

NULLIDADE RELATIVA

PROF. DR. GONDIM FILHO

Visa a dissertação que se segue caracterizar a nullidade relativa como forma distincta de invalidade, e demonstrar que ella existe em nosso direito civil, entre a nullidade absoluta e a annullabilidade.

Para attingir o alvo a que miro tive que tratar primeiramente, em linhas geraes, da nullidade absoluta e da annullabilidade, inserindo porem, ás vezes, incidentes apreciações sobre assumptos, que lhe não são extranhos, mas que com elle só indirectamente se relacionam, como acontece com a falsa causa do art. 90 do codigo civil.

Pareceu-me azada a occasião que se depara para esclarecer a significação de tal artigo, mal interpretado e confusamente explicado pelos seus commentadores.

Porque não segui a rotina discuti e critiquei o codigo e os auctores, com certa animação, mas sem a menor intenção de diminuir o merito de ninguem.

Aos auctores estrangeiros, como se verá, não lhes prestei vassalagem, d'elles discordando, não raro, como tambem divergi dos juristas nacionaes.

Evitei, quanto possivel, transcripções, para não avultar o meu trabalho, e as que fui forçado a fazer não foram longas.

Procurei adaptar a excepção ao espirito do direito hodierno, sem entretanto confundil-a com outra especie de defesa que não tem cunho pessoal.

Insinuei, **de lege ferenda**, uma classificação simples e coherente das nullidades, em que desapareceria a annullabilidade, ficando reservado para o termo rescisão unicamente o sentido mais apropriado com que está empregado em diversos artigos do proprio codigo civil.

Em conclusão, o que fiz, de bom ou de máu, está ahi á vista, para juizo do leitor.

§ 1.º

A theoria das nullidades é no direito civil um problema escabroso que desde muito tempo desafia a argucia dos juristas, sem encontrar até agora uma solução harmonica e satisfactoria.

Não ha concordancia nem na propria terminologia, o que concorre para a complicação do assumpto.

Este não é porem o seu maior embaraço.

Com a rigidez de principios, real ou suppostamente logicos, levados ao extremo contra a finalidade social do direito, tendencia que IHERING condemna no *Es-
pirito do direito romano*, vol. 3.º § 59, opera a maioria dos escritores n'esta torre de Babel, discrepando, na classificação, e até nas idéas fundamentaes, de outros e de codigos que seguem rumo mais seguro, mais conveniente orientação.

O que para uns é em certos casos inexistencia ou nullidade absoluta é para outros simples annullabilidade.

Que divergencia, que contraste em assumpto de tamanha relevancia !

A confusão é provocada ainda em grande parte pela linguagem impropria, imprecisa e contradictoria dos legisladores, do que ha multiplices exemplos nas codificações estrangeiras e na patria.

Assim é que se discute na França, em vista dos termos de seu codigo civil, se "l'action en nullité ou en res-

cision" é uma só e mesma acção, conforme a expressão de MOURLON, ou se existem as duas acções, a de nullidade para as convenções que não reúnem os requisitos de sua validade, e a de rescisão para as que, sem mais defeitos, são entretanto lesivas. Cpr. BARDE, *Obrigações*". vol. 3.^o n.^o 1.937.

Assim é também que, aferrados ao — E' nullo — do art. 145 de nosso código civil, pensam alguns que a nullidade comminada no artigo 1.164, II, á troca desigual entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes, é absoluta, o mesmo acontecendo, por analogia, com a venda de ascendentes a descendentes, que é vedada pelo art. 1.132 do referido código civil sem que os outros descendentes expressamente consintam.

O Dr. EDUARDO ESPINOLA sustenta no vol. 3.^o, 4.^a parte, pag. 571 do Manual do Código Civil que a nullidade de taes contractos é absoluta, embora lhe pareça que se deveria tratar de annullabilidade, ao passo que o Dr. CLOVIS BEVILAQUA ensina no commentario do art. 1.132 que o caso é effectivamente de annullabilidade.

E' o legislador quem leva ao engano e á confusão estabelecendo inconsideradamente na formula geral do art. 145 que *é nullo* (nullidade absoluta) *o acto juridico quando a lei taxativamente o declarar nullo ou lhe negar effeito* (V), disposição que não pode ter applicação a certos casos em que a propria lei regula e protege de modo especial o interesse de determinadas pessoas.

N'estes casos particulares a nullidade, mesmo *taxativamente declarada*, é sempre relativa, só podendo consequentemente ser allegada pelas pessoas beneficiadas, restricção que segundo muito bem affirmam AUBRY ET RAU, *Direito civil francez*, 4.^a ed. vol. 1.^o, § 37, resulta virtualmente do motivo da lei. Veja-se no mes-

mo sentido LAURENT, *Principios de direito civil*, vol. 1.º, n. 72.

Quem não quizer distinguir entre nullidade relativa e annullabilidade dirá então como o Dr. CLOVIS que os dois contractos acima mencionados são annullaveis.

Nullos, no sentido de nullidade absoluta, insanavel e invocavel por qualquer pessoa mesmo extranha á familia, é porem o que não se deve admittir, apesar da transcripta disposição do art. 145 que, como observa o Dr. ESPINOLA, vem do art. 156 do projecto BEVILAQUA.

Ensinando agora que aquelles contractos são apenas annullaveis, reconhece o illustre Dr. CLOVIS o desacerto de seu projecto e do art. 145 do codigo civil.

A Ord. do L. 4.º, T. 12 tambem decretava a nullidade da venda e da troca nas referidas condições, mas se entendia que os descendentes podiam ratificar taes contractos e que não era licito a terceiros invocar a nullidade, como se vê em ALMEIDA E SOUZA, *Notas a Mello*, vol. 2.º, pag. 148.

E o codigo, acredito, nada quiz alterar.

Declara taxativamente o art. 1.176 que é nulla a doação quanto á parte que exceder á de que o doador no momento da liberalidade poderia dispor em testamento.

Applicando-se o art. 145 teriamos a nullidade absoluta de uma doação inofficiosa; quem não é sequer herdeiro estaria habilitado a pleitear a nullidade !

Se estas consequencias devem ser repellidas porque collidem flagrantemente com o senso juridico, forçoso é rejeitar o falso preceito de que ellas se originam.

Quer a lei *declare taxativamente nullo* o acto, ou o prohiba somente, não é licito concluir que o fulmina sempre com a nullidade absoluta.

Potius ad rationem legis respiciendum est.

Encontram-se em nosso codigo diversos artigos de forma prohibitiva em que se regulam assumptos de in-

teresse particular, sendo permittida a ratificação e a transacção das partes.

Quando a prohibição de alienar é estabelecida em protecção a determinadas pessoas, a transgressão da lei importa apenas nullidade relativa.

Esta hypothese está expressamente prevista no art. 135 do código civil allemão, que prescreve a inefficacia do acto unicamente em relação a estas pessoas.

Os seus commentadores e expositores evitam geralmente falar em *nullidade relativa*, preferindo a expressão — *inefficacia relativa* — que já vinha dos motivos do primeiro projecto, conforme a informação de PLANCK, no *Commentario ao código civil*, 4.^a ed. vol. 1.^o pag. 354.

Mas a designação tradicional (nullidade relativa) é tão radicada e correntia que aquelles mesmos que a censuram inadvertidamente a empregam. Veja-se, por exemplo. TUHR, *Parte geral do código civil*, vol. 2.^o, pag. 210.

Adeante, á pag. 327, diz elle que é incorrecto fallar em nullidade relativa.

§ 2.º

Ha effectivamente nullidade relativa ?

Os auctores francezes não a distinguem de annullabilidade, classificando os actos defeituosos em nullos (nullidade absoluta) e annullaveis, embora tambem fallem n'este ultimo caso em nullidade relativa, não no sentido especial dos que a distinguem, mas como synonyma de annullabilidade.

Para elles, pondo de lado a divergencia na terminologia e a questão da inexistencia que tanto os preoccupa, ha apenas duas classes, actos nullos (nullidade absoluta) e actos annullaveis, porque consideram nullidade relativa a mesma annullabilidade.

E é interessante o embaraço em que se encontram quando procuram adaptar a sua *action de nullité* ou *en rescision* a casos de verdadeira nullidade relativa, que a lei *ipso facto* pronuncia, e que não deveriam portanto depender de tal acção.

Contra a annullabilidade, que na doutrina franceza e em nosso codigo civil presuppõe um acto provisoriamente valido, ou que produz os seus effeitos até que se julgue por sentença a sua invalidade, para ser então tudo repostos no estado anterior, podem ser levantadas algumas objecções.

Seria talvez mais razoavel admittir que pelo direito civil os actos são validos ou nullos desde a sua

realização, e a nullidade é absoluta ou relativa conforme a natureza do vicio de que elle se resente.

Haveria ainda rescisão porem com um outro sentido mais adequado, em que no proprio codigo é o mesmo termo mais de uma vez empregado.

Para citar um exemplo indicarei o paragrapho unico do art. 1.092, onde se faculta á parte lesada pelo inadimplemento da obrigação "requerer a rescisão do contracto com perdas e damnos".

Se a nullidade relativa pode ser logo reconhecida ou exige, ao contrario, discussão judicial, seria uma questão de direito processual.

N'este caso porem, em que é necessaria a acção ou a defesa, a sentença do juiz, que restitue as partes ao estado anterior, apenas pronuncia a nullidade decorrente de factos já passados, precedentes á demanda, declarando no caso concreto o que o direito civil já dispuzera de um modo geral e abstracto.

Não ha um acto valido que se tornou invalido pela decisão judicial.

A sentença que em acção de reivindicação reconhece o dominio do auctor e condemna o réo a entregar a cousa demandada não constitue para o mesmo auctor um novo titulo de aquisição.

A que em acção pessoal absolve o réo, considerando extincta a obrigação, não a retirou do patrimonio do auctor, que já não era credor.

A acção e a sentença podem tambem ser necessarias por certas circumstancias, como duvida ou resistencia dos interessados, mesmo no caso de nullidade absoluta, declarando egualmente a sentença o que anteriormente existia.

Afastemos porem esta concepção em obediencia ao texto legal, deliberadamente afeiçoado ao modelo da jurisprudencia romana, composto pelos pandectistas e retocados á franceza.

Foram sim os pandectistas que, reunindo e systematizando os principios esparsos sobre os actos juridicos, construíram com o material romano a doutrina da invalidade, porque, como observa GRADENWITZ, a noção do acto juridico arrasta a da invalidade (*A invalidade dos actos juridicos*, pag. 3).

E' pois com o ensino d'estes romanistas e com fundamento no codigo civil que nos habilitaremos a responder se existe nullidade relativa, e se ella pode ser admittida em nosso direito como entidade autonoma, diversa da annullabilidade, que devemos reconhecer porque está legalmente estabelecida.

Para tentar uma resposta satisfactoria tratarei em primeiro logar da nullidade absoluta, depois da annullabilidade e por ultimo da nullidade relativa que fica no meio das duas, como especies limitadas de nullidade e parecendo, sem o ser, fórma aggravada ou "mais energica de annullabilidade" como se afigura a FERRINI (*Manual de Pandectas*, 3.^a ed. n. 156, not. 2).

Este jurisconsulto admitte como eu a nullidade relativa, mas diverge na classificação.

Penso que ella é uma especie de nullidade e elle entende que é fórma de annullabilidade.

A nullidade relativa tem semelhança com a annullabilidade.

Como esta é estabelecida em beneficio de determinadas pessoas que somente podem invocal-a, ou sana-la.

Mas existe entre nullidade relativa e annullabilidade uma differença especifica a que elle não attendeu.

O acto relativamente nullo não produz effeito juridico antes da ratificação, ao passo que o annullavel produz legalmente os seus effeitos até á rescisão.

Na nullidade relativa o acto ficará sempre nullo se não se der a ratificação, mas na annullidade o acto continuará valido se não occorrer a rescisão.

Esta circumstancia, que FERRINI reconhece, deveria leval-o a diversa conclusão.

Passemos agora aos extremos de nosso classificação.

§ 3.º

Nullidade absoluta, como a propria denominação está a indicar, é a invalidade illimitada de um acto, quanto aos efeitos, ao tempo e ás pessoas que tenham interesse em invocal-a.

O acto nullo não produz nenhum effeito juridico a que se destinava.

Quanto o art. 146, paragrapho unico, do codigo civil impõe ao juiz a obrigação de pronunciar a nullidade absoluta ao conhecer do acto *ou de seus effeitos*, allude certamente aos que eram visados pelas partes, ou a meras consequencias de facto que possam até então ter occorrido.

O acto que é nullo, nullo será em todo tempo, fazendo abstracção do casamento, que n'este e em outros pontos tem regulamentação excepcional.

E' trivial a regra: *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*. L. 29, D. 50, 17.

