

O Artigo 540 do Código Civil e as Duas Causas de Savigny

The Section 540 of the Brazilian Civil Code and Savigny's Double Cause Theory

Thalles Ricardo Alciati Valim¹

Resumo

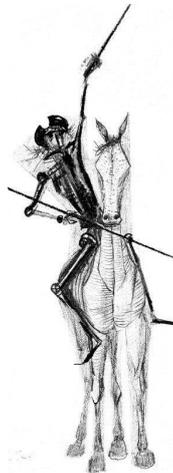
O presente artigo tem por objetivo investigar as origens do art. 540 do Código Civil na tentativa de se obter aplicação correta para o dispositivo, bem como verificar a natureza jurídica da doação com encargo. Para isso, faz-se uma análise das classificações de negócios jurídicos onerosos e gratuitos e, ainda, da teoria das duas causas de F. Karl von Savigny.

Palavras-chave: Doação com encargo. Onerosidade. Gratuidade. *Negotium mixtum cum donatione*. Doações indiretas.

Abstract

This article has the purpose of investigating the origins of section 540 of the Brazilian Civil Code in an attempt to obtain its correct application, as well as to verify the legal nature of the onerous donation. To do so an analysis is made regarding the classification between onerous and gratuitous agreements and the double cause theory attributed to F. Karl von Savigny.

Keywords: Onerous donation. Onerous contract. Gratuitous contract. *Negotium mixtum cum donatione*. Indirect donation.



¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – Universidade de São Paulo. Graduando em *Licence - Droit* pela *Université de Lyon*. Admitido no Mestrado em Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – Universidade de São Paulo, para início em 2017. E-mail: thalles.valim@gmail.com.

Dedico este artigo às amigadas juiz-foranas que fiz: Daiana Pereira, Felipe Afonso, Igor Ladeira, Illanah Falconiere, Laura Elisa, Leticia Ladeira, Marina Borges de Freitas, Tamara Octaviano e Thaís Victoretti.

1 - Introdução

O contrato de doação é, de maneira geral, reputado como gratuito pela doutrina nacional. Da definição legal, Agostinho Alvim chegou até mesmo a sugerir que a *liberalidade* referida nada mais era que a estrutura gratuita do contrato (1963, p. 11).

Mas a doação com encargo, por outro lado, nunca angariou o consenso de que a doação pura gozou quanto à sua gratuidade.

Há autores, como Pontes de Miranda (1972, p. 206), Orlando Gomes (1997, p. 211), Caio Mário da Silva Pereira (1990, p. 168), Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, p. 296), Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2011, p. 76) e César Fiuza (2015, p. 679), que reputam a doação com encargo como espécie de contrato gratuito, afirmando que o encargo não é obrigação ou que sua natureza não garante a onerosidade inerente à definição.

De outra banda, autores como Clóvis Bevilacqua² (1955, p. 272), Agostinho Alvim (1963, p. 52), Washington de Barros Monteiro (1997, p. 117), Silvio Rodrigues (2006, p. 204), Silvio de Salvo Venosa (2011, p. 102), José Fernando Simão (2012, p. 262), Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 281), Flávio Tartuce (2015, p. 347), Rosa Nery e Nelson Nery Junior (2016, p. 237), atribuem à doação com encargo a natureza de um negócio jurídico oneroso.

A razão desse dissenso reside no art. 540 do Código Civil, que dispõe (BRASIL, Lei 10.406, 2002, art. 540):

Art. 540. A doação feita em contemplação do merecimento do donatário não perde o caráter de liberalidade, como não o perde a doação remuneratória, ou a gravada, no excedente ao valor dos serviços remunerados ou ao encargo imposto.

Os doutrinadores que reputam a doação com encargo como espécie de negócio jurídico oneroso fazem uma leitura *a contrario sensu* desse dispositivo legal.

Ou seja, se a doação gravada (*rectius*: com encargo) não perde o caráter de liberalidade naquilo que ultrapassa o valor do encargo imposto, o valor restante é tido como objeto de um contrato oneroso.

² Esta também havia sido a posição de Augusto Teixeira de Freitas, que em seu *Esboço* dispôs, no artigo 2.121, parte final, que "Se for entregue ao donatário, mas obrigando-se este a uma renda perpétua, ou temporária vitalícia ou não vitalícia, ou a qualquer outro encargo; o contrato será de doação com encargos, e também contrato oneroso (arts. 443 e 655 a 668)"(1983, p. 380).

Haveria, na doação com encargo, uma causa parcialmente onerosa e parcialmente gratuita. A ideia de duas causas, onerosa e gratuita, num único contrato – em especial no contrato de doação com encargo – pode ser atribuída a Savigny (1856, p. 103).

Acreditamos, portanto, que uma interpretação do artigo 540 do Código Civil que analise a evolução legislativa, culminando na sua atual redação, tendo em mente o que foi doutrinado por Savigny, pode contribuir para a solução da discussão.

Essa investigação, acerca da natureza jurídica da doação com encargo a partir da leitura do art. 540 do Código Civil, será objeto do presente estudo.

2 - Negócios gratuitos e onerosos

A doutrina não é completamente concorde no que diz respeito ao critério distintivo entre gratuidade e onerosidade dos negócios jurídicos.

Apenas para ficarmos com a doutrina brasileira, podemos citar algumas definições díspares.

Para Silvio Rodrigues (2002, p. 179), Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 426), Francisco Amaral (2008, p. 402-403) e Flávio Tartuce (2013, p. 331), os negócios gratuitos teriam *sacrifício* apenas para uma das partes, ao passo que os negócios onerosos apresentariam sacrifícios para ambas as partes.

