

DA PRETENSA REGRA

Error communis jus facit

1. No capitulo intitulado—*Das maximas de Direito*—do seu formoso livro *Essais de littérature du Droit* (1), faz o erudito Thiercelin interessante crítica de certas maximas jurídicas, que por não andarem vestidas da fôrma legislativa, não exprimem menos verdadeiros principios de direito, nem são menos dignas do respeito geral do que as regras emittidas pela auctoridade do legislador.

Nem taes maximas pertencem em particular á sciencia do direito. «Os axiomas da geometria, os adagios da moral, os proverbios do bom senso popular, todo ramo do saber humano tendente a um fim pratico, como diz Thiercelin, tudo tem suas regras de senso commum, fructo do tempo e da experiencia, obra anonyma das gerações, que se succederam, cultivando-na,

(1) Paris, 1859. Velho, mas livro sempre fresco de actualidade.

mas que, por serem anonymas, não merecem menos um logar no deposito da verdadeira sciencia, cujos desvios ellas algumas vezes reprimiram. E' que está na natureza de todas as sciencias de applicação avançar mais pelo concurso incessante, continuo, da massa popular do que pelas descobertas do talento e mesmo do genio.»

2. Nenhuma sciencia mais do que a nossa dispõe dessas regras anonymas, que nella tomam o nome especifico de *brocardos* (2). Mesmo no liv. 50 tit. 17 do Digesto—*de diversis regulis juris antiqui*—com a prolígera collaboração dos mais fecundos e veneraveis jurisconsultos—Paulo, Ulpiano, Pomponio, Gaio, Papiniano, Celso—essa a mais rutilante constellação do firmamento juridico romano—quanto simples brocardo se engravou com força identica á das regras legislativamente promulgadas!

A razão é, porque tanta porção da propria alma punham os romanos no amor da patria, que patria e direito, Roma e Themis, para elles representavam entidades por tal modo entrelaçadas, que dever serviços a uma o mesmo era que desde logo prestal-os á outra. Fecundar abundantemente a obra elaborativa da jurisprudencia era dever de patriotismo tão urgente e inextinguível, quanto para o guerreiro o de glorificar a patria no brilho valoroso das armas. Eis porque os poetas, esses outros collaboradores na evolução social, costumavam, ao decantar os fulgidos triumphos patrios, enfeixar-lhe o nome sob o duplo titulo de mãe nutriente das leis e da guerreira arte:

(2) Sobre a etymologia deste vocabulo nos diz o citado Thiercelin: «Les amateurs d'etymologies pourront faire dériver le mot BROCARD, à leur choix, ou du mot BROCHE, aiguille, exprimant ainsi une forme piquante de parler, ou du nom de l'évêque BURKARD, qui, au moyen-âge, a fait un recueil de sentences extraites de la collection de canons, et qu'il publia sous le titre de BROCARDICA.»

Armorum legumque parens, quæ fundit in omnes
Imperium, primique dedit cunabula juris.

(CLAUD., *De Laudibus Stilichonis*).

Porrige victuras romana in sæcula leges.

(RUTIL., *Stiner.*, 1).

A impetuosidade do amor guerreiro não devia ter por medida raio menor do que a fecundidade do sentimento juridico. Ao ponto de intercessão, que era o culto á patria, com todo o prestigio de uma religião (3), chegavam parallelamente aquellas duas supremas expansões do espirito romano. Augmentar o volume da massa juridica era, portanto, para os jurisconsultos romanos tão imperioso dever quanto para os generaes o de estender os limites da gloriosa *urbs*.

3. E' sem duvida a essa exuberancia de producção juridica que devemos attribuir a abusiva elasticidade impressa á jurisprudencia dos brocardos; o que já lhe tem sido acrimoniosamente increpado. « *Que n'a-t-on pas dit de l'inexactitude et de l'inutilité de ces adages courants, dénigrés sous le nom de BROCARDS, malgré les secours mnémoniques qu'on en reçoit et l'usage habituel qu'on continue d'en faire! Leur origine est suspecte, répète-t-on, tout en invoquant à l'occasion; les notions qu'elles laissent dans l'esprit sont fausses le plus souvent, et les moins dangereuses de ces maximes, celles dont les jurisconsultes véritables n'ont nulle raison de gêner la circulation, ne font, en dernière analyse, que proclamer des naïvetés* » (4).

Ora, uma das causas mais fecundas de erro no uso ou emprego dos brocardos vem de se considerar *regra*

(3) Eug. Henriot, *Mœurs jurid. et judic. de l'ancienne Rome*. Paris, 1865, vol. 1.º, pag. XII.