Não é ratificavel pelas partes porque não é em attenção a ellas que se commina a nullidade, e sim por um motivo superior de ordem publica, que deve sempre dominar.

A vontade particular não tem poder de affirmar a existencia de um acto quando esta é negada pela ordem juridica, conforme a justa ponderação de RIEZLER, no *Commentario de Staudinger ao codigo civil allemão*, vol. 1.º, art. 141, 2.

Se acto semelhante é posteriormente celebrado em condições legais, nunca será isto uma ratificação ou confirmação do primeiro, ainda que a elle se reporte, senão um novo acto cujos effeitos começam a decorrer de sua data.

Quando porem não ha nullidade absoluta, sendo o acto defeituoso apenas annullavel, a ratificação é permittida pelo art. 148 de nosso codigo, e retroage á data do acto ratificado, o que tambem é admissivel no caso de nullidade relativa, para os que a distinguem de annullabilidade, como já o advertira SEUFFERT, que entretanto é adverso á distincção (*Ratificação dos actos jurídicos*, pag. 143).

Pode finalmente a nullidade absoluta ser allegada por qualquer interessado, ou mesmo pelo Ministerio Publico quando lhe couber intervir (art. 146).

Estas consequencias, que são insuperaveis defluem implicita ou explicitamente das disposições do codigo civil, e estão consagradas na litteratura e nas legislações dos povos cultos. Vejam-se DEMOLOMBE, *Curso de Codigo Napoleão*, vol. 29, n.º 22; BARDE, *Obrigações*, vol. 2.º, n. 1.932; DERNBURG, *Direito civil*, vol. 1.º, § 120; ENDEMANN, *Direito civil*, vol. 1.º, § 74; COVIELLO, *Manual de direito civil*, vol. 1.º § 106; MAZZONI, *Instituições*, vol. 2.º, n. 166.

Para simples explicação, dando realce á completa inanidade do acto nullo, costumam dizer os escriptores que é juridicamente inexistente ou não existe aos olhos da lei, sem lhe retirar na classificação a denominação de nullo.

Alguns porem, como o citado BARDE, retiram mesmo da classificação esta denominação e, chamando inexistente ao acto nullo, oppõem o inexistente ao annullavel.

Outros como LAURENT chamam tambem inexistente ao acto nullo, mas reservam a denominação de

nullo para o annullavel, expressão que desaparece em sua classificação (*Principios de direito civil*, vol. 15, n. 451).

Um resumo da divergencia na terminologia se encontra em PLANIOL, *Trctado elementar de direito civil* vol. 1.º, n. 333, onde, por equivoco, attribue a AUBRY ET RAU dois periodos que transcreveu de DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE.

Ainda outros querem encartar um terceiro termo na classificação, distinguindo o acto inexistente do nullo e do annullavel.

Mas o que é um acto inexistente ?

Seguindo as pegadas de ZACHARIAS, dizem AUBRY ET RAU que se deve considerar não realizado o acto que não reúne os elementos de facto que presuppõe sua natureza ou seu objecto, e na ausencia dos quaes é logicamente impossivel conceber sua existencia, bem como aquelle a que faltam as condições e as solemnidades indispensaveis a sua existencia, conforme a lettra ou o espirito do direito positivo (§ 37).

Se bem interpreto estes auctores, alludem elles primeiramente á inexistencia de facto, que se revela pela intuição natural da vida pratica, e depois á inexistencia legal, que nos indica a hermeneutica juridica.

Mas a inexistencia natural ou de facto está comprehendida na legal, que, segundo estes proprios auctores, decorre da ausencia de condições e solemnidades indispensaveis á existencia do acto.

A convenção sem o concurso do consentimento das duas partes e a venda sem coisa vendida ou sem preço, que apontam (not. 3) para exemplo da inexistencia de facto porque são logicamente inconcebiveis, são tambem juridicamente inconcebiveis porque o consentimento das partes, a coisa vendida e o preço são egualmente requisitos legaes e essenciaes á existencia de semelhantes actos.

Que a inexistencia juridica envolve a de facto resulta claramente do que AUBRY ET RAU escrevem no vol. 4.^o, § 342, que deve ser combinado com o § 37.

No § 342 observam estes escriptores que os referidos requisitos constituem ao mesmo tempo (à la fois) elementos de facto e de direito, indispensaveis para a existencia das convenções.

Partindo d'estas idéas devemos concluir que é mais ampla a inexistencia juridica porque além d'estes elementos pode ser relativa aos que são puramente de direito, com as solemnidades essenciaes.

Pode assim um contracto ter existencia de facto e ser até cumprido ou executado, sem que as solemnidades essenciaes que a lei estabelece tenham sido observadas.

N'esta hypothese trata-se unicamente de inexistencia juridica, o que significa nullidade, reacção legal contra o que as partes queriam, concordaram e executaram.

Que interesse ha porem em distinguir este contracto do que por outros motivos, como o objeto illicito, é absolutamente nullo, conforme *a letra do direito positivo*?

Não é a nullidade de um acto a completa negação de sua existencia juridica?

PLANIOL declara que é impossivel rejeitar a categoria dos actos inexistentes (n. 335), e como taes considera aquelles a que falte um elemento essencial á sua formação, sem o qual não se possam conceber. (n. 345).

A falta de solemnidade nos actos solemnnes não é para elle causa de inexistencia, "mas, como a distincção da inexistencia e da nullidade absoluta é puramente theorica, pode-se seguir a opinião commun e dizer que um acto solemnne, desprovido das requeridas solemnidades, é inexistente" (n. 349).

Em nota accrescenta ainda que os actos inexistentes e os nullos se confundem no mesmo nada, sendo a

única diferença entre elles a causa que os torna este-reis.

A doutrina de PLANIOL, como transparece, é muito transigente.

CAPITANT trata dos actos inexistentes na *Introdução ao estudo do direito civil*, 4.^a ed. n. 276, e, como PLANIOL, distingue theoreticamente os actos inexistentes dos nulos e dos annullaveis, mas confessa logo adelante (n. 278 not. 1) que no seu *Curso elementar* adheriu ao systema das duas classes.

Exposição minuciosa do que se tem escripto ácerca dos actos inexistentes se depara no trabalho do illustrado DR. EDUARDO ESPINOLA (cit. vol. 3.^o, 4.^a parte n. 12 e seg. do *Manual do código civil*).

Ahi encontrará o leitor copioso mostruario de singularidades, especialmente das theses francezas de doutorado, e de BONNECASE, a quem o nosso estimavel patricio cita a cada passo e tributa muita consideração.

Se o acto não reúne os elementos essenciaes á sua concepção, ou á sua formação, ou, se apezar de os reunir, é contrario ás disposições legaes, o resultado é sempre o mesmo.

Não ha assim real interesse n'esta discussão.

O código civil brasileiro não faz referencia aos actos inexistentes.

Declara no art. 145 quaes são os actos nulos e no art. 148 indica os annullaveis, sendo certo que entre as causas de nullidade e até de annullabilidade estão incluídas algumas consideradas de inexistencia.

§ 4.º

O mencionado art. 145 do código civil está assim redigido:

“E’ nullo o acto juridico:

I. Quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 5).

II. Quando for illicito, ou impossivel, o seu objecto.

III. Quando não revestir a forma prescripta em lei (arts. 82 e 130).

IV. Quando for preterida alguma solemnidade que a lei considere essencial para a sua validade.

V. Quando a lei taxativamente o declarar nullo ou lhe negar effeito”.

A primeira causa de nullidade de que cogita este artigo é a incapacidade absoluta do agente.

Conforme o art. 5 são absolutamente incapazes:

I. Os menores de dezesseis annos.

II. Os loucos de todo genero.

III. Os surdo-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.

IV. Os ausentes declarados taes por acto do juiz.

E’ extranhavel que até agora não se tenha levantado um protesto contra a ultima parte d’este artigo.

Os ausentes figuram na relação dos incapazes por uma aberração que já nos vem do *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, que entretanto não foi o primeiro a comparar o ausente ao incapaz.

Porque tem um curador?

Mas a curadoria do ausente não attinge a pessoa, limita-se aos haveres.

O curador do ausente é um administrador dos bens como o curador na herança jacente (art. 1.591) é o administrador do espólio.

Isto, e nada mais.

Equiparar a *cura honorum* á *cura furiosi* para decretar a incapacidade do ausente é mesmo um dispauterio.

Se o ausente é absolutamente incapaz, os actos que tiver realizado em qualquer parte serão nulos, o que não se deve admittir.

Não se vislumbre sequer no meu dizer um desacato á memoria de nosso grande jurisconsulto que mais adiante, quando a enfermidade adensou a nevoa que já existia em seu espirito, escreveu ainda que os efeitos da distincção entre pessoas presentes e ausentes e presentes e futuras “manifestam uma realidade verdadeiramente benefica, isto é, *juridica, moral e religiosa*”.

Os incapazes enumerados no referido art. 5. não podem praticar por si qualquer acto juridico.

Por elles agem exclusivamente os seus representantes legaes.

Se realizam pessoalmente algum acto da vida civil, o seu consentimento é inteiramente destituido de valor.

Por qualquer modo que manifestem a sua vontade a lei não a reconhece.

Tudo se reduz, em summa, a um simples facto que não produz os efeitos visados porque a nullidade é absoluta e consequentemente se applica ao caso tudo o que foi exposto no § 3.º

Isto não exclue, é claro, os efeitos anormaes, como a restituição do que por um contracto nullo foi entregue ao incapaz e em cujo proveito reverteu.

O art. 1.170 do código civil faculta aos que não podem contractar acceitar doações puras.

Haverá contradicção com o que affirmo?

Em sua observação ao mesmo artigo sustenta o DR. CLOVIS BEVILAQUA que os absolutamente incapazes como os menores de dezesseis annos e os loucos, bem como os relativamente incapazes, como a mulher casada e os maiores de dezesseis annos, podem todos acceitar doações puras porque só vantagens podem trazer ao beneficiado.

Um menor de sete annos ou um louco estariam assim habilitados a praticar um acto que o art. 427 não permite a seus representantes sem a autorização do juiz.

A' mulher casada que segundo o art. 242 não pode acceitar um legado sem consentimento do marido, seria licito receber sem tal consentimento a doação que um homem lhe fizesse.

Escreve o DR. EDUARDO ESPINOLA que esse modo de ver do DR. CLOVIS "encontra o pleno apoio dos commentadores dos Codigos Civis hespanhol e portuguez, que encerram disposições identicas (arts. 626 e 1.478 resp.)". *Manual do código civil*, vol. 3.^o, 1.^a parte, n. 38.

Não consegui descobrir o apoio a que se refere o illustrado jurista, sendo que o art. 1478 do código portuguez dispensa a acceitação das doações puras feitas aos incapazes, o que é cousa muito diversa.

A interpretação que ha alguns annos, dei ao art. 1.170 de nosso código civil e agora reproduzo é que este artigo quer apenas facultar ao relativamente incapaz acceitar doação pura, sem auctorização ou assistencia do tutor ou curador.

O absolutamente incapaz não figura por si em acto algum, nem mesmo com o consentimento ou assistencia de seus representantes.

Quanto á mulher casada, se não pode receber do morto sem auctorização do marido, muito menos poderá receber do vivo.

Ha uma prohibição moral, e tambem legal, com a interpretação que dou ao art. 1.170.

A segunda causa de nullidade absoluta contemplada no art. 145 é a do objecto illicito ou impossivel.

Um contracto que tenha por objecto exercer o contrabando, ou apagar a luz do Sol, é absolutamente nullo.

Se a impossibilidade superveniente extingue ou resolve a obrigação, deve a antecedente ser obstaculo á sua formação.

Impossibilium nulla obligatio est. L. 185, D. 50. 17.

E não se justifica porque, em dissonancia com estes principios, o art. 116 admite a validade de um acto a que são appostas condições physicamente impossiveis.

A impossibilidade relativa, tambem chamada subjectiva, não invalida o contracto, como está previsto no art. 1.091.

Relativa é a impossibilidade que existe para o contractante, não para todos.

Elle não pode, por exemplo, executar a prestação porque demanda conhecimentos profissionaes, ou recursos economicos, que lhe faltam, mas de que outros dispõem.

Como a impossibilidade relativa não invalida o acto juridico, o contractante que não pode cumprir a sua obrigação fica sujeito á prestação do interesse, a pagar ao outro contractante o prejuizo da inexecução (MOMMSEN, *A responsabilidade dos contrahentes* pag. 88; SAVIGNY, *Obrigações*, art. 1.º, § 37; POTHIER, *Obrigações*, n. 136).

A terceira causa de nullidade mencionada no art. 145 é não revestir o acto a forma prescripta em lei (arts. 82 e 130).

A falta da forma já envolve a preterição de solemnidades essenciaes que o art. 145 ainda indica como a quarta causa de nullidade dos actos juridicos.

