

# FALHAS DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL

FRANCISCO PEREIRA DE BULHÕES CARVALHO

Sem nos abalancharmos, no momento, a fazer um cotejo minucioso e completo entre o Anteprojeto e o texto do Código Civil vigente, atualizado pelas leis subseqüentes, vamo-nos limitar a apontar alguns pontos controvertidos no atual Código Civil e comparar a solução dada por este com a trazida pelo novo Anteprojeto.

## I

### INCAPACIDADE DOS MENORES DE DEZESSEIS ANOS NO CÓDIGO CIVIL VIGENTE

1. — Ao regular a matéria da incapacidade de exercer pessoalmente os atos da vida civil, o legislador teria de optar entre dois grandes sistemas jurídicos: a) o do Código Civil Alemão ou Suíço; b) ou o do direito francês (e o dos Códigos que nele se inspiraram, como o italiano, antigo e novo; português, antigo e novo; espanhol, chileno, colombiano, uruguaio, etc.).

O direito alemão e o suíço distinguem radicalmente a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa.

Incapacidade absoluta, cuja sanção é a nulidade absoluta do ato, é a que resulta da falta total de discernimento, como acontece com os menores de sete anos de idade ou pessoas privadas permanente ou temporariamente do uso da razão (arts. 104 e 105 do Cód. Civil Alemão, e art. 17 do Cód. Civil Suíço).

Incapacidade relativa é a daqueles cujos atos, para obterem eficácia, dependem de autorização de tutor ou curador, como sejam os atos de menor com mais de sete anos e dos interditos capazes de discernimento. Enquanto não aprovados, tais atos, que não são nulos nem anuláveis, permanecem em estado de pendência. A parte capaz, para fazer cessar esse estado de pendência, teria de notificar o representante do incapaz para ratificar ou não o negócio e só poderia revogá-lo se não conhecia o impedimento, ao contratar (arts. 108, 109 e 114 do Cód. Civil Alemão; art. 410 do Cód. Civil Suíço; e art. 38 do Cód. de Obrigações Suíço).

O direito francês rejeitou essa distinção entre incapacidade absoluta e relativa. Para ele, toda incapacidade é uma simples medida de proteção, que torna anulável o ato anulável, somente a requerimento do próprio incapaz, seja ele um menor de qualquer idade, ou um interdito ou seu representante legal (De Page, 2, n.º 311; Planiol, 1, n.º 2.083; Planiol et Ripert, 1, n.º 724; Colin et Capitant, 1, n.ºs 860 *in fine*, 870 e 876).

Observe-se que a doutrina alemã nada tinha de novidade já que era um desenvolvimento das antigas doutrinas romanas sobre contrato claudicante.

2. — No nosso direito anterior à vigência do Código Civil, Lacerda de Almeida ensinava a doutrina do direito alemão (Obrigações, § 57). Observava, entretanto, que sobre a matéria reinava confusão e incoerência, causadas, em grande parte, pela defeituosa e intrincada classificação de nulidades do Regulamento 737, de 1850, (obra citada, nota G, pág. 398).

Note-se, entretanto, que o Regulamento 737 parece ter acolhido a doutrina francesa sobre nulidade relativa dos atos praticados pelos menores em geral, quando determinou: “as nulidades relativas, fundadas na preterição de solenidades estabelecidas em favor de certas pessoas, como a mulher casada, MENORES, presos, réus e outros, só podem ser alegadas e propostas por essas pessoas, ou por seus herdeiros, salvo os casos expressos na lei” (art. 687, alínea 1.<sup>a</sup>).

3. — O nosso Código Civil, ao elaborar o seu sistema de nulidades dos atos jurídicos, obedeceu às mais diversas influências e acabou por se apresentar inteiramente incoerente e contraditório.

É assim que, no seu art. 145, n.º I, ao declarar nulo o ato praticado pelo absolutamente incapaz, reproduziu o sistema do direito alemão. Isso não o impediu de, no art. 83, adotar o sistema do direito francês sobre a nulidade relativa dos atos dos incapazes em geral, ao dizer, reproduzindo o art. 1.125, alínea do Código Civil Francês: “A incapacidade de uma das partes não pode ser invocada pela outra em proveito próprio...”

O art. 5.º sobre incapacidade absoluta é dos mais imperfeitos do Código. Basta dizer que incluiu entre seus casos de absolutamente incapazes os ausentes, que certamente têm capacidade para agir no local onde se encontrem presentes. Também o Código esqueceu os psicopatas que, só em 1934, foram regulados pela lei.

O mais estranho, entretanto, é o art. 5.º, n.º I, que declarou absolutamente incapazes não os menores sem discernimento ou menores de sete anos, como é evidente, mas os menores adultos com menos de 16 anos. E, como os atos dos absolutamente incapazes são declarados nulos pelo art. 145, n.º I, chega-se às conseqüências mais estranhas.

Esqueceu-se o legislador de que, se a incapacidade só pode ser alegada pelo próprio incapaz, nos termos do art. 83, a nulidade por incapacidade deveria ser tida como relativa e não absoluta.

Outros dispositivos do Código também contrariam o texto do art. 145, n.º I.

Assim é que:

a) o casamento contraído pelo menor de 16 anos, como o dos loucos, é anulável e não nulo (art. 183, n.ºs 9 a 12, comb. com o art. 209);

b) é *válido* o casamento do menor de 16 anos para evitar a imposição de pena criminal (art. 214);

c) as obrigações nulas assumidas pelos referidos menores são afiançáveis (art. 1.488);

d) pode o referido menor aceitar doação pura (art. 1.170) e, portanto, também adquirir posse;

e) pode ele administrar os bens adquiridos no exercício de qualquer profissão (art. 391, n.º II);

f) e, o que é mais grave do que tudo, pode o menor de 16 anos ser EMANCIPADO pelo casamento (art. 9.º, parágrafo único, n.º II) e pelo estabelecimento civil e comercial com economia própria.

Não devemos esquecer, também, as normas de direito internacional privado, quer pelo princípio da nacionalidade, quer pelo do domicílio, que admitem que menores púberes de 12 e 14 anos possam casar-se, emancipando-se pelo casamento, testar, reconhecer filho natural, administrar livremente seu pecúlio profissional ou industrial e exercer mandato (vide Incapacidade Civil e Restrições de Direito, vol. 2, n.º 911 e seguintes).

Do ponto de vista prático, parece absurdo falar em incapacidade absoluta de menores de 16 anos num país que teve um *Imperador* proclamado maior com menos de 15 anos de idade e onde os menores com discernimento livremente exercem os atos comuns da vida civil e podem trabalhar desde os doze anos, fazendo seu próprio pecúlio.

## II

### INCAPACIDADE DOS MENORES DE 16 ANOS E O NOVO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL

1. — Em 1957, tive a oportunidade de publicar um livro em dois volumes demonstrando, fartamente, os erros do sistema de nulidades do Código Civil, particularmente no que diz respeito aos menores de 16 anos.

Em 1964, em repetidos artigos, publicados em edição de domingo do "Correio da Manhã", fiz a mesma crítica aos dispositivos do Anteprojeto do Código Civil, em artigos, muitos dos quais transcritos em revistas jurídicas desta Capital e até de Portugal.

Em 1966, novamente focalizei longamente o assunto no livro "A Ineficácia do Ato Jurídico e a Reforma do Código Civil", o qual se acha também publicado na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Guanabara, vol. 12.

Certamente, minha autoridade é nenhuma. Mas, pelo menos, era de esperar um certo cuidado em corrigir as imperfeições por mim tão insistentemente assinaladas.

Ora, eis que agora surge novo Anteprojeto de Código Civil reincidindo em quase todos os pontos criticados.

Especialmente, é censurável a orientação do Anteprojeto no seu sistema de nulidade de atos jurídicos e na insistência em considerar absolutamente incapazes os menores de 16 anos e nulos os seus atos (art. 4.º, n.º I, comb. com o art. 168, n.º I).

a) Para se comprovar o absurdo de tal dispositivo e a incoerência do Projeto a esse respeito, basta citar os seus arts. 1.736, n.º I, e 1.737.

“Art. 1.736. É nulo o casamento contraído: I — pelo absolutamente incapaz” (entre eles, portanto, o menor de 16 anos, art. 4.º, n.º I).

“Art. 1.737. A nulidade do casamento da MENOR DE DEZESSEIS ANOS ou do menor de dezoito SERÁ REQUERIDA PELO PRÓPRIO CÔNJUGE MENOR OU POR SEUS REPRESENTANTES LEGAIS.”

Uma nulidade que só pode ser alegada pela própria parte incapaz ou seu representante legal é tipicamente uma nulidade relativa.

O casamento de menor de 16 anos é, portanto, anulável e não nulo.

b) Como no caso do atual Código Civil, é VÁLIDO o casamento de menor “incapaz” (qualquer que seja sua incapacidade) para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, ou para resguardo da honra da mulher que não atingiu a maioridade (art. 1.707).

c) “Por defeito de idade (qualquer que ela seja) não se anulará (e, portanto, será válido) o casamento de que resultou gravidez” (art. 1.741).

d) “O casamento do menor que não atingiu a idade nupcial (de 16 anos para a mulher e de 18 para o homem, sem limitação do mínimo inferior ao legal) poderá ser por ele confirmado ao completar aquela idade, desde que autorizado por seus representantes legais, com efeito RETROATIVO à data da celebração” (art. 1.738).

Eis aí um casamento “nulo” que pode ser “confirmado”.

e) “Cessar, para os menores, a INCAPACIDADE (sem especificação) PELO CASAMENTO” (art. 6.º, parágrafo único, n.º II).

O menor de dezesseis anos, portanto, que se casa, EMANCIPA-SE nos casos em que o casamento é declarado válido, ratificado ou não anulado. Torna-se em tal caso ABSOLUTAMENTE CAPAZ para todos os atos jurídicos!

