BC

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito do Largo de São Francisco

Programa de Pós-Graduação

DOAÇÃO COM ENCARGO E CAUSA CONTRATUAL

DEDALUS - Acervo - FD

20400021429

Dissertação de Mestrado

(Pesquisa subsidiada pela FAPESP)

Candidato: Luciano de Camargo Penteado

Orientador: Antonio Junqueira de Azevedo

EX-LIBRIS
BIBLIOTECA DA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO
R 16-33-14

FAC. DIR. U. S. P.
BIBLIOTECA CENTRAL

São Paulo

2002

Capítulo 9. Doações "motivadas"

104. Um dos mais recentes estudos sobre a doação em perspectiva moderna e global, procurando abarcar com certa profundidade os temas a ela correlatos apresenta uma interessante observação:

> "No atual sistema a forma pública é certamente essencial, mas entre o esquema formal-causal da doação encontram espaço os motivos que, se objetivados no ato, servem para tutelar os interesses do doador e/ou do donatário, muito mais do que a própria forma pública"[412].

Evidentemente, essa perspectiva não é absolutamente inovadora. Capitant já classificava as liberalidades conforme a causa, embora confundisse causa e fim. Nas liberalidades puras, a causa seria a simples intenção liberal enquanto, nas demais, o *animus donandi* seria meio para outro fim. A conseqüência principal desta concepção é que às primeiras, no sistema francês, não poderá se aplicar o art. 1.131, porque a intenção de gratificar não é imoral. A ilicitude estaria nos motivos[413]. Na verdade, como vimos, o tema está mal enquadrado. O tema a que se refere o autor é o do fim dos contratos.

A teoria dos tipos, que vem sendo aplicada cada vez com mais vigor no direito dos contratos, permite encarar a doação (embora ela não seja propriamente um tipo, mas uma figura), como apresentando aspectos puros (tipo puro), ao mesmo tempo também em que se apresenta misturada com outros esquemas e categorias da realidade negocial. São como que sub-tipos que concretizam todas as propriedades essenciais do tipo, mas acrescentam algumas características peculiares ao esquema básico. A perspectiva mais adequada para a compreensão desses casos especiais de doação é encará-las como doações causativas ou motivadas. Apesar das proclamações da irrelevância dos motivos, nelas, os motivos objetivos são considerados pela lei como relevantes a ponto de disciplinar cada uma das hipóteses de modo individuado. Vamos tratar brevemente da doação remuneratória, da doação modal e da doação para determinado casamento sob esta ótica. Apesar de acender vivas polêmicas quanto à sua

---

[412] Antonio Palazzo, *Atti...*, *cit.*, p. 125. "Nell'attuale sistema la forma pubblica è certamente essenziale, ma entro lo schema formale-causale della donazione trovano spazio i motivi che, se oggettivati nell'atto, servono a tutelare gl'interessi del donante e/o del donatario, più che la stessa forma pubblica".

[413] Cfr. *De la cause...*, *cit.*, p. 438-439.

admissibilidade no direito brasileiro, a doação *mortis causa* será tratada também neste Capítulo.

105. A doação remuneratória é muito semelhante àquela feita por merecimento do donatário. São liberalidades feitas em vista de uma causa pretérita. Evidentemente, a causa jurídica continua a mesma das doações, porque a causa está profundamente ligada ao tipo contratual. Essa causa pretérita não é apta a desqualificar a doação, convertendo-a em um negócio contratual sinalagmático. Em ambas *não há reciprocidade* em sentido estrito porque, deste modo, perderiam o caráter da doação para adquirir o de contraprestação (adimplemento de obrigação). Não há dever jurídico. O fato de denominarmos a doação de remuneratória significa tão-somente que há um fato pretérito à dádiva, que influi sobre a sua qualificação secundária e que exclui a revogação por ingratidão e a colação[414]. Para as regras de fundo, o serviço exerce o mesmo papel da causa suficiente para a regra de forma. O papel que exerce o fato passado, os serviços ou o mérito, é o de elemento integrante do caso especial em estudo, é o motivo comum da doação.