Não pensam d'este modo conceituados juristas.

Nem o DR. CLOVIS BEVILAQUA, por exemplo, nem o DR. EDUARDO ESPINOLA, porque, dizem elles, o acto pode obedecer á forma, como uma escriptura publica, e esta não se revestir das formalidades que a lei considera essenciaes.

Não distingo entre as formalidades da escriptura e as solemnidades do acto.

Este, além da escriptura, pode exigir outras solemnidades, mas que as formalidades da escriptura não o sejam do proprio acto é o que não consigo perceber.

A forma do acto, na accepção technica, comprehende todos os seus elementos externos, resultando d'ahi que, quando a forma é prescripta em lei, estes elementos são formalidades ou solemnidades essenciaes, sem necessidade de referencia especial, porque a falta ou omissão de qualquer uma já traz consigo a imperfeição da forma.

E a prova, para buscal-a no proprio codigo, está em que o art. 82 declara simplesmente: "A validade do acto juridico requer agente capaz, objecto licito e forma prescripta ou não defesa em lei".

Pode um acto juridico ser nullo, escreve BOECKING, pela falta de requisitos referentes *às partes, á forma ou ao objecto* (PANDECTAS, vol. 1.º, § 119), dispensando, como o art. 82, qualquer allusão ás taes solemnidades essenciaes da alinea IV do art. 145.

Não houve ahi omissão involuntaria porque BOECKING comprehendeu, como eu, que as solemnidades essenciaes já se acham incluídas na forma que a lei exige.

Finalmente diz o mencionado art. 145 que é nullo o

acto juridico quando a lei taxativamente o declarar nullo ou lhe negar affeito.

Já censurei no § 1.º a redacção d'este artigo que, litteralmente applicado, levaria a considerar absoluta a nullidade que a lei prescreve no interesse de determinadas pessoas.

Limitando a disposição, como cumpre fazel-o, aos casos de interesse publico, quero ainda, perguntar: era necessario dizer que *é nullo o que a lei taxativamente declarar nullo*?

Para ser nullo *o que a lei taxativamente declarar nullo* era preciso que o codigo o dissesse?

§ 5.º

Já foram apresentados com a necessaria precisão os caracteristicos da nullidade absoluta, e indicados os actos que o codigo expressamente considera nullos.

Passemos agora á annullabilidade.

Art. 147: "E annullavel o acto juridico:

I. Por incapacidade relativa do agente.

II. Por vicio resultante de erro, dolo, coacção, simulação ou fraude (arts. 86 a 113)".

Oppondo o acto annullavel ao nullo, declara o codigo civil, no art. 148, que o acto annullavel pode ser ratificado pelas partes; declara ainda, no art. 152, que as nullidades, nos casos de annullabilidade, não têm effeito antes de julgadas por sentença, nem se pronunciam de officio, acrescentando que só os *interessados as podem allegar*.

Os interessados a que o codigo se refere n'este artigo são as pessoas em beneficio das quaes foi estabelecida a nullidade.

Tendo dicto no art. 146 que a nullidade absoluta pode ser allegada por *qualquer interessado*, não devera empregar aqui o mesmo termo, quando visava distinguir, pondo em contraste, as duas formas de invalidade.

Recordando o que já tive occasião de dizer no § 3.º, o acto nullo, ao contrario do annullavel, não pode ser ratificado pelas partes, e, porque a sua nullidade é im-

mediata e illimitada ou absoluta, incumbe ao juiz pronuncial-a de officio, sendo tambem permittido a qualquer interessado em todo tempo illegal-a.

A differença entre o acto nullo e o annullavel fica d'esta maneira esclarecida.

O acto nullo já o é *ipso jure*, e o annullavel que ainda não é nullo, pode ser annullado por sentença, em acção especial ou em defesa.

A acção é a de nullidade ou rescisão, denominação auctorizada pelos art. 178, § 9, V, e 847 do codigo civil e que já vem do direito anterior, ou simplesmente acção de rescisão, como é usual, e designava o Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

A defesa é por meio da excepção (*ope exceptionis*), expressão que podemos empregar porque o codigo tambem falla em excepção.

Pelo art. 911 o devedor solidario pode oppor ao credor as excepções que lhe forem pessoas e as communs a todos os devedores, não lhe aproveitando porem as pessoas a outro co-devedor.

E não é o art. 911 o unico que falla em excepção, mas em um sentido tão amplo que comprehende toda especie de defesa, mesmo baseada em facto que, como o pagamento, extingue directamente o direito, ou a incapacidade absoluta que obsta o seu nascimento, não havendo portanto a menor analogia com a excepção.

A incapacidade relativa que, como os vicios do consentimento determina a annullabilidade, pode, no systema de nosso codigo civil e de outros semelhantes, ser equiparada á excepção.

Da incapacidade relativa e dos vicios do consentimento resulta o direito de pedir judicialmente que seja pronunciada a nullidade do acto e assim, indirectamente, se extingue o direito que até então era considerado existente.

E não cause isto estranheza porque notaveis romanistas, em alguns casos, já reconheciam na *exceptio* manifestação de nullidade. Cpr. REGELSBERGER, § 174. 4; BRINZ, PANDECTAS, vol. 4.º, § 586, pag. 399. Veja-se também ENDEMANN, *Leis prohibitivas*, pag. 18.

Ensina-se ordinariamente, mesmo na vigencia dos codigos actuaes, que a excepção é um direito que, sem prejudicar a existencia do direito contrario, tira-lhe os efeitos, impedindo ou excluindo a acção. COVIELLO, *Manual de direito civil*, vol. 1.º, § 162; MAZZONI, *Instituições de direito civil*, vol. 2.º, n. 189; VALVERDE, *Tratado de direito civil hespanhol*, vol. 1.º, pag. 539; ZACHARIAS, *Direito civil francez*, ed. MASSÉ ET VERGÉ, vol. 3.º § 544; KRAINZ, *Direito privado austriaco*, 6.ª ed. vol. 1.º, § 141.

Foi sob a influencia de SAVIGNY que estas idéas se generalizaram.

Alludindo á excepção, disse elle no vol. 5.º, § 235 do *Systema de direito romano actual*, que o réo pode defender-se invocando um direito que, presuppondo o do auctor, lhe paralyza a acção e nos §§ 226 e 227 qualificou diversas vezes de independente este direito do réo.

A qualificação tem recebido a critica de uns e merecido a defesa de outros, Cpr. DERNBURG, *Pandectas*, vol. 1.º, § 137, not. 2. e WENDT, *Pandectas*, § 96, pag. 259.

SAVIGNY quer simplesmente dizer que, independentemente do direito do auctor, pode o direito do réo total ou parcialmente extinguir-se, como resulta claramente do que escreve no vol. 4.º, § 202, pag. 538.

E é verdade que antes d'este celebrado jurista já se fallava em direito independente do réo, expressão que depois d'elle é também empregada por KUNZE, *Instituições*, 2.ª ed. § 479 e por outros escriptores.

Esta doutrina de um direito paralyzado por outro direito tem encontrado oppositores.

Diz, por exemplo, LENEL que a idéa de um direito existente, mas juridicamente inefficaz, deve ser completamente rejeitada porque encerra uma *contradictio in adjecto* (*Origem e effeito das excepções*, pag. 104).

A ordem juridica, accrescenta THON, não pode dizer: Tu deves e ao mesmo tempo, não deves (*Norma juridica e direito subjectivo*, pag. 264).

Admittida porem a annullabilidade, surge necessariamente um direito negativo do réo, o direito que só este tem, e não qualquer interessado, de impugnar o direito do auctor, pedindo, em acção ou defesa, que seja pronunciada a nullidade do acto.

Este direito negativo não entrava apenas o direito ou lhe paralyza acção, mas o resolve ou extingue, annullando o acto vicioso de que elle decorre.

E a nullidade, depois de declarada por sentença, não se distingue da nullidade absoluta, para todos os effeitos.

O codigo civil allemão creou um meio original de rescindir os actos defeituosos sem acção, bastando uma simples declaração á parte contraria.

E tambem sem excepção, segundo entendeu os seus commentadores e expositores, apegados ainda á generalizada doutrina da paralyção da acção, como veremos no § 7º.

§ 6.º

A distincção entre os actos nulos e os annullaveis, que tambem se denominam rescindiveis, tem a sua origem no direito romano, como é geralmente sabido.

O acto nullo era *ipso jure* inefficaz, o que significa que só pela disposição da lei elle era immediatamente sem valor.

O acto nullo, diz SOHM, é, para o effeito visado, como se não existisse (*Instituições*, 16 ed. pag. 245), ou se nunca fôra concluido, segundo a expressão de WINDSCHEID (cit. vol. 1.º, § 82).

Assim como se tem por não escripto (*pro non scripto*) o que na realidade se escreveu, assim tambem se tem por não existente ou concluido (*non jure factum*) o que na realidade se praticou.

Esta comparação, que agora faço, tem ainda applicação em nosso direito, onde clausulas que figuram em certos actos tambem são consideradas não escriptas.

Como no direito actual, o acto nullo não era ratificavel, e qualquer terceiro que tivesse interesse podia invocar a sua inefficacia.

O acto annullavel porem, ao inverso do que é nullo, era juridicamente efficaz, mas os seus effeitos teriam que desaparecer em virtude de impugnação de determinadas pessoas.

Variados eram os meios para atacar os actos defeituosos e pedir a sua rescisão, que algumas vezes remon-

tava á data do acto, invalidando-o *ex tunc*, como na restituição *in integrum*, que attingia os direitos de terceiro, anteriormente adquiridos, outras vezes porem a rescisão só influa *ex nunc*, isto é, da data de sua concessão, como na *actio doli*, de que trata GIRARD, *Manual de direito romano*, 5.^a ed. pag. 422.

Entendem WAECHTER, BARON, UNGER E BURCKHARD que a verdadeira rescisão é a que produz efeito *ex nunc*, deixando intactos os direitos de terceiro.

UNGER censura a SAVIGNY, PUCHTA e ARNDTS porque incluem os casos de restituição *in integrum* nos de rescisão (*Systema de direito privado*, vol. 2.^o, § 91, not. 83).

Diverge o direito romano do direito moderno que manda restituir as partes, sempre que é possível, ao estado em que antes do acto se achavam nos termos do art. 158 do código civil, com prejuizo mesmo de terceiros, consequencia natural da nullidade.

E' geralmente sabido que a distincção entre os actos nullos e os annullaveis tem a sua origem no direito romano, mas erroneamente se acredita que era exclusivamente determinada pela dualidade de direitos, pela coexistencia do direito civil e do direito honorario ou pretoriano.

O acto valido segundo o direito civil seria rescindido pelo pretor, por meio de acção, excepção, ou restituição.

Isto effectivamente acontecia, mas havia rescisão no direito civil, como havia nullidade no direito pretoriano, como bem o demonstra MITTEIS no seu *Direito privado romano até ao tempo de DEOCLECIANO*, vol. 1.^o, § 14.

A querela *inofficiosi testamenti* era uma acção civil de rescisão.

Por outro lado, quando se tratava da invalidade de um acto unicamente regulado pelo direito pretoriano, nada influa tambem no caso aquelle dualismo.

Algumas vezes o pretor, concedendo a excepção, completava na execução a propria lei imperfeita (*lex imperfecta*) que vedava, mas não annullava o acto, deixando a solução ás partes e ao prudente arbitrio d'este magistrado.

E' o que acontecia com as chamadas excepções civis adoptadas em virtude de certas leis como a Cincia que prohibia doações acima de determinado valor, mas não as annullava.

Porque os senatus-consultos tinham força de lei, incluem-se nas excepções civis a do Velleiano, que prohibia assumissem as mulheres obrigações alheias, e a do Macedoniano que vedava empréstimos a filhos-familias.

Das excepções civis trata BIRKMEYER no decimo § das *Excepções no b. f. judicium*.

Em todos estes casos o pretor integrava na execução o pensamento do direito civil, que ficava no meio do caminho, segundo a expressão de WENGER, *Instituições de processo civil romano*, pag. 145.

No tempo das *legis actiones*, quando não havia ainda a *exceptio*, o pretor denegava a acção ao donatario que exigisse o objecto da promettida doação, ou a concedia ao doador para a sua devolução. KUEBLER, *Historia do direito romano*, pag. 182.

GIRARD, que contesta, em geral, a denegação da acção n'esse periodo, não a admite quanto ás doações (pag. 939), mas contra elle se manifestam MITTEIS, pag. 40; WLASSAK, *Origem das excepções*, pag. 6; SOHM, pag. 280.

E parece mesmo que a *denegatio actionis* suppria a falta da *exceptio* nas acções da lei.

O confronto do que precede com as disposições de nosso codigo revelam claramente a influencia do direito romano sobre o direito nacional, influencia que tambem se faz sentir nas legislações estrangeiras.

§ 7.º

As referencias que tenho feito á doutrina franceza sobre nullidades me excusam de outras apreciações para demonstrar quanto sobre ella actuou o direito romano.

Se estas referencias não bastassem, ahi teriamos a confissão dos escriptores francezes que não se cançam de repetir, nos mesmos termos, que a theoria da annullabilidade se origina da restituição *in integrum*.

E muito certo é tambem que as idéas dominantes na França passaram, por sua vez, a outras nacionalidades que com ella se encontram em contacto intellectual.

A Allemanha que até bem pouco tempo se regia, em grande parte, pelo direito romano, denominado direito *commum* ou das Pandectas, ou ainda direito romano actual, pelas modificações que recebera, adoptou em seu codigo civil, com algumas variações, o que já ensinavam os pandectistas.

Segundo a doutrina allemã os actos defeituosos são nullos ou annullaveis.

O acto nullo, como no direito romano, não produz effeito algum.

Tem cabimento aqui tudo o que foi dicto no § 3.º sobre a nullidade absoluta, com fundamento em nosso codigo civil e no concorde ensinamento de todos os escriptores, porque a nullidade absoluta, como uma noção scientifica, é de character universal, independe da particularidade de qualquer direito positivo.

O acto annullavel, segundo o direito allemão, produz os seus efeitos até ser impugnado, mas a impugnação não se opera por meio de acção de nullidade ou rescisão, e sim por uma simples declaração extrajudicial do interessado, dirigida á parte contraria.

O devedor pode por este meio annullar o acto de que se origina a sua obrigação, mas não tem uma excepção (TUHR, *Parte geral do Código Civil*, vol. 2.º, § 57; BIERXMAN, *Direito civil*, vol. 1.º § 56; KOHLER, *Compendio de direito civil*, vol. 1.º, § 67).

A declaração rescisoria, diz este ultimo escriptor, é muito mais seria do que a excepção porque não paralisa, como esta, a acção, mas a extingue com tudo o que d'ella resulta.

Destroe, accrescenta elle, todas as acções decorrentes de um direito e, com isto, o proprio direito.

E não haverá ahi um requinte de dialectica, reminiscencia importuna de idéas que não se coadunam com o effeito da rescisão no direito moderno ?

Na propria excepção romana do senatus-consulto Velleiano o que restava do acto ?

Nada, nem mesmo uma obrigação natural, como o reconhecem DERNBURG, *Pandectas*, vol. 2.º § 84, SOHM, *Instituições*, § 80; CZYHLARZ, *Instituições*, § 83.

Diz MITTEIS que hoje se admite ahi, com razão, nullidade honoraria ou pretoriana. Cit. *Direito privado romano*, vol. 1.º, § 14.

Se a declaração rescisoria suppre formalmente a acção e a excepção, não é ella tambem effectuada pelo mesmo direito que funda a acção e constitue materialmente a excepção ?

Diverge n'este ponto o direito allemão do nosso e do francez, que exigem a acção, mas d'elles se aproxima quando faz remontar a rescisão sempre á data do acto impugnado, que assim é considerado nullo desde a sua conclusão.

§ 8.º

Depois de exposta no § 5.º a theoria geral da annullabilidade e feito nos §§ subsequentes um rapido confronto com o direito romano e outras legislações, passo a abordar as causas de annullabilidade indicadas no art. 147 do codigo civil.

A primeira d'estas causas é a incapacidade relativa do agente, que ora resulta de circumstancia natural, como a idade dos menores, ora de um motivo puramente legal, como o estado da mulher casada.

A' incapacidade relativa do agente corresponde a capacidade relativa de que elle dispõe, e em consequencia da qual pode praticar por si os actos da vida civil, com a assistencia ou a auctorisação de outra pessoa, tutor, curador ou marido.

Actos juridicos ha até que o relativamente incapaz pode praticar por si só, por sua unica vontade e exclusiva actuação.

Mesmo no caso em que é necessaria a interferencia de alguem, o relativamente incapaz não é representado.

O art. 84 diz que os relativamente incapazes serão representados pelas pessoas que o codigo determina, mas ha ahi simples engano, impropriedade de expressão. Cpr. arts. 384, V e 426, I.

Segundo o art. 6 do codigo civil são relativamente incapazes:

I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um annos.

II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

III. Os prodigos.

IV. Os selvícolas.

Ha no codigo ainda um caso de incapacidade relativa que não foi ahi enumerado.

E' o do surdo-mudo que, nos termos do art. 451, fica submettido a uma curatela cujos limites o juiz assignará conforme o desenvolvimento mental do interdito.

A situação é igual á do prodigo que está sujeito a curatela, limitada pela propria lei (art. 459).

Existe porém uma lacuna sensível e indesculpavel quanto ás pessoas que por fraqueza mental tambem merecem curatela limitada.

Ensina o Dr. CLOVIS BEVILAQUA, nas observações ao art. 5, que "se a alteração não é grave, embóra duradoura, e permite ao paciente reger a sua pessoa e os seus bens, não ha necessidade nem conveniencia de feril-o com a incapacidade absoluta".

Não diz porém o que se deve fazer em tal hypothese.

Não sendo mesmo grave a alteração, ha a possibilidade, se não a probabilidade, de que o paciente não se dirija com a necessária previdencia em negocios de maior ponderação.

Era pois indispensavel que a lei tomasse a seu respeito medida de precaução, resguardando ao mesmo tempo os interesses de terceiros que com elle viessem a contractar.

Mas nem isto nem os notorios exemplos da legislação estrangeira, despertaram a attenção de nosso legislador.

Se um acto de tal pessoa tiver de ser impugnado sob o fundamento de que a alteração ou a fraqueza men-

tal influiu na sua celebração, forçoso é recorrer ao art. 5, alinea II, que se refere aos loucos de todo o genero.

Teremos em semelhante acto nullidade absoluta, no que, me parece, haver excesso.

Sobre esta lacuna e a expressão tradicional, loucos de todo o genero, discorre profundamente o dr. EDUARDO ESPINOLA no cit. vol 3.^o, 4.^a parte do *Manual do codigo civil*.

Este illustrado jurista numera ainda entre os relativamente incapazes do art. 6, o homem casado, quanto ás alienações de immoveis e outros actos, especificados no art. 235, que elle não pode realizar sem o consentimento da mulher. (Cit. vol. 3.^o, 1.^a parte, n.^o 38).

Mas não se trata ahi de incapacidade, senão de prohibição de certos actos no interesse economico do casal.

Prohibições como esta existem muitas no codigo civil, por causas variadas, e, se tivéssemos de incluir na lista dos incapazes as pessoas a quem ellas attingem, incluiríamos tambem os paes, tutores, curadores, testamenteiros, empregados publicos, juizes, escrivães e muitos outros a quem egualmente é vedada a pratica de certos actos.

Diz-se que são incapacidades especiaes, mas tambem se diz, com mais acerto, que são prohibições.

§ 9.º

A segunda causa de annullabilidade mencionada no art. 147 do código civil é o vicio resultante de erro, dolo, coacção, simulação, ou fraude.

Escolho o erro para a base de minhas apreciações, que são de ordem geral.

Já o art. 86 havia pronunciado que são annullaveis os actos juridicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial, accrescentando logo o art. 87 que tal se considera o que interessa á natureza do acto, o objecto principal da declaração, ou alguma das qualidades a elle essenciaes.

O erro no motivo não vicia o acto, mas póde o motivo n'elle influir quando expresso como razão determinante ou sob a forma de condição.

E' o que quer exprimir, em sua locução imperfeita, o art. 90 : "Só vicia o acto a falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição".

O motivo ou, como diz o código, a falsa causa, sob a forma de condição, não vicia o acto, e sim influe logo e puramente sobre a sua existencia, se ha apenas a forma, e sobre os seus effeitos, suspendendo-os, ou resolvendo-os, se a forma e a essencia da verdadeira condição.

E não devera ter sido equiparada á condição a declaração do motivo ou razão determinante do acto.

Quando alguém compra um objecto pelo motivo que declara ao vendedor, não pensará este naturalmente que

o contracto está dependente da veracidade ou realização do que acredita, pretende ou espera o comprador.

Muito sensatamente observa DERNBURG que o motivo não perde o seu character porque é communicado á parte contraria (*Pandectas*, vol. 1.^o, § 94).

Do mesmo modo já se manifestava POTHIER, nas *Obrigações*, n.^o 20, contra PUFENDORF, que sustentava idéa semelhante á presupposição de WINDSCHEID.

O art. 90 já vem do projecto COELHO RODRIGUES e denuncia claramente a sua origem romana.

Só *vicia a falsa causa* evoca immediatamente a *falso non nocet*, regra que se encontra nas Institutas de Justiniano e segundo a qual a *falsa causa*, ou motivo, não invalida o legado, salvo *si conditionaliter enunciata fuerit* (2.20, § 31).

Ahi mesmo são apresentados dois exemplos em que o testador declara falsamente os motivos dos legados (*qua, absente me negotia mea curavit — quia patrocínio ejus capitali crimine liberatus sum*) e os legados são validos.

Que a *falsa causa* não prejudica o legado está dicto também na L. 72, § 6, D. 35, 1, sob o fundamento de que o motivo não é inherente ao legado (*ratio legandi legato non cohaeret*), mas logo se acrescenta que este pode ser impugnado, provando-se que o testador não o teria feito sem erro (*si probetur alias legaturus non fuisse*).

D'esta e outras passagens do Digesto resulta incontestavelmente que não prevalece a disposição quando se prova que o testador não a teria feito sem o erro.

Ao inverso do que acontece nos actos ordinarios do commercio juridico, é justamente nos testamentos que o erro no motivo pode produzir invalidade.

E como se concilia isto com a regra e os exemplos de cit. § 31 das Institutas?

Arredando a contradicção que parece existir, ensinam os romanistas que se o testador conhecia as cir-

cumstancias e, apesar d'isso, indicou falso motivo da disposição, ella não é invalida, sendo esta a significação da mesma regra. (VANGEROW, *Pandectas*, 7.^a ed. vol. 2.^o, § 431, not. 2; VERING, *Historia e Pandectas*, 5.^a ed. pag. 781; MAYNZ, *Curso de direito romano*, 4.^a ed. vol. 3.^o, pag 653).

O testador allegaria talvez falso motivo para não desgostar o herdeiro com o legado a extranho.

Do exposto se evidencia que, não obstante a sua origem, a regra do art. 90 não corre parallela á do direito romano, mas tanto em uma como em outra a falsa causa é o falso motivo.

Refere-se tal artigo geralmente aos actos entre vivos e aos de ultima vontade, mas não cogita de modo algum da causa propriamente dicta, da causa em sentido restricto, especial ou technico, que é chamada *causa finalis* porque é o fim immediato do acto, na expressão textual do art. 81, e que legalmente justifica a obrigação que se assume, ou a alienação que se realisa.

A *causa finalis* não póde deixar de ser expressa na celebração do contracto, e não necessita de fórmula condicional porque é elemento essencial do mesmo.

Até as promessas abstractas, como a cambial, têm a sua causa que predomina, *inter partes*, como excepção pessoal.

"Desde que o tomador endossa a cambial, cessa para o emittente, em face do endossatario, a defesa derivada da relação de causa" SARAIVA, *A Cambial*, § 27.

O direito do terceiro portador de bôa fé é independente da *causa obligandi*, diz GRUENHUT, *Direito cambial*, vol. 1.^o pag. 454.

A repetição do que se deu sem fundamento legal, ou indevidamente pagou, vem ainda confirmar a importancia da causa.

Egual valor não póde ser attribuido ao motivo porque é individual e variavel.

Um compra a casa porque tem intenção de residir na mesma, outro faz a compra porque deseja alugar a casa e auferir o rendimento, outro ainda porque pretende demolil-a para ampliar o jardim de sua residencia, e assim por deante.

Eis ahi motivos variados que somente influem no acto quando d'este fazem parte nas condições do art. 90.

A causa porém é sempre a mesma.

O dinheiro é dado para a aquisição da casa, e esta é alienada para o recebimento do preço.

Está tudo dentro do acto, e por tudo se caracteriza o acto como um contracto de compra e venda, com a devida transcripção.

A doutrina da causa como está formulada no código francez, tem sido combatida depois que LAURENT, reproduzindo as idéas do seu mestre ANTONIO ERNST, sustentou que ella é superflua e injuridica porque a causa se confunde com o objecto, ficando perfeito o contracto desde que ha o consentimento, o objecto e a capacidade de contractar, sem necessidade do quarto requisito que o cit. código exige, a causa, que já existe porque o contracto está formado (*Principios de direito civil*, vol. 16, n. 111).

HUC, que sempre é tão escasso no seu fraco *Comentario do código civil*, estende-se sobre a questão, procurando solidar com outros argumentos a these de LAURENT.

Parece-lhe racionalmente inconcebivel que duas obrigações possam servir-se reciprocamente de causa, recordando a questão da anterioridade da gallinha ou do ovo. (vol. 7.º, n. 77).

Isto revela simplesmente que HUC confundiu causa no sentido de fim immediato do acto com causa, fonte ou origem de qualquer effeito.

No primeiro sentido a causa pode ser passada, presente, ou futura.

No segundo porém, para que elle resvalou, é necessariamente anterior porque o effeito presuppõe a causa.

AUBRY ET RAU e DEMOLOMBE accentuam que na causa ha uma relatividade, comparação e opposição das prestações, mas HUC responde que a mesma causa mudará assim de natureza conforme a maneira pela qual seja encarada, e ajunta um ponto de admiração pela supposta novidade e pretenso dislate d'estes professores que já resplandeciam ao lado de TROPLONG, quando ainda vicejava a jurisprudencia franceza.

Dividem-se os escriptores na França a respeito d'este assumpto, girando a discussão em torno dos defeituosos artigos de seu codigo, que passaram para o italiano.

Sobre LAURENT e seus adeptos na Italia vejam-se VENZI, nas *Instituições de MAZZONI*, 4.^a ed. vol. 2.^o pag. 419; FERRARINI, *Notas de direito civil*, pag. 67; FERRINI, *Obrigações*, n.^o 450.

Da causa, como fim immediato ou fundamento dos actos juridicos, occupam-se os mais recentes romanistas e civilistas, d'entre os quaes indicarei DERNBURG, SOHM, BRINZ, REGELSBERGER, COVIELLO, BIERMANN, CROME, ENDEMANN e especialmente TUHR, *Parte geral*, vol. 3.^o § 72.

Qualquer que seja entretanto o partido que se tome nada terá a questão da causa com o art. 90 de nosso codigo civil, que cogita unicamente do motivo.

LAURENT tambem distingue o motivo da causa, que elle identifica com o objecto, e affirma que "isto não é uma distincção de escola" (cit. vol. 16, n. 109).

Em divergencia com o que tenho expendido acham-se as observações do Dr. CLOVIS BEVILAQUA sobre o mesmo artigo, e o que escreve o Dr. EDUARDO ESPINOLA no vol. 3.^o, 1.^a parte, n.^o 68 do *Manual do codigo civil*, sendo conveniente consultal-os.

Tratarei agora do erro que vicia o acto, tornando-o annullavel.

§ 10.º

Se o erro no motivo que está fóra do acto não tem relevancia, o mesmo não acontece com o erro substancial que, conforme o art. 86 do codigo civil, torna annullavel o acto juridico.

Considera-se erro substancial, declara o art. 87, o que interessa á natureza do acto, o objecto principal da declaração, ou alguma das qualidades a elle essenciaes.

Tem-se egualmente por erro substancial (art. 88) o que disser respeito a qualidades essenciaes da pessoa, a quem se refira a declaração de vontade.

O qualificativo substancial de que se serve o codigo não condiz com o effeito que é attribuido a esta especie de erro, porque levaria a considerar absolutamente nullo o acto que pelo mencionado art. 86, é apenas annullavel.

Antes do codigo civil dava-se a este erro a denominação de essencial e, de accordo com SAVIGNY, se inferia a nullidade do acto não da influencia do erro, mas da falta de um elemento essencial, que o erro occasionára.

Veja-se o Dr LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, ed. de 1897, § 52.

Não me interessa fazer a exposição da repisada doutrina de SAVIGNY, da sua distincção do erro que WINDSCHEID considera um dos mais bellos serviços d'este jurisconsulto (*Direito das Pandectas*, vol. 1.º §76, not. 1).

Notarei porém que WINDSCHEID commette uma injustiça porque sabia que muito antes de SAVIGNY já POTHIER distinguia o erro essencial do erro no motivo.

Realmente POTHIER trata em primeiro lugar do erro que exclue o consentimento ou o destroe, que é o erro essencial, e depois do erro no motivo que não influe sobre a convenção (*Obrigações*, n. 17 e seg.).

WINDSCHEID conhecia essas passagens de POTHIER, a que se referiu na sua monographia sobre a *Invalidade dos actos juridicos no Codigo Napoleão*, para demonstrar que embora o mesmo codigo não tivesse alludido ao erro sobre o objecto do contracto ou sobre a sua natureza, o contracto seria nullo pela falta de consentimento.

WINDSCHEID diz mesmo na cit. monographia, pag. 255, que o Codigo Napoleão, não se referindo especialmente ao caso em que o erro exclue o consentimento, reconhece que em tal caso, não o erro, mas a falta do consentimento é o proprio fundamento da invalidade do contracto.

A doutrina de SAVIGNY, é, na substancia, a doutrina de POTHIER, e rapidamente prevaleceu na litteratura juridica pela sua feição simples e logica e tambem porque arredava a questão da excusabilidade do erro essencial, que elle chama falso erro pelo já enunciado motivo de que não é o erro que invalida o acto e sim a falta da vontade occasionada pelo erro.

Era esta materia pouco profundada na Alemanha quando em 1840 appareceu o 3.º vol. do *Systema de direito romano* de SAVIGNY, em que ella foi exposta n'este aspecto, o que ainda concorreu para um tal successo.

Invoco o testemunho de THIBAUT que ainda em 1817, nos *Ensaio sobre algumas partes da theoria do direito*, vol. 2.º, pag. 100, indicava como a mais apreciavel contribuição o que escrevera GLUECK no vol. 4.º

§ 298 e 299 de seu *Commentario das Pandectas*, do qual porém acreditava elle, era impossivel deduzir uma theoria justa e completa do erro.

Depois de GLUECK o que foi publicado sobre este assumpto ?

O pequeno livro de RICHELMANN, *Influencia do erro nos contractos*, que antecedeu de tres annos ao escripto de SAVIGNY.

E foi RICHELMANN o ultimo representante da antiga theoria que não admittia no erro essencial inexistencia ou nullidade absoluta do acto, mas um vicio relativo que permittia só ao prejudicado dar o contracto como valido, ou impugnal-o, se o erro era excusavel. Cpr. cit. GLUECK, vol. 4.^o, pags. 165 e 166; RICHELMANN, pag. 16; THIBAUT, *Systema do direito das Pandectas*, 8.^a ed. 2.^o vol. § 448.

E a razão, a pezar do que attesta THIBAUT, estava com a antiga theoria porque o direito na regulamentação dos interesses que emergem e collidem na vida social não é um escravo da logica.

WINDSCHEID mesmo procura artificiosamente desviar uma logica consequencia da doutrina de SAVIGNY, dizendo que, no caso do falso erro (erro essencial), quando ha grande negligencia, pode a parte ser obrigada a cumprir o contracto (que pela theoria d'elle e de SAVIGNY é inexistente), considerando o direito como se fosse querido aquillo que effectivamente não o foi (*Vontade e declaração de vontade*, no *Archivo da praxe civil*, vol. 63, pag. 103, e nos *Discursos e dissertações*, publicados em 1904, pag. 366).

Mas a consequencia a que WINDSCHEID tenta obviar foi expressamente deduzida por SAVIGNY que affirma ficar o que errou "livre de toda responsabilidade sem distincção se podia ou não facilmente evitar o erro". Cit. vol. 3.^o, pag. 264.

A outra consequencia, a que já alludi, a inexistencia ou nullidade absoluta do acto, é logicamente sustentavel, mas praticamente inadmissivel, como actualmente se volta a reconhecer.

Não se percebe, pondera muito judiciosamente FREDERICO MOMMSEN, porque se deva negar ao contrahente que errou a faculdade de manter o contracto, descoberto o erro (*A responsabilidade dos contrahentes*, pag. 104, not. 22).

REGELSBERGER, que no *Manual de direito commercial* de WENDEMANN, vol. 2.º, pag. 406, admittia a nullidade absoluta, abandonou esta opinião, allegando que a logica juridica formal não pode aqui decidir, onde se trata da defesa de interesses (*Pandectas*, § 142, IV).

Que não ha a nullidade absoluta da doutrina de SAVIGNY e POTHIER tambem entendem BARON, DERNBURG, BRINZ, MITTEIS e outros.

Os auctores francezes adoptam ainda a theoria de POTHIER, modificando-a apenas quanto ao erro sobre as qualidades substanciaes do objecto do contracto, que, como deduzem do art. 1.110 do Codice Napoleão, torna o mesmo contracto simplesmente annullavel.

Para elles o erro sobre a natureza do contracto, ou sobre a identidade de seu objecto, determina a inexistencia ou nullidade absoluta do acto.

Procurando imitar a SAVIGNY, diz CAPTANT que, bem consideradas as cousas não ha erro n'estes dois casos; que não ha erro, mas falta de accordo, motivo pelo qual o acto juridico não se forma (*Introducção do estudo do direito civil*, 4.^a ed. pag. 308, not. 1).

E isto parece-lhes, a elles francezes, tão natural, tão logico e tão juridico que BARDE taxa de surpreendente o não haverem os redactores do codigo suisso das obrigações distinguido o erro, que determina inexistencia ou nullidade absoluta, do erro que torna o acto apenas annullavel ou rescindivel, "tendo a vanta-

gem de poder inspirar-se nas distincções vulgarisadas pela doutrina". *Obrigações* vol. 1.º, pag. 81, not. 4.

Não foi o desconhecimento de taes distincções o que levou os redactores do codigo suisso a admittir somente a annullabilidade para toda a especie de erro.

Muito propositadamente repelliram elles a distincção, entendendo que se deveria deixar ao que incidiu no erro a faculdade de manter ou impugnar o acto.

Foi o que tambem fizeram outros codigos, entre os quaes o nosso e o allemão, sendo de notar que este ultimo rejeitou a distincção que vinha no primeiro projecto, como já referiu o Dr. EDUARDO ESPINOLA no *Manual do codigo civil*, vol. 3.º, parte primeira, pag. 206, com citação de SALEILLES e de PLANCK.

Veja-se tambem a informação de RIEZLER, no *Comentario de Standinger*, vol. 1.º, art. 119, 3.

Se posso ratificar a alienação do que me pertence, feita por um extranho sem o meu consentimento, porque não poderei manter aquillo em que eu mesmo figurei, o que eu proprio pratiquei sob a influencia do erro?

Como admittir que ao outro contractante, ou a um terceiro qualquer, seja licito, invocando o meu erro, allegar a nullidade do acto que prefiro manter?

Escolhi o erro d'entre as outras causas de annullabilidade indicadas no art. 147, II, para confirmar que o exaggero do elemento logico no direito, contra a sua finalidade, implanta n'esta materia a injustiça e estabelece a discrepancia sobre pontos capitaes.

O que é inexistente para uns, é apenas annullavel para outros.

Acolheu felizmente o nosso codigo a verdadeira doutrina, deitando á margem uma theoria que não corresponde á conveniencia pratica.

E penso mesmo que, seguindo egual processo, deveria ter tambem admittido a annullabilidade nos casos de insanidade mental.

A sorte do paciente interessa particularmente á familia, motivo pelo qual a interdicção deve ser promovida pelo pae, mãe, conjuge, ou algum parente proximo, conforme o art. 447, e a curatela deferida tambem a pessoas que lhe são conjunctas pelo parentesco, na ordem indicada no art. 454, para que um membro da familia represente o interdicto, administre o seu patrimonio, zelando os interesses, e lhe defenda os direitos.

Só a este representante, o curador, caberia a faculdade de, attendendo ás circumstancias, invocar a nullidade dos actos do interdicto, podendo tambem sanal-a com a ratificação dos mesmos.

Pelo nosso codigo porem a nullidade, n'estes casos, é sempre absoluta.

Ha um excesso, como penso, mas não dá cabimento o codigo civil á incoherentissima doutrina que attribue efeitos diversos á incapacidade legal pela interdicção, e á incapacidade natural, pela prova da insanidade na occasião do acto, quando não foi decretada a interdicção.

Segundo esta doutrina, que os francezes e os italianos patrocina, quando existe a incapacidade legal o acto do interdicto é apenas annullavel, quando porem não ha interdicção e se prova a incapacidade natural, na occasião do acto, é este inexistente ou absolutamente nullo.

Mas, se a interdicção é decretada em consequencia de um comprovado estado natural ou de facto que a lei considera persistir a todo momento, que continúa sem interrupção, não pode haver differença nos efeitos da incapacidade por interdicção e da incapacidade natural.

A primeira já existe aos olhos da lei e a prova é a interdicção; a segunda, em que não houve interdicção, tem de ser judicialmente provada e reconhecida como realmente existente na occasião do acto.