Washington de Barros Monteiro (1991, p. 179) segue em parte a mesma orientação apresentada, mas atribui aos negócios onerosos uma equivalência entre a vantagem recebida e o sacrifício imputado à parte.

Por outro lado, há aqueles autores que elegem como critério distintivo a causa de atribuição patrimonial, seguindo o ensinamento de Emilio Betti. Segundo ele (BETTI, 2002, p. 314):

Uma avaliação da gratuidade e da onerosidade do negócio não pode ser feita sem referência à causa: se se faz menção, ao invés, aos motivos, a indagação pode dar resultados diversos. Assim, a garantia fidejussória – negócio em que há por partes garantidor e credor – é a título gratuito pois se este não se vê pago por aquele é compensado de algum modo pela garantia que lhe foi dada: isto não impede que possa ter sido prometida pelo devedor principal uma retribuição à parte ao garantidor, por ter-lhe facilitado o crédito com a garantia prestada. Destarte, um negócio gratuito quanto à causa pode parecer oneroso quanto ao motivo; mas o perfil que releva é aquele da causa; por isso, na hipótese dada, a garantia é indubitavelmente a título gratuito³.

³ “Una valutazione di gratuità ed onerosità del negozio non può farsi che con riguardo alla causa: se ci si richiama, invece, ai motivi, l'indagine può dare risultati diversi. Così, la fideiussione – negozio che ha per parti il fideiussore e il creditore –, è a titolo gratuito se questi non vi s'impegna a pagare a quello compenso di sorta

Na doutrina nacional, seguem essa orientação, dentre outros, Orlando Gomes (1983, p. 303), Vicente Ráo (1961, p. 69), Custódio Ubaldino Miranda (2009, p. 126) e José Abreu Filho (1995, p. 88-89).

De acordo com Orlando Gomes (1983, p. 303):

A distinção baseada na causa do enriquecimento leva a definir como onerosos unicamente os negócios nos quais as atribuições patrimoniais se encontram em relação de causalidade. A compra e venda é negócio oneroso, porque o enriquecimento de uma das partes tem como fundamento a prestação da outra, numa relação de equivalência, que não precisa ser, necessariamente, objetiva. O nexa causal entre atribuições patrimoniais é, segundo essa orientação, a pedra de toque dos negócios onerosos. Se não existe, o negócio é gratuito, ainda que origine obrigações para as duas partes, que encerrem atribuições patrimoniais. Por esse critério diferencial, a doação com encargo não é contrato oneroso, porque não se acham em relação de causalidade as obrigações do doador e do donatário, embora uma e outra produzam atribuições patrimoniais.

A orientação de Orlando Gomes é a mesma de Antunes Varela que, em seu *Ensaio sobre o conceito do modo* (1955), analisou as principais correntes doutrinárias que tentaram estipular critérios suficientes para distinguir os negócios jurídicos onerosos dos gratuitos.

Antunes Varela define os primeiros contornos dos negócios jurídicos onerosos. De acordo com ele, o ponto central da distinção está na ideia de vantagem patrimonial. Ou seja, dos contratos onerosos resultam vantagens patrimoniais para ambas as partes; ao passo que, dos contratos gratuitos surge apenas para uma parte vantagem patrimonial, sem correspondente (1955, p. 81).

Sabendo, no entanto, que a noção de *vantagem patrimonial* é muito vaga, Antunes Varela passa, a partir de então, a apontar para um outro marco que possa distinguir os negócios onerosos dos negócios gratuitos. É a noção de *atribuição patrimonial*.

A *atribuição patrimonial* (*Zuwendungen*) é o benefício conferido a alguém através de um incremento patrimonial à custa de outrem. Antunes Varela (2013, p. 479) relaciona o conceito de vantagem patrimonial à teoria alemã da afetação (*Zuweisungslehre*).

De acordo com Orlando Gomes, a atribuição patrimonial consiste “na vantagem proporcionada ao patrimônio de outra pessoa. Implica, por conseguinte, alteração na esfera patrimonial de outrem, a troco de outra vantagem, ou sem recebimento de qualquer contraprestação” (1996, p. 337).

per la garanzia datagli: ciò non toglie che il fideiussore possa essersi fatto promettere a parte una retribuzione dal debitore principale, per avergli facilitato il credito con la garanzia prestata. Allora un negozio gratuito quanto alla causa appare oneroso quanto al motivo; ma il profilo che conta è quello della causa: perciò, nella detta ipotesi, la fideiussione è indubbiamente a titolo gratuito” (Texto original. Tradução livre).

Antunes Varela afirma que a caracterização do contrato oneroso se deve ao nexo entre atribuições patrimoniais, isto é, a uma relação funcional.

Assim sendo, Antunes Varela (1955, p. 177-179) retira algumas conclusões que merecem ser transpostas para a síntese do raciocínio:

1ª – O conceito de onerosidade pressupõe a existência dum nexo-jurídico – e não de pura natureza económica – entre duas atribuições patrimoniais.

2ª – A esse nexo não satisfaz a simples relação motivatória entre as atribuições.

3ª – A bilateralidade (<<sinalagma>> *stricto sensu*⁴) corresponde à estrutura da maior parte das atribuições onerosas; mas não esgota todo o desenho topográfico da onerosidade.

4ª – Além do sinalagma, o nexo próprio da onerosidade compreende tanto a vinculação condicional como a vinculação causal existente entre duas atribuições patrimoniais.

