

PARECER

*Professor Doutor Flávio Tartuce*¹

*Professor Doutor Maurício Bunazar*²

Ementa. Direito Civil. Direito das Sucessões. Testamento elaborado, em benefício da consulente, no remoto ano de 1.899, com previsão de encargo para a criação de um instituto beneficente. Impossibilidade de aplicação das regras de fundação. Normas restritivas que não admitem analogia ou interpretação extensiva. Vontade do testador que não traz a intenção de constituição de fundação, ao contrário do pretendido pelo Ministério Público de São Paulo. Aplicação do princípio *favor testamentii*. Ausência de descumprimento de encargo por parte da consulente. Inexistência de legitimidade do Ministério Público para pleitear a revogação da doação por inexecução do encargo, por se tratar de bem particular. Prazo para a revogação, seja prescricional ou decadencial, que decorreu *in casu*. Consulente que deve ter o seu direito de propriedade assegurado, inclusive por atender à sua função social, nos termos da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002.

¹ Pós-Doutor, Doutor em Direito Civil e Graduado pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado e Especialista em Direito Contratual pela PUCSP. Coordenador do programa de mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD). Autor, entre outras obras, da coleção *Direito civil*, em seis volumes, do *Manual de Direito Civil* e do *Código Civil Comentado*, todos editados pelo Grupo GEN. Fundador e Diretor Executivo do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCONT) e do Instituto Brasileiro de Direito de Família em São Paulo (IBDFAMSP). Advogado, consultor jurídico, parecerista e árbitro em São Paulo.

² Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito Civil pela USP. Professor de Direito Civil do Damásio Educacional e do IBMECSP. Professor do programa de Mestrado da Escola Paulista de Direito (EDP). Fundador e Membro da Diretoria Executiva do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCONT). Advogado e consultor jurídico em São Paulo.

OBJETO DA CONSULTA.

BREVE RELATÓRIO FÁTICO.

Consulta-nos a **IRMANDADE DA SANTA CASA DA MISERICÓRDIA DE SANTOS**, inscrita no CNPJ/MF n. 58.198.524/0001-19, com endereço na Rua Dr. Cláudio Luís da Costa, nº 50, Jabaquara, Santos/SP, CEP 11075-900, por intermédio dos seus ilustres advogados **DR. MANOEL RICARDO DE ANDRADE SEBASTIÃO**, inscrito na OAB/SP sob o n. 213.935, e **DR. ALDO DOS SANTOS PINTO**, inscrito na OAB/SP sob o n. 164.096, com o mesmo endereço.

A consulta diz respeito à Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, distribuída por dependência aos de outra Ação Civil Pública autuada sob n. 1015191-02.2021.8.26.0562 e que tramita perante a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Santos, Estado de São Paulo.

Na primeira dessas ações, a qual não é objeto desta opinião legal, o Ministério Público pretende responsabilizar as fazendas públicas municipal e estadual a recuperar os bens da Santa Casa da Misericórdia de Santos, em razão da sua impossibilidade financeira. Na segunda demanda, objeto específico desta consulta, pretende ver “declarado” extinto o encargo testamentário consistente em ter a consulente de constituir instituto denominado **DONA ESCHOLASTICA ROSA**, de educação e acolhimento de rapazes.

O Ministério Público de São Paulo pretende reconhecer que a intenção do testador era de determinar a criação de uma fundação e, por isso, pretende também, ainda que indiretamente, a aplicação ao caso concreto das atuais regras de Direito Privado sobre fundação.

De acordo com o breve relatório fático que nos foi enviado pelos advogados da consulente, informam que o **SR. JOÃO OCTAVIO DOS SANTOS**, testador, conforme ato de última vontade em benefício da **SANTA CASA DE SANTOS**, em 1.899, era filho da **SRA. ESCHOLASTICA ROSA**, e “afilhado” do **SR. JOÃO OCTAVIO NÉBIAS**, o **CONSELHEIRO NÉBIAS**. Esse último ingressou como irmão

da Santa Casa de Santos em 1.830. O testador, por sua vez, fez o mesmo no ano de 1.860. O seu envolvimento com a consulente teve início juntamente com o de seu “padrinho”, desde a tenra idade.

O **SR. JOÃO OCTAVIO DOS SANTOS** foi provedor da Santa Casa de Santos, de novembro de 1.874 até 1.878, bem como de 1.882 a 1.896. Conforme está nos autos, o testamenteiro, **SR. JULIO CONCEIÇÃO**, menciona todo o amor que o testador tinha pela Santa Casa, tanto que a chamava de “filha”. Assim, o testador fez muitos empréstimos para a **SANTA CASA**, sem a cobrança de juros, além de outras doações para incorporar ao patrimônio da instituição. Segundo nos informam, o próprio testamenteiro também foi provedor da Santa Casa de Santos, de outubro de 1.886 a 1.902.