Qualquer que seja a especie de invalidade que se queira admittir, nullidade absoluta, nullidade relativa, ou ainda annullabilidade, deve ella ser a mesma para os dois casos de incapacidade, da incapacidade legal e da natural.

Não ha portanto em nosso codigo a incoherencia que aponto, mas o excesso que reprovo.

§ 11.º

Entre as causas de annullabilidade do art. 147 do código civil figura, como vimos, a simulação.

Já o art. 685 do Reg. n. 737 de 1850 lhe attribuia este character, equiparando-a, como fez o código, aos vícios do consentimento, erro, dolo e violencia para a acção da rescisão.

Na primeira edição da *Consolidação das leis civis* de TEIXEIRA DE FREITAS, art. 358, eram considerados nullos os contractos simulados, mas na segunda edição do mesmo livro, variou este jurisconsulto na opinião, substituindo o qualificativo nullos por annullaveis, e em nota se explica dizendo: "Fiz esta mudança porque a nullidade dos contractos simulados tambem depende de acção em que a simulação seja provada".

TEIXEIRA DE FREITAS, bem como o auctor do Reg. n. 737, estavam sob a influencia de uma doutrina erronea que ainda tinha curso quando elles operavam, mas que está hoje completamente abandonada.

Refiro-me á doutrina de TOULLIER. Ensinava este escriptor que quando o contracto encerra um vicio intrinseco e occulto existe pelo menos a apparencia de um contracto, e esta apparencia tem o effeito da realidade até que seja desfeita por sentença em processo regular, sendo isto o que se chama rescisão. *Direito civil francez*, vol. 4.º, primeira parte, n. 521.

E o Reg. n. 737, que quasi traduziu a TOULLIER, declara no art. 685: "Dá-se nullidade dependente de rescisão, quando no contracto valido em apparencia

ha preterição de solemnidades intrinsecas; taes são: 1.º, os contractos que, segundo o Codigo, são annullaveis; 2.º os contractos em que intervem dolo, simulação, fraude, violencia, erro”.

Com semelhante doutrina a nullidade absoluta se transforma em annullabilidade quando fôr necessario descobrir o vicio occulto, ou a *preterição de solemnidades intrinsecas* conforme a infeliz expressão do Reg. quando se tornar indispensavel uma acção para destruir a apparencia de regularidade de que o acto se reveste.

A distincção entre o acto nullo e o annullavel, que tem o seu fundamento no direito civil e decorre da natureza do vicio ou defeito, ficaria d'este modo reduzida a uma questão de prova e de processo.

Casos ha porem, e são innumerados, em que tambem é necessaria a propositura de uma acção para a declaração ou reconhecimento judicial da nullidade absoluta ou inexistencia do acto.

Tomemos para exemplo a falsidade da assignatura de uma testemunha numeraria em determinado acto publico.

Apezar da apparencia, do vicio occulto e da acção a intentar para desfazer a apparencia do acto não haverá rescisão porque sobre a propria fórma do mesmo decidirá o juiz.

A preterição ou o defeito da fórma, como ficou exposto no § 4.º, acarreta nullidade absoluta.

E' o que tambem acontece com a simulação, que entretanto, pela disposição expressa do codigo civil, é apenas causa de annullabilidade.

Mas isto está em contradicção com a doutrina e até com os principios que elle sanciona.

A annullabilidade presuppõe um acto defeituoso, mas realmente existente, o que não se dá na simulação, onde só existe apparencia.

A annullabilidade é relativa, ao passo que a declaração da simulação pode ser arguida por qualquer terceiro interessado.

O acto annullavel pode, finalmente, ser ratificado, o que é inconcebível na simulação.

O proprio TOULLIER não disse expressamente que a simulação é causa de rescisão dos contractos, ainda que isto seja deduzível de sua doutrina, ou de suas palavras.

Nenhum auctor francez entende ser a simulação causa de rescisão dos contractos.

Quando elles se occupam da acção Pauliana ou revocatoria, que tem por fim annullar actos realmente realizados, mas em fraude de credores, salientam que a mesma acção não tem applicação nos casos de simulação, em que se trata apenas de verificar a inexistencia do acto.

Não descobri um só que attribuisse á "action en declaration de simulation" o character de rescisoria.

Pelo contrario, dizem expressamente que não é rescisoria. Cpr. DEMOLOMBE, *Curso de Codigo Napoleão*, vol. 29, n. 128; LAURENT, *Principios de direito civil*, vol. 19, n. 33; BARDE *Obrigações*, vol. 3.º n.º 2.028.

Para os escriptores francezes e para os de outras nacionalidades, que pude consultar, o acto simulado é inexistente ou nullo, e não simplesmente annullavel.

E' verdade que DIAS FERREIRA no seu *Codigo civil portuguez annotado*, vol. 2.º, pag. 484, diz que o credor verdadeiro pode requerer a rescisão e fazer rescindir um contracto hypothecario simuladamente feito pelo seu devedor.

Conformou-se com a linguagem dos art. 1.030 a 1.032 do mesmo codigo, onde incorrectamente se falla em rescisão de actos simulados que são celebrados com o fim de defraudar os direitos de terceiro.

Na 2.^a edição da mesma obra evitou DIAS FERREIRA termos tão improprios, e, no vol. 2.^o, pag. 275, distingue a acção de simulação, cuja premissa, como elle diz, é que o facto não existiu, da acção de rescisão por insolvencia, em que o facto existiu e é, verdadeiro, mas foi celebrado em prejuizo do credor.

Refiro-me especialmente a DIAS FERREIRA porque é justamente considerado e muito conhecido no Brasil.

E' um jurista pratico e sabedor do direito nacional, de Portugal, ainda que pouco versado na litteratura estrangeira.

Com o seu falecimento e o de ALVES DE SA' desapareceram as ultimas saliencias da litteratura juridica lusitana.

O codigo civil portuguez não confundiu porem, nas applicações, estas duas acções.

Basta attender a que, tratando-se de simulação, a acção é imprescriptivel, conforme o art. 1.031, ao passo que, quando a acção tem por fundamento um acto verdadeiro, mas fraudulento, prescreve em um anno, como está determinado no art. 1.045 do mesmo codigo, contando-se o prazo desde o dia em que a insolvencia do devedor haja sido judicialmente verificada.

O nosso codigo estabelece no art. 178, § 9, V, o prazo de quatro annos para a prescripção da acção de annullar ou rescindir os contractos no caso de erro, dolo, simulação ou fraude, sendo o mesmo prazo computado do dia em que se realizar o acto ou o contracto.

O acto que não existe porque é fingido ou simulado considera-se annullavel ou rescindivel, e a respectiva acção prescreve em quatro annos, computados da celebração, que o credor as mais das vezes pode ignorar.

Esta doutrina injustificavel e contradictoria tambem não encontra apoio no direito romano, segundo o

qual os actos simulados são absolutamente nulos e nunca annullaveis.

Não se applicam á simulação os principios da acção Pauliana.

Para desfazer-se uma alienação realmente effectuada em fraude dos credores fingia-se que a tradição, modo de adquirir o dominio, não fôra realizada (*rem traditam non esse*), voltando assim a coisa ao dominio do devedor.

Seria pois um absurdo fingir que não existia o que já era por si um fingimento, a alienação simulada.

Não tinha que voltar ao patrimonio do devedor o que ainda lhe pertencia porque só apparentemente fôra transferido ou alienado.

§ 12.º

Exposta, de um modo geral, a theoria da nullidade absoluta e da annullabilidade, adoptada pelo codigo civil, passo agora a tratar da nullidade relativa, fórma intermediaria, que fica entre estas duas especies de invalidade.

A expressão invalidade comprehende portanto a nullidade absoluta, a nullidade relativa e a annullabilidade.

O codigo não se referiu aos actos relativamente nullos.

E parece mesmo que, tendo classificado os actos juridicos em nullos, no sentido de absolutamente nullos, e annullaveis, no de rescindiveis, quiz excluir de seu systema a nullidade relativa.

Mas esta circumstancia, que em outras condições não seria decisiva, é completamente irrelevante onde as omissões involuntarias são frequentes.

Diz, por exemplo, o nosso codigo, tratando dos actos de transmissão gratuita de bens, praticada pelo devedor insolvente, que só os credores que já o eram ao tempo d'estes actos, podem pleitear-lhes a annullação.

Porque não se referiu tambem á transmissão onerosa devemos concluir que a mesma restricção ao direito do credor não lhe tem applicação?

Qui dicit de uno, negat de altero.

Mas ninguém ignora que a este respeito não ha que distinguir entre a transmissão gratuita e a onerosa.

Em qualquer hypothese é indispensavel que o credito seja anterior ao acto de transmissão, conforme os principios, a doutrina e a tradição que prevalecem, apesar da omissão.

Se não houve referencia á nullidade relativa, ella existe entretanto, até em casos concretos, dentro do mesmo codigo.

De que natureza pode ser uma nullidade que não é absoluta, mas que tambem, na expressão usual, não depende de rescisão?

Certamente relativa.

A idéa não é nova, e, tão pouco forasteira, porque a nullidade relativa com este sentido especial e este mesmo nome já existe desde muito em nossa legislação.

Um caso de nullidade relativa é o da venda de ascendente a descendente, sem que os outros descendentes expressamente o consintam.

A venda sem o consentimento dos outros descendentes é prohibida pelo art. 1.132 do codigo civil e consequentemente nulla.

Haverá ahi nullidade absoluta?

Já me occupei d'este caso no § 1.º para demonstrar que ás vezes é o proprio legislador quem leva ao engano e á confusão.

Contra a opinião do illustrado DR. EDUARDO ESPINOLA sustentei que a nullidade de semelhante venda não é absoluta, e sobre este ponto nada quero acrescentar.

Não penso porem como o conceituado jurista DR. CLOVIS BEVILAQUA que as vendas realizadas contra esta prohibição são annullaveis.

O que penso e o que digo é que ha n'estes casos nullidade relativa.

A venda a descendente sem tal consentimento não produz effeitos até que pela acção de rescisão se julgue

por sentença a nullidade como, ao contrario, está determinado no art. 152 a respeito dos actos annullaveis.

Ella é *ipso jure* nulla, devendo o bem vendido ser incluído no inventario do ascendente e partilhado como se não fôra alienado.

E' o direito de hoje, como já era o direito do tempo colonial.

A Ord. do Liv. 4, Tit. 12, que assim dispunha expressamente, foi contemplada no art. 534 da *Consolidação das leis civis* de TEIXEIRA DE FREITAS que observa, em nota, ter sido a nullidade estabelecida em favor dos filhos e que só elles podem arguil-a, reconhecendo assim que a mesma nullidade é relativa.

Os nossos jurisconsultos não distinguem a nullidade da annullabilidade, mas eu penso que não se deve dizer que é annullavel uma venda que a lei prohibe, que é nulla pelo simples facto da transgressão, sem necessidade de um meio especial de impugnação, isto é, sem acção de rescisão, bastando apenas arguir a nullidade existente.

E' a nullidade relativa, de pleno direito, no sentido do Reg. n. 737 de 1850.

Relativa, porque só é allegavel por determinadas pessoas, e ao mesmo tempo de pleno direito, com o sentido que elle dá a esta expressão, porque o vicio que a motiva é visivel, ou consta do proprio acto.

Para o Reg. n. 737 ha rescisão todas as vezes em que existe vicio intrinseco ou occulto, como foi exposto e criticado no § anterior, e nullidade de pleno direito, quer seja absoluta, quer seja relativa, se o vicio é visivel pelo proprio instrumento ou por prova litteral, dispensando a acção.

E' o que realmente resulta dos arts. 684 e seg. do referido Reg. como já demonstrei em um escripto publicado no vol. 18 da *Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife*.

Alguns juristas censuram o Reg. n. 737 por admittir que a nullidade de pleno direito possa ser relativa ou absoluta, conforme é ou não estabelecida em beneficio de determinadas pessoas, entendendo que sempre é absoluta, porque ligam a pleno direito a idéa de ordem publica, que subrepuja o interesse e a vontade individual

E' imitação do que recentemente vae acontecendo na litteratura franceza, onde, contra a significação historica, se emprega indifferentemente nullidade de pleno direito por nullidade absoluta ou inexistencia.

Mas pleno direito, em linguagem correcta, corresponde exactamente a *ipso jure*, expressão technica, tradicional e universal.

Assim como se diz *ipso facto*, pelo mesmo facto, ou sem mais nada, diz-se tambem *ipso jure*, para indicar que alguma consequencia juridica como nullidade, mora, aquisição ou perda de um direito, cargo, ou qualidade, ocorre, em determinadas condições, por méra prescrição da própria lei, do direito objectivo ou material, sem necessidade de qualquer procedimento, acção, ou excepção.

Em logar de pleno direito emprega-se por ahi automaticamente, o que exprime com fidelidade o mesmo pensamento, mas revela pouco cultivado, com apparencia de menosprezo ao classicismo.