Cabe-nos, ainda, descobrir os critérios aptos a identificar a interdependência entre as atribuições patrimoniais.

Para Antunes Varela, portanto, não basta apenas a existência de uma prestação imposta à contraparte para que estejamos diante de uma *contraprestação*. A *contraprestação* é caracterizada, de acordo com o autor, pelo "objecto distinto e autónomo da prestação efectuado pelo outro contraente, e não ser apenas, na intenção das partes, um acto parcial ou totalmente consumptivo da atribuição percebida pelo onerado" (1955, p. 208).

Isto porque, se a onerosidade relaciona-se a uma vantagem obtida *à custa de outrem*, não faz sentido incluir nesse conceito as hipóteses em que a prestação esteja voltada em benefício da própria pessoa que arcaria com os custos da vantagem. É o caso, por exemplo, de uma doação em dinheiro com encargo de que o donatário termine a construção de sua casa própria. Se o cumprimento do encargo é em benefício do próprio onerado e se ele é arcado pelas próprias forças do bem doado, não há como o encargo ser *contraprestação*.

Não bastaria, entretanto, o carácter autónomo da *contraprestação*, no que diz respeito ao seu objeto. Com efeito, há hipóteses de autonomia entre as prestações que mesmo assim não são consideradas, ao menos por inteiro, como configuradoras de negócios onerosos. É o caso, *e.g.*, da venda a preço vil, que, por mais que tenha prestação e *contraprestação* autónomas, não é reputada como espécie de negócio oneroso (VARELA, 1955, p. 210-211; ASCARELLI, 2012, p. 40).

Um segundo elemento deve juntar-se, portanto, à autonomia do objeto da prestação. Este elemento é o de as partes tomarem a atribuição feita como sendo um *correspectivo*, ou

⁴ Vale dizer que "sinalagma*stricto sensu*" é o mesmo que "sinalagma genético".

uma compensação. Com isto não se quer retornar à tese da equivalência subjetiva das prestações. Pois não se vai indagar se a intenção, ou motivo, das partes era de fato reputar à atribuição o caráter de contraprestação.

Na verdade, a análise parte da intenção *declarada*, isto é, deve tomar como meios de evidenciar essa intenção as declarações e também as circunstâncias negociais e, outrossim, as presunções das regras de experiência decorrentes dos usos e costumes (VARELA, 1955, p. 211).

Antunes Varela dá como exemplo de um indício que pode ser levado em consideração a equivalência objetiva entre as prestações. Ou seja, se sozinha ela não é critério suficiente para caracterizar a onerosidade do negócio; quando há, de fato, equivalência entre as prestações pode-se presumir a existência de uma correlação entre elas. O que não é o mesmo que dizer que sempre que houver desequilíbrio entre as prestações o negócio será gratuito (VARELA, 1955, p. 211).

Podemos, portanto, juntar àquelas quatro conclusões acima dispostas, essas duas ulteriores apresentadas por Antunes Varela, para qualificar a onerosidade ou gratuidade de um negócio jurídico.

Com isso, concluímos que a onerosidade de um negócio pode ser definida como o nexó jurídico atribuído entre duas atribuições patrimoniais destinadas, cada qual, a uma parte do negócio jurídico. Este nexó jurídico não se confunde com uma conexão econômica ou subjetiva, mas utiliza-se desses elementos para a sua constituição.

Por isso, são utilizados como indícios de onerosidade: (1) a declaração negocial, naquilo que demonstra a intenção das partes em atribuir uma intenção liberal ou onerosa ao negócio; (2) a equivalência econômica entre as atribuições patrimoniais, sobretudo quando também se encontrar presente o primeiro indício.

Quanto ao primeiro indício, o da declaração negocial, Menezes Cordeiro salienta que, embora comumente a classificação entre negócios onerosos e gratuitos centre-se na eficácia destes, é frequente olvidar-se que a fonte obrigacional, naquilo que representa a intenção das partes, também pode ser relevante (CORDEIRO, 2016, p. 202)⁵.

Segundo Menezes Cordeiro (2002, p. 202):

Apesar das dificuldades de ordem prática que possam surgir, o Direito não abdica, nestas situações, da intenção das partes.

⁵ No mesmo sentido, também na doutrina portuguesa, Mário Júlio de Almeida Costa (2016, p. 368).

No verdadeiro contrato gratuito, a vontade livre do sacrificio determinou-se pela intenção de dar – o *animus donandi*; apenas na presença deste facto têm aplicação as regras próprias das liberalidades.

Trata-se de um aspecto da maior importância: o Direito não admite, em certas condições, desequilíbrios excessivos entre as posições das partes; quando, porém, apareça um contrato gratuito, querido enquanto tal, o desequilíbrio é justo e admissível.

Assim, quando constar do próprio instrumento contratual a denominação comumente atribuída a um tipo negocial gratuito, como a doação, ainda que previsto encargo, deve-se partir da ideia de gratuidade.

Claro é que outros indícios podem contradizer essa denominação, mas a presunção inicial deverá ser pela gratuidade. Até mesmo em decorrência da definição dada pelo legislador brasileiro ao contrato, expressamente exigindo o elemento de liberalidade (BRASIL, Lei 10406, 2002, art. 538).

Outras cláusulas também poderão servir de indicativo para a gratuidade. Quando, por exemplo, as partes convencionarem que a doação sobreviverá à inexecução do encargo inimputável ao donatário.

