

DIREITO CIVIL

QUANDO SE PÓDE CONTRAVIR O PROPRIO FACTO?

Esta questão é credora de estudo por sua utilidade practica, e porque se prende á ardua materia das nullidades dos actos juridicos e dos contractos.

Acabamos de ver desconhecidos ou postergados principios que, segundo cremos, são os que regem o assumpto. O Tribunal de Justiça deste Estado julgou que uma alienante de bens constituidos em usufructo, agindo no seu proprio nome e sem representar o proprietario dos bens alienados, podia contravir o facto da alienação, cuja invalidade aliás a lei decretára em beneficio daquelle proprietario. (1)

Este erro de doutrina, em apoio do qual se invocou contraproducuentemente a autoridade de Valasco e a de Silva, é mais um motivo para que não pareça descabido o estudo da questão supra enunciada, que passamos a fazer.

Carecemos antes de tudo estabelecer as bases em que teremos de firmar as nossas conclusões.

Todo o facto de que resulta a criação, a extinção, a alteração, a conservação ou a protecção de direitos é um facto ou acto jurídico. Seu elemento fundamental é a vontade e sua natureza é determinada pelo fim a que a mesma vontade se dirige.

(1) *Vid. Gaz. Jurid. do Est. de S. Paulo, vol. 2º pag. 289.*

Si o acto juridico suppôe a vontade produzindo effeitos juridicos, é indispensavel que o agente possúa as condições para manifestar a vontade, que a manifeste de modo que exista perfeita e livre correspondencia entre o phenomeno volitivo e sua externação, e, finalmente que tenda a um determinado fim.

D'ahi resulta que as condições para a validade de um acto juridico se referem já á capacidade do agente, já á maneira por que elle manifesta sua vontade ou presta seu consentimento e já, finalmente, ao fim e objecto do acto.

A lei, de modo explicito ou implicito, determina as circumstancias de que o acto se deve revestir para que possa produzir effeitos juridicos. A reunião dessas circumstancias constitue a *fórmula* do acto, a qual se diz *interna* ou *externa*, segundo se refere á parte visceral ou ás solemnidades extrinsecas.

Assim, todo o acto juridico tem um fim e condições mais ou menos essenciaes, adeguidas á consecução do mesmo fim e estatuidas pela lei de modo expresso ou virtual. Omittidas todas ou algumas das condições essenciaes, o acto não existe ou existe apenas como um simulacro: *Nulla et non esse paria sunt.*

E' nullo, pois, o acto que não reune os elementos requeridos por sua natureza ou por seu objecto, ou que não é revestido das solemnidades — internas ou externas — que, por disposição expressa ou virtual da lei, são indispensaveis á sua existencia.

Segundo a definição de Vautio e de Altimari, a nullidade é — *vitium seu defectus rei gestæ proveniens ob legis transgressionem.*

Ou seja textual ou virtual, isto é, resultante da vontade expressa ou da vontade presumida do legislador, a nullidade é um dos meios de sancção da lei.

Mas nem todas as transgressões da lei acarretam como forçada consequencia a invalidade dos actos respectivos. Si o legislador tornasse inexistentes todos os actos incursos em transgressão da lei, causaria mais graves transtornos que aquelles que podem advir de certas irregularidades, desvios ou quebras dos preceitos legaes.

Foi por isso que o legislador só resguardou com a sancção da nullidade a observancia dos preceitos mais directa e immediatamente referentes ao interesse publico. D'ahi a distincção entre nullidades *absolutas* ou no interesse da lei e nullidades *relativas* ou no interesse das partes.

As nullidades absolutas ou substanciaes podem ser propostas por todos os interessados ou prejudicados; as relativas ou accidentaes, sómente por alguns ou por seus herdeiros. (*Reg. n.º 737 de 1850, art. 637.*)

São substanciaes, diz o marquez de S. Vicente, as nullidades que nascem da violação de leis prohibitivas, ou de leis constitutivas das formulas ou condições essenciaes dos actos ou factos que elles regulam, ou, finalmente, de leis que fulminam expressamente a nullidade. Accidentaes ou relativas são as nullidades que contrariam indicações de leis que attendem mais aos interesses individuaes do que de ordem publica. (1)

Si as nullidades absolutas são estabelecidas em attenção ao interesse geral, segue-se que não são renunciaveis, e que sómente as nullidades relativas são susceptiveis de confirmação ou ratificação.