A afirmação do Código de que essas doações *são liberalidades no excedente* ao valor da causa pretérita (art. 1167) não implica cindibilidade. O ato é uno, o que é decorrência do princípio da totalidade. O ato de modo geral é uma liberalidade: não há partes. A redação desse dispositivo talvez tenha recebido influência da doutrina das duas causas de Savigny. É uma doação porque não se faz o ato em vistas de dever existente; se houvesse dever,

---

[414] A opinião de Pontes de Miranda é de que a doação *remuneratória* só o é no motivo, cfr. *Tratado...*, t. XLVI, *cit.*, p. 229. O autor defende que a locução do Código "puramente remuneratórias" tem por fim afastar aquelas doações que "remuneram" serviços de pequena valia em relação ao valor do objeto da doação, *Tratado...*, t. XLVI, *cit.*, p. 277. Esta última distinção parece, à primeira vista, um pouco excessiva, mas há diferenças práticas notáveis, quer se opte por uma ou outra opinião. Caso não seja adotada, permitiria muito facilmente a não incidência da regra que determina a colação, às vezes em prejuízo da família, que pode não ter recebido um serviço de certa importância econômica e ser, assim, prejudicada pela qualificação da doação como remuneratória. Na verdade, parece que, além da comparação de valores sugerida pelo autor, deveríamos levar em conta também, até certo ponto, a vontade das partes. Pode-se aplicar aqui raciocínio análogo ao que será desenvolvido no n. 59 da Parte II, para distinguir o negócio misto, da doação modal e troca.

estaríamos diante de uma hipótese de dação em pagamento[415]. A "remuneração" que ocorre dá-se no plano dos fatos. Não há remuneração em sentido jurídico de retribuição ou cumprimento de dever[416]. As primeiras têm o seu regime especial derivado de uma remuneração de fato. Juridicamente, o doador não é devedor do donatário, mas dá, isto é, "remunera", mas não em cumprimento de dever. É situação de fato com repercussão jurídica na irrevogabilidade.

106. A doação por causa de morte não se encontra delineada claramente pela lei brasileira. No direito romano, parece ter exercido papel considerável. O Livro 39 do Digesto, 6, que trata *De mortis causa donationibus et capionibus* menciona um episódio da *Odisséia*, de Homero, no qual Telêmaco, ao retornar de Ítaca, doa a Pireu por medo de morrer[417]. A seguir, o Digesto elenca uma classificação das doações por morte[418] elaborada por Juliano[419].

---

[415] "Se o garção serve o almoço e, a despeito de estar na conta o percentual da gorjeta, o freguês lhe entrega algumas notas, ou objetos, há doação, e não *datio ob causam*, erro de Cujácio, do Cardeal de Retes, de A. Leyser e de outros. Mesmo se de altíssimo valor o serviço, como é o caso de salvamento da vida do doador ou do seu barco", Pontes de Miranda, *Tratado...*, t. XLVI, *cit.*, t. XLVI, p. 278.

[416] Não concorda com essa tese Agostinho Alvim, para quem não existe doação remuneratória, a qual não é uma das modalidades de doação, a não ser na parte pura: o excedente consiste em uma remuneração, cfr. *Da Doação*, *cit.*, p. 48. A respeito da doação modal e da remuneratória, diz "(h)á nessas doações duas figuras: negócio oneroso e negócio gratuito. Mas ainda que um deles seja o principal, ou o mais importante, não se dá a absorção de uma figura por outra, e sim, há dois negócios e duas disciplinas", *op. cit.*, p. 308. Sob essa ótica parece mais razoável a opinião de Pontes de Miranda, para quem "(a) doação remuneratória supõe que tenha havido serviços, ou méritos, ou que os haja, sem que exista qualquer relação jurídica entre o doador e o donatário, de que possa irradiar-se dívida. Remunera-se, com a doação, sem que se tivesse de remunerar. Não há pensar-se em parte onerosa e em parte gratuita: a doação remuneratória é integralmente gratuita; toda ela é gratuitamente feita, posto que com toda ela se remunere. A remuneração é só no mundo fático", *Tratado...*, t. XLVI, *cit.*, p. 278. Emilio Betti define a relação jurídica de débito e crédito (oriunda de um contrato) como a expressão *de iure* de uma relação econômica e social de dar e receber, Emilio Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, t. II, Milano, Giuffrè, 1953, p. 77.