O segundo indício, de correspondência econômica entre as atribuições patrimoniais não é um elemento suficiente para a caracterização do contrato como oneroso, mas, quando acompanhado de outros, poderá contribuir para a caracterização da onerosidade.

Destarte, passemos ao fenômeno da doação com encargo e sua qualificação quanto à atribuição patrimonial relacionada. Ou seja, resta saber se a doação com encargo é negócio oneroso ou negócio gratuito.

3 - Doação com encargo: entre gratuidade e onerosidade

A doação com encargo a favor do doador aproxima-se do contrato a título oneroso e do negócio misto com doação. Para Antunes Varela, contudo a doação com encargo não seria um negócio jurídico oneroso. Isto devido à natureza do próprio encargo, que, de acordo com o Autor, não é a de um corresponsivo no sentido estrito do termo (1955, p. 222-223):

a primeira indicação genérica que, neste sentido, pode adiantar-se, desde já, é a de que o modo – ou os encargos, segundo a terminologia legal – só é susceptível de compreender formas de comportamento (do onerado) que não sejam queridas ou não possam objectivamente funcionar como um corresponsivo ou equivalente da atribuição efectuada pela contraparte.

De contrário, a doação onerosa carecia de autonomia, em face dos contratos onerosos, nominados ou inominados.

Além disso, o encargo deve respeitar a natureza donativa da atribuição feita pelo outro contraente.

De acordo com Antunes Varela, há algumas razões pelas quais a inserção do encargo numa doação não a torna onerosa. Primeiramente, quanto às modalidades de encargo, que podem ser tanto de natureza patrimonial quanto moral, o que já os diferencia de uma verdadeira contraprestação, haja vista que esta só poderá apresentar caráter patrimonial (VARELA, 1955, p. 224).

Em segundo lugar, há diferenças com relação ao beneficiado pelo encargo, que pode ser inclusive o próprio donatário, o que não poderia ocorrer caso o encargo ensejasse um o contrato de espécie onerosa (VARELA, 1955, p. 225).

Em terceiro lugar, podemos acrescentar às objeções de Antunes Varela uma outra. Se a inserção de qualquer encargo na doação pudesse alterar sua estrutura a ponto de transformá-lo em negócio jurídico oneroso, o encargo seria instrumento de fraude à lei e simulação, utilizado para que doadores pudessem escapar da incidência de regras como a das reduções das doações inoficiosas, ou aquela disposta pelo art. 1.647, IV, do Código Civil, dentre outras.

Ademais, como já afirmamos, a onerosidade baseia-se no nexos jurídico entre as duas atribuições patrimoniais. Entretanto, grande parte da doutrina é tranquila em dizer que o encargo é uma *determinação anexa* – nos dizeres de Pontes de Miranda (1972, p. 205) – à principal. Isto é, a intenção principal em um contrato de doação é a realização de uma liberalidade. A inclusão de um encargo é posta de maneira anexa, acessória, não se configurando como a razão principal para a celebração do contrato.

Neste ponto, o primeiro indício que apontamos, qual seja o da declaração negocial, pode vir em auxílio. Ao reputar o negócio como sendo doação, ainda que com encargo, as partes podem ter indicado a intenção liberal como preponderante. Caso quisessem que o encargo ganhasse protagonismo, teriam escolhido tipo contratual oneroso ou construído um negócio atípico oneroso.

Claro que, para o negócio jurídico *in concreto*⁶, esse primeiro teste pode ser insuficiente. Frequentemente as partes se utilizam de denominações contratuais inadequadas para a regulação contratual disposta. Contudo, para o negócio jurídico *in abstracto* de doação, essa denominação se liga diretamente ao elemento de liberalidade como preponderante. E, portanto, sendo o encargo cláusula típica do contrato de doação, deve seguir igualmente a lógica da liberalidade.

⁶ Para a contraposição entre negócios jurídicos *in concreto* e *in abstracto*, cf. AZEVEDO, 2002, p. 16.

4 - Uma interpretação histórica para o art. 540 do Código Civil

Os defensores da tese de que a doação com encargo é espécie de negócio jurídico oneroso poderiam trazer à baila, ainda, a regra contida no art. 540 do Código Civil de 2002. O referido artigo dispõe que, *ipsis litteris*:

Art. 540. A doação feita em contemplação do merecimento do donatário não perde o caráter de liberalidade, como não o perde a doação remuneratória, ou a gravada, no excedente ao valor dos serviços remunerados ou ao encargo imposto.

Da leitura do artigo, pode-se retirar duas conclusões. Primeira, as doações remuneratórias seriam parcialmente onerosas, até o limite do valor do serviço prestado. Segunda, as doações com encargo, ou gravadas, seriam igualmente onerosas até o limite dos custos para o cumprimento do encargo imposto.

A regra consubstanciada no art. 540 do Código Civil vigente reproduziu, com quase a mesma redação, a existente no art. 1.167 do Código Bevilacqua. Na época, Clóvis Bevilacqua comentava o artigo afirmando que a regra era adequada, no que concerne à doação com encargo, pois “enquanto houver equivalência, a doação será contrato oneroso”. Por outro lado, repudiou o disposto acerca da doação remuneratória, ao dizer que a regra desnaturaria o ato (BEVILAQUA, 1955, p. 272).

É interessante notar a evolução pela qual passou o dispositivo antes de sua aprovação em processo legislativo. O artigo referente no Projeto de Clóvis Bevilacqua era o art. 1.306, que dispunha permanecerem sendo atos de liberalidade (ALVES, 1917, p. 798):

a doação em reconhecimento ou contemplação do mérito do donatário ou em remuneração de serviços prestado por elle, ou mediante algum encargo imposto à posse do bem doado. Mas neste último caso, só se considera doação o excesso do valor do objecto doado sobre o do encargo.