A razão é que o direito publico não se pôde derogar por meio de convenções particulares e que, portanto, só se pôde tratar contra o teor das leis que

(1) *Apontam, sobre Formalid.* § 2.º pag. 8.

são referentes á utilidade privada dos homens. (*L. 45, Dig. de reg. jur; L. 31, Dig. de pactis.*)

As nullidades resultantes de um vicio visivel e real, que impedi o acto ou o contracto de se formar, são chamados de *pleno direito*; podem ser *tex-tuaes* ou *virtuaes*, isto é, formalmente pronunciadas pela lei, ou sub-entendidas, por ser a formalidade preterida substancial para a existencia do acto ou do contracto ou do fim da lei (*Reg. n.º 737 de 1850 art. 684.*)

As nullidades dependentes de rescisão são as que resultam de factos que devem ser apreciados pelo juiz e que não obstam que o acto ou contracto exista e produza effeitos. Portanto a nullidade de pleno direito importa a inexistencia do acto ou contracto, em quanto a nullidade dependente de rescisão suppõe que o acto ou o contracto existem e surtem effeitos até que sejam annullados.

Estabelecidos estes principios de doutrina, consagrados pelas nossas leis, entremos no exame da questão enunciada e vejamos si a solução dada pelos tratadistas dissona dos referidos principios.

Si ha nullidades introduzidas por bem do interesse geral ou da ordem publica, e nullidades que a lei só estatuiu em prol do interesse das partes; si aquellas não são susceptiveis de ratificação, porque suppõem a inexistencia juridica do acto e só se ratifica aquillo que existe, e estas, as nullidades relativas, podem ser cobertas pelo silencio ou pelo consentimento das partes em cujo favor foram introduzidas, já se vê, que o autor de um acto eivado de nullidade absoluta pôde arguila; porque o seu interesse particular coincide com o interesse geral ou de ordem publica, que determinou a existencia da nullidade.

Aventando a questão si o vendedor de uma causa inalienável por lei ou o possuidor de bens de morgado pôde arguir e nullidade da venda, Reynoso (1) se pronuncia pela affirmativa e produz a seguinte razão:

«*quoniam multa ratione utilitatis publicæ tolerantur, que alias non permetterentur.*»

Assim, para Reynoso, o direito de contravir o proprio facto resulta de uma tolerancia dictada ou imposta pela utilidade publica, que sobreleva outra conveniencia, a de se não permittir que alguem aufira proveito da propria culpa.

Para o decisionista Gama a alienação realisada contra a proibiçao legal é tão nulla que, diz elle, até o proprio alienante a pôde contravir:

«*adeo nulla est, ut ipse alienans possit contravenire.*» (2)

Esta doutrina não dissona da de Reynoso, porque se refere á proibiçao legal e é certo que não pôde ser ratificada, ou é absoluta, a nullidade resultante da violaçao das leis prohibitivas (3); si o não fosse, a vontade privada dos ratificantes sobrepujaria a vontade geral enunciada pela proibiçao do legislador.

Como diz Laurent (4) as clausulas prohibitivas importam sempre nullidade, porque o facto da proibiçao implica que ha em jogo um interesse geral ou de ordem publica. Confere Altimari:

«*Ubi lex seu statutum aliquid prohibet, actus contra prohibitionem factus, non solum est nullus et inutilis, sed etiam habetur pro non facto et sic ipso jure nullus. Nec sus-*

(1) *Observ.* 73 n. 16 a 19.

(2) *Dec.* 222 n. 4.

(3) *L. 5, Cod. de legib.* — (1. 14); *Repert. das Ord. vbo* — *Acto.*

(4) *Princip. de D. Civ.* Tom 1. n. 62 pag. 95.

*tinetur etiam volente eo in cuius favorem
annullatur, quia tali nullitate renuntiari
non potest.*» (1)

Entende Surdus que pôde alguem impugnar o seu proprio facto quando a respectiva nullidade tiver sido posta em favor do publico ou em favor do proprio agente, e funda-se na glosa de Bartolo á lei *post mortem Dig. de adopt.* e á lei 1.^a *Cod. de pred. min.* (2) Estabeleceu mais esta outra regra:

*«ubi actus annullatur favore alterius,
is solus allegat nullitatem, in cuius favorem
fuit inducta* (3).