2. — É verdade que, no art. 104, o Projeto modificou o texto do art. 83 do atual Código Civil, determinando que, no caso de incapacidade RELATIVA, a mesma não possa ser invocada pela outra em benefício próprio.

Com isso, porém, somente tornou mais odioso o preceito que considera o menor de 16 anos incapaz para qualquer ato jurídico sob pena de NULIDADE ABSOLUTA.

Justificar-se-ia esse preceito para o caso do menor de sete anos, que não possui discernimento.

Não assim para os maiores de sete e menores de 16 anos, que possuem discernimento, não são autômatos, podem trabalhar legalmente a partir de doze anos e amealhar seus bens.

Não se justifica juridicamente que seus atos sejam nulos de pleno direito e a nulidade possa ser pleiteada pelos próprios que com ele contrataram.

Muito menos há tal justificativa perante um Código que considera meramente ANULÁVEL O NEGÓCIO JURÍDICO realizado por pessoa não interdita, que POR QUALQUER CAUSA, MESMO TRANSITÓRIA, esteja IMPOSSIBILITADA DE ENTENDER OU DE QUERER, NO MOMENTO EM QUE FOI CELEBRADO” (art. 174).

No caso de louco não interditado, ou de ato praticado por quem, por fraqueza de espírito, embriaguez ou outra causa, estivesse privado de discernimento, o ato deveria ser considerado nulo, porque estaria desacompanhado de consentimento.

Eis, entretanto, que o Projeto declara ANULÁVEL o ato praticado sem discernimento pelo louco não interditado e NULO o ato praticado COM DISCERNIMENTO, por um menor de 16 anos.

Como disse Lacerda de Almeida a propósito do sistema de nulidade do Reg. 737, "as coisas andam aqui trocadas" (livro citado, pág. 399).

Se a incapacidade do louco não interditado é considerada RELATIVA por motivo de proteção ao mesmo louco, por que, também, não dar igual medida de proteção ao menor de dezesseis anos, considerando-o relativamente incapaz?

E veja-se o rigor com que o Projeto trata o menor de 16 anos, negando-lhe a administração dos bens que ele adquiriu no exercício de atividade profissional (art. 1.907).

Nesse caso, dentro do rigor da incapacidade absoluta, tais menores deveriam ter proibida qualquer atividade profissional própria, pois seriam incapazes de exercer pessoalmente qualquer atividade jurídica. Seus atos seriam nulos, e nulos seus proventos.

3. — Diz a Exposição de Motivos do Anteprojeto que preservou a Parte Geral do atual Código, "cuja estrutura e papel se vinculam aos imorredouros ensinamentos de Teixeira de Freitas, que seria absurdo desprezar para dar-se preferência a modelos alienígenas".

Parece bastante estranho preferir o sistema de Teixeira de Freitas a modelos alienígenas, quando, como é fácil demonstrar, Teixeira de Freitas inspirou-se, no seu sistema de nulidades, em Toullier, um dos primeiros comentadores do Código Civil Francês, que também inspirou o sistema de nulidades do Reg. 737, de 1850.

Se o autor do Projeto acha insuperável o sistema de Teixeira de Freitas, por que não adotou, também, o sistema de nulidade manifesta e dependente de julgamento conjugada com a divisão da nulidade em absoluta e relativa? "Entende-se que há nulidade manifesta (diz o art. 787 do Esboço Teixeira de Freitas), quando, na lei, se declarar que os atos jurídicos são nulos, ou se decretar nulidade ou a pena de nulidade". "Entenda-se que há nulidade dependente de julgamento, quando, na lei, se declarar que os atos jurídicos são anuláveis ou podem ser anulados" (acrescenta o art. 788 do Esboço).

Todavia, há atos declarados NULOS pelo art. 789 que têm mera NULIDADE RELATIVA (art. 810) e há atos declarados ANULÁVEIS pelo art. 790 que têm NULIDADE ABSOLUTA (art. 805).

É fácil verificar, pela simples leitura do Esboço, a extrema complexidade do seu sistema de nulidades, semelhante ao do Reg. 737.

E se o autor do Projeto considera tão perfeita a enumeração dos absolutamente incapazes, feita pelo Esboço Teixeira de Freitas, por que o Projeto não incluiu entre tais incapazes os ASENTES, como o faz o art. 44, n.º 5,

do Esboço? E por que não incluiu os FALIDOS entre os relativamente incapazes, como estatuiu o art. 42, § 3.º, do Esboço?

O formidável talento de Teixeira de Freitas não significa que em tudo tenha dado a última palavra, quando fez seu Esboço em 1860, há mais de um século, e que o seu modelo alienígena (Toullier) e nacional (Reg. 737) sejam perfeitos.

Temos de optar ou pelo modelo francês, baseado em longo estudo doutrinário e não apenas nos primeiros estudos de Toullier; ou pelo modelo alemão e suíço, fundado na sã razão e nos eternos ensinamentos do direito romano, e que eram também a tradição de nosso antigo direito.

### III

#### O “TERCEIRO GÊNERO” DA INEFICÁCIA DO ATO JURÍDICO

1. Os grandes juristas franceses do século passado, ao comentarem o Código Civil Francês de 1804, dada a omissão do Código quanto à classificação das nulidades do ato jurídico, procuraram traçar princípios gerais, apoiados na letra do Código e nas antigas tradições do direito romano.

Para isso, cada um emitiu idéias próprias, sendo que os primeiros comentadores, como Toullier, as apresentaram altamente complexas e obscuras, que passaram para o nosso Regulamento 737, de 1850, e para o Esboço Teixeira de Freitas.

Mais modernamente, prevaleceu o sistema mais simples preconizado por Planiol, segundo o qual os atos ou são nulos de pleno direito, ou são anuláveis.

Esta distinção, escreve ele, vem do direito romano, para o qual “havia duas maneiras para um ato ser nulo: havia *nulidade civil*, que se produzia de pleno direito, automaticamente; e, ao lado dela, havia a *nulidade pretoriana*, que supunha o exercício duma ação em justiça e não se realizava senão em virtude duma sentença judiciária” (Planiol, *Traité El.*, vol. 1, ed. 1906, n.º 328, pág. 124).

A nulidade de pleno direito seria a verdadeira nulidade, a que sanciona as proibições da lei, pode ser alegada por qualquer pessoa interessada, não desaparece pela ratificação do ato nem pela prescrição.

O ato anulável seria uma MEDIDA DE PROTEÇÃO POR UMA PESSOA DETERMINADA, somente pode ser por esta alegada em juízo e desaparece pela ratificação do ato ou sua prescrição.

Duas seriam as principais causas que tornam um ato anulável: a) os vícios de consentimento (violência, erro, dolo, e, às vezes, a lesão); b) a incapacidade do autor do ato.

Sobre a “incapacidade do agente” a doutrina francesa firmou o princípio, fundado no art. 1.125 do Código, de que a mesma seria sempre causa de anulabilidade do ato, pouco importando que a incapacidade fosse absoluta, pela total falta de discernimento do agente, ou apenas relativa.

Desde então, pouco importaria que o agente fosse um menor de sete anos, sem discernimento, ou um louco: a nulidade de seus atos seria sempre apenas

RELATIVA e somente poderia ser alegada pelo próprio incapaz, quando adquirisse a capacidade, ou por seu representante legal.

2. Depois de haver assim firmado o princípio de que toda a incapacidade de exercício produz a simples ANULABILIDADE DO ATO, o direito francês, estendeu essa mesma regra à falta de poder de representação, como são caracteristicamente os atos irregulares do pai ou do tutor, ou do vendedor de coisa alheia.

Tais atos seriam apenas ANULÁVEIS, ou seja, sua nulidade seria RELATIVA.

3. O Direito, porém, aperfeiçoa-se, como todas as ciências.

Coube a Windscheid a glória de fazer surgir, perante a ciência jurídica, a existência dum *TERTIUM GENUS* de INEFICÁCIA, diferente da nulidade e da anulabilidade, ou seja, a chamada INEFICÁCIA SIMPLES, e seus princípios foram desenvolvidos em todas as suas conseqüências pelos juristas alemães e consagrados no Código Civil Alemão, que entrou em vigor em 1900, e no Código Civil Suíço, entrado em vigor em 1907.

Pode, com efeito, um ato reunir todas as condições intrínsecas de validade e, entretanto, não possuir EFICÁCIA por falta dum elemento extrínseco ou COMPLEMENTAR exigido pelo contrato ou pela lei.

São duas as modalidades principais da ineficácia restrita ou simples: a) a ineficácia pendente, ou negócio incompleto; b) a ineficácia relativa ou inoponibilidade.

a) Ocorre ineficácia pendente ou negócio incompleto, quando falta um elemento integrativo à plena eficácia do negócio em formação, quer se trate dum elemento acessório exigido pela vontade das partes (como no negócio sob condição suspensiva) quer dum elemento estranho a essa vontade e exigido pela lei, como, por exemplo: 1.º, transferência da propriedade, já contratada em escritura pública, mas pendente de transcrição ou tradição; 2.º, testamento até a abertura da sucessão e aceitação da herança; 3.º, qualquer negócio que exija a aprovação de terceiro até que ela seja outorgada.

São exemplos deste último caso:

a) se um menor RELATIVAMENTE INCAPAZ conclui um contrato sem consentimento do seu representante legal, a eficácia do contrato depende dessa aprovação (art. 108, do C. C. Alemão);

b) se alguém conclui sem poder de representação um contrato em nome de outro, a eficácia desse contrato depende da ratificação deste último (artigo 177);

c) se a mulher casada dispõe dos bens trazidos à comunhão por contrato, sem consentimento do marido, a eficácia do contrato depende da aprovação do marido (art. 1.396);

d) da mesma forma, se o contrato é realizado pelo marido sem a aprovação da mulher, nos casos previstos nos arts. 1.444 a 1.446 (art. 1.448);

e) se o tutor conclui um contrato sem a aprovação do Tribunal de Tutelas, nos casos em que ela é exigida, a eficácia do contrato depende da aprovação ulterior do Tribunal de Tutelas (art. 1.831, alínea 1).

O contrato que dependa de autorização de terceiro, se for concluído sem ela, tem sua eficácia dependente de ser ela prestada ulteriormente. A outra parte contratante fica vinculada ao contrato até que seja negada a aprovação e a negativa lhe seja notificada pelo terceiro, ou até que a aprovação se repute legalmente negada, isto é, até que haja transcorrido, sem resultado, o prazo de duas semanas da notificação feita ao terceiro para se explicar a respeito da notificação.

2.<sup>a</sup>) Ocorre ineficácia relativa, ou inoponibilidade, se o contrato, válido entre as partes, não é Oponível A TERCEIRO.

Tal é o que sucede entre outros casos, se o terceiro tem direito próprio sobre a coisa, como no caso de venda ou locação sobre coisa alheia.

4. Como tivemos ocasião de escrever em livro publicado em 1957, “embora a nova teoria da “ineficácia pendente” ainda não tenha obtido uma sistematização racional perfeita, é indubitável que corresponde à natureza das coisas e não pode ser ignorada pelos juristas. O Direito não é uma criação arbitrária, mas o resultado da observação concreta das relações sociais e do seu estudo analítico exato. Não se pode confundir a “falta de poder” dum tutor em relação à sua atividade em nome do pupilo, com uma simples “incapacidade de exercício” de quem não possa usar pessoalmente de seu próprio direito. E um ato que apresenta defeito intrínseco (nulidade) não se confunde com aquele que apenas uma causa extrínseca impede de ser eficaz. É, assim, de lamentar que o nosso Código Civil, de 1916, e o recente Código Civil Italiano, de 1942, tenham afetado ignorar a questão da ineficácia pendente; sendo que o Código italiano veio acolher expressamente a doutrina francesa sobre a nulidade relativa dos atos irregulares do tutor (art. 377).

Pensamos, entretanto, que os novos juristas franceses já teriam substituído essa doutrina pela da ineficácia, se não fosse a dificuldade de adaptá-la aos textos dum código brilhante mas já envelhecido, e de resistir ao peso duma tradicional jurisprudência que elaborou tão penosamente aquela doutrina, aliás, à margem e supletivamente à omissão de textos legais. Para nos convencer-mos disso, basta atentar para referências feitas pelos mais recentes e sempre profundos tratadistas franceses” (Incapacidade Civil e Restrições de Direito, 1957, vol. 1, n.º 97, pág. 156), tais como Colin et Capitant (1, n.º 846), Demogue (Des Obligations en général, 2, n.º 662), Ripert et Boulanger, Auguste Lebrun (Repert. Dalloz, v. État et Capacité des personnes, n.º 295) e De Page, em relação à locação e venda de coisa alheia (Traité, vol. 4, n.º 509), fraude contra credores e simulação (vol. 2, n.º 788), ou por condomínio (vol. 4, n.º 509).

Constituí, assim, um erro de terminologia falar em “nulidade” ou “anulabilidade” nos casos de INEFICÁCIA, que iremos a seguir examinar: a) os atos em geral praticados sem direito de representação; b) os atos de administração irregulares do tutor, do pai ou do cônjuge; c) contratos relativos a coisa alheia; d) contratos sobre coisa indivisa; e) atos praticados com simulação; f) atos praticados com fraude a credor; g) ato praticado pelo relativamente incapaz sem assistência do seu representante legal; h) atos em geral que, para adquirirem eficácia, necessitam de ser complementados me-



diante autorização de terceiros; i) atos cuja eficácia depende de registro com efeito retroativo, como acontece, por exemplo, com o casamento religioso.

Apreciemos como a questão foi resolvida pelo atual Código Civil e pelo novo Projeto.

#### IV

### MANDATO E O PROJETO DE CÓDIGO CIVIL

1. — Em virtude do princípio da representação, todos os atos praticados pelo mandatário, dentro dos limites do mandato, são considerados como tendo sido feitos pelo próprio mandante. Se, entretanto, o mandatário agir fora dos limites do mandato, ou se se apresentar em nome alheio sem mandato, a regra é a inversa: o ato não produz efeito em relação ao pretendido mandante, de acordo com a regra segundo a qual as convenções somente devem produzir efeito entre as partes contratantes: “res inter alios acta neque nocet neque prodest”. Excetua-se o caso de ocorrer outro motivo jurídico, como a ratificação, a gestão de negócios, o enriquecimento sem causa, etc.

É o que ficou consignado no art. 1.998, 2.<sup>a</sup> alínea, do Código Civil Francês: “Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. — IL N'EST TENU de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement”.

Os antigos tratadistas franceses analisavam essa situação jurídica à luz da questão da EXISTÊNCIA ou VALIDADE do ato praticado por parte do mandatário sem poderes. Entendiam que tal ato deveria ser considerado INEXISTENTE de pleno direito em relação ao apontado mandante, por falta de consentimento por parte deste. Não haveria, por isso, necessidade de que o mandante pedisse a declaração de sua nulidade (Laurent, 28, n.º 64, e vol. 27, n.º 434; Durantou, 18, n.º 260; Aubry et Rau, § 414 e nota; Baudry Lacantinerie, 24, n.º 799).

Sendo inexistente o ato em relação ao apontado mandante, também o seria em relação ao mandatário e ao terceiro que com ele houvesse contratado, os quais poderiam, portanto, livremente, revogar o contrato, a fim de evitar sua ratificação ulterior (Demogue, 1, n.º 108; Baudry Lacantinerie, 24, n.º 799), porquanto o mandatário não teria tido em vista obrigar-se pessoalmente e o terceiro teria feito apenas uma oferta não aceita e que, por isso, poderia ser retratada.

2. — É fácil, porém, apontar o ponto fraco dessa teoria, que obriga à sua rejeição, bem como à de que se trate dum contrato nulo. Se um ato é inexistente ou nulo, não poderia logicamente ser ratificado com efeito retroativo. Se pode ser ratificado retroativamente é porque já existia e era válido e apenas inoponível ao mandante.

3. — Da mesma forma deve ser rejeitada a teoria de que se trata de contrato anulável pelo mandante, como sustentaram Labbé, Navarrini e alguns julgados franceses (apud Giacomo Russo, in Dictionario del Dir. Priv., III, vb. mandato, n.º 164).

Côm efeito, o mandante não é parte no contrato e, portanto, não tem interesse em anulá-lo, porquanto não tem eficácia em relação a ele.

4. A descoberta do conceito da ineficácia pelos juristas alemães, no fim do século passado, tornou evidente e pacífico perante a doutrina moderna que o contrato celebrado pelo mandatário sem poderes não é inexistente, nulo, nem anulável: é um contrato existente e eficaz entre as partes contratantes e apenas INOPONÍVEL ao mandante.

Resta agora esclarecer qual a natureza desse contrato entre as partes contratantes, isto é, entre o mandatário sem poderes e o terceiro que com ele contrata. Fixada a natureza desse contrato, poderemos determinar o grau de sua eficácia entre os referidos contratantes e, particularmente, se um, outro ou ambos poderiam revogar livremente o contrato antes de sua ratificação pelo apontado mandante.

5. Há quatro doutrinas sobre o assunto, apoiadas respectivamente pelos direitos francês, alemão, italiano e suíço.

A primeira, a que já nos referimos, geralmente propugnada pelos juristas franceses, é a de que o mandatário sem poderes seria um simples núncio, através do qual o terceiro contratante faz uma simples oferta em nome do suposto mandante. Enquanto não ratificado por este, o contrato seria inexistente por falta de consentimento do representado e poderia ser livremente retratado pelo que fez a indevida oferta ou pelo seu aceitante.

Na verdade, entretanto, o contratante que aceita voluntariamente a proposta que lhe foi feita pelo mandatário sem poderes não tem em vista servir-se deste como simples núncio para atingir o apontado mandante. Mesmo quando ignore a falta de poderes do mandatário, realiza um contrato "*contemplatione domini*" tanto quanto o outro contratante age, não em nome próprio, mas em nome do "*dominus*". E, quando o contratante conheça a falta de poderes do mandatário, é indubitável que está celebrando conscientemente um contrato cuja eficácia, em sua própria intenção, fica pendente da aprovação do terceiro, apontado mandante.

6. Daí, o sistema adotado pelo Código Civil Alemão, segundo o qual o terceiro contratante não tem direito de revogar o contrato, se o tiver celebrado sabendo da falta de poder de representação do mandatário (arts. 177 e 178).

Nem mesmo por mútuo acordo entre o representante sem poderes e o terceiro poderia ser revogado o contrato (Enneccerus, Kipp, Wolff, Tratado, I, Parte General, II, § 170, nota 6).

Para desfazer o vínculo do contrato, o terceiro é obrigado a recorrer à notificação do mandante, para que declare se ratifica ou não o contrato em prazo certo. No silêncio do mandante, entende-se por ele recusada a ratificação (art. 177).

7. Uma terceira teoria é a do Código Civil Italiano (art. 1.319, 2.<sup>a</sup> alínea), segundo o qual o terceiro contratante e o gestor podem revogar, mas só por COMUM ACORDO entre eles, o contrato que ambos hajam celebrado em nome do *dominus*. Entendem os partidários dessa solução que o contrato

não está perfeitamente concluído antes da ratificação, da qual depende. Seria um contrato em que as partes se limitariam a aguardar a ratificação do *dominus*, criando, assim, para este uma mera possibilidade e não um direito a ratificá-lo. E, assim, poderiam as partes contratantes revogar, DE COMUM ACORDO, o que haviam convencionado (Pachioni, parte 2, vol. II, n.<sup>os</sup> 19 a 22).

Todavia, “o terceiro contratante pode convidar o interessado a pronunciar-se sobre a ratificação, assinando-lhe um prazo, findo o qual, no silêncio, a ratificação se entende negada” (art. 1.399, 3.<sup>a</sup> alínea).