O testador nada deixou para entes públicos e, segundo os advogados da consulente, também não impôs qualquer condição mínima para a existência do instituto que criou, em homenagem à sua mãe. Deixou a cargo da **SANTA CASA DE SANTOS** apenas o necessário para a manutenção do referido instituto, ao contrário do que pretende alegar o Ministério Público de São Paulo em sua petição inicial.

Sendo esse o breve quadro fático que nos foi apresentado, os advogados da consulente formularam cinco quesitos técnicos-jurídicos, que passamos a responder de forma pontual e sucessiva.

QUESITO 1. É POSSÍVEL APLICAR O REGIME JURÍDICO ATUAL DAS FUNDAÇÕES AO INSTITUTO CRIADO PELO TESTADOR? É VIÁVEL JURIDICAMENTE RETIRAR DA VONTADE DO TESTADOR A CONCLUSÃO SEGUNDO A QUAL ELE PRETENDIA A CRIAÇÃO DE UMA PESSOA JURÍDICA NO SEU ATO DE ÚLTIMA VONTADE?

A resposta destes pareceristas é negativa, não sendo possível aplicar o regime jurídico atual das fundações ao instituto criado pelo testador. Ademais, por interpretação do seu ato de última vontade, não é possível concluir que ele pretendia a criação de uma pessoa jurídica quando elaborou o testamento em benefício da consulente.

Sobre essa primeira dúvida, é fundamental pontuar que o testamento foi lavrado em 1.899, quase vinte anos antes da entrada em vigor do Código Civil de 1916 e que, portanto, não havia sido ainda positivada no Direito Brasileiro a categoria da *fundação*, o que só ocorreu com a entrada em vigor da primeira codificação privada, por força dos seus arts. 24 a 30.

Assim, a legislação existente à época não tratava das fundações, mas apenas das associações, regulamentadas pela Lei n. 173, de 1.893. A norma então em vigor tinha por objeto regular “a organização das associações que se fundarem para fins religiosos, Moraes, científicos, artísticos, políticos ou de simples recreio, nos termos do art. 72, § 3º, da Constituição”. O dispositivo citado, da primeira Constituição Republicana, refere-se tão-somente à liberdade de culto e de associação para fins religiosos.

Sobre a norma citada, duas informações são fundamentais. A primeira delas é que a lei não determinava o registro dos atos constitutivos da associação, mas apenas previa que o registro seria condição para a aquisição de personalidade civil. Conforme estava previsto no seu art. 1º, “as associações que se fundarem para fins religiosos, Moraes, científicos, artísticos, políticos, ou de simples recreio, poderão adquirir individualidade jurídica, inscrevendo o contracto social no registro civil da circumscrição onde estabelecerem a sua sede”. Portanto, somente haveria a necessidade de registro para fins de personificação, ou individualidade jurídica, isto é, a associação existiria logo que constituída, e ainda que não tivesse personalidade jurídica.

A segunda questão a destacar é que a disciplina para o caso da extinção, inclusive por impossibilidade do fim, era radicalmente distinta do atual regime, uma vez que se impunha a divisão do patrimônio entre os membros associados. Consoante o art. 11 da Lei 173/1893, “dissolvida ou extinta a associação e liquidado o passivo, o saldo será partilhado entre os membros existentes ao tempo da dissolução, salvo si os estatutos prescreverem ou a assembléa geral houver resolvido, antes da dissolução, que o saldo seja transferido a algum estabelecimento publico ou a outra associação nacional que promova fins idênticos ou análogos”. Como é notório, no atual sistema, sendo extinta a associação, em regra, o remanescente será destinado para outra pessoa jurídica com fins semelhantes, pelo menos em regra, pelo que está no art. 61 do atual Código Civil.³

³ CC/2002. “Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissis este, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes. § 1º. Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação. § 2º. Não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União”.

De toda sorte, embora a fundação não estivesse positivada, ela não era estranha ao ordenamento jurídico, embora, à evidência, não gozasse de autonomia, ou seja, de personalidade jurídica. Sobre o tema das pessoas jurídicas, o jurista Francisco de Paula Lacerda de Almeida, nos idos de 1905, escreveu celeberrima monografia e, acerca da fundação, ensinou o seguinte:

“Por igual modo surgiu no cenário jurídico a *obra pia* ou *fundação*, no sentido stricto da palavra, sob a forma de liberalidade-doação ou legado *sub modo*- a uma corporação de mão-morta: doação, quando feita por acto *inter vivos*, o que não é frequente; legado quando por disposição de última vontade, e é o caso mais comum ou de quase todos os dias. (...). Em face da lei e consoante esta construção era a corporação donatária sujeito dos direitos e obrigações que affectavam a fundação. (...). A fundação não tem ainda entre nos individualidade própria, não pode portanto em taes circunstancias pretender o carácter e predicamento de pessoa jurídica.”⁴