[417] *Odisséia*, 17, 78. "Pireu, não sabemos como evoluirão as coisas. Se os pretendentes soberbos me matarem traiçoeiramente no palácio e partilharem em seguida todo o meu patrimônio, prefiro que sejas tu a desfrutar esses presentes, em vez de um deles. Se conseguir desferir-lhe o golpe fatal da morte, então será um prazer para ti vir entregar-me esse depósito, e para mim recebê-lo". Homero, *Odisséia*, Europa-América, s.d., p. 184. O trecho aludido no texto é D. 39, 6, 1.

[418] Usamos essa expressão, menos equívoca por não conter a palavra causa, segundo mesmo proceder de Pontes de Miranda, *Tratado...*, t. XLVI, *cit.*, p. 219.

Esse instituto pode ser o precedente histórico da regra do art. 1.174, que estabelece a possibilidade de doação da propriedade resolúvel.

O texto romano distingue três espécies: a doação incondicionada e feita sem estar o doador diante de um perigo, aquela feita diante de um perigo, mas também incondicionada e a com perigo e condição suspensiva. Por se relacionar à morte, poderíamos confundir esse caso especial com algum ato de direito das sucessões ou pensarmos que contraria um dispositivo expresso de lei cogente, ao menos no Brasil. O art. 1.089 é claro ao proibir a contratação que tenha por objeto da prestação a herança de pessoa vida. A *ratio legis* é evitar o desejo da morte da pessoa por interesse patrimonial, que poderia, além de turbar o convívio familiar, induzir alguém a praticar atos para tirar-lhe a vida. É a vedação dos *pacta corvina*.

A doação por morte nada mais é do que uma doação condicional[420]. Não pode ser prometida no direito brasileiro atual, porque infringiria o dispositivo supra citado: a não definição precisa do objeto a ser doado importaria pacto sucessório. Ela vale como uma espécie de doação condicional, se não for revogável pelo doador a qualquer tempo (é uma das aplicações da regra do direito costumeiro francês *donner et retenir ne vâut*). A dificuldade de assumir a figura no nosso direito, tal qual foi historicamente desenhada, é justamente o caráter de revogabilidade que havia no direito romano. Em muitos lugares, com o tempo, foi abandonada como uma figura autônoma. Uma das formas de se obter o seu efeito, era fazê-la em disposição testamentária. Neste caso, em verdade, já seria um legado.

A doação por morte é doação entre vivos condicionada. Se feita em testamento não é doação, mas simplesmente um legado. Se revogável, ofende o art. 1.089 e é nula. Sendo válida,

---

[419] D. 39, 6, 2. "*Ulpianus libro trigensimo secundo ad Sabinum. Iulianus libro septimo decimo digestorum tres esse species mortis causa donationum ait, unam, cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commodus ita donat, ut statim fiat accipientis. tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tun demum, cum mors fuerit insecuta*". "Ulpiano no livro trigésimo segundo a Sabino. Juliano no livro décimo sétimo do Digesto, diz que há três espécies de doações por morte: uma, quando se doa sem temor de um perigo iminente de morte, mas apenas pela previsão daquela; outra espécie de doação por morte, diz que é a do que doa pelo temor de uma morte iminente, para que o doado se faça imediatamente do donatário; a terceira espécie de doação, diz que é a do doador que dá, movido pelo temor da morte, mas não para que o bem doado se faça do donatário imediatamente, mas quando suceda a morte". Tradução livre, apoiada na de Pontes de Miranda.