Vê-se pois que pleno direito não envolve necessariamente a questão de ordem ou interesse publico, nem a da visibilidade do vicio, como confusamente declara o Reg. n. 737 que, por egual processo, deduziu a rescisão do defeito intrinseco ou occulto.

Pleno direito em referencia á nullidade quer apenas dizer que o acto já é nullo independentemente de rescisão em sentido proprio, mas a nullidade pode ser absoluta ou relativa.

Quando eu disse que na venda ao descendente havia nullidade relativa, de pleno direito, no sentido do

Reg. n. 737, foi para salientar que mesmo sob a influencia de suas idéas o caso não era de rescisão.

A nullidade relativa tem semelhança com a annullabilidade porque, como esta, só pode ser invocada por determinadas pessoas.

Ainda, como a annullabilidade, é sanavel pela ratificação do acto.

Com a percepção que faltou a seus rigorosos censores distinguiu nomeadamente o Reg. n. 737, no art. 688 estas duas fórmulas de invalidade: "Só as nullidades dependentes de rescisão, e as relativas podem ser ratificadas".

Divergem porém em que na annullabilidade o acto é tido por efficaç até ser julgada por sentença a nullidade, em acção de rescisão, ao passo que, quando existe nullidade relativa o acto não produz nenhum effeito juridico, sendo facultado ao interessado, a quem beneficia a mesma nullidade, invocal-a, independentemente de acção de rescisão, ou sanal-a, ratificando o acto.

Os descendentes, por exemplo, que não deram o seu consentimento para a venda, poderão ratifical-a, approvando-a depois.

Porque a declaração da nullidade relativa depende da vontade do interessado, alguns escriptores a denominam condicional.

FERRINI entende mesmo que a nullidade relativa é a fórmula mais energica da annullabilidade.

Não sei como o que é "provisoriamente tratado como nullo" pode ter a mesma classificação do que é provisoriamente tratado como valido.

Não vejo n'isto aggravação, senão opposição.

Sobre a nossa divergencia veja-se o que antecipei no final do § 2.º.

§ 13.º

A distincção que venho sustentando, entre nullidade relativa e annullabilidade, não tem um interesse puramente theorico.

A sua importancia pratica se revela claramente quando attendemos á situação do terceiro que adquiriu ou pretende ter adquirido direito de um dos originarios contractantes.

Segundo o art. 158 do codigo civil, quando na acção de rescisão é annullado o acto, devem as partes ser restituidas ao estado em que antes d'elle se achavam, e, não sendo possivel restituil-as, serão indemnizadas com o equivalente.

Isto significa que, rescindindo o acto, é como se não tivesse existido.

A nullidade depois de julgada por sentença equipara-se á nullidade absoluta.

O codigo nem sequer alludiu aos terceiros, tendo apenas se referido ás partes, para determinar que sejam restituidas ao estado anterior ao acto juridico que haviam celebrado.

E não attingirá a rescisão os direitos de terceiros?

Rescindindo o contracto de compra e venda pode ser reivindicada a coisa que um terceiro adquirira do contractante comprador?

E' indubitavel que sim.

E esta affirmativa está de accordo com os principios, com a doutrina e a jurisprudencia.

Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.

Mas não é menos certo também que o terceiro não pode ser demandado antes da rescisão.

A acção da reivindicação só é admissível contra elle depois da rescisão, porque até então elle é o proprietario da coisa.

O acto annullavel produz os seus effeitos até ser rescindido ou annullado.

A obrigação assumida em um contracto annullavel é uma obrigação legalmente existente, da mesma forma que um contracto annullavel de compra e venda determina juridicamente, com a tradição, ou a transcrição, a transferencia do dominio.

Se o adquirente por sua vez aliena a coisa que comprou, dispoz de seu direito.

O terceiro que nada tem directamente com o contracto originario, que n'elle não foi parte, nem n'elle figurou, não pode pois ser accionado antes da respectiva rescisão.

E a situação do terceiro adquirente é a mesma quando se trata, não de annullabilidade mas de nullidade relativa ?

Tomemos para exemplo a alienação do bem dotal, imaginando também, como no caso precedente, que o primeiro adquirente, o comprador, vendeu pouco depois o mesmo bem a um terceiro.

Este terceiro pode ser directamente accionado sem que previamente, em acção contra o primeiro adquirente, seja declarada a nullidade da venda anterior ?

Quem responder que pode, como eu, terá necessariamente de reconhecer que não se trata de annullabilidade e sim de nullidade relativa.

Os artigos do codigo civil sobre a alienação do bem dotal fornecem argumentos para a annullabilidade, para a nullidade relativa e até para a nullidade absoluta.

A favor da annullabilidade pode ser invocado o art.

295, onde se declara que a nullidade da alienação pode ser promovida pela mulher e seus herdeiros.

Promover a nullidade é pedir por acção a annullação do acto annullavel.

Em apoio da nullidade relativa podem ser citados os arts. 178, § 9, III, e o paragrapho unico do mencionado art. 295, onde se reconhece, quanto á mulher e a seus herdeiros, o direito de reivindicar os bens dotaes alienados pelo marido.

A reivindicação não se concilia com a annullabilidade porque pelo acto annullavel se opera a transferencia do dominio, e quem não tem o dominio não pode reivindicar.

A reivindicação de que dispõe a mulher e seus herdeiro exclue portanto a idéa de annullabilidade, justifica a possibilidade de ser a acção directamente proposta contra qualquer possuidor dos bens, contra o primeiro adquirente, ou mesmo contra outros a quem tenham sido transferidos por um titulo de alienação.

E' que a mulher não perde o dominio por um acto relativamente nullo.

Mas o codigo, como adverti, fornece até argumento em favor da nullidade absoluta.

Segundo a inconsiderada regra do art. 145, V, que critiquei no § 1.º, é absolutamente nullo o acto que a lei taxativamente declarar nullo ou lhe negar effeito.

Dispondo o art. 293 que os immoveis dotaes não podem, sob pena de nullidade ser alienados, a consequencia seria a nullidade absoluta da alienação.

Mas a alienação do bem dotal é apenas inquinada de nullidade relativa, o que vem ainda confirmar a falsidade daquella regra em sua formula geral.

Se os bens passaram a segundo, terceiro, quarto, ou quinto adquirente, a mulher, para havel-os, proporá directamente contra elle a acção de reivindicação, sem necessidade da acção de rescisão contra o primeiro adqui-

rente, e sem poder intental-a contra o actual possuidor, que não foi parte no contracto originario.

Os auctores francezes que, como já foi notado no § 2.º, não distinguem nullidade relativa de annullabilidade, ainda que fallem frequentemente em nullidade relativa, mas sem consideral-a fórmula especial de invalidade, vêem-se em embaraço quando tratam da alienação do bem dotal feita só pelo marido.

MARCADE', na *Explicação do Codigo Napoleão*, vol. 6.º, art. 1560, I e V, considera em qualquer hypothese annullavel a alienação, pela acção de rescisão.

TROPLONG diz que "la nullité est acquise par cela seul qu'il y a violation de la loi", mas que deve ser pronunciada em acção de nullidade proposta pelo mesmo marido alienador, ou pela mulher, depois de dissolvido o casamento. *Contracto de casamento*, vol. 4.º n.º 3.515 e seguintes.

Mas é inexplicavel que se venha pedir á justiça, em processo especial, o que já se adquiriu da propria lei.

AUBRY ET RAU, *Direito civil francez*, vol. 5.º, § 537, nots. 39 e 43, admittem acção de nullidade se o marido agiu como administrador dos bens dotaes, e de reivindicação se vendeu como proprio.

A maioria d'elles considera entretanto nulla a alienação feita só pelo marido, e concede á mulher a acção de reivindicação, applicando os principios que regem a venda de cousa alheia.

A proposito escreve HUC, no *Commentario do codi-go civil*, vol. 9, n. 485: "Dans tous les cas il a vendu la chose d'autrui, et la vente est nulle a ce titre".

"La femme pourra revindiquer son bien, sans avoir besoin d'agir en nullité, car la vente est a considérer vis-a vis d'elle comme n'ayant jamais existé".

PLANIOL tambem escreve no seu *Tratado elementar de direito civil*, vol. 3.º, n. 1530 :

“Lorsque l'immeuble a été vendu par le mari agissant seul, le défaut de propriété en la personne du vendeur a un effet beaucoup plus grave: a l'égard de la femme la vente est frappée d'une *nullité radicale*, et au lieu d'être réduite a une action personnelle en nullité, la femme possède l' *action en revendication*”.

Não ha realmente annullabilidade no caso, mas, que especie de nullidade é esta que torna a venda *inexistente* em relação á mulher, conforme HUC, ou eivada de *nullidade radical*, na expressão de PLANIOL ?

Absoluta não pode ser porque a *inexistencia* da alienação ou a sua *nullidade radical* não se verifica em relação a todos, como o reconhecem estes dois escriptores.

Accresce que ambos, de accordo com a jurisprudencia, tambem admittem a confirmação da alienação, depois de dissolvido o casamento, o que vem ainda corroborar que a nullidade não é absoluta, mas simplesmente relativa.

Assim tem sido sempre decidido na França “sans difficulté”, como se declara na *Jurisprudencia Geral de Dalloz*, anno 1906, primeira parte, pag. 317, not. 1.

PLANIOL devera servir-se de termos adequados e precisos, devera empregar aqui os distinctivos termos technicos que elle usa e preconiza no vol. 1.º, quando trata da noção, historia e classificação das nullidades.

Não o fez porém porque existe uma lacuna em sua classificação, defeito que tambem ocorre nas dos outros escriptores francezes da actualidade.

Teve de recorrer a “nullidade radical”, denominação que, como informa TROPLONG no cit. *Contracto de casamento*, vol. 4.º, n.º 3.518, foi expressamente repellida na elaboração do Codigo Napoleão porque importava nullidade absoluta da alienação, o que se quiz adoptar, nem o proprio PLANIOL pretende.

§ 14.º

A nullidade relativa, bem como a absoluta, podem resultar de um vicio occulto ou que demande investigação e decisão judicial.

Mas qualquer acção que se proponha para a prova e a declaração da nullidade, n'estas hypotheses, não é a acção de rescisão.

A duvida e a resistencia das partes provocam tambem procedimento judicial..

Que a questão da prova não exerce influencia na natureza da invalidade já tenho dicto em diversas occasiões, censurando o Reg. n.º 737 de 1850 porque attendeu a este falso criterio que subordina o que é de direito substantivo ao direito processual.

O acto mesmo absolutamente nullo pode ter uma apparencia de validade que é preciso desfazer, mas n'estes casos o juiz não o annulla ou rescinde.

Provada e reconhecida a verdadeira situação o juiz apenas declara a nullidade existente, sem alterar as relações juridicas das partes ou de terceiros, já definidas, reguladas e fixadas pela propria lei, como foi dicto no § 11.

E a mesma cousa se dá com a nullidade relativa.

A investigação, mesmo por acção, de facto que determina a nullidade relativa não a transforma em annullabilidade.

Segundo o art. 1.164, II, do codigo civil é nulla a troca desigual entre ascendentes e descendentes, sem expresso consentimento dos outros descendentes.

Como vimos no § 1.º, o Dr. EDUARDO ESPINOLA pensa que a nullidade é absoluta, e o Dr. CLOVIS BEVILAQUA que se trata de annullabilidade.

Eu entendo que o caso é de nullidade relativa, mesmo quando no inventario, surgindo duvidas que demandem alta indagação, sejam as partes remetidas ás vias ordinarias.

Provados os factos com suas circumstancias, e verificada contenciosamente a differença dos valores, o juiz reconhecerá a nullidade já existente, que foi comminada pela propria lei.

A sentença não vem rescindir a troca, mas reconhecer uma circumstancia que, nos termos da lei, tornava nulla a mesma troca, o que só pode ser entendido desde a sua conclusão.

A nullidade actua assim *ipso jure*, ainda que se tenha proposto uma acção no que, para os poucos versados, parece haver contradicção.

Ipsa jure se oppõe a *por meio de acção* quando esta é rescisoria, e não, como no caso, em que é meramente declaratoria.

As idéas que tenho sustentado e applicado n'este escripto encontram-se em romancistas e civilistas antigos e modernos.

Vejam-se WINDSCHEID e DERNBURG que são conhecidos e considerados no Brazil.

O primeiro trata da nullidade relativa no vol. 1.º, § 82, n. 2 de seu *Direito das Pandectas*, distinguindo-a expressamente da annullabilidade, e, em nota, justifica a denominação, em vista da critica de BRANDIS.

