

15. Nestas condições, invocando os Áureos Suplementos da Egrégia Câmara, opinamos que se negue provimento às apelações, confirmando-se a respeitável sentença apelada que bem decidiu, de acôrdo com o direito e a prova dos autos.

Rio, 17 de julho de 1967 — Clóvis Paulo da Rocha, 11º Procurador da Justiça.

Da caducidade da doação, em decorrência de ilegalidade superveniente do encargo.

PARECER

1. Comprovada a impossibilidade legal de ser cumprido o encargo, em virtude de lei superveniente, conclui-se pela caducidade da doação, mediante interpretação sistemática dos artigos 116 e 1181, § único do Código Civil.

2. Efetivamente, o artigo 116 considera que as condições juridicamente impossíveis invalidam os atos a elas subordinadas, enquanto o artigo 1.181, § único, admite a revogação das doações com encargo na hipótese de mora do donatário.

3. Conclui-se assim que, sendo o encargo, no particular, equiparado à condição, seja suspensiva, seja resolutiva (art. 128 do Código Civil), a sistemática do nosso Código prevê duas hipóteses distintas:

a) Sendo a condição ilegal originária ou supervenientemente, invalida o ato, ensejando, respectivamente, a sua nulidade (ilegalidade originária) ou sua caducidade (ilegalidade superveniente);

b) Ocorrendo simples mora no encargo, pode ser a mesma revogada pelo doador.

4. A lei não faz distinção entre a impossibilidade jurídica originária e superveniente, devendo, em ambos os casos, o resultado ser a invalidade do ato jurídico na sua totalidade e não apenas da condição ou encargo. Onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazer discriminações, de acôrdo com os princípios de hermenêutica.

5. Não há dúvida, na doutrina brasileira, quanto à aplicação do art. 116 aos encargos, conforme se verifica pela lição de Eduardo Espínola e de Agostinho Alvim, que constitui matéria mansa e pacífica.

Afirma o primeiro que:

“Quanto aos encargos impossíveis e aos ilícitos, recebe aplicação o art. 116 do Código Civil, isto é, os encargos impossíveis têm-se por inexistentes, subsistindo a liberalidade, ao passo que, *sendo ilícito ou imoral o modo ou encargo, nula será a declaração de vontade em seu conjunto*” (Eduardo Espínola, *Dos contratos nominativos no direito civil brasileiro*, Rio, Gazeta Judiciária Editora S/A., 1953, pág. 178, nota 11).

Não discrepa de tal entendimento o Professor Agostinho Alvim, na sua exaustiva monografia sôbre a matéria, quando afirma:

“... Não há um texto que se ocupe especialmente do encargo impossível.

Mas os autores, em geral, aplicam ao modo as regras dadas para a condição, analogia esta que é bem tirada, mesmo porque facilmente se confundem a condição potestativa e o modo, como adverte Merlin em seu *Répertoire*, e os autores em geral: Savigny, Tito Preda, Polacco, M.I. Carvalho de Mendonça.

.....
Mas, se a impossibilidade fôr jurídica, o próprio ato se invalida, não só a condição ou o encargo.

E isso pela equiparação (que muitos censuram) da impossibilidade jurídica ao ilícito: dou-te cem mil cruzeiros com a obrigação de tornares a casar, após o teu desquite. Nulo é o encargo e nula a doação.

Estas as soluções, diante do nosso direito” (Agostinho Alvim, *Da doação*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1963, comentário ao art. 1180, nº 12, pág. 234 e 235).

6. A doutrina e a jurisprudência estrangeiras firmaram, na matéria, a tese de decorrer a nulidade do negócio jurídico da nulidade da condição, quando esta constitui a causa impulsiva e determinante da doação. É, por exemplo, a posição do direito francês que, diante de um texto distinto do nosso e elaborado por razões que se inspiraram em interesses políticos então dominantes, estabeleceu uma diferença, no particular, entre a situação dos atos onerosos e dos atos gratuitos, aplicando aos primeiros o art. 1172 e aos segundos o art. 900 do Código Napoleão.

7. Na França, a jurisprudência evoluiu no sentido de restringir a aplicação do art. 900, ampliando a do art. 1172, considerando-se atualmente como mansa e pacífica a tese firmada pela Côrte Francesa de Cassação, em 1863, e depois reiteradamente confirmada, segundo a qual:

“Il est constant que la nullité de la condition entraîne la nullité de la donation lorsqu'il est reconnu que la condition illicite a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité” (Planiol, Ripert et Trassot, *Traité pratique de droit civil français*, tome V, Paris, Librairie Générale, 1933, nº 273, pág. 278).

8. O direito francês procurou analisar a vontade real do doador, determinando ao juiz que verificasse se, em cada caso, a condição ou o encargo constituía

“le centre de gravité, l'objectif de la combinaison”.

Na hipótese afirmativa, a nulidade atinge o ato todo. Afirmou-se, pois, como bem salienta Louis Josserand, que

“C'est donc ici le but qui est décisif, et par conséquent le mobile déterminant, le mobile individuel, adventice, qui est décoré du nom de cause et qui devient le centre même de l'opération” (Louis Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, Dalloz, 1928, n.º 145, pág. 188).