[420] No mesmo sentido, Pontes de Miranda, *Tratado...*, t. XLVI, *cit.*, p. 214.

poderá ser também eficaz quando da morte, dependendo ainda de que o donatário sobreviva ao doador. Poderá ser condicional resolutiva se, efetuada a atribuição, ocorrer um dos seguintes eventos: morte do donatário antes da morte do doador, ou se o doador sai do perigo com vida. O único dispositivo de lei que menciona a figura, a propósito de doações antenupciais, é o art. 314 do Código Civil[421]. A sua relação com a teoria da causa é diversa daquela das doações causativas. Nestas, o motivo exerce um papel causal, que modifica a regulação jurídica da figura. Aqui o fato morte eventual não exerce papel de motivo nem de causa, é uma condição na medida em que limita a eficácia do ato no tempo. Para a distinção entre causa e condição, ver o n. 28 do *Excursus*.

A doação *mortis causa* é admitida no direito suíço. No direito alemão, ela não é figura autônoma. A grande diferença é que aqui não se admite pacto sucessório, enquanto lá sim. A promessa de doação *mortis causa* é negócio sucessório e a outra alternativa é ser uma doação entre vivos, mas condicional. O elemento diferencial entre ambas é a atualidade da entrega[422]. Não importa qual seja a causa da prestação. No direito inglês, a propriedade se transfere e, se o doador sobreviver, resolve-se a doação. Na opinião de Agostinho Alvim, a irrevogabilidade é a prova do caráter contratual e não sucessório da doação nesta hipótese. Ela já está consumada. Só sua execução é que foi diferida[423]. Ele mesmo critica a admissão dessa figura[424].

107. Outro caso especial é a doação *propter nuptias*. Temos nela uma causa futura, que funciona de um modo muito semelhante à condição. Há autores que entendem que se feita sem a cláusula de incomunicabilidade ocorre a resolução desta doação com o casamento. "A doação sem a cláusula da incomunicabilidade no estado atual do nosso direito, só terá o efeito de permitir ao donatário o uso e gozo do bem, antes do casamento, e um acréscimo de confiança na realização deste. Mas, realizado ele, a doação resolve-se pela comunhão, como

---

[421] Pontes de Miranda, *Tratado...*, t. XLVI, *cit.*, p. 218. A comparação da doação *mortis causa* e o legado já está nas Institutas de Justiniano (Inst. 2, 7, 1).

[422] Pontes de Miranda, *Tratado...*, t. XLVI, *cit.*, p. 216.

[423] Cfr. Agostinho Alvim, *Da Doação*, *cit.*, p. 127 e 129.

[424] Diz que "o Código Civil deu agasalho a certos institutos que tiveram vida atribulada, no direito anterior, em virtude de controvérsias e incertezas de toda ordem", Agostinho Alvim, *Da Doação*, *cit.*, p. 125.

ocorreria no direito anterior"[425]. Na verdade, não se resolve a doação, mas ocorre o término da sua eficácia característica com a comunhão de bens que se instaura.

O fundamento de estar excluída a doação para determinado casamento da possibilidade de revogação por ingratidão é a proteção à família. Estão isentas as doações feitas para determinado casamento, as antenupciais, as em contemplação de casamento futuro, com certa e determinada pessoa, dotes ou doações nupciais, bem como as jóias esponsalícias[426]. Nestas hipóteses, de doação *propter nuptias*, o casamento pode suprir a aceitação. A sua não realização permite a revogação da doação por frustração do fim do negócio[427].