Notemos que não havia reconhecimento de negócio oneroso nas doações remuneratórias, nem mesmo em parte dela. Mas já estava presente na redação do Projeto a restrição da gratuidade das doações com encargo ao excedente do valor despendido na execução do encargo.

Na Câmara dos Deputados, contudo, o Projeto passou por alteração nesse ponto, estendendo a previsão de onerosidade também para as doações remuneratórias. O artigo correspondente (art. 1.168) passou a ter a seguinte redação (ALVES, 1917, p. 798):

Art. 1.168. A doação feita em contemplação do mérito do donatário não perde o carácter de liberalidade nem também o perde na parte excedente ao valor dos serviços remunerados ou do encargo, quando remuneratoriadaquelles ou gravada deste.

O artigo possui raízes nos artigos 2.381 do *Projeto Felício dos Santos* e 991 do *Projeto Coelho Rodrigues*⁷. O primeiro artigo, oriundo de um projeto anterior, não possuía a redação acabada que viria a ser apresentada por Clóvis Bevilacqua em seu projeto, mas que já estava presente em alguma medida no *Projeto de Coelho Rodrigues*.

No entanto, por ser o primeiro artigo a inspirar o atual art. 540 do Código Civil de 2002, vale a pena registrarmos algumas ponderações quanto ao seu conteúdo. Com efeito, o art. 2.381 do projeto elaborado por Felício dos Santos dispunha: "A doação onerosa só pode ser considerada como doação, na parte em que exceder aos encargos impostos."

Este artigo deve, entretanto, ser interpretado juntamente com o art. 2.380: "As doações onerosas serão reguladas conforme a natureza do contrato que representam."

Por si só, o último artigo, tal qual foi redigido por Felício dos Santos, não permitiria conclusões muito precisas, haja vista que todo contrato deve ser regulado de acordo com a sua natureza. Todavia, os comentários de Felício dos Santos ao seu artigo são esclarecedores.

Acerca desse dispositivo, Felício dos Santos afirmava (1887, p. 50):

A doação onerosa é contrato inominado; mas póde tomar a natureza de um contrato nominado, e então será regulada pelas disposições relativas a este. Si, por exemplo, alguém faz doação de um predio impondo ao donatario o encargo de prestar certa pensão a uma terceira pessoa emquanto esta viver, temos um verdadeiro contrato de renda vitalicia, e pelas disposições relativas a este será regulada.

Conjuntamente ao art. 2.380, percebe-se, então, que o art. 2.381 consagrava a teoria das duas causas de Savigny (VELOSO, 1997, p. 113). Para este autor, os negócios mistos com doação possuiriam duas causas – uma onerosa, outra gratuita – que permitiriam a divisão em dois negócios jurídicos – um oneroso, outro gratuito. Essa é a chamada “teoria da combinação” (*teoria della combinazione*) (GENNARO, 1934, p. 179), ou da “incidência respectiva” (PENTEADO, 2007, p. 473), originária da teoria dos negócios jurídicos mistos. Incluir-se-iam nesta categoria as doações com encargo (SAVIGNY, 1856, p. 103).

⁷ "Art. 991. Também se considera doação a liberalidade feita em reconhecimento ou contemplação do mérito do donatário, ou em remuneração de serviços prestados por elle, ou mediante algum encargo imposto a posse do bem transferido; mas, neste caso, só se considera doação o excesso do valor do objecto sobre o do respectivo encargo".

Nota-se, destarte, que o artigo era decorrente de uma teoria de acordo com a qual reputava-se a doação com encargo como espécie de *negotiummixtum cum donatione*. Essa acepção, no entanto, não é a melhor para a abordagem do tema.

Onegotiummixtum cum donatione é caracterizado por Tullio Ascarelli como espécie de negócio indireto⁸. Estes, por sua vez, são negócios cujo objetivo final prático ao qual as partes visam

não é, de fato, o que normalmente decorre do negócio por ela adotado, e sim um objetivo diferente, muitas vezes análogo ao de outro negócio, mais frequentemente sem forma típica própria num determinado ordenamento. E a obtenção deste fim ulterior é assegurada por meio de cláusulas particulares, que são no entanto compatíveis com a estrutura basilar do negócio adotado, ou por meio de simples elementos de fato, com os quais as partes concordam(ASCARELLI, 2012, p. 35).

No negócio indireto, portanto, há a causa típica do negócio, mas, além disso, outro fim ulterior desejado pelas partes. Conforme dispõem Rosa Nery e Nelson Nery Junior (2015, p. 301-302):

Pelo negócio indireto, as partes ou a parte busca alcançar um fim que não é o fim da declaração, isto é, que não consiste na sua causa final típica. Mediante negócios indiretos, é possível à autonomia privada, através de um só negócio jurídico, obter um fim diverso do fim que geralmente se atribui àquele negócio jurídico como sendo o seu fim típico e, portanto, pertencente à sua estrutura nuclear como composto de seu elemento categorial inderrogável. (...) A distinção do negócio indireto para com os demais negócios jurídicos é dada não pela sua categorização dogmática, mas pela sua função diversa, isto é, pelo fim indireto.

Não é o caso da doação com encargo, que permanece tendo somente como finalidade do contrato a liberalidade em si. O interesse consubstanciado no encargo, por outro lado, é vinculado à atribuição patrimonial mas não se constitui em interesse de ambas as partes do contrato, tão-somente do doador.

Ademais, no *negotiummixtum cum donatione* a causa do negócio não é, nem parcialmente, uma causa da doação, de liberalidade. A causa do negócio é a típica dele, seja a da venda, da sociedade *etc.* (ASCARELLI, 2012, p. 39)⁹.

⁸ Mais recentemente, Penteadó criticou a subsunção do conceito de negócio misto com doação ao negócio indireto. De acordo com ele, "a melhor maneira de tratar o negócio misto com doação parece ser a da perspectiva de vê-lo como uma espécie intermediária entre a troca e a doação com encargo, afastando-se da noção de negócio indireto" (PENTEADO, 2013, p. 379). Isto porque, "na verdade, há uma relação de causalidade entre as prestações, tal e qual em um sinalagma, mas esta vem enfraquecida." (*Ibid.*, p. 381). De qualquer forma, este Autor também acredita que o *negotiummixtum cum donatione* deva ser diferenciado da doação com encargo.

⁹ No mesmo sentido de Ascarelli: GENNARO, 1934, p. 231.

Há mais um problema em se considerar a doação com encargo como sendo um negócio misto com doação. Segundo Tullio Ascarelli e Gino de Gennaro – este último com algumas reservas –, ao *negotiummixtum cum donatione* são submetidas apenas as regras de fundo da doação, mas não as de forma (ASCARELLI, 2012, p. 41).

Entretanto, as doações com encargo submetem-se, assim como as doações puras, às regras de forma das doações, não somente às de fundo. Há, portanto, para as doações com encargo, aplicação de todo o regime típico disposto para as doações, de modo diverso do que é reconhecido para os contratos indiretos.

Atualmente, ainda, não se reconhece nem mesmo aos *negotia mixta cum donatione* a aplicação de regimes diferenciados às “partes onerosa e gratuita”. Esta separação ainda é admitida, contudo, para os negócios mistos. Estes últimos são classificados como negócios compostos pela justaposição de elementos pertencentes a tipos negociais distintos¹¹².

Para Gino de Gennaro, a teoria da combinação é a única aceitável para a regulação dos negócios mistos. Segundo ele, mesmo a constatação da unidade orgânica em torno da causa, não permite afirmar que não seja possível em muitos casos, aplicar as regras específicas a cada prestação pertencente a um tipo contratual.

De acordo com ele, a teoria da combinação ainda é útil, ainda que limitada, de um lado, pela impossibilidade de se aplicar irrestritamente os regimes típicos a cada um dos elementos de todo e qualquer contrato e, de outro, pelo reconhecimento do regime aplicável mediante a unidade de causa. Assim sendo, “o princípio da combinação mantém extensão suficiente para ser considerado o único princípio regulador dos contratos mistos” (1934, p. 184)¹³.

Luciano de Camargo Penteadó, por outro lado, acredita que nenhuma teoria é bastante para a regulamentação, ele preconiza o que chama de “teoria da criação”, sobretudo para

¹⁰ Contra, afirmando que o *negotiummixtum cum donatione* possui duas causas, uma gratuita, outra onerosa: GOMES, 2007, p. 260.

¹¹ Francisco Paulo de Crescenzo Marino faz uma ressalva à definição de contratos mistos como sendo aqueles oriundos da combinação de elementos de vários contratos típicos. De acordo com ele, há contratos mistos em que essa combinação não é dada propriamente com relação a prestações típicas combinadas, mas por outros elementos. Para o Autor, a unidade do contrato misto é garantida pois a combinação dos diversos elementos é em torno de uma única causa (MARINO, 2009, p. 112).

¹² No mesmo sentido: “*Ciò che contraddistingue un tipo contrattuale non è, infatti, la sua esteriore fattispecie, in sé stessa considerata (nè tanto meno una sua singola parte), ma la funzione economico-giuridica del contratto medesimo, l'elemento della causa che in sé assume tutti gli altri elementi, elemento dotato per eccellenza di virtù informativa del tipo, e che pertanto costituisce il più idoneo strumento di valutazione giuridica.*” (GENNARO, *op. cit.*, p. 109).

¹³ “*il principio della combinazione mantiene estensione sufficiente, per essere considerato il principio unico regolatore dei contratti misti*” (Texto original. Tradução livre).

fenômeno conexo, conquanto não idêntico aos negócios mistos, que é o das redes contratuais (2007, p. 488).

Em todo caso, uma coisa é certa. Qualquer teoria que se adote não é condizente com o regime reconhecido para as doações com encargo. Pelo que se percebe o art. 540 do Código Civil não lhes pode ser aplicado.

Portanto, para nós, qual seria a interpretação útil do art. 540 do Código Civil? Primeiramente, quanto à parte acerca das doações remuneratórias, não acreditamos em qualquer utilidade do artigo. As doações remuneratórias não possuem sinalagma. Do contrário, estaríamos diante de um contrato de prestação de serviços ou um contrato atípico, não de uma doação. Aconselhamos, destarte, que se ignore essa parte do preceito legal.

Em segundo lugar, no que diz respeito às doações “gravadas”, como dispõe o artigo, deve-se interpretar que o dispositivo faz referência aos casos de *negotiummixtum cum donatione* e aos de negócios jurídicos mistos. Ou seja, não consideramos que se possa aplicar o art. 540 às doações com encargo.