8. Segundo uma quarta teoria (que é a do direito suíço), o contrato fica desde logo perfeito, desde que seja celebrado; apenas sua eficácia fica suspensa até a ratificação. Seria análogo a um contrato condicional, em que a ratificação funcionaria como uma “*conditio juris*”. Desde então, seria IRRREVOCÁVEL, quer unilateralmente, quer por mútuo acordo, e ainda quando o terceiro que contratou com o pseudo-representante haja ignorado a falta de representação (Giacomo Russo, loc. cit., em que aponta os principais propugnadores desta teoria, sustentada por Windscheid, com apoio num texto romano do Digesto, 3, 5, fr. 24).

Só em caso de fraude, poderia ser feita impugnação com base no art. 28 (nulidade por dolo) (Von Tuhr, *Tratado de las Obligaciones*, 1, pág. 260, nota 4).

Não tendo havido dolo, os contratantes somente podem desfazer-se do vínculo do contrato mediante interpelação ao apontado mandante para que declare num prazo conveniente se ratifica ou não o contrato.

9. — Examinemos, agora, o que sobre a matéria dispõe o atual Código Civil.

Começa ele por dizer, no seu art. 1.206: “Pode o mandante ratificar OU IMPUGNAR os atos praticados em seu nome, sem poderes suficientes”.

De acordo com a tradição vinda do art. 1.991, 2.<sup>a</sup> alínea, do Código Civil Francês, o mandante não fica obrigado pelo que o mandatário sem poderes fizer em seu nome, a menos que tenha ratificado o ato (art. 1.752, 2.<sup>a</sup> alínea, do antigo Código Civil Italiano, art. 1.727, 2.<sup>a</sup> alínea, do Código Civil Espanhol).

Este fato, praticado entre estranhos, era considerado pelos antigos comentadores, “inexistente” em relação ao mandante, que não necessitaria, portanto, argüir sua “nulidade”. Hodiernamente, a doutrina pacificamente admite tratar-se de ato “ineficaz” ou “inoponível” ao apontado mandante.

Exigir, portanto, que o mandante “IMPUGNE” tal ato parece, de certa forma, entender que o ato é NULO RELATIVAMENTE A ELE. E, nesse sentido, foi entendido nos comentários de João Luiz Alves (com. ao art. 1.296, ed. 1926, pág. 927), talvez influenciado pela redação do art. 1.351, do antigo Cód. Civ. Português, a que se reportava Clóvis Beviláqua, antes do Código, em suas Obrigações, § 121.

Foi necessária a Carvalho Santos uma longa dissertação, para provar o contrário (vol. 18, págs. 184 a 212, transcrevendo parecer de Levi Carneiro), que afinal se tornou pacífico entre nossos juristas.

O apontado mandante não é obrigado a “impugnar” nem mesmo quando notificado pelo terceiro, pois se entende que seu silêncio corresponde a recusa de ratificação.

Além disso, o Código Civil deixou de regular a questão da revogabilidade do contrato entre o mandatário sem poderes e o terceiro, enquanto o mesmo pender da ratificação do mandante.

Tudo isso parecerá inexplicável, se tivermos em conta que o legislador tinha, então, sob seus olhos, a clara regulamentação dos arts. 177 e 178, do Código Civil Alemão, e arts. 46 e 47, do Código Federal de Obrigações da Suíça, este último de 1881, muito antes de elaborado o projeto do nosso atual Código Civil.

10. — O nosso espanto agora é ainda maior quando vemos o projeto do novo Código Civil reproduzir *ipsis literis* o texto do art. 1.206, do atual Código (art. 676 do Projeto) e omitir completamente qualquer regulamentação da questão da revogação do contrato celebrado com representante sem poderes.

Em 1966, tivemos ocasião de publicar um longo estudo crítico a esse respeito, agora reproduzido, e que pode ser lido na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, vol. 12, 1966, págs. 1 a 79, e em *separata*, certamente do conhecimento de, pelo menos, alguns dos membros da comissão organizadora do novo Código.

Infelizmente, parece não sermos lidos.

Sugiro que o novo Código tenha dispositivo semelhante ao do art. 1.399, 2.<sup>a</sup> e 3.<sup>a</sup> alíneas, do Código Civil Italiano:

“O terceiro e aquele que com ele haja contratado como representante podem, DE COMUM ACORDO, dissolver o contrato antes da sua ratificação.

“O terceiro pode convidar o interessado a pronunciar-se sobre a ratificação, assinando-lhe um prazo razoável, findo o qual, no silêncio, entende-se negada a ratificação.”

## V

### ATOS DE ADMINISTRAÇÃO IRREGULARES DO TUTOR

#### A

#### *No Direito Romano e Francês*

1. — O Direito romano previa três ordens de restrição ao poder de administração do tutor, quer diretamente, quer pela interposição da *auctoritas*: a) proibia, sob pena de nulidade, a venda de imóveis e de móveis de valor do pupilo, sem autorização especial; b) permitia ao pupilo impugnar os atos do tutor eivados de dolo ou fraude, notadamente os atos gratuitos de disposição de bens; c) dava ao pupilo a restituição por inteiro no caso de lesão (Accarias, I, n.º 148 e seg.); Girard, ed. 1906, pág. 213; Petit, n.º 116; Van Wetter, §§ 629 e 630; Bonjean, I, n.ºs 667 e seg.).

2. — O Código Civil Francês colocou a solução do problema sob outras bases: a) negou o direito do pupilo pleitear a restituição por inteiro contra os atos do tutor, praticados com as formalidades legais; b) limitou-se a proibir ao tutor a prática de determinados atos, SEM ESTABELECEER A SANÇÃO para o caso da proibição ser violada.

Distingue, nos arts. 450 e seg.: a) os atos que não podem ser praticados sem autorização do Conselho de Família; b) os atos que, além da autorização do Conselho, necessitam de homologação judicial; c) os atos inteiramente interditos ao tutor (vide Planiol, I, n.º 1.964).

A redação dada a esses dispositivos é meramente proibitiva: “O tutor NÃO PODE tomar emprestado ao menor (diz, por exemplo, o art. 457) nem alienar ou hipotecar seus bens imóveis sem estar a isso autorizado pelo conselho de família”.

Qual a sanção dessa proibição, já que a lei não estabelece expressamente a pena de nulidade?

Duranton, que foi um dos primeiros comentadores do Código Civil Francês, ensinou, de acordo com Pothier, que o tutor, como mandatário legal do menor, não poderia exceder seus poderes, sob pena de praticar um ato INEXISTENTE em relação ao seu pupilo, como sucederia em relação a qualquer outro mandatário que excedesse os poderes que lhe houvessem sido conferidos (Duranton, 10, n.º 282; Pothier, Tr. des Personnes, Parte I, tít. 6, art. 3.º, § 2.º).

Essa doutrina, entretanto, foi rejeitada pelos demais comentadores. O tutor, sem dúvida, representa o pupilo, mas não é mandatário deste. Além disso, como vimos, o ato do mandatário excedente de seus poderes não é inexistente, em relação ao mandante, que o pode ratificar. Apenas lhe é inoponível.

O desconhecimento da teoria da ineficácia, descoberta mais tarde, levou os comentadores franceses a procurarem uma solução da questão no ponto de vista da nulidade relativa. E raciocinaram da seguinte maneira: o tutor, como representante legal do pupilo, ao deixar de cumprir formalidade legal que lhe é imposta pela lei, incide na sanção que a lei impõe no caso de omissão de formalidade essencial e também em geral para a preterição de leis proibitivas, qual seja a nulidade do ato; todavia, como as formas estabelecidas pela lei, em matéria de tutela ou curatela, são simples medidas de proteção para o incapaz, sua preterição somente poderia produzir uma nulidade relativa, isto é, alegável somente pelo próprio menor (Planiol, 2, n.º 1.086; Colin et Capitant, 1, n.º 846; Savatier, 1, 511; Baudry Lacantinerie, 5, n.º 585), qualquer que seja a proibição imposta ao tutor.

3. — A influência do direito francês levou alguns Códigos, como por exemplo, o italiano, tanto o antigo como o novo, a adotarem esse sistema de nulidade relativa dos atos irregulares do tutor (art. 322, do Código antigo, e art. 377, do novo).

Os Códigos Civis espanhol, chileno, colombiano, uruguaio, etc., seguindo de perto seu modelo francês, deixaram de estabelecer sanção expressa para os atos irregulares do tutor.

Daí a existência da dúvida entre seus comentadores sobre se se trata de nulidade absoluta ou relativa (vide obra do autor, *Incapacidade Civil e Restrições de Direito*, vol. 1, n.ºs 125 e 135).

Examinemos agora o nosso Código Civil.

## B

### *A questão no Código Civil e no Anteprojeto de novo Código*

1. — O nosso Código Civil restringe os direitos de administração do tutor sob duas modalidades: a) no art. 427, especifica os atos que ao autor só compete praticar “COM AUTORIZAÇÃO DO JUIZ”; b) no art. 428, aponta os atos que o autor não pode praticar, ainda com autorização judicial, sob pena de nulidade.

Esses dispositivos, como é sabido, foram redigidos sob a direta inspiração do texto de Lafayette, no seu *Direito de Família* (Estevam de Almeida, n.ºs 376 e 378).

Ficou, entretanto, o art. 427, do Código pessimamente redigido e em contradição manifesta com o art. 426 e sem coordenação com o art. 429, onde se fala de “venda de imóveis pertencentes a menores” sem especificar menores “sob tutela”.

O que é mais grave, porém, é que o art. 427, do Código, não determina a sanção no caso do tutor praticar algum dos atos ali especificados, sem autorização do juiz, que aliás o dispositivo não exige seja prévia, como no caso dos atos de administração do pai (art. 386).

Em falta desse esclarecimento, somente resta ao intérprete seguir a tradição do direito anterior e considerar “anuláveis” os referidos atos, já que o Código não mais cogita também da “restituição por inteiro” a favor do menor.