9. Examinando a questão no direito belga, por sua vez, reconhece Henri de Page que:

“Lorsque le mobile, le but de l'acte est la réalisation de la condition illicite ou immorale, l'acte, même s'il est à titre gratuit, est annulé pour le tout” (Henri de Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, 2.ª edição, Bruxelas, Établissements Émile Bruylant, 1948, vol. I, pág. 205, nº 156).

10. Verifica-se pois que, quando a doação é meio ou instrumento de realizar a condição ou de cumprir o encargo, a ilicitude originária ou superveniente da condição ou do encargo implica, necessariamente, em invalidade da doação, mesmo no sistema do direito Francês que, para as liberalidades *inter vivos*, abandonou a tradição do direito romano, a fim de aceitar o disposto no art. 900 do Código Napoleão.

11. O Código Civil Alemão (B.G.B.) firmou, como princípio, no seu art. 139, que a ilicitude da cláusula induz a nulidade do ato jurídico na sua totalidade, salvo se ficar provado que a parte teria praticado o ato, ainda que não pudesse condicioná-lo ao cumprimento do encargo.

12. Os comentadores do B.G.B., após lembrarem a tradição do direito romano, esclarecem que o doador tem a possibilidade de obter a restituição do objeto doado, na hipótese de inadimplemento em relação ao encargo, desde que o objeto doado devesse ser empregado para cumprir o encargo, funcionando como meio em relação ao fim. *O meio seria a doação e o fim o cumprimento do encargo.* No entendimento do Código Civil Alemão, haveria uma dupla finalidade: a doação e o cumprimento do encargo, funcionando a primeira finalidade como pressuposto da segunda.

No caso de ter sido a doação exclusivamente condicionada e determinada pela esperança de cumprimento do encargo, o inadimplemento, por qualquer motivo e independentemente de culpa do donatário, implica em restituição, de acôrdo com o princípio do art. 812 do B.G.B., que veda o enriquecimento sem causa, conforme lição de Gierke, Scholmeyer e Oertmann, voltando as partes ao *statu quo ante*, como se doação não tivesse havido (Ludwig Enneccerus, *Derecho de Obligaciones*, 2.ª edição espanho'a baseada na 11ª edição alemã revista e atualizada por Hein-

rich Kehmann, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1950, 2º vol., § 125, pág. 134 e seguintes).

13. Também o Código Civil Suíço, no seu artigo 482, § 2.º, considera nulo todo ato gravado de encargos ou condições ilícitas ou imorais.

14. Mais recentemente, o novo Código Civil Italiano adotou o critério fixado pela jurisprudência francesa, entendendo ser nula a doação quando o encargo ilícito constituiu o motivo determinante da liberalidade (art. 794 do Código Civil Italiano de 1942).

15. Afirma a doutrina italiana que geralmente a ilicitude da condição implica na invalidade do negócio jurídico gravado, mantendo, todavia, a distinção romana entre os negócios *inter vivos* e *mortis causa*. Estes podem perdurar, não obstante a condição imoral ou ilegal, que será considerada como não escrita (*pro non scripta habetur*), enquanto aqueles são inválidos em decorrência da ilicitude da condição ou do encargo — a condição *vitiatur et vitiat* (Francesco Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 1º vol., 7ª edição, Milano, Dott. A. Giuffrè, § 46, pág. 354).

16. A exceção para a proteção especial dos atos *mortis causa* no direito italiano se explica pela impossibilidade de conferir a *posteriori* os exatos termos da vontade real, o que não acontece no tocante às doações *a fortiori*, quando ainda está vivo o doador.

17. Também o recentíssimo Código Civil Português, aprovado pelo Decreto nº 47.344, de 25 de novembro de 1966 e que acaba de entrar em vigor em 1º de junho de 1967, nos seus artigos nºs 271, 967 e 2.168, considera nulos os atos jurídicos e particularmente as doações, quando subordinados a uma condição contrária à lei ou à ordem pública.

18. Verifica-se, pois, que, tanto diante do texto expresso da lei nacional (art. 116 do Código Civil), como em virtude dos ensinamentos dos textos legislativos, da doutrina e da jurisprudência estrangeiros, a ilegalidade do encargo, quando êste é finalidade determinante da doação e causa real da mesma, implica em caducidade da doação.

No caso presente, é evidente que a doação foi feita não com o simples *animus donandi*, mas atendendo à finalidade desejada. A transferência dos bens e a escolha dos donatários decorreu, basicamente, do fato de considerar o doador tal transmissão de haveres e a colaboração dos donatários como meios eficientes e indispensáveis para a realização do fim. Não há, pois, dúvida que, apreciando o que é principal e o que constitui elemento acessório ou secundário, conclui-se que a entrega dos bens e a escolha dos donatários foram, simplesmente, meios para alcançar o fim. Assim sendo, a ilicitude superveniente do fim impõe o restabelecimento da situação anterior à doação, que se tornou inválida e cuja manutenção, além de desrespeito à vontade do doador, passa a constituir enriquecimento sem causa, ensejando o dever de restituição (art. 964 do Código Civil).

19. Pelo exposto, conclui-se que a ilicitude superveniente do cumprimento do encargo implica, necessariamente, em caducidade da doação.