(4) Cit. Thiercelin, pag. 69-70.

de direito o que não passa de *maxima de direito* (5), consequentemente de se não observar o prudente conselho do estimado auctor dos *Ensaio de litteratura do direito*: que, se em muitos brocardos se pôde vêr o *resumo da sabedoria pratica amadurecida pelo tempo*, para lhes não recusarmos auctoridade preciso é que sejam applicados tão sómente aos casos para que exclusivamente foram formulados.

Aliás, como ensina Ihering, essa elaboração extralegislativa do direito acabará por influir desfavoravelmente no direito mesmo. Idéa esta, que poderíamos filiar ao felicissimo conceito de Bacon, quando via nos brocardos, que indicam a lei sem fazel-a, algo de semelhante á bussola a indicar o polo ao navegante—*ut acus indicat nautica polos*. Abri cortinas ao nevoeiro das interpretações discricionarias, e a bussola não mais vos prestará serviço algum.

4. A proposição *error communis jus facit* é das taes que, por muito as terem feito extravaguear, vão concorrendo para o descredito da jurisprudencia brocardiana. O nosso Candido Mendes, em nota á Ord. Liv. 4.º, tit. 85, (6) sobre a passagem que manda haver como valido o testamento em que figurou como livre uma testemunha depois achada ser captivo—*pois pelo erro commun em que todos com elle estavam, era tido por livre*—chegou a escrever o seguinte:

«O erro commun opéra tanto como o direito. *Error communis jus facit*. L. 3.º ff. de supell. legat.»

Este tom absoluto, que lhe assim deu o nosso venerando annotador philippino, faz semelhante these insustentavel—como tivemos occasião de demonstrar perante o extincto tribunal da Relação de S. Paulo,

(5) Para levantar a linha divisoria entre regra e maxima de direito, firmac-vos no § 3.º do *Espirito do D. R.* de Ihering.

(6) *Codigo Philippino*, pag. 920, 1.ª col. nt. 1.ª

mas improficuamente, pois por accordam unanime se julgou que era assim mesmo—quer dizer: que o erro *commum* é um outro poder legislativo, de que não cogitou a constituição, mas que o povo usurpára em sua sabedoria illimitada.

Mas como nem sempre nos arestos dos nossos tribunaes se encontra a definição que de *jurisprudencia* nos deu o genio de Ihering—*o precipitado da sã razão humana em materia juridica*—não nos dêmos por convencidos, e voltamos a estudar o assumpto.

5. A hypothese era esta (7).

Contra o testamento cerrado com que, na cidade de Santos, fallecera um irmão dos Auctores, propuzeram estes acção de nullidade, sobre o fundamento de ser nullo o instrumento de approvação daquelle testamento, por havel-o lavrado official incompetente, attenta a illegalidade da respectiva nomeação. A sentença da 1.^a instancia, *attendendo a que a boa fé do nomeado, que publicamente exercia o cargo, não podia deixar de gerar bem fundado erro commum*, QUE NA OPINIÃO DE CANDIDO MENDES, OPÉRA TANTO COMO O DIREITO, julgou valido o testamento. A Relação de S. Paulo confirmou unanimemente a sentença.

6. a) A doutrina, b) a lei e c) a jurisprudencia vão convencer do erro contido em tão extravagante julgado.

7. A) A locução—*erro commum*—não se contém em um só texto do direito romano, senão naquella já citada passagem das nossas Ordenações, com determinada applicação—é pura creação dos commentadores.

No corpo de toda a nossa legislação, patria e romana, apenas encontramos as duas seguintes passa-

(7) Appellação n. 820, de Santos, entre partes Valencio Augusto Teixeira Leomil e Romão José Florindo.

gens, em que se dá como nenhuma a influencia do erro nas relações de direito ali figuradas:

Dig. fr. 3.^o § 5.^o *de supellectile legata* (XXXIII, 10): *Hodie propter usum imperitorum, si in argento relatum sit candelabrum argenteum, argenti esse videtur; ET ERROR JUS FACIT.*

Ord. Liv. 4.^o tit. 85 pr.: *mas se o escravo, sendo reputado por livre ao tempo do testamento, fosse nelle testemunha, e depois se achasse ser captivo, não deixará por isso de valer o testamento, pois pelo ERRO COMMUN em que todos com elle estavam, era tido por livre.*