2. — No momento em que se cogita de reformar o Código Civil, urge colocar a questão da eficácia dos atos irregulares do tutor dentro da sua verdadeira natureza, que não é o da “nulidade”, mas da “ineficácia”.

O tutor, com efeito, não age em nome pessoal, mas como representante do pupilo. Seus atos, portanto, não podem ser considerados no terreno da nulidade, mas no da sua simples “eficácia” em relação ao pupilo por ele representado.

O interessante é que isso já poderia ter sido feito pelo vigente Código Civil, porquanto desde 1900 vigora o Código Civil Alemão e desde 1907 o Código Civil Suíço que regulam a questão dentro da sua exata estrutura que é o da ineficácia.

A solução jurídica, no caso, com efeito, está perfeitamente exposta nos arts. 1.795 e 1.829, do Código Civil Alemão, e art. 424 comb. com os arts. 410, 411 e 422, do Código Civil Suíço, todos correlatos à solução dada aos atos praticados sem poderes de representação.

Se o tutor contratar sem aprovação do Tribunal de Tutelas quando a mesma é necessária, a eficácia do contrato depende da aprovação ulterior do Tribunal. A outra parte contratante fica vinculada ao contrato, até que seja

negada a aprovação ou haja transcorrido o prazo de duas semanas da notificação feita ao tutor, para resolver a respeito da aprovação.

Mesmo no caso de o tutor estar proibido de contratar, entende-se que o ato não é nulo, mas ineficaz e pendente de ratificação do pupilo ou curador especialmente nomeado (art. 177, do Código Civil Alemão; Enneccerus, Kipp, Wolff, IV, § 116, n.º 6).

3. — Além da razão teórica, há, também, uma razão prática para se adotar a noção da “ineficácia simples” em relação aos atos irregulares do tutor.

Com efeito, considerá-los meramente “anuláveis” importaria em prejudicar o pupilo, obrigado a aguardar a maioridade para propor a ação anulatória, quando o ato já produziu todos os seus efeitos. E prejudicará também a outra parte contratante, que ficará na expectativa de lhe ser ou não proposta ação anulatória até depois da maioridade do pupilo, sem ter meios de definir a situação, pela notificação do tutor para obter a aprovação judicial em determinado prazo.

Pelo sistema da “ineficácia simples” a proteção do menor é completa, porque o ato irregular do tutor é de pleno direito ineficaz, ATÉ que sobrevenha a aprovação judicial.

É como se o ato fosse nulo. Difere, entretanto, da nulidade, porquanto esta não pode ser ratificada, ao passo que o ato INEFICAZ pode ser complementado pela aprovação judicial e, então, adquirir EFICÁCIA.

Pela mesma razão, seria inconveniente declarar tais atos como sendo nulos, porquanto poderiam ser eventualmente favoráveis ao interesse do menor, e a nulidade, quando absoluta, poderia ser alegada por qualquer interessado e pelo próprio tutor, cabendo ao juiz pronunciá-la mesmo *ex officio*.

4. — É de lamentar, por isso, que o Anteprojeto de novo Código Civil se tenha limitado a REPRODUZIR LITERALMENTE o texto do Código vigente com todas suas deficiências e omissões apontadas.

## VI

### ATOS IRREGULARES DE ADMINISTRAÇÃO DO PAI

1. — O desconhecimento da doutrina da “ineficácia pendente e relativa” levou o nosso Código Civil a singulares dispositivos.

No seu art. 147, aponta ele os casos de “ato anulável”: a) por incapacidade relativa do agente; b) por vício resultante de erro, dolo, simulação ou fraude.

Não cabem evidentemente nessa enuneração os atos irregulares praticados na representação de terceiros.

Ficaram, assim, sem a devida regulamentação legal, como vimos, os casos de ato de representante sem poderes e os atos irregulares do tutor definidos no art. 427 como sendo dependentes de autorização judicial.

Dentro da mesma categoria, ficaram colocados pelo Código os atos irregulares do pai na administração dos bens do filho.

Tais atos não se acham incluídos na relação dos atos anuláveis feitas pelo art. 147 do Código e, segundo o art. 388, incidem na pena de nulidade, cuja alegação é facultada apenas ao filho, seu representante legal ou seu herdeiro.

Segundo reconhecem os comentadores, essa “nulidade” não se confunde com “anulabilidade” e, por isso, não poderia ser ratificada (Pontes de Miranda, Tratado, IX, § 980; Clóvis, com. ao art. 388).

Quebra-se, assim, o sistema do Código, que, ao lado dos atos absolutamente nulos e dos anuláveis, reconhece a dos atos absolutamente nulos que não podem ser impugnados por qualquer interessado e incidem na curta prescrição de um ano.

Aliás, dentro dessa terceira categoria de “nulidade”, existem, no Código, outros casos, como, por exemplo, o da nulidade da venda dos bens dotais (arts. 293 e 295) ou o dos atos praticados pelos “absolutamente incapazes”, segundo tivemos ocasião de demonstrar pela análise do texto dos arts. 83 e 1.488, do Código (vide Incapacidade Civil e Restrições de Direito, vol. 2, n.º 753, e Ineficácia, n.º 184).

2 — Vejamos, agora, como a matéria é regulada pelo novo Anteprojeto de Código Civil.

Reproduzindo literalmente o texto dos arts. 386 e 388, do atual Código, nos arts. 1.904 e 1.906 o Anteprojeto limita-se a substituir, no art. 1.906, a palavra “nulidade” por “ineficácia”.

Reza o art. 1.906: “Só podem pretender a decretação da INEFICÁCIA dos atos praticados com infração dos artigos antecedentes: I. — O filho; II. — Os herdeiros; III. — O representante legal”.

Vemos, afinal, surgir, no Código, a palavra “ineficácia”. Mas um exame mais atento mostra que de forma nenhuma se trata aqui da “ineficácia restritiva” ou “pendente”. Esta, por sua natureza, tem efeitos imediatos: o ato é desprovido *ipso jure* de efeitos, ATÉ que se COMPLEMENTE pela autorização judicial.

No caso do art. 1.906, a ineficácia deve ser DECRETADA a requerimento do filho, dos herdeiros ou do representante legal (entenda-se do filho).

O Anteprojeto, portanto, usa a palavra “ineficácia” no sentido amplo, e de forma a abranger a INVALIDADE do ato jurídico, que poderia ser tanto a NULIDADE como a ANULABILIDADE do ato.

Verifica-se, assim, que o defeito do atual Código foi consideravelmente aumentado, dado que não se fixou a natureza da “ineficácia”. E, ademais, o Anteprojeto inovou na sua terminologia criando um termo novo relativo a “invalidade”, ao lado da nulidade e da anulabilidade.

3. — Acentue-se, entretanto, que esse erro de técnica do Anteprojeto não poderia ser corrigido pela simples substituição do termo “ineficácia” pelo de “anulabilidade”.

Do ponto de vista prático, nenhum interesse haveria para o menor em que seja “protegido” mediante uma “anulabilidade” que ele irá argüir depois de se tornar maior, num curto prazo, depois que o ato surtiu todos os seus efeitos, quando, logicamente, como qualquer TERCEIRO, o menor deveria



ser protegido contra o administrador de seus bens pela declaração da INEFICÁCIA *IPSO JURE* do ato irregular do seu administrador, até que se COMPLEMENTASSE a representação regular por parte deste, pela obtenção da autorização judicial para a prática do ato.

No ponto de vista teórico, não é razoável que se admita “nulidade” quando a formalidade omitida não diz respeito a um ato de administração dos próprios bens pelo pai administrador, mas como COMPLEMENTAÇÃO NECESSÁRIA ao direito de representação do pai em relação a seu filho.

É evidente que os atos irregulares de administração do pai devem ser colocados sob o mesmo sistema que regula os do tutor; e este, sob as regras da INEFICÁCIA RESTRITA que regulam os atos irregulares do representante de TERCEIRO, sem poderes de representação.

4. — Ademais, não se justifica, também, que não se especifiquem os atos do pai que dependam de autorização judicial (que também pode não ser “prévia”), sendo desaconselhável a fórmula de “obrigações que ultrapassem os limites de simples administração”.

Deve ser adotado o texto do art. 1.643, do Código Civil Alemão: “Relativamente aos atos jurídicos a fazer pelo filho, o pai deve ter a aprovação do Tribunal de Tutelas NOS MESMOS CASOS em que o tutor tem necessidade dessa aprovação”, sendo aplicável ao pai as mesmas normas da “ineficácia pendente” do art. 1.829.

## VII

### ATO PRATICADO PELO RELATIVAMENTE INCAPAZ SEM ASSISTÊNCIA DO SEU REPRESENTANTE LEGAL

1. — Para que possa existir um contrato válido, é necessário o consentimento das partes. Por isso, deve ser considerado como absolutamente nulo o contrato celebrado com pessoa absolutamente incapaz de consentir, como sucede com um louco ou um menor de sete anos de idade.

Desde, porém, que se trate de menor com idade superior a sete anos e, portanto, já com DISCERNIMENTO, o contrato já não possui nenhum vício intrínseco. Trata-se apenas dum contrato incompleto, porquanto o consentimento prestado pelo relativamente incapaz deve ser COMPLETADO pelo assentimento do representante legal do menor.

É o sistema seguido pelo Código Civil Alemão, segundo o qual se o menor celebra um contrato sem o prévio consentimento ou assistência do representante legal, o contrato permanece em ESTADO DE PENDÊNCIA, e a outra parte permanece vinculada, sem poder revogar, se sabia tratar-se de menor agindo sem a necessária autorização (art. 109).

Para fazer cessar o estado de pendência, necessita a outra parte contratante de notificar o representante legal do menor para aprovar ou negar a aprovação no prazo de duas semanas (art. 108).

É um sistema perfeitamente correlato ao contrato celebrado com representante sem poderes de representação que também permanece em análogo estado de pendência (art. 177).

