

Condições impossíveis no Código Civil

O código civil adopta sobre condições impossíveis uma theoria verdadeiramente singular. Segundo o art. 116, as condições physicamente impossíveis se consideram inexistentes, ao passo que as juridicamente impossíveis invalidam os actos a ellas subordinados.

As condições physicamente impossíveis não prejudicam, portanto, o acto juridico que valerá como puro ou incondicional, mas as juridicamente impossíveis determinarão fatalmente a sua nullidade..

O nosso legislador não se inspirou aqui no direito romano, nem tão pouco nas legislações estrangeiras, que em outras occasiões tantas e tantas vezes reproduziu sem reflexão e sem critica.

Seguiu o novo caminho que lhe indicára o illustre auctor do projecto, o qual, tendo subido ás altas cumiadas da jurisprudencia, “partiu de um principio superior” que só elle ensina, que só elle professa.

E não é louvavel, porque não é sincero, que se pretenda ainda hoje inculcar como uma innovação progres-

siva e consciente o que não passa de um accentuado regresso scientifico, consideravelmente aggravado pela inexperiencia do innovador, que não tinha noção exacta da impossibilidade juridica, como resulta muito claramente dos trabalhos preparatorios do codigo civil.

Sustentando no seio da commissão especial a extranha originalidade, confundiu o auctor do projecto a condição juridicamente impossivel, que não pôde ser realisada, com a condição illicita, que pôde, mas não deve ser cumprida.

Se a distincção tivesse occorrido ao nosso legislador, evitaria elle, por certo, o illogismo e a grave incoherencia em que desastradamente incidiu.

O art. 116 é duplamente defeituoso;

1.º — Porque considera inexistentes ou não escriptas as condições physicamente impossiveis, quando a nullidade era a consequencia natural;

2.º — Porque, tendo confundido as condições juridicamente impossiveis como as illicitas ou immoraes, prescreve incongruentemente a invalidade dos actos áquellas subordinados.



No direito romano as condições impossiveis determinavam a nullidade dos processos, mas eram consideradas não escriptas nas disposições testamentarias.

Não é testamento um acto juridico como o contracto, predominando em ambos a vontade individual?

Quaes os motivos que levaram o direito romano a separar as disposições contractuaes das disposições testamentarias para attribuir effeitos diversos ás referidas condições?

Nunca foi apresentada explicação satisfactoria de

tão grande anomalia, que entre os proprios juristas romanos encontrou oppositores.

Os proculeianos sustentavam que as condições impossiveis deveriam annullar, tanto os contractos como os testamentos, mas os sabinianos faziam a distincção, que prevaleceu na compilação de Justiniano. Consultem-se Savigny, *Systemas*, vol. 3.º, parag. 124, e Heimbach, no *Diccionario Juridico de Weiske*, vol. 1.º, pag. 764.

Gayus, que em algumas passagens de suas *Institutas* offerece interessantes informações sobre as antigas divergencias entre as duas escolas, ao reportar-se a essa distincção não se esquivou, apesar de ser sabiniano e de ter em grande apreço a doutrina de seus mestres, de confessar bem clara e francamente: "*Et sane vix, idonea diversitatis ratio reddi potest.*" III, parag. 98.

Outros têm tentado superar a difficuldade, que se deparou a esse jurisconsulto, invocando, a favor dos testamentos, a bôa fé dos legatarios e até a propria intenção do testador, que se presume faria a liberalidade independentemente da condição estatuida.

Quasi todos os codigos modernos adoptaram a distincção do direito romano, considerando não escriptas as condições impossiveis nas disposições de ultima vontade, mas a grande maioria dos civilistas é contraria a essa particularidade, preferindo a generalização da regra, a nullidade, não só dos contractos, como tambem dos testamentos.

Toullier, por exemplo, que citarei de preferencia, porque não é suspeito ao romanismo, se pronuncia nestes termos pela generalização:

"Os jurisconsultos philosophos, os que não permanecem, servilmente, afferrados ás decisões do direito romano, como um servo á gléba, têm regeitado, por in-

justa e desarrazoada, a distincção do direito romano entre as disposições testamentarias e as convenções submettidas a uma condição impossivel". (Direito civil francez, tomo 5.º, n.º 245).

Contra essa disposição tambem se manifestam muitos outros jurisconsultos, cuja indicação é inteiramente excusada.

O que interessa saber, e quero bem salientar, é que os proprios auctores, que procuram justificar a referida distincção do direito romano, não lhe contestam o character de excepção, introduzida principalmente pelo favor dos testamentos.

Generalisar, porém, transformando em regra uma excepção tão censurada, e que não foi até agora satisfactoriamente justificada, é o que não admite uma explicação racional.

A generalisação deveria ser em sentido contrario, como acontece no codigo civil austriaco que no art. 698 declara, indistinctamente, a nullidade de todos os actos subordinados a condições impossiveis, o que na valiosa opinião de Ungar só é digno de approvação. (Systema do direito privado austriaco, vol. 6.º, not. 9 ao parag. 16.)

Tão simples e natural pareceu isto aos collaboradores do codigo civil allemão que não incluíram nelle disposição alguma sobre os effeitos da condição impossivel, e os seus expositores, de accordo com os verdadeiros principios, ensinam uniformemente que semelhante condição determina a nullidade dos actos, tanto do contracto como do testamento. (Dernburg, Direito civil, vol. 1.º, parag. 151. Biermann, Direito civil, vol. 1.º parag. 85; Strohal, Successão, vol. 1.º, pag. 143; Meischeider, Disposições de ultima vontade, pag. 114.)

O art. 116 do nosso codigo civil, considerando inexistentes as condições physicamente impossiveis em

qualquer acto juridico, fez, incontestavelmente, uma generalisação invertida. Procurando sustentar a original doutrina do cit. art. 116, escreve o dr. Clovis Bevilacqua no respectivo commentario: "As chamadas condições physicamente impossiveis não são condições no sentido juridico do termo, porque não ha incerteza nos acontecimentos, nos eventos a que subordinam os actos juridicos. E' a lição de Savigny, Droit Romain, parag. 122, que todos acceitam".

Sem embargo da impugnação de Muhlenbruch, no vol. 41, pags. 77 a 79 do Commentario de Gluck, eu tambem acceito a lição de Savigny, que já se encontra na Jurisprudencia Forense de Hellfeld, edição Schneidt, parag. 578: "Conditio praeponit incertum eventum...

Inde... eventus impossibilis conditionem non efficit, et impossibiles conditiones non sunt vere, sed improprio tales."

Sim, não são propriamente condições, não suspendem o acto, o que não exclue a nullidade, a qual tambem, segundo a lição de Savigny, parag. 121, é a consequencia natural, excepcionalmente não admittida nas disposições testamentarias. E' isto, e precisamente isto, o que ensina e poderia ensinar o preclaro jurisconsulto, que não fornece o menor apoio á desarrazoada doutrina do art. 116.

Nem elle nem qualquer outro escriptor, de que eu tenha conhecimento. Quem declara vender ou trocar sob a condição de parar a terra, ou, segundo o exemplo tradicional, de tocar o céu com o dedo, não quer na realidade effectuar a venda ou consummar a troca. Uma declaração desta natureza póde ser um simples gracejo ou a revelação de insanidade mental, mas nunca a manifestação de vontade, que é requisito essencial de todo acto juridico.



Abraçado, porém, o erroneo alvitre de considerar não escriptas as condições physicamente impossiveis, era coerente sujeitar á norma diversa as condições juridicamente impossiveis?

Eu acredito que não.

A incongruencia era tão grande, tão palpavel que não podia passar despercebida na discussão do projecto, que foi combatido nesta parte pelo Conselheiro Andrade Figueira.

Notava o saudoso parlamentar que o projecto estava em desaccordo com as tradições do direito romano e da legislação brasileira, que lhe pareciam mais racionais, e que não via razão para semelhante distincção.

E acrescentava: "Para a lei é tão impossivel se tocar no céu com o dedo, como se eu promettesse dar dez contos de réis a um sujeito para assassinar o nosso distincto presidente da commissão".

E' tão impossivel uma cousa como a outra". Trabalhos da commissão especial, vol. 4.º, pags. 152 e 153.

A intuição juridica do Conselheiro Andrade Figueira não podia tolerar que se considerassem inexistentes as condições physicamente impossiveis e que as juridicamente impossiveis invalidassem os actos a ellas subordinados.

Elle estava, evidentemente, com a razão, com a verdadeira doutrina, que, entretanto, comprometteu com o exemplo que escolheu.

Impossivel matar o presidente da commissão?

Quantos chefes de estado, cercados de outras garantias, têm cahido fulminados pelo golpe certo do anarchista? Não é impossivel o que com difficuldade

póde ser realizado, nem o que por illicito ou immoral não deve ser praticado.

Para justificar o que estabelecera no projecto, disse o dr. Clovis Bevilacqua: "Parti de um principio superior: só ha condição, quando ha uma clausula subordinativa do acto juridico a um acontecimento incerto.

As condições physicamente impossiveis não têm incerteza absolutamente alguma; e consequentemente ellas não determinam a condicionalidade do acto.

E, sendo assim, é como se ellas não existissem. Por isso, o projecto determinou que ellas fossem consideradas como não existentes.

Agora, as que são impossiveis em face do direito estão em outra categoria, porque o acto é possível e tanto é possível praticar um acto contra o direito que existem os crimes.

Ha possibilidade, mas o direito deve intervir com a sua sanção e declarar que essas condições annullam o acto, porque a condição submete o acto a um molde especial e esse molde, sendo injuridico, sendo contrario á moral, sendo illicito, deve tornar illicito o acto.

Esta é a minha orientação." Trabalhos, vol. 5.º, pag. 131.

O que de tudo resulta claramente é que na discussão do projecto não se tinha a noção exacta de condição juridicamente impossivel.

A orientação do dr. Clovis era errada, porque partia da idéa falsa de que as condições juridicamente impossiveis podem ser realizadas, confundindo as impossiveis com as illicitas, quando a impossibilidade juridica é tambem invencivel, como a physica e natural.

Levado por uma terminologia antiquada e incorrecta, geralmente abandonada pelos civilistas modernos,

tirou o dr. Clovis consequências, que nunca foram deduzidas pelos proprios escriptores, que a empregavam, e elaborou a theoria illogica e incoherente que está implantada no art. 116 do codigo civil.

Deu-se com as condições impossiveis o que occorreu com a immobilisação do penhor agricola, tambem defendida pelo dr. Clovis Bevilaqua com a despropositada applicação da regra: "Fructus pendentes pars fundi videntur." Veja-se a Revista de Direito, vol. 47, pag. 49.

*
**

Os auctores, que escreveram até a metade do seculo passado, dividiam commumente as condições em physica e moralmente impossiveis, segundo eram contrarias ás leis da natureza, ou aos preceitos do direito e da moral. Subdividiam as moralmente impossiveis em juridicamente impossiveis, quando contrarias ao direito e moralmente impossiveis, propriamente ditas, quando collidiam com as regras da moral e os bons costumes.

Um facto qualquer, susceptivel de consummação, como uma acção criminosa, era considerado condição juridicamente impossivel pela unica circumstancia de ser vedado pela lei, de ser contrario ao direito. Eram estas as noções correntes, muito vulgarisadas entre nós principalmente pelas Instituições de Coelho da Rocha e pelo compendio de Mackeldey, livro modelar no seu genero, mas já um pouco antiquado.

E' que o dr. Clovis Bevilaqua estava inteiramente imbuido destas falsas idéas, não resta a menor duvida, á vista de suas proprias palavras que integral-

mente transcrevi. Partindo, pois, não de um "princípio superior" que imaginou, mas de uma errônea concepção separou elle no art. 124 do projecto, que corresponde ao art. 116 do código civil, a impossibilidade jurídica, da physica ou natural, para lhes dar effeitos diversos, do que não conheço um só exemplo na doutrina, na historia e na legislação universal.

Aquelles mesmos auctores, que adoptavam a incorrecta terminologia, não tiravam, como já tive occasião de dizer, estas desencontradas consequencias.

*
**

Ao lado da impossibilidade physica ou natural existe, effectivamente, uma impossibilidade jurídica ou legal, que não é, porém, a que entende o dr. Clovis.

Entre os factos contrarios ao direito, alguns ha que são susceptiveis de realisação, apesar da prohibição legal, como acontece com os crimes e as acções immoraes.

A condição, que tenha por objecto qualquer destes factos, é illicita ou immoral, mas não impossivel.

Outros factos ha tambem que, sendo contrarios ao direito, não pôdem, absolutamente, ser realisados, e a condição, que a elles se refira, é uma condição juridicamente impossivel. Assim não é tão impossivel tocar o céu com o dedo, como assassinar o presidente da comissão, como exemplificou o Conselheiro Andrade Figueira, laborando na mesma confusão do dr. Clovis, mas tão impossivel é tocar o céu com o dedo, como conseguir o divorcio "a vinculo" no Brasil, onde a legislação só admitte o desquite, ou o menor fazer uma ado-

ção, porque o adoptante deve ser maior de cincoenta annos.

*
**

Depois de um estudo de Sell e principalmente da dissertação de Arndts sobre a noção e a divisão das condições impossíveis, publicada em 1837 e reproduzida no volume 1.º da collecção de seus escriptos de direito civil, foram postos em relevo os vícios ou defeitos da antiga terminologia, não só sobre este ponto, senão também sobre outros, de que não pretendo occupar-me.

Combatida ainda por Savigny no vol. 3.º, pags. 169 e seg. do mencionado "Systema do direito romano actual", foi completamente abandonada na Allemanha e nos paizes onde se faz sentir a influencia da cultura juridica allemã.

Na França, onde esse tratado do grande mestre foi introduzido por Guenoux, não confundem os auctores de mais nota as condições juridicamente impossíveis com as illicitas e as immoraes.

Demolombe, que no vol. 18, n.º 219 de seu "Curso deCodigo Napoleão" dividia ainda as condições em physica e moralmente impossíveis, confessa, no vol. 25, n.º 304, muito sinceramente, o seu engano, e observa actualmente que não convem confundir as condições physica ou juridicamente impossíveis com as contrarias aos bons costumes ou prohibidas pela lei.

*
**

A theoria do art. 116 no codigo civil é, consequentemente, illogica, incoherente e isolada.

Illogica, porque considera inexistentes as condições physicamente impossiveis.

Incoherente, porque deu effeito diverso ás condições juridicamente impossiveis, na erronea presuppção de que estas podiam ser realisadas.

Isolada, finalmente, porque não conta um só exemplo na doutrina, na historia e na legislação universal.

Recife, 28 de Novembro de 1922.

PROF. DR. GONDIM FILHO.