No nosso entender, portanto, a interpretação que decorre do testamento do **SR. JOÃO OCTAVIO DOS SANTOS** e do contexto social da época é inequívoco: o testador legou, *sub modo*, à **SANTA CASA DE SANTOS** bens para que ela, na qualidade de proprietária desses, empregasse-os na realização da obra pia **INSTITUTO DONA ESCHOLASTICA ROSA**. A leitura da cédula testamentária não deixa margem para dúvidas, podendo ser transcrito o seguinte trecho, com destaques feitos por nós:

“(...) Declaro que a excepção dos legados infra-assinados digo infra mencionados é **minha expressa vontade legar, como lego, à Santa Casa de Misericórdia** de Sant digo desta cidade todos os meus bens, direitos e acções constitutivos do meu patrimônio para serem especialmente applicados à erecção do Instituto da Escholastica Rosa, **que ora deixo creado** (...)”

Ora, não há como pretender que a intenção do testador haja sido criar um ente personalizado. Sua intenção era fazer o que de fato fez, qual seja de legar à **SANTA CASA** para que ela afetasse o patrimônio aos fins previstos no testamento. E não se pode negar que a legatária cumpriu rigorosamente o modo que lhe foi imposto. A própria peça ministerial o reconhece; confira-se o item n. 7 da inicial da ação civil pública por nós analisada. Chama atenção também o fato de o Ministério Público de São Paulo reconhecer que os atos, com o devido respeito, mal qualificados como dilapidação, serem

⁴ LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Das Pessoas Juridicas*. Ensaio de uma teoria. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1905, p. 68-69.

voltados à manutenção do instituto, como era a vontade do testador (confira-se o item n. 9 da peça ministerial).

Por tudo isso, respondendo novamente de forma direta e objetiva ao primeiro quesito, é absolutamente impossível extrair do testamento qualquer interpretação que conduza à ideia de que o testador quisesse a criação de uma pessoa jurídica autônoma. Ao contrário, é óbvio que sua intenção foi a de legar à **SANTA CASA** seus bens, pura e simplesmente, sem qualquer encargo a ela imposto.

QUESITO 2. NA OPINIÃO DESTES PARECERISTAS O PATRIMÔNIO LEGADO PELO TESTADOR À SANTA CASA DE MISERICÓRDIA É INALIENÁVEL?

A nossa resposta é negativa, uma vez que a alienabilidade é a regra do sistema jurídico brasileiro desde sempre, devendo a inalienabilidade ser prevista, em lei ou por exercício da autonomia privada.

O Ministério Público do Estado de São Paulo pretende que o patrimônio legado à **SANTA CASA DA MISERICÓRDIA DE SANTOS** seja submetido ao regime jurídico da inalienabilidade e, para tanto, pretende aplicar ao **INSTITUTO DONA ESCHOLASTICA ROSA**, que não tem personalidade jurídica, analogicamente, as normas que disciplinam a fundação.

Como é notório, desde sempre, a regra geral do Direito Civil é a livre disposição dos bens pelo proprietário, premissa essa que só cede diante de disposição legal ou negocial em sentido contrário, ou seja, por previsão legal ou convencional. Como é notório, a regra é a alienabilidade dos bens, sendo a inalienabilidade a exceção.

Nesse contexto de afirmação doutrinária, o testador, se quisesse, poderia ter clausulado todos os bens legados à consulente com a cláusula de inalienabilidade, mas não o fez. Não restam dúvidas de que o testador submeteu os bens à administração da **SANTA CASA DE SANTOS** e a alienação é ato de administração, ainda que não ordinário.

Essas constatações jurídicas já seriam bastantes para afastar qualquer tentativa de considerar inalienável o patrimônio legado, mas, apenas para fins argumentativos, cabem algumas palavras sobre a tentativa do Ministério Público de atribuir analogicamente ao **INSTITUTO DONA ESCHOLASTICA ROSA** o regime jurídico fundacional.

Primus, lembremos de vetusta regra de hermenêutica jurídica básica, no sentido de que não se aplicam por analogia regras restritivas de direito ou normas de exceção. Não é outra a lição do maior hermeneuta brasileiro, o jurista Carlos Maximiliano: “em matéria de privilégios, bem como em se tratando de dispositivos que limitam a liberdade, ou restringem quaisquer outros direitos, não se admite o uso da analogia”.⁵.