O art. 540 é produto de uma evolução legislativa que originou da teoria savigniana das duas causas, teoria esta que já se reputa ultrapassada e que encontrou aplicação apenas no direito brasileiro e no direito português.

Quanto ao último, o Código Civil português de 1867 possuía artigo semelhante ao nosso¹⁴. O Código Civil de 1966, no entanto, corrigiu o equívoco ao excluir qualquer previsão próxima à existente no Código Seabra. Antunes Varela e Pires de Lima afirmam que o Código revogado possuía “redacção enganadora do artigo 1455º (..), quando, inspirada na *teoria savignyana das duas causas*, afirmava que a ‘doação onerosa só pode ser considerada como doação, na parte em que exceder o valor dos encargos impostos’” (2011, p. 269).

A disposição presente no art. 540 do Código Civil aplica-se, portanto, aos negócios mistos. Com isto quer-se dizer que as normas de fundo do regime do contrato de doação são aplicáveis aos negócios mistos na medida da liberalidade. Ou seja, mediante a teoria da combinação ou da incidência restrita, fragmentando o contrato, fazendo incidir em cada parte o respectivo regime do contrato típico do qual foram retiradas.

Igualmente, quanto aos *negotia mixta cum donatione*, o art. 540 também será aplicável. Mas com uma diferença. Para estes, as normas de fundo da doação serão aplicáveis no contrato como um todo. Seguimos a orientação de Gino de Gennaro, que não vê possibilidade em se separar, sem ser discricionariamente, as partes “gratuita” e “onerosa” do

¹⁴ Código Civil português de 1867: “Art. 1.455. A doação onerosa só pode ser considerada como doação na parte em que exceder o valor dos encargos impostos”.

contrato nesta hipótese. Sobretudo porque o *negotiummixtum cum donatione* não é um contrato atípico, é um contrato de compra e venda, no caso da venda a preço vil, que se submete à categoria dos negócios jurídicos indiretos (1934, p. 231).

Assim sendo, seu regime é o do negócio típico ao qual pertence, que é o da compra e venda.

Com efeito, de acordo com ele, o preço vil não é incompatível com o regulamento da compra e venda. A liberalidade fica restrita ao campo dos motivos, juridicamente irrelevante, portanto. Mas ele faz uma ressalva. Para Gino de Gennaro, as regras de fundo da doação que disserem respeito diretamente ao intento liberal, ou seja, aplicáveis a qualquer contrato imbuído de liberalidade, serão aplicáveis igualmente aos negócios mistos com doação. É o caso da regra de redução da doação inoficiosa, de necessidade de colacionar os bens doados e da ausência de outorga conjugal(1934, p. 231).

Não temos a vantagem, contudo, de possuir no Código Civil brasileiro artigo semelhante ao disposto no Codice, que expressamente determina a aplicação de determinadas regras da doação a outras liberalidades (ITALIA, Regio Decreto n. 242, 1942, art. 809):

Art. 809.

Normas das doações aplicáveis a outros atos de liberalidade.

As liberalidades, ainda que resultantes de atos diversos daqueles previstos pelo artigo 769, estão sujeitas às mesmas normas que regulam a revogação das doações por ingratidão e por superveniência de filhos, bem como aquelas acerca das reduções das doações para colação.

Esta disposição não se aplica às liberalidades previstas pela segunda alínea do artigo 770 e àquelas que a norma do artigo 742 não submete à colação.¹⁵

A respeito deste artigo, Vincenzo Roppo salienta sua importância ao notar a existência de atos aparentemente onerosos mas que apresentam alguma liberalidade. O Autor cita como exemplos a renúncia a direito, o adimplemento de dívida por terceiro, o contrato a favor de terceiro, o mútuo gratuito cuja soma é vultosa, o comodato de bens de alto valor, *negotia mixta cum donatione* (que ele chamou de donazione mista), dentre outras hipóteses (2010, p. 1000-1001).

Sobre estes exemplos, afirma Vincenzo Roppo (2010, p. 1001):

¹⁵ Art. 809.

Norme sulle donazioni applicabili ad altri atti di liberalità.

Le liberalità, anche se risultano da atti diversi da quelli previsti dall'articolo 769, sono soggette alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni per causa d'ingratitude e per sopravvenienza di figli nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari.

Questa disposizione non si applica alle liberalità previste dal secondo comma dell'articolo 770 e a quelle che a norma dell'articolo 742 non sono soggette a collazione.

Como se vê, alguns destes atos são a título gratuito, mas outros são a título oneroso (p. ex. a doação mista, que se apresenta como um ato de compra e venda): portanto, como existem atos gratuitos que não são liberalidades (p. ex. um serviço de transporte gratuito oferecido por A a B, mas que é no interesse de A que B se encontre no lugar a que é transportado), por isso existem liberalidades que não são atos gratuitos, sendo portanto atos onerosos. Destarte, atos diversos das doações vêm apresentar uma função que não é a sua função típica, mas seria propriamente a função típica da doação: eis o porquê dos atos de liberalidade diversos da doação chamarem-se comumente <<doações indiretas>>. ¹⁶¹⁷

Todavia, se a construção interpretativa que fizemos, com base na causa da atribuição patrimonial da doação pode ser aceita, acreditamos ser desnecessária uma previsão expressa dessa espécie. O referido artigo pode fornecer um subsídio interpretativo na construção do regime dos contratos atípicos que tenham, inclusive, uma causa de atribuição parcialmente gratuita. Nesse sentido, as regras de redução da doação inoficiosa e anulação da doação sem outorga conjugal poderão certamente ser aplicadas por interpretação teleológica, uma vez que são previstos exatamente para evitar intentos fraudulentos à lei.