O Código Civil Suíço ainda vai mais longe do que o alemão, como vimos, porque nega em qualquer caso ao outro contratante o direito de revogação, só podendo desvincular-se do contrato mediante notificação ao tutor, dando-lhe prazo para conceder ou negar sua aprovação (art. 410).

2. — Esse sistema tão claro e lógico do Código Civil Alemão e Suíço prende-se a uma antiga tradição do direito romano que, de forma alguma, assimilava o ato do relativamente incapaz ao ato viciado por erro, dolo ou coação.

A incapacidade do pupilo sob tutela já saído da infância não era motivo de nulidade nem de rescisão. Tornava o contrato “claudicante”, isto é, válido na parte que atribuisse direito ao pupilo e nulo na parte que lhe atribuisse obrigação.

Praticamente, o contrato claudicante era ineficaz contra o pupilo, pela nulidade das obrigações assumidas por este e ineficaz contra a outra parte contratante, que poderia recorrer à *exceptio inadimpleti contractus*.

3. — A possibilidade de o tutor ratificar o ato do pupilo praticado sem a sua *auctoritas* é, como tivemos ocasião de dizer noutra obra, uma questão obscura no direito romano (Incapacidade Civil e Restrições de Direito, vol. I, n.º 14, nota 87).

Os nossos antigos praxistas, entretanto, recolhendo a tradição do direito romano, admitiam que o pupilo, com a autoridade do tutor, pudesse ratificar ou resilir o contrato, “podendo ainda a outra parte, como ensinou Moraes e o repete Borges Carneiro, para não estar o seu direito sempre incerto, exigir que o menor — e seu tutor — declare se quer resilir o contrato ou estar por ele, suprindo-se, nesse caso, a solenidade que faltou” (Moraes, 1, v. 2, cap. 20, ns. 58 a 60; Borges Carneiro, Direito Civil, 2, § 224, ns. 7 e 9).

Também essa tradição do “contrato claudicante” perseverou no antigo direito belga. Na França, porém, durante a Idade Média, entendia-se que a sanção normal para a incapacidade do menor era antes a *restitutio in integrum* ou a rescisão por lesão (De Page, 2, n.º 18, pág. 37).

4. — A obscuridade com que foi redigido o Código Civil Francês, em relação a essa matéria, e o exagerado apego à letra do referido Código, levaram os comentadores a “longas controvérsias para elaborar a teoria da incapacidade pessoal do menor” (Planiol, 2, n.º 1.083).

Afinal, a teoria que triunfou na França foi a de que o menor não tinha incapacidade para contratar, mas apenas a incapacidade de ser lesado (Baudry Lacantinerie, 14, n.º 1.952, com grande citação de autores e julgados).

5. — Esse ponto de vista, porém, não foi o que triunfou nos países que sofreram a influência do direito francês. Assim é que, na Itália, ao ser elaborado o Código Civil de 1865, nada menos do que quatro sistemas doutrinários então em voga foram citados no Relatório que precedeu ao Projeto Pisanelli sobre o art. 1.303, do referido Código (Giorgi, 8, n.º 152, pág. 243).

Prevaleceu, então, a concepção de que o ato praticado pelo relativamente incapaz sem autorização do seu representante legal seria sujeito a “ação de nulidade” (o Código desconhece a expressão “anulável” ou “anulabilidade”), a ser proposta pelo próprio menor ou seu representante legal (art. 322).

Desenvolvendo esse ponto de vista, a doutrina italiana colocou a incapacidade civil do autor do negócio jurídico como motivo de anulabilidade, lado a lado aos vícios de consentimento (dolo, erro e coação).

Passaram, então, a distinguir o ato nulo do anulável pelo seguinte característico principal: o ato é nulo quando lhe falta algum elemento essencial; e é anulável, quando possui todos os elementos essenciais, mas é afetado por um VÍCIO INTRÍNSECO que *infrime a vontade declarada* (Bartolomeu Dusi, Ist. de Dir. Civile, I, § 21; Chironi, I, § 71; Ruggiero, § 32, II).

6. — Não nos parece feliz, entretanto, a solução encontrada pelo legislador italiano:

a) em primeiro lugar, porque considerou a incapacidade, mesmo a dos infantes e a dos loucos, como motivo de anulabilidade (art. 428, 2.<sup>a</sup> alínea, e art. 1.425, alínea do novo Código de 1942), quando, evidentemente, a falta total de discernimento deve ser motivo de nulidade absoluta e não de anulabilidade;

b) em segundo lugar, porque considerou a vontade do relativamente incapaz como se tivesse sido atingida por um vício análogo ao erro, dolo e coação.

No caso do ato praticado com erro, dolo ou coação, a vontade do declarante é realmente vulnerada. O ato padece de defeito INTRÍNSECO, que verdadeiramente ANULA diretamente o próprio ato.

No caso do ato praticado pelo relativamente incapaz, o ato continua sempre VÁLIDO, ainda quando a lei condicione sua EFICÁCIA à aprovação dum representante legal.

A incapacidade RELATIVA jamais anula o ato; apenas, em certos casos, condiciona sua EFICÁCIA ao complemento da autorização de terceiro. E tanto é assim que, sobrevivendo a autorização, o ato COMPLETA-SE. Não era, até então, um ato nulo nem anulável, mas um ato INCOMPLETO.

Às vezes, o ato do relativamente incapaz é plenamente eficaz, independentemente de autorização tutelar ou paterna. E assim pode o menor relativamente incapaz ser mandatário extrajudicial (art. 1.298, do Código Civil), fazer testamento (art. 1.627, I), ser testemunha nos atos jurídicos (art. 142, III, e 1.650), administrar os bens adquiridos pelo seu trabalho (art. 9.<sup>o</sup>, parágrafo único, n.<sup>o</sup> V, e art. 391, n.<sup>o</sup> II).

Outras vezes, o ato reclama a COMPLEMENTAÇÃO duma autorização tutelar. Mas, enquanto esta não sobrevém, o ato NÃO É NULO. Está em estado de pendência e somente se infirma se for NEGADA a autorização, não por seu defeito intrínseco, mas pela negação dessa complementação.

É exatamente igual ao que ocorre com o ato do pai ou do tutor que DEPENDAM de autorização judicial. Aquele ato não é nulo nem anulável, mas um ato INEFICAZ enquanto não sobrevém o COMPLEMENTO DA AUTORIZAÇÃO.

Intrinsecamente o ato do menor, do tutor ou do pai são perfeitos, mas INCOMPLETOS porque sua EFICÁCIA depende dum elemento EXTRÍNSECO, que é a autorização do representante legal, no primeiro caso, e da autoridade judicial, nos demais.

## VIII

## A SIMULAÇÃO NO ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL

1. — Caracteriza-se a simulação pelo fato de, com uma só intenção, serem feitas duas declarações diversas: uma, ostensiva, aparente e destinada a iludir terceiros; e outra, oculta, real e que estabelece a verdadeira natureza do negócio destinado a vigorar entre os contratantes.

Pode o ato ostensivo encobrir um ato inexistente; por exemplo, podem as partes, sob a aparência duma venda, não terem feito transação alguma e isso mesmo deixarem claro na ressalva ou ato secreto. Pode, entretanto, o ato ostensivo ocultar um outro ato verdadeiro, na intenção das partes; por exemplo, uma venda aparente encobrir uma doação real, ou um preço aparente encobrir um preço real menor ou maior do que o aparente.

No primeiro caso, diz-se que a simulação é absoluta e no segundo, que é relativa.

2. — São duas as maneiras de se considerar juridicamente a simulação.

A primeira consiste em só se ter em atenção o ato secreto, único que corresponde à intenção das partes, já que o ato aparente é apenas uma forma destinada a ocultar aquela intenção.

Em tal caso, se existir um ato aparente que não encobrir ato real algum, o ato aparente deverá ser tido como NULO, por falta consciente de vontade por parte do declarante (simulação absoluta).

Se, entretanto, a convenção aparente oculta um outro ato jurídico, aplicam-se as disposições que concernem ao ato oculto.

É o que preceitua o art. 117, do Código Civil Alemão, que procura proteger os terceiros de boa fé que contrataram fiados na presunção de realidade do ato aparente, mediante disposições especiais a favor desses terceiros (artigos 405, 409, 892, 932, etc., v. Enneccerus, Kipp, Wolff, I, II, § 156, II, 4).

Reza o art. 177, do Código Civil Alemão: “Se uma declaração de vontade que deveria ser feita em face dum outro não é feita, de acordo com este último, senão pela forma, ela é NULA.

Se uma convenção aparente encobre um outro ato jurídico, aplicam-se as disposições que concernem ao ato oculto”.

3. — O Código de Obrigações Suíço também assim dispôs, evitando, porém, falar em “nulidade”. Somente cuida da EFICÁCIA do ato oculto, tal como foi querido pelas partes contratantes, sem ter em conta a aparência com que se procurou fosse ele dissimulado. E exclui expressamente a invocação da exceção de simulação contra terceiros de boa fé (art. 18).

Diz o art. 18, do novo Código de Obrigações Suíço: “Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (simulation).

Le débiteur ne peut pas opposer l'exception de simulation au tiers qui est devenu créancier sur la foi d'une reconnaissance écrite de la dette”.

Essa forma de entender a simulação corresponde aos textos do direito romano, que têm mesmo como título do Código, livro 4, título 22, o seguinte:

“plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur”; “mais vale o que se faz do que o que se expressa mediante simulação”.

Todavia, os comentadores do Código Civil Suíço interpretam como sendo NULO o ato simulado (von Tuhr, *Trat. de las Oblig.*, trad., pág. 200).

E assim também se entendia no direito romano: “*simulatae nuptiae NULLIUS MOMENTI sunt*” (D., 23, 2, fr. 30). O ato simulado é NULO (Ebert Chamoun, *Inst. de Dir. Romano*, pág. 101).