Secundus, ao pretender aplicar ao **INSTITUTO DONA ESCHOLASTICA ROSA**, analogicamente, regra que determina a inalienabilidade de bens fundacionais, o Ministério Público de São Paulo pretende “aplicar analogicamente” regra inexistente. Com efeito, não há nem nunca houve no Direito Positivo Brasileiro regra que, *a priori*, impusesse a inalienabilidade de bens fundacionais. Assim, é óbvio que, salvo proibição, ou seja, imposição de inalienabilidade aos bens pelo seu instituidor, os bens são, sim, alienáveis, a critério da administração e nos termos dos estatutos.

Apenas para que essa última afirmação não seja considerada desprovida de fundamento, basta uma simples leitura dos arts. 24 a 30 do Código Civil de 1916 e dos arts. 62 a 69 do Código Civil de 2002 para se verificar que não existe inalienabilidade sobre bens fundacionais como regra geral. Portanto, de forma definitiva, tem-se que o patrimônio legado pelo testador à **SANTA CASA DA MISERICÓRDIA DE SANTOS** não é inalienável.

QUESITO 3. DO TESTAMENTO ANALISADO POR ESTES PARECERISTAS, PODE-SE DIZER QUE O LEGADO, DA FORMA COMO APRESENTADO, IMPÕE AO LEGATÁRIO VANTAGENS E DESVANTAGENS, OU APENAS DESVANTAGENS?

Na opinião compartilhada por estes pareceristas, analisando o testamento do **SR. JOÃO OCTAVIO DOS SANTOS** em benefício da consulente, pode-se dizer que ele traz vantagens e desvantagens, e não apenas desvantagens.

Como é notório, a vantagem correspectiva faz parte do próprio conceito de encargo ou modo, um ônus introduzido em ato de liberalidade. Francisco Amaral, por exemplo, ensina que: “Modo (do latim *modus*, limite, termo, medida) é o ônus imposto a

⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 9ª Edição, 1979, p. 213.

uma liberalidade com o fim de limitá-la. É manifestação de vontade aposta ao negócio jurídico, criando para o onerado uma restrição à vantagem decorrente desse ato”.⁶

Ora, parece-nos evidente que o testador atribuiu uma vantagem à **SANTA CASA DA MISERICÓRDIA** contra um encargo, qual seja o de instituir e administrar o **INSTITUTO DONA ESCHOLASTICA ROSA**. Se não houvesse vantagem correspondente, o testador teria legado à **SANTA CASA DE SANTOS** apenas uma obrigação, o que seria um contrassenso em se tratando de instituição sem fins lucrativos. Teria havido apenas um ônus e não uma liberalidade em seu benefício, o que seria um total contrassenso jurídico.

A estrutura básica do negócio testamentário levado a efeito pelo testador é simples, uma vez que a **SANTA CASA DA MISERICÓRDIA DE SANTOS** recebeu vultoso patrimônio e, como contrapartida, teve o encargo de instituir e administrar o **INSTITUTO DONA ESCHOLASTICA ROSA**.

Da leitura do testamento, de sua interpretação lógica, sistemática e, principalmente, teleológica, não decorre que o testador proibiu a **SANTA CASA DA MISERICÓRDIA** de aplicar rendimentos ou parte dos bens para o exercício de sua atividade fim. Lembremos que o testador declara expressamente seu “amor” pela **SANTA CASA DE SANTOS** e, por isso, a ela legou seus bens. Recordemos, ainda, que o testador expressamente declara querer que o **INSTITUTO DONA ESCHOLASTICA ROSA** seja vinculado perpetuamente à consulente, tanto que roga seja aceito como anexado ou dependência da própria **SANTA CASA**.

O “amor” do testador à **SANTA CASA DA MISERICÓRDIA DE SANTOS** é a *chave hermenêutica fundamental* para a interpretação de seu testamento. Insistimos que se fosse vontade do testador impedir a disposição dos bens pela consulente, os teria clausulado com inalienabilidade. E, pelo histórico de vida do testador, vitorioso comerciante, vereador em tempos de Monarquia e diretor do Banco Mercantil de Santos à época, teria ele plena condição de impor qualquer ônus à **SANTA CASA DE SANTOS**. Desta forma, como pretende o Ministério Público de São Paulo extrair vontade não existente do testador, em sua exordial? Com o devido respeito, não se pode exigir tanta *sofisticação negocial*, como pretende o *Parquet*, sem que tal *sofisticação* tenha sido estabelecida de forma inequívoca no testamento.

⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 7ª edição, 2008, p. 502-503.