Outrossim, o próprio artigo 540 do Código Civil permite sua aplicação de maneira semelhante ao art. 809 do Codice Civile, já que, com base na sua construção histórica, adveio de uma teoria referente à construção do regime de negócios mistos com liberalidade. Quanto aos *negotia mixta cum donatione*, essa é, portanto, a amplitude da aplicação do art. 540 do Código Civil.

4 - Conclusões

A onerosidade ou gratuidade de um contrato é relacionada à estipulação de vantagens a ambas, ou apenas uma, das partes. Essa noção é, no entanto, vaga e imprecisa. “Vantagem” é um conceito jurídico indeterminado com pouco grau de concretude.

Portanto, alguns indícios de onerosidade devem ser adotados com o objetivo de qualificar corretamente o negócio jurídico.

A onerosidade poderá apresentar-se quando ocorrer uma interdependência entre atribuições patrimoniais destinadas a cada um dos polos de interesses regulados pelo negócio.

¹⁶ "Come si vede, alcunidiquestiatti sono atti a titolo gratuito, ma altri sono a titolo oneroso (ad es. ladonazione mista, che si presenta come unattodicompravendita): dunque, come esistonoattigratuitiche non sono liberalità (ad es. unservizioditransporto gratuito offerto da A a B, perché è interesse di A che B si trovinnelluogo in cui vienetrasportato), cosìesistonoliberalitàche non sono attigratuiti, bensì sono attionerosi. In tal modo, attidiversidalladonazionevengonopiegati a una funzionechè non è la loro funzionetipica, masarebbepiuttostolafunzionetipicadelladonazione: eccoperchégliattidiliberaltàdiversidalladonazione si chiamanocomunemente<<donazioneindirette>>." (Texto original. Tradução livre).

¹⁷ No mesmo sentido: TRIMARCHI, 2011, p. 423-424.

Essa interdependência pode ser evidenciada seja através da própria declaração negocial, tomando por indícios inicialmente a denominação do negócio, mas, em conjunto, as cláusulas estabelecidas, assim como as circunstâncias negociais.

Um outro elemento que pode auxiliar é o da equivalência econômica entre as atribuições patrimoniais. Embora o desequilíbrio entre as prestações não signifique necessariamente que o negócio jurídico será gratuito, a equivalência é um forte indício de que há uma conexão entre as atribuições patrimoniais.

Diante disso, tendo em mente que os elementos típicos de um contrato têm seu regime disposto com base no negócio jurídico típico *in abstracto*, o encargo não poderá assumir o papel de onerosidade que demandaria uma interdependência com a obrigação de entrega do bem doado.

Isto porque a doação é definida abstratamente pelo elemento da liberalidade, que deve preponderar diante de um encargo inserto anexamente à declaração negocial.

Por isso, o art. 540 do Código Civil, no que faz menção a “doações gravadas”, não poderá ser interpretado como conferindo, nem mesmo parcialmente, às doações com encargo uma natureza onerosa.

A única aplicação possível ao artigo 540 é aquela que leva em consideração sua origem histórica, na teoria das duas causas de Savigny, remetendo a construção do regime dos negócios mistos e indiretos que sejam parcial ou inteiramente gratuitos a certas disposições legais do tipo contratual da doação.

Assim sendo, na ausência de norma correspondente à presente no art. 809 do *Codice Civile* italiano, o art. 540 pode servir como sucedâneo daquele no exercício de função semelhante.

5 - Referências bibliográficas

- ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Briguiet, 1917.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto, <<*negotiummixtum cum donatione*>>. *Revista dos Tribunais*, ano 101, vol. 925, nov. 2012.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negoziogiuridico*. Napoli: EdizioneScientificheItaliane, 2002.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 10 ed. atual. porAchillesBevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955. v. 4.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. Coimbra: Almedina, 2016.v. 7.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2016.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. ed. fac. sim. Brasília: Ministério da Justiça, 1983.v. 2.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GENNARO, Gino de. *I contrattimisti: delimitazione, classificazione e disciplina. Negotia mixta cum donatione*. Padova: CEDAM,1934.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed.rev., atual. e aum. Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. _____. 17. ed. atual. e notas Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Introdução ao direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. _____. 12. ed. atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.v. 3.

LIMA, Fernando Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil anotado*. 4. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. v. 2.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.v. 6.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1972.v. 46.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 30 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.

_____. _____. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.v. 5.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1. tomo 2.

_____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.v. 3.

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

_____. Redes contratuais e contratos coligados. In: HIRONAKA, Giselda M. F. N.; TARTUCE, Flávio (coords.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed. rev. e atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

_____. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.v. 3.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

_____. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.v. 3.

ROPPO, Vincenzo. *Dirittoprivato*. Torino: Giappichelli, 2010.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos nominados II*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projecto do Código Civil brasileiro e commentario*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1887. v. 5.

SAVIGNY, Karl Friedrich von. *Traité de droitromain*. tr. par Ch. Guenoux. 2. ed. Paris: Firmin Didot, 1856. v. 4.

SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013. vol. 1.

_____. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.v. 3.

TRIMARCHI, Pietro. *Istituzionididiritto privato*. 19. ed.Milano: Giuffrè, 2011.

VARELA, João de Matos Antunes. *Ensaio sobre o conceito do modo*. Coimbra: Atlântida, 1955.

_____. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2013. v. 1.

VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.