4. — Outra maneira de encarar a simulação é a do direito francês, o qual admite que a intenção das partes não se prende apenas ao ato oculto, dissimulado por ato aparente, mas tem em vista emitir duas declarações simultâneas, com finalidades diferentes: um ato oculto destinado a produzir efeito somente entre as partes contratantes; e outro ato, aparente, destinado a produzir efeito em relação aos terceiros.

Não se pode verdadeiramente dizer que este último ato não corresponda à intenção das partes.

É o que diz magnificamente o art. 1.321, do Código Civil Francês: “*les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu’entre les parties contractantes; elle n’ont point d’effet contre les tiers*”.

A matéria é aqui tratada somente do ponto de vista da INEFICÁCIA; a simulação, por direito francês, não é motivo de nulidade (Planiol, 2, n.º 1.191).

O ato secreto, ou ressalva, é, na intenção das partes, destinado a permanecer oculto e, como tal, vigorar entre elas. Se, entretanto, alguém tenta prevalecer-se do ato aparente, pode a outra parte recorrer à ação declaratória da simulação, pela qual fica manifesto que estão sujeitas às normas do ato secreto e não às do aparente.

Os terceiros, entretanto, estão protegidos contra a simulação, porque contra eles não pode ser oposto o ato secreto. Isso significa que o ato aparente tem plena eficácia contra esses terceiros.

Isso não impede, porém, os terceiros, de recorrer à ação declaratória da simulação, para fazer prevalecer, a favor deles, o ato secreto, desde que tenham interesse nessa declaração.

O art. 1.321, do Código, com efeito, declara que a ressalva, ou ato secreto, não tem efeito CONTRA os terceiros, mas pode ter efeito A FAVOR deles.

Pode também ocorrer que, em virtude de ter algum terceiro conhecimento do ato secreto, haja conflito entre esse terceiro e os demais que tenham contratado fiados na seriedade do ato aparente. Em tal caso, prevalecem os efeitos do ato aparente (Planiol, 2, n.º 1.199).

Não se confunde a ação de simulação, que visa apenas a revelar, em face aos terceiros, a existência do ato secreto, com a ação pauliana, que visa a revogar o ato na medida do prejuízo que tenha sido causado ao credor pela fraude do devedor.

5. — O novo Código Civil Italiano também é expresso, quando considera a simulação como simples causa de INEFICÁCIA RELATIVA e não de nulidade.

O ato aparente *não produz efeito* entre as partes, em relação às quais o ato dissimulado, ou secreto, produz efeito, se tiver os requisitos legais de substância e forma (art. 1.414). Em relação aos terceiros, o ato dissimulado produz seus efeitos, podendo, entretanto, eles, mediante ação declaratória, fazer prevalecer o ato dissimulado, se a simulação prejudicar seus interesses (art. 1.415).

## B

1. — Como vimos anteriormente, há duas maneiras de encarar a simulação, no ponto de vista jurídico:

a) ou se deverá entender que o ato encoberto pela simulação é um só ato, ou seja, o ato realmente querido pelas partes, e por elas oculto pela aparência dum ato simulado; e, nesse caso, se, na realidade, a intenção das partes tiver sido a de nada contratar entre si (simulação absoluta), o ato SERÁ NULO POR FALTA DE CONSENTIMENTO DAS PARTES quanto à realização de qualquer contrato; e, se, sob a aparência dum contrato, as partes houverem convenicionado, secretamente, realizar outro contrato, valerá este outro, se obedecer aos requisitos legais (simulação relativa).

A ação de simulação, em tal caso, não será nunca ação de nulidade, mas simples ação declaratória, destinada a revelar a natureza do ato oculto: se este ato for no sentido de não existir o contrato ou envolver um contrato nulo, o ato SERÁ NULO; se o ato oculto obedecer aos requisitos legais, valerá como tiver sido na realidade convenicionado.

Tal é o sistema adotado pelo direito alemão e suíço, e já agora também do Código Civil Português (arts. 240 e 241).

b) Se se entender que, na simulação, há duas declarações simultâneas, ambas destinadas a produzir efeito, uma, oculta, em relação às partes contratantes, e outra, aparente, em relação aos terceiros, a matéria será regulada pelos princípios da simples INEFICÁCIA RELATIVA. A ação declaratória de simulação visa a estender aos terceiros os efeitos do ato oculto.

É o sistema adotado pelo direito francês e italiano.

2. — Não cabe aqui fazer a crítica dos dispositivos do atual Código Civil, certamente os mais obscuros e defeituosos do Código.

Basta dizer: a) que o art. 103 não considera defeito a simulação inocente, o que poderia levar a supor que as partes contratantes não poderiam vir a Juízo comprovar a simulação do ato (Eduardo Espínola, Man. do Cód. Civil, III, I, n.º 127); b) o art. 104 impede que a simulação fraudulenta seja alegada pelas partes, o que tornaria válido um contrato criminoso oculto pelo véu da simulação; c) o art. 105 fala em nulidade dos atos simulados sem esclarecer se é de todo o ato ou se apenas do ato aparente.

3. — O novo Anteprojeto de Código Civil dispôs, no art. 156: "Poderão demandar a ANULAÇÃO do negócio jurídico simulado, além dos contraentes, caso em que serão ressalvados os direitos de terceiros de boa fé, os terceiros lesados pela simulação, ou os representantes do poder público".

"Art. 157. — Anulado o negócio jurídico simulado, subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma."

Vimos, precedentemente, que o art. 117, do Código Civil Alemão, de acordo com os ensinamentos do direito romano, considera NULO o ato simulado, visto não corresponder a nenhuma declaração real da vontade.

O Anteprojeto, portanto, começa por ofender a lógica jurídica, quando considera tal ato FICTÍCIO como meramente anulável. Defeito de lógica semelhante ao do art. 174 que declarou meramente anulável o ato do louco não interditado.

Há, porém, mais.

A anulabilidade pressupõe a prática dum ato que PRODUZ EFEITOS DE VÁLIDO enquanto não é anulado.

Ora, a finalidade do ato simulado, segundo a vontade das partes, consiste precisamente em NÃO PRODUZIR NENHUM EFEITO entre elas, por se tratar de ato meramente aparente e fictício. Só no caso de alguma das partes pretender DAR EFICÁCIA ao ato simulado é que lhes cabe recorrer à declaração de ineficácia da simulação, fazendo prevalecer a ressalva feita pelas partes.

De outra parte, se, “anulado” o ato simulado, o ato não desaparece totalmente, como é característico dos atos anulados, mas “subsiste” sob a forma de ato oculto, pelo véu da simulação, a ação de simulação não será na verdade uma ação de nulidade, mas uma simples ação declaratória, cuja finalidade nada mais é do que fazer prevalecer o ato em seu verdadeiro caráter, tal como foi querido pelas partes. Se esse ato verdadeiro ou oculto era o de não realizar transação alguma, ou se era um ato proibido por lei o ato será nulo, não em virtude da simulação, mas porque não foi querido pelas partes ou foi proibido por alguma lei; ou se, ao contrário, o ato verdadeiro era válido e tinha forma legal PREVALECERÁ sobre o ato dissimulado.

4. — O art. 156 do Anteprojeto, portanto, está tecnicamente errado, por falar em “anulação”, onde somente poderia ocorrer, logicamente, um ato nulo e desconhecer que a estrutura da simulação se rege pela “INEFICÁCIA RELATIVA” e não pelas normas da nulidade.

Sugeriria que o nosso futuro Código Civil adote a excelente redação dos arts. 1.414 e 1.415, do Código Civil Italiano, onde, aliás, está em resguardo o interesse de todos os terceiros atingidos, quer pelo ato aparente, quer pelo ato oculto.

“Art. 1.414 — Efeitos da simulação em relação às partes. O contrato simulado NÃO PRODUZ EFEITO entre as partes.

Se as partes houverem querido concluir um contrato diverso do aparente, o contrato dissimulado TEM EFEITO entre elas, desde que preencha os requisitos de substância e de forma.”

“Art. 1.415 — Efeitos da simulação em relação aos terceiros. A simulação não pode ser oposta nem pelas partes contraentes, nem pelos sucessores ou pelos credores do alienante simulado, ao TERCEIRO que de boa fé haja adquirido o direito do titular aparente, salvo os efeitos da transcrição da demanda da simulação.

Os terceiros podem fazer valer a simulação em confronto com as partes, quando esta prejudica os seus direitos.”

## IX

## CURATELA

1. — O direito romano (eterno pela precisão quase matemática com que analisava os fatos) distinguia entre a incapacidade absoluta, a incapacidade relativa e a curatela DUM PATRIMÔNIO sem diminuição da capacidade jurídica do seu proprietário.

a) A incapacidade absoluta ocorria sempre que o agente não tinha discernimento, como no caso do infante menor de sete anos, do louco (fora dos intervalos lúcidos), do mentecapto, etc. e tornava nulos os seus atos;

b) A incapacidade relativa era dos impúberes maiores de sete anos, dos pródigos interditados e dos fracos de espírito;

c) Era submetido a curatela parcial ou total o PATRIMÔNIO de todo aquele que, pela ausência, ou pelas suas condições pessoais, não podia administrar convenientemente seus interesses, sem, entretanto, que fosse diminuída a capacidade jurídica do proprietário.

O exemplo típico dessa curatela foi a dos menores de 25 anos, púberes, sob curatela permanente, ao tempo do direito clássico romano: a administração de seus bens por um curador não tirava a plena capacidade jurídica aos referidos menores (Bonjean, n.º 747).

Na mesma categoria devia estar classificada a curatela deferida àqueles que, não só em virtude de ENFERMIDADE, mas POR QUALQUER OUTRO MOTIVO, “não podiam atender à administração de seus bens”; curatela esta que podia ser forçada ou simplesmente requerida pela parte (Dig., 27, 10, fr. 2).

Essa grandiosa idéia da criação duma curatela para proteção do patrimônio dos fracos não teve, portanto, ao contrário do que se poderia supor, uma origem cristã. Pertenceu ao direito romano clássico, fundado na interpretação do edito do Pretor e foi se tornando imprecisa no correr dos séculos, até renascer, com todo o seu esplendor, nos modernos Códigos Civis alemão e suíço.

Não eram só estas, porém, as curatelas que o direito romano dava ao patrimônio dos cidadãos. Variavam ao infinito, como observou Girard (pág. 222) e era especialmente: a) a curatela do nascituro; b) a da herança aberta; c) a dos ausentes; d) a do devedor insolvente, etc.

Acresce, ainda, o “benefício da restituição por inteiro” que o pretor dava a favor de todo aquele que estivesse impedido de exercer seus direitos ou por outra justa causa (Dig., 4, 6), o que, sem dúvida, favorecia também os “miseráveis atingidos pela injúria da fortuna” e suscetíveis de curatela.

2. — Os Códigos Civis da Alemanha e da Suíça reproduziram quase textualmente essas velhas normas romanas, inclusive a famosa CURADORIA DOS ENFERMOS E DOS FRACOS que, pelo direito alemão, não tira a capacidade jurídica do curatelado e pelo direito suíço pode, conforme o caso, levar à interdição, requerida voluntariamente pelo próprio indivíduo atingido por fraqueza senil, enfermidade ou simples inexperiência, que o leve à impos-



sibilidade de gerir seus negócios (art. 272), podendo, entretanto, também ser deferida sem sua interdição (art. 417).

Previram também esses Códigos a repressão da chamada lesão subjetiva, isto é, contratos lesivos obtidos com exploração da necessidade, leviandade ou inexperiência do outro contratante (art. 138 do Cód. Alemão, e art. 21 do Código de Obrigações Suíço, de 1911).

3. — O nosso Código Civil de 1916 desprezou, entretanto, esses belos modelos suíço e alemão, e mesmo a sua fonte inspiradora constante, que foi o velho Código Napoleão de 1804, e adotou, em seus arts. 6.º e 7.º, uma classificação de incapacidade que certamente constitui uma das partes mais imperfeitas do nosso Código.

Basta dizer que considerou absolutamente incapaz o menor de 16 anos (art. 5.º, n.º I), quando o mesmo pode até mesmo emancipar-se pelo casamento, além de ter capacidade admitida pelo próprio Código em vários dispositivos, como demonstramos em outro trabalho.

Considerou, ainda, o ausente absolutamente incapaz (art. 5.º, n.º IV), quando evidentemente o ausente em nada tem sua capacidade diminuída, tendo apenas seu patrimônio sob curatela.

Classifica o surdo-mudo entre os absolutamente incapazes, quando, no art. 451, manda graduar sua incapacidade, o que levou Pontes de Miranda a classificar o surdo-mudo como um caso de "incapacidade absoluta com exceções" (Dir. Fam., § 288, n.º 5).

O mais espantoso, entretanto, é que o Código esqueceu de incluir o FRACO DE ESPÍRITO e o PSICOPATA entre os relativamente incapazes, permitindo graduar sua incapacidade, o que somente veio a ser plenamente corrigido em 1934, com o Decreto n.º 24.559 (art. 26).

Adotando, ainda, a norma da plena liberdade contratual, excluiu o Código a rescisão por lesão e o benefício da restituição a favor dos incapazes (art. 8.º), o que somente veio a ser corrigido pela restauração da rescisão por lesão subjetiva, ou seja, a lesão causada, em qualquer contrato, pelo abuso da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, pela Lei de Economia Popular de 1938 (art. 4.º, letra *b*), reproduzida pela vigente, de 1951.

Mais tarde, ainda, nossa legislação veio cada vez mais restringindo a liberdade contratual, impondo às vezes contratos pré-fabricados aos que desejam contratar, ou fazendo depender sua eficácia da aprovação do Estado, o que põe praticamente os cidadãos SOB A TUTELA do Estado, numa situação fronteiriça entre incapacidade e restrição à capacidade para a qual tive a ocasião de propor o neologismo de "para-incapacidade" (Incapacidade Civil e Restrições de Direito, vol. I, n.ºs 336 e 337).

4. — Ao se cuidar de reformar o Código Civil, era de esperar que o Anteprojeto corrigisse esses erros e lacunas do atual Código.

Ora, eis que o atual Anteprojeto:

a) Coloca entre os absolutamente incapazes, não apenas, como seria de esperar, os menores SEM DISCERNIMENTO, mas os menores de

16 anos, mesmo quando tenham discernimento e capacidade natural, e, pelo próprio Código, podem casar-se (arts. 1.738, 1.741 e 1.707) e emancipar-se pelo casamento (art. 6.º, parágrafo único, n.º II).

b) Somente considera absolutamente incapaz o que não tiver discernimento por enfermidade mental (art. 4.º, n.º II), quando a falta total de discernimento pode ocorrer por motivo transitório, como a embriaguez ou outras causas, que o Anteprojeto considera, absurdamente, como incapacidade relativa (art. 174).

c) Inclui entre os relativamente incapazes os silvícolas, os quais declara submetidos a regime de proteção que cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país (art. 5.º, n.º V e parágrafo único).

Acontece, entretanto, que essa regulamentação já foi feita pelo Decreto n.º 5.484, de 27 de junho de 1928, que distingue entre os índios nômades, os aldeados, os pertencentes a povoados e os que vivam promiscuamente com os civilizados. Os índios das três primeiras categorias são considerados INCAPAZES DE QUALQUER NEGOCIAÇÃO COM OS CIVILIZADOS, SOB PENA DE NULIDADE, salvo representados pelo inspetor competente ou quem fizer legalmente as vezes deste (art. 7.º) e os índios da 4.ª categoria, PLENAMENTE CAPAZES, ficaram sob a assistência do Serviço de Proteção aos Índios, particularmente para evitar que sejam maltratados ou coagidos a prestar serviços, ou desrespeitados em seus contratos de trabalho ou na posse de suas terras.

Por esse decreto OS SILVÍCOLAS JAMAIS TÊM INCAPACIDADE RELATIVA: ou SÃO ABSOLUTAMENTE INCAPAZES, e é a regra, ou PLENAMENTE CAPAZES.

O Anteprojeto do Código, portanto, classifica erroneamente os silvícolas entre os "relativamente incapazes".

5. — *Tratando, a seguir, da curatela, o Anteprojeto esqueceu-se de que, no seu art. 5.º, n.º II, admitiu uma curatela LIMITADA dos que sofram de fraqueza de espírito, embriaguez habitual ou vício de tóxicos.*

*Limitou-se a reproduzir os dispositivos do Código Civil sobre curatela, os quais não cogitaram da referida espécie de curatela limitada.*

6. — O direito francês e o italiano distinguem cuidadosamente a interdição da inabilitação. No caso de interdição, o interdito é representado pelo seu tutor. No caso de inabilitação, o inabilitado (fraco de espírito ou pródigo) é apenas assistido pelo conselho judiciário, para a prática de certos atos (Baudry Lacantinerie, 5, n.º 979).

O nosso Código Civil, embora fale em "interdição", em relação ao pródigo, na realidade apenas o submeteu à inabilitação, porque lhe proíbe a prática de certos atos sem ASSISTÊNCIA do seu curador (art. 459). O curador, portanto, não administra os bens do pródigo, apenas o assiste quando pratica certos atos (Pontes de Miranda, Tratado, 9, § 1.035, 3).

Já em relação aos loucos, uma vez que são absolutamente incapazes, são verdadeiramente representados pelo curador.

Se se trata de surdo-mudo, o Código Civil (art. 451) — e agora o Anteprojeto (art. 1.978) — determina que o juiz fixe os limites da curatela.

Que limites? Tem-se entendido que se trate de representação do curador, nos casos em que o juiz declara a incapacidade do surdo-mudo.

Mas o Código Civil não cogitou da curatela limitada dos psicopatas. E o Anteprojeto que a ela se referiu em seu art. 5.º, n.º II, é ABSOLUTAMENTE OMISSO EM REGULAR TAL CURATELA LIMITADA, ao tratar da curatela.

Pela lei vigente, o juiz, ao nomear o administrador provisório ou ao decretar a interdição, determinará "os limites da ação do administrador ou do curador, fixando assim a incapacidade absoluta ou relativa do doente mental".

Esse dispositivo mostra tratar-se de REPRESENTAÇÃO do curador, e não de mera ASSISTÊNCIA ao interdito.

O novo Código Civil terá necessariamente de pronunciar-se sobre se mantém o sistema atual de administrador provisório e de curador com os poderes traçados pelo juiz.

Assim o fazendo, não parece razoável que se permita ao juiz determinar, como melhor lhe pareça, os limites da curatela do interdito, provocando confusão com aqueles que devam com ele contratar, para interpretar a sentença.

Parece mais razoável que a lei proíba ao interdito a prática de atos que excedam a administração ordinária, como no caso do pródigo (art. 459, do Código Civil).

7. — Há ainda a considerar outras modalidades de curatela SEM INTERDIÇÃO NEM INABILITAÇÃO:

a) além da curatela do ausente, do nascituro e de conflito de interesses do representante legal, deve ser instituída curatela "para gestão ou emprego de fundos recolhidos publicamente para uma obra de beneficência ou de utilidade geral" (art. 393, n.º 4, do Código Civil Suíço, e art. 1.914, do Código Civil Alemão);

b) curatela dos enfermos, assim definida pelo art. 1.910, do Código Civil Alemão: "o maior que não está sob tutela (isto é, não está interdito), pode receber um curador para sua pessoa e bens quando em virtude de enfermidade corporal, especialmente se ele é surdo, cego ou mudo e é incapaz de cuidar de seus negócios, desde que a curatela seja ordenada com o seu consentimento, a menos que um entendimento com ele seja impossível" (cfr. art. 393, n.º 1, do C. C. Suíço).