Sobre essa questão de interpretação do ato de última vontade, vale lembrar o teor do art. 85 do Código Civil de 1916, no sentido de que “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”. A regra foi repetida pelo art. 112 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Como é notório, o privilégio à vontade do testador, retirada dos comandos citados, é premissa antiga, que deve ser aplicada mesmo aos atos praticados antes da vigência das duas codificações brasileiras. Como leciona Caio Mário da Silva Pereira sobre a origem da norma, "aproximou-se do Código Civil Alemão, e propendeu para a busca da vontade, sem o fetichismo da expressão vocabular. Mas não quer, também, dizer que o intérprete desprezará a linguagem para cair à cata da vontade, nos meandros cerebrinos de sua elaboração. Cabe-lhe buscar a intenção dos contratantes percorrendo o caminho da linguagem em que vazaram a declaração, mas sem se prender demasiadamente a esta".⁷

Quando se menciona o sistema alemão, anote-se que os dispositivos brasileiros se aproximam do § 133 do BGB, que é de 1900, segundo o qual na interpretação de uma declaração de vontade deve-se investigar a verdadeira vontade e não se atender ao sentido literal da expressão.⁸ Destaque-se que a mesma regra existe em muitas outras codificações privadas, por todo o mundo.

Por tudo isso, respondendo de maneira objetiva ao terceiro quesito formulado, é mais do que evidente que a intenção do testador era beneficiar a **SANTA CASA DA MISERICÓRDIA**, e não apenas impor-lhe obrigações, como parece pretender o Ministério Público do Estado de São Paulo.

QUESITO 4. DA ANÁLISE DA PEÇA MINISTERIAL E DA DOCUMENTAÇÃO ACOSTADA, PODE-SE DIZER QUE A SANTA CASA NÃO EXECUTOU O ENCARGO QUE LHE FOI IMPOSTO?

A nossa resposta é negativa, ou seja, não se pode dizer que a consulente não executou o encargo que lhe foi imposto, não havendo razões na argumentação do Ministério Público do Estado de São Paulo, com o devido respeito.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Volume III. Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 16ª Edição, 2012, p. 44.

⁸ Tradução livre de: "§ 133 Auslegung einer Willenserklärung. Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften".

Como antes demonstrado, o testador impôs à **SANTA CASA** o encargo de instituir e manter o **INSTITUTO DONA ESCHOLASTICA ROSA**, encargo esse que vem sendo rigorosamente cumprido pela consulente, no nosso entender. E esse, repise-se, foi o único ônus que lhe foi imposto.

O testador, é bom que se lembre esse detalhe fundamental, não legou seus bens à União, ao Estado de São Paulo, ao Município de Santos e muito menos ao Ministério Público, mas sim à **SANTA CASA DA MISERICÓRDIA DE SANTOS**. Foi à consulente que o autor do testamento confiou a instalação e administração do instituto que leva o nome de sua mãe, determinando-lhe não que conservasse os bens como fins em si mesmos, mas que o viabilizasse, o que foi plenamente executado.

O próprio Ministério Público do Estado de São Paulo reconhece que o **INSTITUTO DONA ESCHOLASTICA ROSA** vem funcionando desde sua instalação até os dias de hoje. Com todas as crises econômicas pelas quais o Brasil passou e pelas quais todas as Santas Casas do país vêm passando – merecendo destaque, pela gravidade, a decorrente da pandemia de Covid-19 –, o instituto existe e se conserva como memorial da mãe do testador. Com o devido respeito, não há qualquer fundamento na alegação de que a legatária não executou o encargo que lhe foi imposto, não sendo o caso de sua revogação, com fundamento atual no art. 555 do Código Civil de 2002.⁹

No entanto, e apenas a título argumentativo, ainda que não houvesse executado o encargo - o que não ocorreu, como evidenciado neste parecer, o Ministério Público teria interesse apenas em determinar a sua execução e não a revogação da liberalidade, como é o que pretende. O bem legado não era do patrimônio público, mas um bem particular, o que afasta totalmente a sua legitimidade, no nosso entender. Exatamente nesse sentido é a posição do primeiro signatário desta opinião legal, o que consubstancia a posição majoritária da doutrina brasileira:

“Por outro lado, o donatário é obrigado a executar os encargos da doação, caso tenham sido instituídos em benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral. Se o encargo foi instituído em favor do doador ou de terceiro, ambos poderão exigir judicialmente o seu cumprimento em havendo mora. Se de interesse geral for o encargo, o Ministério Público poderá exigir sua execução depois da morte do doador, se este não tiver feito. É importante não confundir os legitimados para exigir o *cumprimento* do encargo (doador, terceiro ou

⁹ CC/2002. “Art. 555. A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo”.

Ministério Público) com o legitimado para pleitear a *revogação* da doação em virtude do não cumprimento do encargo pelo donatário, que é o doador (este pedido só pode ser feito em juízo e a ação é de natureza personalíssima)”.¹⁰

As lições transcritas dizem respeito ao contrato de doação mas, como não poderia ser diferente, servem também para o testamento e o legado com encargo, exatamente como se tem *in casu*.