As jóias esponsalícias (art. 263, IX) são excluídas da comunhão de bens quando doadas pelo esposo[428]. Em face da atual Constituição, o correto seria entender que tanto as dadas pelo esposo como as pela esposa ao outro cônjuge ficam excluídas da comunhão. Elas têm de ser outorgadas em escritura pública, para receberem esse benefício[429].

108. A outra forma peculiar de doação motivada é a doação com encargo, que terá seu regramento pormenorizadamente analisado no Título I da Parte II. Por agora importa mencioná-la e, no Capítulo 6, estudar a possibilidade de sua revogação.

A doação de coisas de pequeno valor não é um caso especial autônomo, mas tem uma importante regra própria. Trata-se da dispensa da forma de escritura ou de instrumento particular, desde que seja verbal e que a tradição siga-se ao acordo (art. 1.168, parágrafo único). Essa regra já foi estuda *supra*, n. 80 a respeito do papel da forma nas doações.

---

[425] Agostinho Alvim, *Da Doação*, *cit.*, p. 141-142.

[426] Agostinho Álvim, *Da Doação*, *cit.*, p. 315.

[427] "Se a doação foi para determinado casamento, ou o casamento se celebra, ou não se celebra. No segundo caso, não há pensar-se em persistir a vinculação; no primeiro caso, enquanto se espera a celebração, a doação é irrevogável. Depois do casamento, seria discutível, na técnica legislativa, que se permitisse revogar por ingratidão doação que teve tal finalidade. No art. 1187, IV, do Código Civil, deu-se solução radical", Pontes de Miranda, *Tratado...*, t. XLVI, *cit.*, p. 281.

[428] Neste sentido, Agostinho Alvim, *op. cit.*, p. 145

[429] Neste sentido, Agostinho Alvim, *op. cit.*, p. 146.

Capítulo 10. Revogação da doação com encargo e frustração do fim do negócio

109. As "doações oneradas com encargo", expressão usada na lei, abrangem as mistas e aquelas doações ditas modais[430]. Não se revogam por ingratidão, mas podem ser revogadas por não cumprimento do dever modal (art. 1.181, parágrafo único). Propriamente falando, não há hipótese de revogação, em que fato posterior, não necessariamente contrário a direito influiu na retirada da declaração, como se quiséssemos ter por não ocorrida a doação. Neste ponto, o Código Civil de 2002 distinguiu a ingratidão da inexecução do encargo no art. 555, com mérito. Há como que uma separação das duas hipóteses no próprio "caput" do artigo, o que no Código anterior só vinha no parágrafo. No projeto do Código mencionava-se a idéia de restituição, evocando toda a idéia das *condictiones*. Logo a seguir, o texto final, no art. 564, II, acaba por confundir a matéria, porque diz que não se revogam por ingratidão as doações oneradas com encargo já cumprido. Ou seja, não só estende a possibilidade de revogação por ingratidão à doação com encargo enquanto este não for cumprido, o que pode ser admitido diante do fato de ser ainda uma atribuição sem correspectivo, mas também acaba por equiparar, de maneira equivocada, a ingratidão ao não cumprimento desse dever.

Na doação modal poderia haver, nessas hipóteses, uma *condictio* semelhante à *condictio ob causam datorum*. A manutenção da expressão "revogação", desconhecida dos textos romanos tratando da hipótese[431], talvez tenha sua explicação histórica no fato de que o não cumprimento do encargo era uma das hipóteses de ingratidão nas Ordenações. Não há necessidade de cumular o pedido de "revogação" com a reivindicação, porque a sentença já contém a condenação por obrigação de dar coisa certa[432]. O caso é muito mais assemelhado a uma busca do bem porque frustrou-se um fim jurídico específico, como na resolução dos contratos bilaterais – embora seja diversa dela –, do que à idéia de revogação assemelhada àquela de ingratidão. A doação mista, dada a cumulação de contratos que encerra, deve ser

---

[430] No mesmo sentido, Pontes de Miranda, *Tratado...*, t. XLVI, *cit.*, p. 278.

[431] Pontes de Miranda, *Tratado...*, t. XLVI, *cit.*, p. 267.

[432] A discussão é interessante do ponto de vista processual pela força da ação reivindicatória. No direito romano, se o encargo consistia em prestar alimentos ao doador, havia a *rei vindicatio utilis*. Pontes de Miranda, *Tratado...*, t. XLVI, *cit.*, p. 268. L. 1,8,54.

analisada do ponto de vista dos casos concretos no que diz respeito à possibilidade de revogação, tarefa que procuraremos levar a cabo no n. 54 da Parte II.

110. Vimos que o esquema de rigidez formal e causal nas doações faz necessário pensá-las sob outro prisma que não o tradicional, que era o da doação contratual. A própria configuração legal da espécie faz-nos pensar, contra a maior parte da doutrina, em que, se fosse contrato, seria as mais das vezes contrato real. Ora, uma afirmação de Pontes de Miranda permite inserir o tema com que procuraremos encerrar esse título:

> "Desde o momento em que conclui a doação, pode o doador exigir o cumprimento do *modus*. Êsse, por vêzes, é simultâneo à tradição ou à aceitação. O contrato, com o *modus*, vincula e obriga o donatário. Na doação real, concerne à causa da obrigação"[433].

A causa da obrigação modal é a atribuição gratuita com encargo, é a causa das liberalidades em geral e não poderia ser outra. Senão, a doação com encargo deixaria de ser doação para ser um contrato oneroso. Como veremos no n. 37 do *Excursus*, a causa da obrigação é analogado secundário da causa do contrato. Quando se prestar o encargo, o donatário estará praticando um ato *causa solvendi* de uma pretensão certamente não contraposta à atribuição, mas uma pretensão ao fim e ao cabo existente como tal, embora ao amparo da doação.

A causa a que concerne o modo, ordinariamente, é a causa final. Ele altera o fim do negócio jurídico. A distinção entre causa impulsiva (presente ou pretérita) e a causa final (futura) feita pelos glosadores foi aplicada ao modo[434]. Ele afeta o fim do negócio e se aproxima de uma remuneração à liberalidade, mas não se confunde com ela e por isso não é a causa. Bártolo já intuíra a proximidade do dever modal e da contraprestação ao dizer que "*modus est de futuro, et quasi cujusdam remunerationis*"[435]. Para Capitant, o fundamento da

---

[433] Pontes de Miranda, *Tratado...*, t. XLVI, *cit.*, p. 262.

[434] Capitant menciona a importância de Furgole nessa aplicação de conceitos. "La cause qui porte sur l'avenir peut donc etre regardée comme un mode", *De la cause..*, *cit.*, p. 441. "A causa que se projeta sobre o porvir pode então ser considerada como um modo". É importante lembrar que essa causa (final) é, juridicamente, o fim negocial e não a causa em sua acepção estrita.

[435] Citado por Henri Capitant, *De la cause...*, *cit.*, p. 441. Na mesma página o autor apresenta outra definição de Bártolo para o modo, "*est moderatio quaedam dispositioni adjecta eum qui honoratur aggravans, in tempus dispositionis perfectae*".

ação de revogação, ou da que pretende a execução do encargo é a causa e não a condição resolutória tácita, uma vez que depende da manifestação do interessado para operar. Ele entende que se trata de uma extensão do sistema de resolução dos contratos sinalagmáticos para a doação. Vê nela uma autêntica convenção sinalagmática. Com todas as conseqüências, como poder soberano de apreciação pelos juízes, cabimento, mesmo quando a inexecução não for imputável ao gratificado, possibilidade de requerer perdas e danos, possibilidade de estipular a revogação de pleno direito, ou então revogação parcial[436].

Essa visão acaba, por um lado, eliminando, na prática, a distinção entre doação com encargo e contrato sinalagmático, ao menos do ponto de vista dos efeitos advindos, o que parece contrário à tradição do direito civil. Isso ocorre justamente porque o autor não foi capaz de atentar para a noção de fim do negócio jurídico e ateve-se à noção de causa final, que tem um poderoso potencial, quase que omniabarcante.

A doação com encargo é ação de duplo efeito, embora ato uno (diferentemente da doação mista, em que há uma autêntica composição de atos). Como todos os atos dessa natureza, estudados na moral como o voluntário indireto, deve apresentar "dupla causa", dado o "duplo efeito". De fato, há a *causa donandi*, isto é, um presente, uma dádiva, mas há também a *causa credendi*, um crédito que se origina quando da doação que é causa dele. O cumprimento do encargo extingue a dívida.

Essa *causa credendi*, no entanto, não se trata de uma causa autônoma, ou contraposta à causa da liberalidade. Não se está a adotar a teoria da dupla causa no sentido exposto por Savigny, pois nessa teoria há uma idéia subjacente, que é a da existência de dois atos. Essa distinção tem caráter pedagógico. O que há, na verdade, na doação com encargo, é uma falta de causa, como em todas as doações, suprida, em parte pela forma, e em parte pelos motivos objetivos, que penetram no ato. Ao lado desta, há um dever que a matiza, que faz penetrar um outro interesse ao lado da liberalidade, mas que não é causa suficiente para a descaracterizar completamente. A única conseqüência é a isenção da possibilidade de revogação por ingratidão, ao mesmo tempo em que é possível a desatribuição do que foi doado no caso de não ter havido cumprimento do encargo. O *modus* não é causa, mas a ela está relacionado e sobre ela influi, mas quando ele existe e não é cumprido, esse problema é um problema do plano da eficácia, de frustração do fim em sentido estrito ou de *mora debitoris*, tema

---

[436] Capitant, *De la cause...*, *cit.*, 469-474.

relacionado com a causa final. Nas hipóteses de incumprimento, temos uma causa *data* que não foi *secuta*. Daí a genialidade dos romanos ao criarem a teoria das *condictiones* com o objetivo de evitar o enriquecimento sem causa. Mas a maturidade da teoria da causa só viria depois quando se percebesse, com o evoluir dos tempos o papel dela sobre o plano da existência do negócio, através das noções de *cause suffisante, raisonnable, juste*.

Precisando a causa, para empregá-la no sentido de *cause raisonnable*, o encargo imposto é uma das formas de procurar explicitar o ânimo de praticar ato jurídico e não mero ato de cortesia. Ele, no entanto, não é causa: não basta, ainda será necessária a forma pública ou o instrumento que não é dispensado nas doações com encargo. Se, no entanto, esse dever anexo à dádiva adquirir o *status* de causa, converter-se-á em um indício de *cause suffisante* que mostrará, conjuntamente com a vontade das partes, que não estamos diante de uma doação modal, mas de um negócio misto com doação[437]. Sob esta perspectiva, é interessante notar que Pontes de Miranda, na passagem supra citada, refere-se à causa da obrigação e não à do contrato.

Um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo facilita este entendimento[438]. A Mitra Diocesana de Assis recebeu bem imóvel em doação, no ano de 1935, com o encargo de erigir uma igreja no local, dividir o terreno em quarteirões e ruas, construir arrendamentos e aforamentos. O bem foi gravado com a cláusula de inalienabilidade. Como a cidade não se desenvolveu, não houve formação de um núcleo urbano. Dessa forma, a Mitra pretendia liberar-se do encargo e aplicar o bem em outra finalidade (obras sociais, educacionais e associativas).

O juiz, em primeiro grau, decidiu não acolher o pedido, que feriria o ato de doação, sem causa que permitisse a sua desconstituição. A Mitra apelou da decisão, com o fundamento nada usual de que "é imprescindível atender-se ao interesse primacial dos paroquianos e a mantença das restrições não se concilia com os princípios do cristianismo". No acórdão, o Tribunal disse que o pedido poderia ser o de sub-rogação ou extinção das cláusulas. É interessante que acaba por decidir que a Cúria pode vender o imóvel, mas deve haver emprego do dinheiro no município, porque não houve possibilidade de participação dos doadores no processo, tendo sido citados por edital.

---

[437] Para a distinção entre esses sentidos da palavra causa, *v.* Gino Gorla, *El contrato...*, t. I, *cit.*, p. 127.

[438] Trata-se da Ap. 108.817-1, 8ª C., j. em 15.03.1989, rel. Des. Fonseca Tavares.

O fundamento da liberação dos encargos, na opinião do relator, é a alteração das circunstâncias, caso interessantíssimo de aplicação da teoria da imprevisão para os contratos gratuitos. "Esta quer liberar-se dos encargos. E tem razão porque os encargos contrariam a realidade subjacente relativamente à qual incidiriam". Há uma interessante fundamentação, que parte da análise do fenômeno da religiosidade na sociedade contemporânea. O relator menciona escolas e templos que têm outra destinação, como para recantos de repouso e hotelaria, porque aqueles "ficaram demarcando um passado superado pelas novas concepções do presente". Não pode o juiz decidir com fundamento nessa análise sociológica, como não pode a Cúria invocar princípios cristãos para solucionar a controvérsia de direito perante o Tribunal civil a não ser com fundamento em eventuais preceitos estatutários. O argumento final é o decisivo: ninguém usará do núcleo a ser constituído. Houve perda do sentido do encargo com que se doou, uma dificuldade em alcançar o fim do negócio jurídico querido e praticado pelas partes. Caso o encargo fosse causa do contrato, não poderia ser essa a solução, pois haveria enriquecimento sem causa. Dever-se-ia localizar os transmitentes, se não os localizassem, o bem deveria ir para o Estado de acordo com o art. 1.603 do Código Civil. Na doação, a liberalidade enche a prestação e, dessa forma, a decisão não fere o princípio de vedação dos deslocamentos patrimoniais sem correspectivo. O caso foi de revisão judicial da doação[439] e ateve-se ao princípio da conservação dos negócios jurídicos na medida em que houve a admissão da possibilidade de usar o bem em fins sociais.

Se o encargo fosse causa do contrato de doação, sua não realização implicaria a prestação dada ficar sem o correspectivo devido e prometido. Logo, haveria um deslocamento patrimonial sem contraprestação, o que repugna ao princípio do justo comutativo contratual, que exige um *quid pro quo*. A não realização do encargo, no entanto, não consubstancia hipótese típica de enriquecimento sem causa, mas guarda certa semelhança com ela. A prestação dada fica sem uma outra que dependia desta. Daí porque Pontes de Miranda defende a tese de que a ação de revogação da doação modal corresponde a uma *condictio ob causam datorum* do direito romano. A melhor solução, no entanto, é vê-la como uma retirada da declaração negocial por descumprimento do fim do contrato (*frustration*). O encargo é muito mais uma finalidade, um sentido para a dádiva, do que algo que se contrapreste.

---

[439] Agostinho Alvim, como foi visto no n. 98, *supra*, procura estender a aplicação dessa teoria para o campo das liberalidades, na versão de teoria da imprevisão, ou melhor, da cláusula *rebus sic stantibus*.

A causa corresponde a uma necessidade de existir contrapartida real às prestações feitas ou prometidas. Essa necessidade é exigência da justiça contratual e da boa-fé e existe mesmo para os contratos aleatórios, embora com matizes diversos. A distribuição igual da álea entre os contratantes é uma dessas exigências[440]. Percebe-se que o tema da causa final permeia as doações modais. Na Parte II, analisar-se-á especificamente a causa nas suas relações com a doação modal.

---

[440] Neste sentido, Jacques Ghestin, *Les obligation, le contrat*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 613.