E desta regra conclue Surdus que a alienação prohibida em favor de terceiro não pôde ser revogada pelo alienante, porque em tal caso, como declarou Menochio e o disse Bartolo, o contracto é nullo — *quoad alios, non ad facientis commodum.*

O grande Valasco, apoiando-se em Bartolo, em Imola e no commun dos doutores, firma a regra de que se poderá contravir o proprio facto quando a nullidade fôr introduzida em favor do agente ou em favor do publico (4).

Mas, consoante á doutrina de Surdus e á dos glosadores, Valasco não admite que se possa contravir o proprio facto, allegando a nullidade delle, quando a nullidade foi introduzida em favor de terceiro. Referindo-se ao caso do pai que tivesse alienado a legitima materna de seu filho, diz Valasco que a proibiçao foi feita no intuito e em favor dos filhos e que, portanto, o proprio pai, que fez a alienação, não pôde contravil-a em seu proprio nome, mas sim como administrador do filho — *et sic tanquam alia persona.*

(1) Nullit. Tom. 6. Rub. 1. Pars. 4. Quæst. 36 n. 46 a 46.

(2) Consil. 283 n. 11 e 12.

(3) Consil. 283 n. 6 e 9.

(4) Cons. 69 n. 14.

E' essa mesma a doutrina de Silva:

Cum igitur nullitas venditionis, de qua hic, inducta non fuerit in favorem patris rendentis, nisi filiorum, in quibus non versatur favor publicus, ideo ipse pater venire non potest contra proprium factum, licet nemo sit, qui rem venditam revocare valeat (1).

Como se vê, autorizados praxistas estão accordes em admittir que o autor do acto absolutamente nullo possa impugnar quando a respectiva nullidade tiver sido decretada em favor do publico ou em favor do proprio autor do acto invalido.

Não menos accordes estão os citados escriptores em não se poder impugnar o proprio facto quando a respectiva nullidade, tiver sido estatuida em beneficio de terceiro, cabendo a este allegal-a. A razão é que não se tratando de nullidade em favor da lei, a nullidade só existe si quizer invocal-a aquelle a quem a lei quiz favorecer.

Como se acaba de ver, data de muito tempo a distincção entre as duas especies de nullidades — absolutas e relativas; o Reg. 737 de 1850 a fez para prescrever que as nullidades relativas só possam ser allegadas e propostas pelas pessoas a quem a lei quiz favorecer.

Na Ord. do L. 4 Tit. 48 § 3.^º se declara que é privativa da mulher e de seus herdeiros a faculdade de annular a alienação de immoveis realisada sem a outorga uxoria, prohibindo-se que o marido possa fazer a demanda só, sem o consentimento da mulher ou de seus herdeiros.

«Quia cum haec lex sit in favorem uxoris, absque ejus consensu non potest in ju-

(1) Ad Ord. lib 4. tit. 12 ad princ. n.^º 55 e 56.

dicio exerceri; nam secundum jus nullitas in favorem alicujus intelligitur, si ipse annullatione uti velit. (1)

Assim, como consequencia do que ficou exposto em relação aos principios que regulam a materia de nullidades dos actos juridicos e dos contractos, attendendo-se aos preceitos expressos das leis, á distincão que ellas estabelecem entre nullidades absolutas e relativas, pôde-se dizer:

a) Que quando a nullidade fôr absoluta ou substancial, ao autor do facto vicioso é permittido impugnal-o;

b) Que o proprio autor do facto não o pôde contravir, quando a nullidade fôr relativa e introduzida em favor de outrem.

Neste segundo caso está claramente comprehendido o de ter sido introduzida a nullidade (relativa) em odio ao autor do facto, porque isto importa tanto como ter sido introduzida em favor de outrem.

«Nullitas in quorum odio est introducta, ab eis minime allegari potest cum alias licet allegare turpitudinem suam, quod est nefas.» (2)

Sobre o segundo caso não ha menor divergencia entre os doutores e commentadores. Todos pensam que sendo relativa a nullidade só pôde ser opposta por aquella parte em cujo favor tiver sido decretada pela lei.