Seguindo a argumentação, nada há no testamento que sugira que o testador pretendia ver seus bens entregues ao Município ou a outra fundação. Mais uma vez, sem nenhuma base legal, o que o Ministério Público pretende é aplicar por analogia o art. 69 do Código Civil, sem que exista, na hipótese fática, uma fundação.¹¹ Não havendo fundação, diga-se de passagem, não há que se reconhecer a *curadoria* ou *velação*, exercida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

Não é demais insistir que os bens pertencem à **SANTA CASA DA MISERICÓRDIA DE SANTOS**, e não a um ente personalizado, ao contrário do que pretende sustentar o MP. Não há nenhuma associação ou instituto fundacional no presente quadro fático. Há a consulente, que desempenha um trabalho social fundamental no litoral paulista, e a obra de benemerência **INSTITUTO DONA ESCHOLASTICA ROSA**, que ela vem realizando com o patrimônio que lhe foi livremente legado pelo **SR. JOÃO OCTAVIO DOS SANTOS**.

Embora o testamento não deixe espaço para outras interpretações que não as que concluem pela intenção do testador de beneficiar a consulente, podemos lembrar o que determina o Código Civil em vigor acerca da interpretação testamentária, pela previsão do seu art. 1.899, *in verbis*: “quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador”. Como se pode notar, a norma tem o mesmo sentido do art. 85 do Código Civil de 1916 e do art. 112 do Código Civil de 2002. Esse dispositivo, na verdade, reproduz *ipsis litteris* o art. 1.666 do Código Civil de 1916 e tem origem no antiquíssimo princípio do *favor testamentii*. Como comenta José Fernando Simão, “a principal regra

¹⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Volume 3. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. Rio de Janeiro: Forense, 16ª Edição, 2021, p. 404.

¹¹ CC/2002. “Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante”.

de interpretação é esta, prevista no artigo em comento: (...). Retoma-se o disposto no art. 112 do Código Civil em vigor, para os negócios jurídicos em geral, ‘nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem’. Note-se que a determinação da busca pela vontade real deve ter como base a disposição testamentária em si. O que se percebe é a busca da vontade declarada pelo falecido e não simplesmente a vontade interna que não se manifestou. O preceito tem como inspiração a teoria da confiança, que decorre da boa-fé objetiva e se afasta da teoria subjetivista da declaração”.¹²

Na linha das lições transcritas, se pudéssemos perguntar ao testador para quem ele gostaria que ficassem seus bens caso fosse inviável manter **O INSTITUTO DONA ESCHOLASTICA ROSA**, é evidente que a resposta seria que os bens continuassem sob o domínio da **SANTA CASA DA MISERICÓRDIA DE SANTOS**. Sua vontade não seria no sentido de se encaminhar os seus bens para qualquer outra entidade, seja pública ou privada. Assim, a sua vontade deve ser preservada.

Essa conclusão jurídica decorre não só do seu declarado “amor” pela **SANTA CASA DE SANTOS** como do fato de o testador não ter feito nenhuma previsão de atribuição a terceiro dos bens legados à consulente em caso de eventual não execução do encargo que lhe foi imposto. Tampouco estabeleceu substituição testamentária, como de resto fez em relação aos legados deixados.

Finalmente, para encerrar a resposta a esse quarto quesito, ainda que houvesse ocorrido a inexecução do encargo – o que, insiste-se, jamais ocorreu –, há muito estaria prescrita a pretensão para revogação da liberalidade. O art. 1.938 do Código Civil de 2002, como fazia o artigo 1.707 do Código de 1916, submete o regime jurídico do legado com encargo ao regime jurídico da doação com encargo.

Não se olvide que há na doutrina profunda divergência sobre qual seja o prazo para revogar a doação com encargo. Alguns, como é o caso do primeiro signatário deste parecer, entendem que se deve aplicar o prazo decadencial de um ano, previsto no art. 559 do Código Civil de 2002 e no art. 1.184 do Código Civil de 1916.¹³ Outros

¹² SIMÃO, José Fernando. *Código Civil Comentado*. Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 3ª Edição, 2021, p. 1.630.

¹³ CC/2002. “Art. 559. A revogação por qualquer desses motivos deverá ser pleiteada dentro de um ano, a contar de quando chegue ao conhecimento do doador o fato que a autorizar, e de ter sido o donatário o seu autor”. CC/1916. “Art. 1.184. A revogação por qualquer desses motivos pleitear-se-á dentro em um ano, a contar de quando chegues ao conhecimento do doador, fato, que a autorizar”

sustentam a incidência do prazo máximo de prescrição, que era de vinte anos no Código Civil de 1916 (art. 177) e hoje é de dez anos (art. 205 do Código Civil de 2002).¹⁴

Como se extrai da obra de um destes pareceristas, a ação de revogação é de natureza constitutiva negativa, fundada em direito potestativo, o que justificaria o prazo decadencial de um ano, seja em qualquer um dos sistemas jurídicos, o anterior ou o atual.¹⁵ De toda sorte, não se pode negar que há quem entenda o prazo para revogar a doação por inexecução do encargo é prescricional, pela presença de um direito subjetivo para a extinção do contrato. Quando da *III Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal, foi elaborada proposta de enunciado pelo então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, atualmente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo de Tarso Sanseverino, nos seguintes termos: “o prazo para revogação da doação por descumprimento do encargo é de dez (10) anos no novo Código Civil, não se aplicando o disposto no seu art. 559.” Foram as suas justificativas, quando daquele evento, inclusive citando a posição da jurisprudência superior:

“O prazo para a propositura da ação de revogação da doação por ingratidão continua fixado em um ano pelo artigo 559 do novo CC, que repetiu, com pequenas alterações de redação, a norma do artigo 1184 do CC de 1916. Discute-se a incidência dessa regra para regulamentação do prazo para revogação da doação por descumprimento do encargo, estabelecendo-se rara e interessante divergência entre doutrina e jurisprudência. Na doutrina, predomina o entendimento no sentido de que o prazo também é de um ano para revogação da doação por descumprimento do encargo. (...) Esses argumentos doutrinários, que se prendiam às remissões sistemáticas feitas entre si pelos artigos 178, § 6.º, I, e 1184 do CC/1916, perderam a sua força com o advento novo CC, que não elencou, novamente, entre as hipóteses de prescrição do art. 206 a situação regulada pelo art. 178, § 6.º, I, do CC/16. Na jurisprudência do STJ, encontram-se os mais sólidos argumentos em prol da tese de que a regra do art. 559 do novo CC não se aplica à revogação por inexecução do encargo. (...) Nesse sentido, a 3.ª Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial 27019/SP, em 10.05.1993, tendo por relator o Min. Eduardo Ribeiro, decidiu: ‘Doação modal. Inexecução do encargo. Prazo Prescricional. O prazo de prescrição para a ação tendente a obter a revogação da doação por inexecução do encargo é de vinte anos. A prescrição anual refere-se à revogação em virtude de ingratidão do donatário. Recurso

¹⁴ CC/2002. “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”. CC/1916. “Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas”.

¹⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Volume 3. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. Rio de Janeiro: Forense, 16ª Edição, 2021, p. 435.

especial conhecido e provido' (RSTJ 48/312). (...) Posteriormente, o STJ, através da sua 4.^a Turma, tendo por relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em 26/06/1996, teve oportunidade de reafirmar esse mesmo entendimento em uma ação de revogação proposta por um Município contra uma empresa que recebera a doação de um terreno de dez mil metros quadrados para a construção de uma indústria em determinado prazo e não o fizera (LEXSTJ 89/119). Na mesma linha, orientou-se o acórdão proferido no Recurso Especial 69.682-MS (STJ, 4.^a Turma, Rel. Min. Ruy Rosado, DJ 12.02.1996). Assim, no estabelecimento do prazo para o ingresso da ação de revogação da doação por descumprimento do encargo, ocorre uma interessante e rara divergência entre, de um lado, a doutrina brasileira e, de outro lado, a jurisprudência do STJ. Mais consistentes mostraram-se os argumentos que alicerçam a posição jurisprudencial do STJ, que devem ser plenamente acatados. Desse modo, na vigência do novo CC, o prazo prescricional para a ação de revogação da doação por inexecução do encargo passou a ser de dez anos, conforme previsto pelo art. 206 do CC/2002".¹⁶

De todo modo, o enunciado doutrinário não foi aprovado, pois não houve unanimidade quanto à natureza jurídica do direito do doador, ou seja, se em casos tais se trata de um direito potestativo ou subjetivo. Destacamos, por oportuno, que o antigo Projeto Ricardo Fiuza pretende alterar o art. 559 do Código Civil em vigor, para encerrar o debate, passando o comando a ter seguinte dicção: "a revogação por qualquer desses motivos deverá ser pleiteada em 1 (um) ano, a contar de quando chegue ao conhecimento do doador o fato que a autorizar, e de ter sido o donatário, seu cônjuge, companheiro ou descendente, o autor da ofensa". Pela proposta fica claro que o dispositivo somente seria aplicado aos casos de ingratidão, *de lege ferenda*.

Seja qual for a teoria adotada, e se levarmos a sério a interpretação do Ministério Público de que a alienação de bens equivale à inexecução do encargo, teremos de considerar que a pretensão ministerial, como a peça inicial mesma aduz, iniciou-se nos anos 1980, pelo que estaria irremediavelmente prescrita, por um caminho ou por outro.