Na monographia sobre a *Invalidez dos actos juridicos no Codigo Napoleão*, pag. 30, já explicava WINDSCHEID a distincção dizendo que a nullidade relativa como a annullabilidade, não podia ser considerada pelo juiz se não era invocada pela parte, e que o direito

de invocal-a era conferido sómente a determinadas pessoas.

E acrescentava : "Para estas pessoas porem o acto juridico é nullo e não rescindivel; ellas não têm necessidade de ataca-lo por um meio juridico especial".

Realmente a nullidade relativa decorre *ipso jure*, isto é immediatamente do preceito legal.

O acto já é em si nullo, como diz WAECHTER, *Pandectas*, vol. 1.º pag. 424, *in fine*.

DERNBURG tambem distingue a nullidade relativa da annullabilidade nas *Pandectas*, vol. 1.º, § 120.

MITTEIS, que não admittia a distincção, mudou de opinião, distinguindo agora entre nullidade relativa e annullabilidade. *Direito privado romano*, vol. 1.º § 14, not. 22.

Abstendo-me de muitas outras citações que me parecem excusadas, lembrarei apenas que se encontra a referida distincção no § 41, pag. 245, das *Instituições* de SOHM, obra que é destinada aos estudantes.

Tenho dicto annullabilidade por adaptação á linguagem actual, ainda que atacabilidade reproduza em vernaculo, com mais exactidão, o sentido do termo que estes autores empregam.

A nullidade relativa existe ainda no direito vigente como forma autonoma de invalidade.

Reconhecem-n'a os juristas austriacos BUCKHARD, HASENOEHRL, EXNER, UNGER e KRAINZ, sendo de notar que na 6.ª edição do *Systema do direito privado* d'este ultimo escriptor, publicada em 1925, o editor, Dr. ARMIN EHRENZWEIG, alterou o texto, como se verifica comparando o actual § 116 do 1.º vol. com o § 129 da 4.ª edição, por acreditar que não ha interesse na distincção, desde que, tanto na nullidade relativa, como na annullabilidade, é possivel a ratificação.

Com a denominação de inefficacia relativa encontra-se a mesma nullidade do direito allemão, sem que os

escriptores a confundam com a annullabilidade, apesar de ser ahi a distincção menos saliente porque a rescisão se opera por uma simples declaração extrajudicial, como ficou referido no § 7.º

Confrontando as tres especies de invalidade escreve ANDREAS VON TUHR, de um modo completo, porém deselegante :

“Um negocio é relativamente inefficaz quando é inefficaz sómente em relação a determinadas pessoas e efficaz quanto ás demais.

Por esta relatividade distingue-se dos negocios juridicos nullos, cuja inefficacia é absoluta.

Dos negocios rescindiveis distingue-se o relativamente inefficaz porque a inefficacia, até onde se estende, manifesta-se *ipso jure*, e não precisa ser antes provocada pelo acto voluntario de determinada pessoa.

Para indicar esta opposição falla-se incorrectamente em nullidade relativa (em que elle mesmo falla, como notei no fim do § 1.º).

Em concordancia com os rescindiveis e em opposição aos negocios nullos pode o negocio relativamente inefficaz adquirir posteriormente plena efficacia: pela approvação da pessoa em face da qual é inefficaz, ou pelo desaparecimento do obstaculo ou seu completo effeito”.

Parte geral do codigo civil, vol. 2.º, § 58.

A inefficacia relativa, observa DERNBURG, é mais energica do que a rescisão porque esta exige uma declaração de vontade até um determinado prazo, pela qual o acto juridico é impugnado, emquanto a inefficacia relativa surge immediatamente por força da lei. *Direito civil*, vol. 1.º, § 115.

E assim ENDEMANN, CROME e outros.

A inefficacia relativa do codigo allemão é pois a propria nullidade relativa com mudança de nome, como o

reconhece THEODORO KIPP na 8.^a edição do cit. *Direito das Pandectas* de WINDSCHEID, vol. 1.^o, pag. 368.

RIEZLER, no *Commentario* de STAUDINGER ao código civil, 8.^a edição, vol. 1.^o, pag 395, acha preferível dizer inefficácia relativa, indicando porém alguns auctores que ainda empregam a denominação tradicional de nulidade relativa.

Sob este, aquelle, ou qualquer outro título, como nulidade respectiva, que também se usava, não se confunde portanto a nulidade relativa com a annullabilidade.

§ 15.º

Para prova da nullidade relativa escolhi, como é natural, casos bem expressivos, em que ella nitidamente se revela.

Não desconheço porem que em alguns outros duvidas podem surgir, pelos defeitos do codigo, se o caso é de nullidade relativa, ou de simples annullabilidade.

Não me interessa discutil-os porque o meu intento é unicamente demonstrar a existencia da nullidade **relativa, como especie** distincta de invallidade, o que francamente acredito resultar do que precede.

Quero entretanto ainda, para terminar, apresentar mais um exemplo de nullidade relativa, pela preterição da fôrma que a lei determina.

Terei assim ensejo de advertir tambem que não é verdadeira, em sua generalidade, a regra do art. 145. III, do codigo civil, que commina nullidade absoluta ao acto juridico que não revestir a fôrma prescripta em lei.

Vende o tutor particularmente bens de seu pupillo, sem auctorização do juiz e sem a praça exigidas pelo art. 427, VI, do mesmo codigo.

A transgressão d'esta disposição acarreta certamente invalidade do acto.

Mas de que natureza é semelhante invalidade?

Nullidade absoluta, nullidade relativa, ou simplesmente annullabilidade?

Pela mencionada regra do art. 145 parece absoluta, quando effectivamente não é.

A forma que a lei exige sob pena de nullidade absoluta é a que por motivo de ordem publica constitue solemnidade do acto, sem consideração especial ao estado ou á capacidade das pessoas que n'elle figurarem ou possam ser interessadas.

Quando a fórmula é estabelecida em beneficio de determinadas pessoas, como os menores e os interdictos, a invalidade não é absoluta porque só a elles deve aproveitar, e consequentemente só tambem por elles pode ser allegada.

A restricção que se impõe á outra regra da nullidade taxativamente declarada, de que tratei no § 1.º, recebe ainda aqui a sua applicação.

Se a incapacidade de uma pessoa não pode ser invocada por outra em beneficio proprio, conforme se deduz do art. 83, que o DR. CLOVIS imperfeitamente trasladou do projecto RODRIGUES, que não comprehendeu, como ainda demonstra em sua inadmissivel explicação, não poderá egualmente ser invocada a falta de formalidades que a lei prescreve em razão da mesma incapacidade.

Para chegar a esta conclusão não é necessario dizer com THEOPHILO HUC que "estas formalidades constituem simplesmente uma condição complementar da capacidade dos interessados". *Commentario do codigo civil*, vol 8.º, pag. 255.

A capacidade, como qualidade pessoal é puramente subjectiva, não podendo ser completada pelas formalidades, requisito externo e objectivo.

O defeito do acto no exemplo que figuro não é porrem a incapacidade do pupillo, representado pelo tutor, e sim a falta de auctorização do juiz e a preterição da forma da venda, que devia ser em praça, medidas legaes de protecção aos interesses do incapaz.

A nullidade não é absoluta, mas não me parece tambem que haja apenas annullabilidade, que a venda,

presupposta a tradição, produza os visados efeitos até ser julgada por sentença a nullidade em acção de rescisão.

Em outros termos: não me parece que o dominio dos bens do pupillo tenha passado ao comprador, para voltar depois com a annullação da venda em um processo rescisorio.

A venda é nulla *ipso jure*, nulla de pleno direito pelo unico facto da transgressão da lei.

Trata-se pois de uma nullidade relativa, se bem que virtual ou subentendida porque, comquanto não expressamente declarada, decorre do pensamento ou espirito da lei.

Porque o menor não perdeu o seu dominio pode intentar directamente a acção real de reivindicação contra qualquer possuidor dos bens vendidos, sem prejuizo da acção pessoal contra o tutor para haver a indemnisação dos damnos que soffreu.

E era assim tambem no direito anterior.

Parece ser contrario o nosso LAFAYETTE quando escreve:

"Decretada a nullidade, reivindica o menor a coisa alienada, mas só é obrigado a restituir o preço se verteu em utilidade sua". *Direitos de familia* § 153.

Reconhecida, verificada, ou pronunciada a nullidade, julga-se procedente a reivindicação do menor, era o que elle devia dizer.

Mas acredito que outro não era o pensamento do acatado mestre, porque invocou o direito romano e citou ainda em seu apoio BORGES CARNEIRO que, na vigencia das Ordenações, professava a mesma doutrina que sustento.

No *Direito civil de Portugal*, vol. 3.º § 239, n. 38 e 40, ensinava este escriptor que "se a alienação se fez illegalmente, tem o menor acção pessoal para inteira indemnisação, contra o tutor que alienou sem despa-

cho", assim como "tambem pode reivindicar a propriedade de qualquer possuidor".

Na reivindicação se explicará naturalmente porque o réo está na posse dos bens, ou este, na contestação invocará o titulo de que dispõe, e o juiz, negando-lhe o valor, conforme o allegado e o provado, condenará o réo a entregar os mesmos bens, sem rescindir ou annullar cousa nenhuma.

A differença, que o leigo não percebe, revela-se claramente aos olhos do jurista.

A theoria dos actos annullaveis, que o codigo adoptou, e que, como já me manifestei no § 2.º não me parece a mais razoavel, perderia toda a importancia que se lhe quer attribuir se houvesse annullabilidade sempre que o juiz, em consequencia de um processo, tivesse de se pronunciar por qualquer fórma sobre a nullidade de um acto juridico.

Tambem no direito romano, que LAFAYETTE invocou, era nulla a alienação dos bens do pupillo sem as formalidades legaes, e que não se tratava absolutamente de rescisão é incontestavel porque não era necessaria a restituição *in integrum*, como expressamente está declarado na L. 2, C. 5, 71 :

Non est vobis necessaria in integrum restitutio, si tutores vel curatores vestri possessionem, licet pignori nexam, vendiderunt sine decreto.

Mas a nullidade só aproveitava ao menor, sendo portanto relativa.

Porque não desejo ampliar o meu espirito, lardeando-o de extensas transcripções e numerosas citações de expositores, limito-me a algumas indicações e a reproduzir, transladando a portuguez, este pequeno trecho de GLUECK :

"Em todos estes casos (de alienação illegal) as leis declaram, ainda que unicamente em beneficio do pupil-

lo, nulla a alienação realizada, de modo que nem mesmo é necessaria a restituição *in integrum*.

O pupillo conserva porisso seu direito e dominio, e pode, não sómente reclamar de qualquer possuidor o que foi alienado, senão também accionar o tutor pela indemnização". *Commentario das Pandectas*, vol. 33, § 1.388.

Em abono de suas asserções transcreve o mesmo jurisconsulto algumas passagens do *Codex Justinianus* e a L. 5, § 15, D. 27, 9, onde, consoante á opinião de *Ulpianus*, são concedidas ao menor as referidas acções de reivindicação e de indemnização.

Vejam-se também SINTENIS, *Direito civil*, vol. 3.º, § 149, pag. 240; WINDSCHEID, *Direito das Pandectas*, vol. 3.º, § 441, 6; MUELLER, *Instituições*, § 175, pag. 670; VERING, *Historia e Pandectas*, § 241, pag. 715..

O jurisconsulto belga CARLOS MAYNZ escreve no vol. 3.º, § 347, de seu *Curso de direito romano*, elogiado por GEORG BRUNS, nos *Escriptos menores*, vol. 2.º, pag. 384, que tal alienação "est nulle de plein droit", podendo o pupillo reivindicar as cousas alienadas, se não ratificou a mesma alienação depois de ter attingido a maioridade.

Trata-se portanto de nullidade de pleno direito, mas relativa, como os outros também, entendem, embora não tenham empregado a mesma expressão de que MAYNZ se serviu.

Como já observei no § 12, é um engano acreditar que nullidade de pleno direito significa nullidade absoluta, mas sempre se oppõe a annullabilidade ou rescisão, como *ipso jure a ope exceptionis*.

Também não se deve empregar *pleno jure* por *ipso jure* ou de pleno direito, como fez nosso conceituado jurista Dr. CLOVIS BEVILAQUA, na *Theoria Geral*, § 67.

Pleno jure quer dizer em todo o direito, no direito pleno ou completo, como se diz *plena proprietas* para indicar a propriedade que não é limitada.

Pleno jure, no sentido de *ipso jure*, nunca tinha visto empregado em parte alguma.

Os expressivos exemplos que apresentei e os argumentos que tenho adduzido demonstram claramente a existencia da nullidade relativa em nosso direito civil, como fórmula distincta de invalidade entre a nullidade absoluta e a annullabilidade.

Para negal-o, creio eu é preciso cerrar inteiramente os olhos á evidencia, e contra a cegueira dos que não querem ver, nada ha que fazer.