E' o que está expressamente consagrado no art. 686 § 5.^o do Reg. n.^o 737 de 25 de Novembro de 1850 e tem sido julgado pelos tribunaes. (3)

(1) *Repert. das Ord. verbo — Marido pôde revogar — nota — a —*

(2) *Altimari Nullit. Tom. 7. Rub. 1 Quest. 48. a 421 e 422.*

(3) *Vide rev. civ. n. 9904 e accordam revisor da Rel. da Corte no Direito vol. 29 pg. 211 e vol. 32 pg. 252. Ali se consagra a verdadeira doutrina, tão dissonante da do julgado a que já nos referimos, no qual não se admittiu que podesse ser tacitamente renunciado pelos filhos do segundo con-*

Mas quando a nullidade sendo relativa foi introduzida em beneficio do autor do acto invalido, sustentam os doutores supracitados que ella pôde ser por elle opposta.

Será acceptável esta doutrina? Pensamos que não, e aquelles doutores para sustental-a apenas invocam a autoridade dos glosadores, sem discutir em frente dos principios a mesma doutrina.

Embora introduzida em seu favor a nullidade relativa, o autor do acto, ou aquelle que deu causa á nullidade, renunciou implicitamente o favor da lei. Si a nullidade é relativa — e tal é a nossa hypothese — é por sua natureza renunciavel e não pôde haver duvida que renuncia o beneficio da lei aquelle que practica o acto ou faz o contracto sem observar o preceito da mesma lei, garantidor daquelle beneficio.

Tiraquellus e outros doutores, citados por Altimari, ensinam que não pôde propôr a nullidade aquelle que lhe deu causa (1); e tal é o autor do acto incursio em nullidade introduzida em seu favor.

E' a applicação da regra de direito:

Factum cuique suum, non adversario nocere debet. (L. 155, Dig. de reg. jur. L. 17).

E esta regra foi consagrada pelo direito processual italiano, que, segundo refere Saredo, inhibe de opor a nullidade de forma a parte que, por meio de facto proprio, ou de quem age em seu nome, haja dado causa á mesma nullidade (2).

Guerreiro refere julgado por elle e por outros, na casa da supplicação, a repulsa de um tutor que viera empugnar a venda, que nullamente fizera de um

sorcio o beneficio da Ord. L. 4.^º Tit. 91 § 3.^º Vide B. Carneiro. Dir. Civ. § 226 n. 50 e 51 e Guerreiro *Munera Jud. Orph. Tract. 3.* L. 7. cap. 18 n. 24 e 25.

(1) Nullit. Tom. 7.^º Rub. 1. P. 5. Quest. 48 n. 290 e 291.

(2) Saredo. *Instit. di Proced. Civile.* Tom. I., pag. 189.

predio pertencente a menor e cujo preço o mesmo tutor fôra obrigado a restituir.

Foram invocadas contra a pretenção desse tutor a equidade, a razão natural e o texto da lei — *post mortem 25 Dig. de adoptionib.* Referindo esse julgado, acrescenta o mesmo Guerreiro. :

« Nullitatem allegare non potest qui causam nullitati præbuit, ut supra diximus; conventioni namque stare quilibet obstrictus est (L. 7, *Dig. de pactis*). Neque licet adversus sua pacta venire (L. penult. *Cod. de pactis*), neque debet quis consensum, quem semel dedit, revocare ex lege per fundum, *Dig. de servit. restitor. et pacta propria non jure turpius est, quam leges: nam nullius juris turpior et gravior violatio est, quam illius quod tibi quisque statuit;* adeoque ut factionibus contravenieus notetur infamia et privetur actione competenti. L. 41 *Cod. de transact.* (1).

E' muito para se notar que entre os fundamentos desse arresto Guerreiro aponta o caracter relativo da nullidade invocada pelo tutor, dizendo que a nullidade resultante de alienação de um imóvel de menor sem decreto judicial não é absoluta: *alienatio non absolute est nulla, sed ipso minore volente.*

Pela transcripção que fizemos dos fundamentos do arresto citado por Guerreiro, vê-se que não poucas regras de direito se contrapõem á doutrina daquelles doutores que facultam ao autor do acto nullo a possibilidade de impugnal-o quando a nullidade relativa tiver sido creada em seu favor.

Subsistem, pois, as conclusões a que já chegamos sobre a possibilidade de se contravir o proprio facto

(1) *Munera Jud. Orph. Tract. 3. L. 7. cap. 18, num. 41 a 45.*

só no caso de nullidade absoluta e de se não poder impugnar o interesse de terceiro, quando a nullidade é relativa e como tal renunciável.

A' critica e emenda dos doutos submettemos essas conclusões.

S. Paulo, Setembro de 1893.

Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho.