo estimável em cem cruzeiros. Há aí uma doação de quatrocentos cruzeiros; e uma alienação a título oneroso, de cem cruzeiros. Poderia o donatário reclamar contra a evicção, ou alegar vício redibitório? Sim, até o valor de um quinto do negócio”.

³⁶ Apenas para fins de registro, mencione-se a posição isolada de Fabio Ulhoa Coelho (2005, p. 224-225), que entende cabível a exceção do contrato não cumprido na doação modal por considerá-la um *contrato bilateral díspar* (em que não há equivalência entre as prestações, em contraposição ao que denomina *contrato bilateral sinalagmático*).

³⁷ “O Código Civil brasileiro admite a revogação (total) da doação, por inexecução faltosa do encargo, sem distinguir entre a parte que é liberalidade e a que é negócio oneroso, ao contrário da solução prevista no artigo 527 do Código alemão, que impõe a revogação parcial, até o limite do montante equivalente ao encargo” (ALVIM, 1972, p. 240-241).

³⁸ “O encargo, portanto, tem o seu campo próprio nos negócios gratuitos, que êle, em parte, transforma em negócios onerosos. Tanto assim, que a força maior que impede o cumprimento exonera o donatário, ou legatário, mantida a liberalidade (RIBAS, ob. cit., pág. 499, item 3º; ESPÍNOLA, ob. cit., pág. 634, onde invoca COVIELO; ANDREAS VON THUR, ob. cit., pág. 191; SCHNEIDER ET FICK, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations*, vol. I, comentário nº 15; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol. IV, pág. 388; J.W. HEDMANN, *Derecho de Obligaciones*, vol. III, pág. 289; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e Prática das Obrigações*, vol. I, nº 123, ter; RICCI, *Corso Teorico-Pratico di Diritto Civile*, vol. IV, nº 361).

Não obstante lista tão numerosa de civilistas, que assim opinam, outros há que sustentam o ponto de vista contrário, segundo o qual, havendo impossibilidade de cumprimento do encargo, embora o donatário não seja culpado por isso, a liberalidade não se mantém, isto é, a doação se resolve (PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, nº 2.634; COLIN ET CAPITANT, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, vol. III, nº 1.068; TRASBOT ET LOUSSOUARN in *Traité de Droit Civil* de PLANIOL ET RIPERT, tomo V, nº 490, assinalam três correntes a êste respeito)” (ALVIM, 1972, p. 235).

Importante observar que, em sendo a impossibilidade do encargo originária ou o encargo ilícito, a cláusula modal considera-se não escrita, não havendo contaminação da disposição liberal (art. 137 do Código Civil), regra esta que também se revela favorável ao donatário. Somente haverá nulidade do negócio quando se verificar que o *modus* foi o seu único motivo determinante.

Por fim, convém mencionar outras duas regras legais que poderiam resultar em efeitos distintos para as hipóteses de revogação da doação modal e de resolução dos contratos bilaterais, se interpretadas de forma literal, o que tem sido evitado por conta de um esforço hermenêutico empreendido pela doutrina e pela jurisprudência.

A primeira das citadas regras diz respeito ao prazo para a revogação da doação por descumprimento do encargo. O artigo 559 do Código Civil fixa o prazo decadencial de um ano para que seja pleiteada a revogação – sem esclarecer de modo enfático se também para a hipótese de descumprimento do encargo –, mas os tribunais têm reiteradamente decidido que tal prazo se aplica apenas aos casos de ingratidão do donatário³⁹.

A segunda regra mencionada refere-se à eficácia temporal da revogação da doação por descumprimento do encargo. Embora o artigo 1.360 do Código Civil⁴⁰ possa sugerir o contrário, a revogação em tal hipótese, no entender da doutrina majoritária, opera efeitos retroativos (*ex tunc*), atingindo os direitos adquiridos por terceiros⁴¹, no que se assemelha, ao menos nesse aspecto, à resolução dos contratos sinalagmáticos. A construção é interessante na medida em que equipara o encargo a uma condição resolutiva (art. 1.359), embora esta resolva o contrato desde quando se consuma, ao passo que a revogação por inexecução do encargo depende de ação judicial. Logo, na doação modal, a propriedade do donatário é resolúvel e a revogação da liberalidade em razão do não cumprimento do encargo gera efeitos

³⁹ A título de ilustração, mencionem-se os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça: “A ação para tornar sem efeito a doação por motivo de inexecução do encargo prescreve em vinte anos. Recurso especial não conhecido” (RESP 472.733/DF, Terceira Turma, Rel. Ministro Ari Pargendler, j. em 06/02/2007); “1. O prazo prescricional para revogação de doação de terreno público por inexecução de encargo é de vinte anos, nos termos do art. 177 do Código Civil de 1916. 2. O art. 178, § 6º, I, do Código Civil de 1916 aplica-se apenas às hipóteses de revogação de doação por ingratidão do donatário. Precedentes. 3. Recurso especial provido” (RESP 231945/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, j. em 03/08/2006); “Doação com encargo. Revogação. Prescrição. Falta de motivação. Precedentes da Corte. 1. Já decidiu a Corte em vários precedentes que a revogação da doação por descumprimento do encargo prescreve em 20 anos, nos termos do art. 177 do Código Civil. 2. A decisão que afastou a prescrição está bem fundamentada, relevando a documentação existente nos autos, tal e qual posta na sentença e confirmada no Acórdão recorrido. 3. Recurso especial não conhecido” (RESP 54.720/RJ, Terceira Turma, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 10/09/2002).

⁴⁰ “Art. 1.360. Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor.”

⁴¹ Agostinho Alvim (1972, p. 238) entende que a revogação da doação por não cumprimento do encargo produz efeito retroativo, como se a doação nunca se tivesse feito, e menciona autores que perfilham do mesmo entendimento, como Baudry Lacantinerie e Colin, Savatier, Puig Peña, Carvalho Santos e Orosimbo Nonato. A questão é, contudo, controversa, sobretudo em face do disposto nos artigos 1.359 e 1.360 do Código Civil, cuja leitura sugere que a revogação possui eficácia *ex nunc*, respeitando os direitos adquiridos por terceiros, uma vez que a causa da resolução – o descumprimento do encargo – é superveniente. Agostinho Alvim (1972, p. 239) reconhece a dificuldade de se superar o argumento, mas pondera que tais dispositivos têm em vista outros negócios onerosos, e não o encargo: “este rege-se por normas especiais, donde se poder dizer que, não obstante ser o não-cumprimento fato posterior diverso da condição e do termo, os terceiros estarão atingidos”.

distintos da revogação por ingratidão⁴², a qual tem eficácia prospectiva, preservando eventuais direitos adquiridos de terceiros (art. 563 do Código Civil)⁴³.

Como se pôde notar, as consequências do descumprimento de uma obrigação modal tendem a ser menos gravosas que aquelas previstas no ordenamento para a inexecução de uma contraprestação, dado que o encargo é tido como um temperamento à liberalidade, e não como razão jurídica da transferência do bem⁴⁴. Mas em muitos casos o encargo adquire maior relevo na relação concreta, havendo uma zona cinzenta entre contrato de doação modal e contrato bilateral atípico. Assim, torna-se inevitável a indagação: com base em quais critérios deve o intérprete perquirir se está diante de um modo ou de uma contraprestação?

5. Critérios para distinguir modo e contraprestação

Tradicionalmente, costumam-se mencionar dois critérios para distinguir a prestação modal de uma contraprestação: (i) o critério objetivo, que busca verificar a existência de equivalência das prestações a partir do seu valor econômico, e (ii) o critério subjetivo, que se

⁴² Importante destacar que, desde o Código de 1916, somente as doações puras podem ser revogadas por ingratidão. O Código atual atenuou essa regra, admitindo a revogação por ingratidão da doação modal enquanto o encargo não for cumprido (art. 564, II).

⁴³ Como a revogação por ingratidão opera efeitos *ex nunc*, se o donatário tiver transferido o bem antes da revogação, o direito do terceiro será preservado. Caberá ao donatário (possuidor de boa-fé) restituir apenas os frutos percebidos após a citação, bem como indenizar as coisas doadas pelo meio termo do seu valor (art. 563 do Código). O tratamento distinto dado à resolução por descumprimento da prestação modal se justifica porque, neste caso, o terceiro que adquire a coisa sabe da existência do encargo, sendo a hipótese do seu descumprimento muito mais previsível do que a hipótese de o donatário praticar um ato de ingratidão.

⁴⁴ Dois casos concretos podem ser mencionados, para além dos efeitos já destacados, em que os Tribunais reconhecem um papel de menor relevância desempenhado pela prestação modal no contrato em comparação com a prestação correspectiva. O primeiro caso é ilustrativo de como a jurisprudência tende a ser bastante rigorosa na aferição do descumprimento do encargo para fins de admitir a revogação da doação. Conquanto tenha reconhecido a inexecução pelo donatário do encargo de construir uma quadra de basquete no imóvel doado, o Tribunal de Justiça de São Paulo rejeitou a pretensão do doador de desfazer a liberalidade, chegando a afirmar que a revogação somente é possível em casos de suma gravidade: “Doação – Imóvel – Encargo – Construção de quadra de bola ao cesto – Inexecução – Imposição, ainda que aceita na transação, se constitui em ingerência indébita nas atividades internas da entidade, tendo-se em vista que um clube é administrado segundo os próprios interesses mais relevantes de seus associados, os quais devem participar das iniciativas – Revogação possível somente em casos de suma gravidade – Ademais, se o doador pudesse ingerir em todas as atividades do donatário, não ocorreria a hipótese de transferência de um bem – Ação improcedente – Recurso não provido” (TJSP – Relator: Villa da Costa – Apelação cível nº 153.293-1 – São Bernardo do Campo – 18.12.1991). No outro caso, o mesmo Tribunal eximiu o donatário do cumprimento de suas obrigações modais consistentes em erigir uma igreja no imóvel doado, dividir o terreno em quarteirões e construir arrendamentos, sob a alegação de que tais encargos perderam o sentido por fato superveniente, mesmo sendo sua execução ainda possível. Trata-se da Apelação Cível n. 108.817-1, 8ª CC, j. em 15/03/1989, rel. Des. Fonseca Tavares, envolvendo uma doação à Mitra Diocese de Assis. Como a cidade onde se situava o imóvel doado não se desenvolveu, não houve formação de núcleo urbano. Assim, a Mitra propôs ação para livrar-se do encargo e aplicar o bem em outra finalidade social. A sentença não acolheu o pedido por ferir o ato de doação, mas o Tribunal de Justiça de São Paulo afirmou ser possível a sub-rogação ou extinção das cláusulas. Como as circunstâncias mudaram e ninguém usaria do núcleo que seria construído, o encargo perdeu o sentido. Caso o encargo fosse a causa do contrato, tal solução não seria possível, pois se teria uma prestação sem o correspectivo devido, violando o princípio do justo comutativo contratual e gerando enriquecimento sem causa ao donatário. Houve, portanto, revisão judicial de doação, com fundamento na cláusula *rebus sic stantibus* e no princípio da conservação dos negócios jurídicos.

pauta pela verificação da intenção dos contratantes em relação à prestação. Com efeito, ambos os critérios podem ajudar o hermenêuta a investigar se existe correspectividade entre os seus efeitos essenciais.

O valor econômico da obrigação é um dos parâmetros, entre outros, que contribui para a identificação da função desempenhada pela prestação naquele concreto regulamento de interesses e, pela sua objetividade, tende a ser facilmente apurado pelo intérprete, exceção feita às hipóteses de prestações de fazer e de não fazer. O elevado valor econômico da prestação pode sugerir, no caso concreto, cuidar-se de verdadeira contraprestação, desqualificando o tipo de doação. Todavia, é evidente que não pode ser o único critério a ser observado, visto que tal parâmetro só tem serventia quando confrontado com as demais previsões negociais.

Por sua vez, o exame da intenção dos contratantes é sem dúvida importante na identificação da causa concreta, mas não raro esbarra no problema da subjetividade. Não se pode perder de vista que a investigação psicológica dos motivos dos contratantes é irrelevante. Como ressaltado, a causa que interessa para a qualificação dos contratos não é aquela concebida em sentido subjetivo, de tal maneira que o critério da intenção das partes deve ser extraído de elementos objetivados na relação contratual.

Assim, conquanto tais critérios devam ser considerados pelo intérprete, nenhum deles é suficiente, por si só, para determinar se a prestação é modal ou correspectiva. Na identificação da causa em concreto, deve o intérprete considerar todas as peculiaridades da relação estabelecida entre as partes a fim de perquirir qual a função desempenhada pela prestação naquele contrato. É preciso verificar se há, em concreto, correspectividade entre os efeitos essenciais do contrato, uma vez que a interdependência funcional entre os efeitos essenciais serve para determinar a função negocial (BODIN DE MORAES, 2013).

Devem, portanto, ser levadas em conta todas as cláusulas acordadas entre as partes, especialmente aquelas, se houver, que regulam as matérias sensíveis à sinalagmaticidade. Como visto, tais regras, relacionam-se (i) à possibilidade de resolução de pleno direito do contrato por inadimplemento, (ii) à admissibilidade da exceção do contrato não cumprido, (iii) ao cabimento da reparação por perdas e danos em caso de inexecução da prestação e, por fim, (iv) aos efeitos da impossibilidade superveniente de execução do suposto encargo. Se os principais efeitos previstos em abstrato para a doação modal – que se caracteriza pela ausência de correspectividade – forem afastados no contrato, é bem provável que de doação não se tratará. Não à toa, tais previsões contratuais constituem expressivos indicativos da

existência de correspectividade entre as prestações, sendo, portanto, potenciais reveladoras do nexo de sinalgmaticidade que se procura investigar.

A eventual disposição pelas partes em sentido contrário a algum ou a todos os efeitos previstos em abstrato pelas regras especiais da doação onerosa, conforme o caso, deve ser considerada pelo intérprete como importante parâmetro para identificar a interdependência entre as prestações⁴⁵. Tal assertiva se justifica na medida em que o sistema jurídico prevê tais efeitos para a doação modal em virtude justamente da ausência de sinalgmaticidade que lhe é essencial. Logo, se efeitos próprios dos contratos bilaterais foram adotados no contrato, ainda que este seja nominado como doação pelas partes, o suposto encargo constitui, em verdade, uma prestação correlata à atribuição patrimonial; se, ao contrário, nenhum daqueles efeitos for consagrado no regulamento concreto, cuidar-se-á mesmo de uma obrigação modal.

Sugestão semelhante é dada por Maria Celina Bodin de Moraes (2013, p. 15). Após destacar que a correspectividade é um elemento indicador da causa dos negócios jurídicos em geral, na medida em que permite que se identifiquem os seus efeitos essenciais, a autora sugere que a resolução do contrato por inadimplemento consiste em importante indicador do vínculo de sinalgmaticidade:

A resolução do contrato por inadimplemento, nesta perspectiva, conduz a resultados significativos quanto à qualificação do ato negocial, porque é índice de correspectividade no contrato. Com efeito, o negócio poderá ser qualificado como de prestações correspectivas se for possível a resolução por inadimplemento contratual. Isto porque a previsão da resolução, como remédio aplicável somente às hipóteses de correspectividade entre as prestações, demonstra a escolha – e, conseqüentemente, a regulamentação contratual – acordada entre as partes.

Acredita-se, desse modo, que o exame atento das cláusulas pactuadas em concreto, em cotejo com os efeitos em abstrato previstos pelo ordenamento para os contratos unilaterais e bilaterais, serve como importante parâmetro capaz de auxiliar o intérprete no exame do nexo de funcionalidade entre as obrigações principais. Em especial, deve o hermeneuta voltar sua atenção às regras típicas dos contratos bilaterais. Verificada a interdependência das prestações principais a partir da análise da eficácia concretamente produzida, será forçoso concluir que o suposto encargo é a razão jurídica da transferência do bem, desqualificando a doação.

⁴⁵ Importante questão, atinente às cláusulas dispositivas, pode ser formulada nos seguintes termos: até que ponto os efeitos típicos podem ser afastados pela vontade das partes sem desqualificar o contrato? Os autores que defendem o método tipológico aduzem a um limite máximo de elasticidade do tipo, i.e., um momento máximo de maleabilidade que define a fronteira entre o típico e o atípico. Contudo, de acordo com o método proposto por Carlos Konder (2009, p. 177), sem dúvida o mais adequado na (indispensável) perspectiva do direito civil constitucional, a distinção entre contrato típico e atípico não desempenha tanta importância, na medida em que se reconhece a possibilidade de um contrato ser mais ou menos típico. Admite-se, assim, um juízo de prevalência do tipo, a partir do exame da causa concreta, apto a justificar uma aplicação maior ou menor da disciplina legal.

6. Consequências da desqualificação da doação modal

Por fim, uma importante pergunta se impõe: descartado o modo, por constituir verdadeira contraprestação, qual a disciplina jurídica aplicável àquele contrato?

Segundo Luciano Penteadó (2013, *passim*), uma vez desqualificada a doação modal, estará o intérprete diante de um contrato de troca ou de um negócio misto com doação⁴⁶, conforme a proporção verificada entre os sacrifícios. Havendo equivalência entre os sacrifícios, será troca; caso haja diferença substancial, será negócio misto com doação⁴⁷. Em ambos os casos, prossegue o autor, a existência de sinalagma (causa razoável) afasta a exigência legal de forma escrita ou de entrega do bem que existe para a doação, sendo a troca regida pelas regras da compra e venda (art. 533 do Código Civil), que é contrato consensual, e o negócio misto com doação pelas regras de fundo (e não de forma) da doação.

Apesar do caráter extremamente didático da proposição acima, acredita-se não ser possível estabelecer, *a priori*, uma solução inflexível para todas as hipóteses, dada a necessidade de se analisar as peculiaridades do contrato a fim de identificar a sua função concreta⁴⁸. A verificação de correspectividade entre as prestações, portanto, romperá a elasticidade do tipo de doação modal, evidenciando a atipicidade daquele contrato (art. 425 do Código Civil). O fato de se tratar de um contrato atípico, todavia, não significa que o mesmo cai em um vazio normativo, já que a qualificação do contrato é um processo analógico,

⁴⁶ O contrato misto é aquele que tem em sua estrutura elementos de dois ou mais contratos, como o tradicional exemplo do aluguel de cofre bancário (locação + depósito). Tradicionalmente, duas teorias procuram solucionar o problema do regime jurídico aplicável a tais contratos: a *teoria da absorção*, pela qual prevalecem as regras aplicáveis ao negócio preponderante, e a *teoria da combinação* (ou *incidência respectiva*), que cinde o contrato em duas ou mais partes, aplicando a cada uma delas as regras que lhe são próprias. Como se nota, a criação da figura supostamente autônoma do contrato misto tinha por objetivo, na perspectiva da subsunção, evitar que o mesmo caísse no vazio normativo que seria característico dos contratos atípicos. Todavia, a doutrina atual dedicada ao tema reconhece que os contratos mistos não são uma categoria independente da ampla categoria dos contratos atípicos, conforme explica Carlos Konder (2009, p. 190-191): “A justificativa para a existência de uma categoria referente a ‘contratos mistos’ realmente perde sua razão de ser a partir do momento que se reconhece que todo o processo de qualificação deve ser pautado pela causa concreta do contrato e deve cotejá-la com a totalidade das normas típicas potencialmente aplicáveis levando em conta sua *ratio* e sua inserção no sistema. Colocada em termos apenas de uma potencial apriorística aplicação das normas previstas para um determinado modelo abstrato, a dicotomia entre a tipicidade e a atipicidade é mitigada e reconhece-se com isso que toda interpretação (e qualificação) é analógica e sistemática, axiológica e teleológica.”

⁴⁷ O negócio misto com doação seria um sinalagma enfraquecido pela vontade, enquanto a doação não é sinalagma. Estaria, portanto, situado na zona cinzenta entre a doação modal e a troca *lato sensu*. São citados na doutrina como exemplos de *negotium mixtum cum donatione* a compra a preço vil e a locação a preço bem superior ao de mercado.

⁴⁸ Nos dizeres de Maria Celina Bodin de Moraes (2013, p. 11): “Para a qualificação do negócio será necessário examinar cada particularidade do regulamento contratual porque uma cláusula aparentemente acessória pode ser o elemento individualizador da função daquele contrato. Supera-se, desta forma, a técnica da subsunção, da forçada inserção do fato na norma e da premissa menor na premissa maior, obtendo-se, como resultado, uma qualificação-interpretação compatível com a manifestação de vontade das partes”.

sistemático, axiológico e teleológico. Sobre o tema, transcreve-se a lúcida explicação de Carlos Konder (2009, p. 221):

Os contratos ditos atípicos não caem em um vazio normativo no qual o intérprete deve ater-se fielmente à vontade das partes e, apenas no silêncio destas, recorrer somente às normas gerais sobre os contratos. Para determinar seus efeitos jurídicos, deve-se buscar na totalidade do sistema – verticalmente, a partir de seus princípios gerais hierarquicamente superiores, mas também horizontalmente, pela analogia com outras normas típicas funcionalmente compatíveis – a normativa mais adequada ao contrato concreto. O “ordenamento do caso concreto” constrói-se especialmente levando-se em conta, neste processo, as peculiaridades do contrato firmado, reputadas juridicamente relevantes na medida em que objetivadas na sua função específica.

Desse modo, descaracterizada a doação, o contrato poderá, conforme a sua causa concreta, submeter-se a normas típicas previstas em abstrato, por exemplo, para os contratos de troca, mandato, prestação de serviço ou mesmo da própria doação⁴⁹, contanto que a razão de ser da norma, interpretada à luz do sistema, seja compatível com a sua função concreta. Cabe, pois, ao intérprete avaliar a “compatibilidade funcional entre a norma cuja aplicação é pretendida e a causa concreta do contrato sobre o qual se pretende aplicá-la, levando em conta o atendimento aos princípios gerais do ordenamento” (KONDER, 2009, p. 185).

7. O caso das operações não reembolsáveis celebradas pelo BNDES

O BNDES é uma empresa pública federal autorizada por lei a efetuar todas as operações bancárias necessárias à realização do desenvolvimento da economia nacional, sendo que o seu estatuto social permite que efetue aplicações não reembolsáveis destinadas a apoiar projetos e investimentos de caráter social. Assim, nas ditas operações não reembolsáveis, o BNDES celebra um "contrato de concessão de colaboração financeira não reembolsável" com uma entidade pública ou privada (em regra, associações, fundações ou sociedades cooperativas), com o objetivo de transferir determinados valores a esse beneficiário, que assume o compromisso de aplicá-los exclusivamente em uma determinada finalidade pré-estabelecida entre as partes. Pergunta-se: trata-se de doação com encargos ou de um contrato bilateral atípico?

⁴⁹ “O argumento é singelo: a dita tipicidade significa apenas que ao contrato são, a priori, potencialmente aplicáveis as normas daquele tipo, mas sem qualquer obstáculo a que normas de outros tipos também lhe sejam aplicáveis sob o fundamento – argumentativamente exposto na motivação da decisão – das peculiaridades que revestem a causa concreta daquele contrato. Como abordado, quando essas peculiaridades são em tal intensidade e importância que não mais se justifica partir da premissa de que as normas típicas sejam todas, em princípio, aplicável, neste momento ocorre o que se costuma referir por descaracterização ou desqualificação do contrato com relação ao tipo. Mas, considerando que é a causa concreta que servirá a identificar a normativa aplicável, nada impede que, mesmo descaracterizado o contrato ainda receba a incidência de uma ou algumas normas do tipo” (KONDER, 2009, p. 184).

À primeira vista, pode parecer ao intérprete tratar-se de hipótese típica de doação modal, na medida em que o encargo, com frequência, consiste justamente na imposição de uma finalidade para a dádiva. A prestação da beneficiária, consistente em aplicar os valores recebidos em uma dada finalidade, parece caminhar no mesmo sentido da obrigação financeira assumida pelo BNDES, e não em sentido contraposto. Nessa leitura, o interesse do banco de desenvolvimento em promover a inclusão social, ainda que determinante para a liberalidade, estaria restrito ao campo dos motivos. Descumprida a obrigação, pelo beneficiário, de aplicar os recursos na finalidade prevista no contrato, poderia o BNDES optar por exigir o cumprimento do encargo (art. 553 do Código Civil)⁵⁰ ou revogar a doação e reaver o dinheiro (art. 562). Aplicar-se-ia ao contrato, destarte, o regime previsto no Código Civil para o contrato típico de doação modal.

No entanto, a partir de um exame mais acurado da causa concreta, nota-se a existência de um nexo sinalagmático entre a transferência dos recursos e a obrigação de fazer, ainda que sem configurar uma reciprocidade perfeita. Esta obrigação de aplicar os recursos em estrita observância à finalidade predeterminada entre as partes adquire tamanha relevância na relação contratual que transcende o campo dos motivos, penetrando na própria causa do contrato. O suposto encargo é mais do que o motivo determinante; é, na realidade, a razão jurídica da atribuição patrimonial. Para que se possa demonstrar a bilateralidade do contrato, é preciso examinar mais a fundo as cláusulas ajustadas entre as partes.

De início, faz-se necessário separar as ditas operações não reembolsáveis em dois grupos: aquelas em que o apoio financeiro concedido pelo BNDES se reverte diretamente em proveito da parte contratada e aquelas celebradas com uma entidade repassadora, que assume a obrigação de prospectar projetos capazes de promover inclusão socioproductiva e, posteriormente, aplicar tais recursos nesses projetos, em benefício de outras pessoas. Neste segundo grupo, parece claro não haver doação por parte do BNDES às entidades repassadoras, até porque inexistente um efetivo enriquecimento da parte contratada⁵¹ – que, na

⁵⁰ Importante esclarecer que a revogação seria possível desde que se reconhecesse o interesse direto do doador no cumprimento do encargo, sendo válida a observação de Agostinho Alvim (1972, p. 246) no sentido de que "a lei, quando se refere ao benefício do doador, cogita daquilo que o beneficia direta e imediatamente. Com efeito, interesse remoto o doador tem sempre, uma vez que o encargo é imposição sua". Como visto, a doutrina entende inexistir encargo, mas mera recomendação ou conselho, na hipótese em que é estipulado em benefício do próprio donatário, por força da regra do art. 553 do Código Civil. No caso, porém, ainda que a finalidade prevista no contrato coincida perfeitamente com o objeto social da parte beneficiária, é imperioso reconhecer a existência de interesse do BNDES e da coletividade, apto a justificar a possibilidade de revogação.

⁵¹ Agostinho Alvim (1972, 237-238) analisa hipótese semelhante e conclui que não se trata de encargo: "Casos há de encargo equivalente, o qual tendo, embora, o nome de encargo, corresponde, na realidade, a uma outra figura. Se o encargo é igual ao benéfico – disse RUY BARBOSA –, doação não há (...). É o que sucede, algumas vezes, quando êle consiste em dar esmolas. Pode ocorrer que as esmolas absorvam completamente a liberalidade,

maioria dos casos, também se compromete a empregar recursos próprios nos projetos selecionados –, aproximando-se mais de outras figuras típicas, tais como o mandato e até mesmo a prestação de serviços, do que da própria doação. Nessas hipóteses, o problema da qualificação da doação onerosa se desloca para a outra ponta, i.e., para a relação entre a entidade parceira e o beneficiário final dos recursos.

Já no que diz respeito às operações do primeiro grupo, de que é exemplo o apoio financeiro não reembolsável destinado ao fortalecimento de uma cooperativa de produtores rurais, a questão parece mais problemática na medida em que os recursos se reverterem inteiramente em favor da própria parte contratada, embora esta não tenha a liberdade de escolher como utilizá-los, pois deve obedecer à destinação prevista no contrato. Há, aparentemente, uma confluência entre o interesse social visado pelo BNDES e a finalidade da própria instituição beneficiada, a qual induz o intérprete a desconfiar que se trata de obrigação modal, e não de uma contraprestação.

O exame do critério objetivo (econômico) demonstra que a prestação assumida pelo beneficiário consome a totalidade do dinheiro transferido, não restando qualquer recurso do qual o mesmo possa livremente dispor. Por esse motivo, para muitos autores, tal obrigação não poderia ser modal⁵². É forçoso reconhecer, por outro lado, que todo o apoio financeiro concedido aproveitará ao beneficiário, em última análise, ainda que seu destino já esteja previamente definido e que as exigências impostas pelo BNDES com o escopo de atender ao interesse público tenham alterado, em parte, o uso que o beneficiário faria daquela verba se pudesse dela usufruir a seu bel prazer. Portanto, como já se advertiu, o critério econômico não é suficiente para determinar a natureza da prestação e precisa ser conjugado com uma análise meticulosa dos efeitos essenciais do contrato em concreto.

No que diz respeito ao critério subjetivo, note-se que, sendo o BNDES integrante da administração pública indireta, a concessão da colaboração financeira decorre de uma atribuição institucional imposta por seu estatuto social e visa a cumprir a missão legal de promoção do desenvolvimento econômico e social. Tamanha é a importância da obrigação

como neste caso: lego um milhão de cruzeiros a tal entidade, para que ela os distribua inteiramente a tais pobres, ou outras entidades. Não me parece haver aí um encargo. (...) O chamado donatário é executor. Se alguém disse: faço doação a Fulano, de dez mil cruzeiros, para que o mesmo distribua toda essa importância a tais e tais pobres; o nome dado será doação, com encargo. Mas, à luz do art. 85 do Código Civil, o chamado donatário é executor, de acordo com a vontade interna do que fez a doação. Observam SCHNEIDER ET FICK que, segundo STAUDINGER ‘... *il n’y a pas donation quand le donataire ne peut employer la chose remise, pour lui même, mais qu’il doit réaliser un but de bien-faisance...*’. Todavia, SCHNEIDER ET FICK opinam contra o citado autor (*Commentaire du Code Fédéral des Obligations*, vol. I, pág. 413, nota 10)”.

⁵² Agostinho Alvim (1972, p. 237), por exemplo, entende que o encargo não pode prescrever o uso a que a coisa se destina em sua totalidade, mas apenas parcialmente.

assumida pelo beneficiário que o seu descumprimento pode até mesmo configurar crime contra o Sistema Financeiro Nacional, quando verificado o desvio de finalidade no uso dos recursos. Entretanto, como já se advertiu, a investigação da intenção das partes em relação à prestação deve ser realizada com base nos elementos objetivados no contrato. Logo, somente uma análise atenta das diversas cláusulas contratuais é capaz de demonstrar que o interesse do BNDES desempenha tanta relevância no contrato que dele deriva um nexo de funcionalidade entre a concessão dos recursos e a obrigação de aplicá-los na finalidade estipulada.

Assim, com o escopo de conhecer a dinâmica da relação contratual, é importante destacar que são estabelecidas condições rigorosas tanto para a contratação quanto para a liberação de cada parcela dos recursos; a parte beneficiária assume uma série extensa e complexa de obrigações cuja inobservância autoriza o vencimento antecipado, sujeitando-a a devolver os valores utilizados com correção, juros moratórios, multa e eventuais despesas judiciais e extrajudiciais; há uma definição precisa da forma e do prazo de cumprimento da obrigação de fazer, com prévia estipulação de um detalhado quadro de usos e fontes; há previsão de rigorosos mecanismos de controle e acompanhamento da correta aplicação dos recursos; a parte beneficiária se compromete a devolver recursos que não sejam utilizados no projeto, devidamente atualizados, bem como a aplicar recursos próprios caso necessários à cobertura de eventuais insuficiências no orçamento global; e, por fim, há pactuação de cláusula penal, com incidência de multa de 10% sobre os valores utilizados. Tais previsões contratuais, com efeito, corroboram a relação de interdependência estabelecida entre as prestações principais.

Mas é a partir do exame dos efeitos jurídicos típicos dos contratos bilaterais, em especial, que se pode concluir, com maior segurança e rigor técnico, pela bilateralidade do contrato, na medida em que os contratos sob exame afastam todas as consequências que decorreriam da aplicação das regras específicas da doação modal analisadas neste trabalho. Isso porque: (i) o BNDES está autorizado a resolver o contrato em caso de descumprimento das obrigações, sujeitando o beneficiário a devolver os valores utilizados com correção, juros moratórios, multa e eventuais despesas judiciais e extrajudiciais; (ii) há previsão expressa de suspensão da transferência dos recursos na hipótese de não ser devidamente comprovada a correta aplicação de cada parcela recebida, o que representa efeito correspondente à *exceptio non adimpleti contractus*; (iii) tornando-se impossível a prestação, ainda que sem culpa do beneficiário, resolve-se o contrato, devendo o mesmo devolver os recursos devidamente atualizados; e, por fim, (iv) no que diz respeito às perdas e danos, como visto, o contrato prevê a cláusula penal, com incidência de multa de 10% sobre os valores utilizados.

8. Conclusão

A funcionalização dos institutos do direito civil, adotada pelo marco teórico do direito civil constitucional como premissa necessária à realização dos valores constitucionais, impõe, no âmbito do direito contratual, a superação da técnica da subsunção na qualificação dos contratos. Com isso, o intérprete não deve restringir-se à verificação rígida e mecânica dos elementos essenciais do tipo, cabendo-lhe levar em conta a função perseguida naquele contrato concreto e cotejá-la não apenas com os modelos abstratos previstos em lei, mas com o ordenamento como um todo, já que este é unitário, complexo, sistemático e coerente.

Reconhecido que o traço característico essencial do tipo contratual de doação é a ausência de sinalagmaticidade, cabe ao intérprete levar a cabo um exame minucioso da causa concreta do contrato a fim de identificar se aquela prestação exigida da parte beneficiada pela transferência do bem constitui um encargo (em um contrato de doação modal) ou uma contraprestação (de um contrato bilateral atípico). A existência de uma relação de interdependência funcional entre os efeitos essenciais do contrato levará ao rompimento da elasticidade do tipo de doação, já que este se distingue justamente pela ausência de correspectividade.

Na difícil tarefa de identificar se há correspectividade entre as prestações, conclui-se que não é possível estabelecer a prevalência apriorística de um ou outro parâmetro, pois é somente a partir da análise minuciosa da eficácia concretamente produzida que se poderá extrair a causa concreta, apta a qualificar o contrato. Os critérios objetivo (valor econômico da prestação) e subjetivo (intenção das partes quanto à prestação), tradicionalmente invocados pela doutrina, embora possam ajudar o hermenêuta, não se mostram suficientes para a investigação ora cogitada. Recomenda-se, assim, uma especial atenção às peculiaridades do contrato concreto, especialmente no que diz respeito a uma eventual disposição das partes quanto aos efeitos típicos dos contratos sinalagmáticos previstos no Código Civil.

Uma vez desqualificada a doação pela constatação de que as prestações principais do contrato são correspectivas – tal como verificado nas colaborações financeiras não reembolsáveis feitas pelo BNDES –, não é possível estabelecer uma solução *a priori* acerca do regime jurídico ao qual tal contrato estará submetido. Mas é certo que os contratos atípicos não são lançados a um vazio legal ou regulados apenas pela vontade das partes, limitada somente pelas regras gerais dos negócios jurídicos. Deverá, assim, o intérprete buscar em todo o ordenamento, inclusive na disciplina dos diversos tipos contratuais, a norma pertinente à causa concreta do contrato.

Referências bibliográficas:

- ALVIM, Agostinho. **Da doação**. São Paulo: Saraiva, 1972.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil – Introdução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contrato atípico misto e indivisibilidade de suas prestações. **Revista dos Tribunais**, v. 89, n. 778. São Paulo, ago., 2000. p. 115–134.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil anotado e legislação complementar**. São Paulo: Atlas, 2004.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, vol. IV. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 1958.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. **Revista Forense**, v. 86, n. 309, jan./mar., 1990, p. 33-61.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Notas sobre a promessa de doação. *In: Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 267-288.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. **A causa do contrato**. *Civilística.com – Revista eletrônica de direito civil*, a. 2, vol. 1, 2013. Disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2014/02/A-causa-do-contrato-civilistica.com-a.2.n.4.2013.pdf>>, acesso em abril 2014.
- CARVALHO, Eduardo Manuel Souza. **Do cumprimento e do não cumprimento do modus no contrato de doação com cláusula modal**. Disponível em <<http://jusjornal.wolterskluwer.pt>>, acesso em agosto 2014.
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito civil – Questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CORREIA, Atalá. Causa final concreta no direito civil brasileiro. *In: Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*. Coord: Fátima Nancy Andrichi. São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 87-111.
- FRANCA, Rubens Limongi. Revogação de doação onerosa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.78, n. 644, p. 29-45, 06/1989.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos*, 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. III. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. **A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2009. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp119199.pdf>>.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao código civil**. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema francês e no sistema civil brasileiro. **Ajuris**, n. 45. Porto Alegre, mar. 1989.

MASSON, Nathalia. O princípio da liberdade das formas. In BODIN DE MORAES, Maria Celina (org.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 163-184.

NADER, Natal. Questões relativas à doação (ii). **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, n. 19, ano 6, São Paulo, jan/mar 1982, p. 80-86.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado e legislação extravagante**, 3º ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

PACHECO, José da Silva. Do ato formal da doação e da dispensa de colação em face do novo código civil. **ADV advocacia dinâmica**, v. 24, n. 3, 2004, p. 35–37.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Doação com encargo e políticas públicas como causa final. Relações obrigacionais duradouras de prestações complexas. Interpretação do contrato e adimplemento substancial. Irresolubilidade do domínio no caso concreto. Ação de revogação da doação como constitutiva negativa (prazo decadencial). "Supressio" nas relações jurídicas com a administração. **Revista de Direito Privado**, v. 32, São Paulo, 2007, p. 335-376.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. 3, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964, t. XLVI.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**, v.1, tradução da 6ª ed. italiana. São Paulo, Livraria Acadêmica, 1934.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e MORAES, Maria Celina Bodin de (orgs.) et alli. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, vol. I e II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *In: A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas* (coord. Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 309 – 320.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituzioni di Diritto Civile**, 39ª ed. Padova, Ed. Cedan, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Contratos em espécie**. Vol. 3, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.