Por tudo isso, em arremate ao quarto quesito formulado pela consulente, não houve inexecução do encargo pela consulente. E, ainda que tivesse havido, nada há no ordenamento jurídico brasileiro que permita que os bens saiam do patrimônio da **SANTA CASA DE SANTOS** e sejam atribuídos a terceiros, seja porque não foi essa a vontade do testador, seja porque qualquer pretensão ou direito potestativo quanto à ação

¹⁶ Retirado de: TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Volume 3. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. Rio de Janeiro: Forense, 16^a Edição, 2021, p. 436.

de revogação por inexecução do encargo estaria encoberta pela prescrição ou pela decadência. Destaque-se, por fim, o nosso entendimento comum de falta de legitimidade do Ministério Público para essa demanda, por se tratar de bem particular e não de um bem público.

QUESITO 5. EXISTE ALGUM FUNDAMENTO JURÍDICO QUE JUSTIFIQUE A PERDA DOS BENS PELA SANTA CASA?

A SANTA CASA DA MISERICÓRDIA DE SANTOS é pessoa jurídica de direito privado, a quem a Constituição Federal de 1988 assegura direitos fundamentais, entre os quais o de propriedade, atendendo-se sempre à sua função social, nos termos do seu art. 5º, incs. XXII e XXIII, do Texto Maior. Esses argumentos constitucionais, e também privatistas, ao nosso ver, servem de alento para a consulente, afastando totalmente a possibilidade de perda de seus bens.

A Constituição Federal garante que ninguém será privado de seus bens sem o *devido processo legal*, entendido como a existência de uma norma específica e um procedimento que assegure o contraditório e a ampla defesa. No caso em tela, como demonstrado nesta opinião doutrinária, não há nenhuma base legal para perdimento dos bens pela **SANTA CASA** com sua atribuição a algum ente federado, como pretende o Ministério Público de São Paulo.

Pensamos, sobre tal aspecto, que não se sustenta a inadequada e equivocada aplicação analógica do art. 62 do vigente Código Civil, norma que se aplica às fundações e não ao presente caso concreto.¹⁷ Não se pode pretender, nesse contexto, qualquer expropriação dos bens da consulente. Veja-se que não se está nem mesmo em se falar de desapropriação, o que exigiria justa indenização, mas sim em perda dos bens recebidos em testamento, sem nenhuma contrapartida, algo que a Constituição Federal só admite nos gravíssimos casos de tráfico de drogas e mão de obra escrava, não incidentes no presente caso concreto.

¹⁷ CC/2002. “Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins de: I – assistência social; II – cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III – educação; IV – saúde; V – segurança alimentar e nutricional; VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII – pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; VIII – promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; IX – atividades religiosas”.

A propósito, acrescentamos que a **SANTA CASA DE SANTOS** vem dando a correta destinação aos bens recebidos em testamento, não só atendendo à vontade do testador, como também à função social da propriedade. Atende-se ao que está previsto na primeira parte do § 1.º do art. 1.228 do Código Civil de 2002, segundo o qual “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Como se sabe, a função social da propriedade constante da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 sofreu forte influência da clássica doutrina de Leon Duguit, construída no início do Século XX, “para quem a propriedade já não é o direito subjetivo do indivíduo, mas uma função social a ser exercida pelo detentor da riqueza”.¹⁸ Importante foi a contribuição da Constituição Alemã de Weimar, de 1919, que elevou a ideia de vinculação social da propriedade à categoria de princípio jurídico, estabelecendo o art. 14 da atual Norma Fundamental Alemã que a propriedade obriga, devendo o seu uso servir tanto ao proprietário como ao bem de toda a coletividade.

A propriedade exercida pela **SANTA CASA**, contestada indevidamente pelo Ministério Público, atende ao bem comum de toda a coletividade, não só de Santos, mas também de todo o litoral paulista, do Estado de São Paulo e do Brasil. Em tempos de pandemia, a consulente foi uma das entidades mais representativas na luta contra a Covid-19, tendo desempenhado um papel fundamental, salvando numerosas vidas e tutelando a saúde de muitas pessoas.

A propósito, foi por conta dessa *função social* da própria **SANTA CASA DA MISERICÓRDIA DE SANTOS**, e por acreditar em suas teses, que estes professores aceitaram elaborar esta opinião doutrinária, sem qualquer custo para a entidade, de modo *pro bono*.

¹⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. São Paulo: RT, 3ª Edição, 2011, p. p. 73.

Sendo essas as matérias pertinentes aos fatos e às questões jurídicas formuladas pela consulente e seus advogados, estes pareceristas assinam a presente opinião doutrinária.

S. M. J.

São Paulo, 15 de outubro de 2021.

PROFESSOR DOUTOR FLÁVIO TARTUCE

PROFESSOR DOUTOR MAURÍCIO BUNAZAR.