Além destas, em mais tres passagens do *corpus juris* se contém implicita aquella excepção á influencia annullatoria do erro, e são estas:

Cod. const. 1.^a *de testamentis* (VI, 23);

Inst. § 7.^o *de testamentis ordinandis* (II, 10) — fontes proximas da nossa citada Ord., que destes textos se distingue sómente em que usa da locução *erro commun*, ao passo que elles não na empregam, mas esta: *omnium consensu liberorum loco habiti sint . . . omnium consensu hic testis liberi loco fuerit*; e

Cod. const. 2.^a *de sententiis et interlocutionibus omnium judicum* (VII, 45): *Si arbiter datus à magistratibus, cum sententiam dixit, in libertate morabatur: quamvis postea in servitutem depulsus sit: sententia tamen ab eo dicta habet rei judicatæ auctoritatem.*

8. Também a proposito do *erro commun* se costuma citar, e os citou a sentença de que se trata, os frs. 3.º de *officio Prætorum* (I, 14) e 3.º de *senatus—consulto Macedoniano* (XIV, 16), que entretanto, na censura dos mestres, não tem applicação ao caso, que vamos analysando.

Assim, na especie do primeiro, Ulpiano indaga, a proposito do escravo Barbarius Philippus, o qual, tendo fugido da casa de seu senhor, se dirigira á Roma, onde não era conhecido, e ali obtivera a nomeação de pretor, se deviam ser considerados nullos os edictos e decretos por elle promulgados no exercicio da pretura; e decide que sejam validos, visto que o povo romano poderia conferir aquella dignidade a um escravo, manumittindo-o, se a sua condição fosse conhecida; e com mais forte razão o mesmo se deve decidir quando foi o proprio imperador quem conferiu a pretura—*cum etiam potuit populus romanus servo decernere hanc potestatem: sed etsi scisset servum esse, liberum effecisset: quod ius multo magis in imperatore observandum est.*

Como se vê, não é o *erro commun* o motivo da decisão, mas a liberdade presumida, que o povo romano conferiria se fosse conhecida a condição servil.—*Id est*, diz Pothier; *etsi populus romanus, cum scisset eum servum, eum tamen creasset prætorem, tacite ei tribuisse libertatem videretur*—ou ainda o poder do imperador, que, posto conhecesse aquella condição, fizesse a nomeação de pretor, teria tacitamente conferido a manumissão—*scilicet ut si princeps, servum sciens, prætorem creet, intelligatur ei tribuere libertatem*—Pothier *ad Pand.*, h. t. n. 1 nts. 4 e 5.—Vide Merlin, *Répert. vb. Témoin instrum.* § 2.º n. III, 26.º; Dalloz, *Dispos. entre vifs*, n. 3211; Troplong, *Test.*, n. 1686 e muitos outros citados em Dalloz.

Na especie do segundo texto o mesmo jurisculto decide, que se alguém emprestar dinheiro a quem julga pae de familia por estar publicamente na posse deste estado, sendo entretanto filho-familia, e o erro não poudeser attribuido a extrema simplicidade ou á ignorancia do direito, cessa a excepção do *senatus-consulto* Macedoniano.

Mas, como advertia Favre, citado por Merlin, loc. cit.—o motivo desta decisão não é que *error communis juss facit*, senão que, sendo aquella excepção introduzida em odio dos usurarios, que abusavam da inexperiencia dos filhos familias, devia cessar quando o filho familia se fizesse passar por emancipado na occasião de contrahir o mutuo.

9. Deixando, portanto, estes dous textos de lado, do segundo dos quaes mais tarde nos occuparemos sob differente aspecto, conclue-se dos outros que, asentando exclusivamente nelles a doutrina chamada do *erro communis*, para que este possa produzir o effeito de deixar valido o acto que pela acção geral do erro seria nullo, deve recair ou sobre a significação usual de um termo technico ou sobre um defeito ou inhabilidade pessoal. Na primeira ordem inclue-se o frg. 3.º § 5.º de *suppell. leg.*; na segunda, todos os outros.

Na especie do frg. 3.º § 5 de *suppell. leg.*, no qual se lê *error juss facit*, e não *error communis juss facit*, como suppõe Candido Mendes, o erro é do testador e versa sobre a significação technico-juridica do termo *suppellelex*, que segundo Pomponio, frg. 1.º lib. 6.º *ad. sab.*—*est domesticum patris familias instrumentum, quod neque argento, aurove facto, vel vesti adnumeratur*; comprehendia, segundo o frg. 7.º § 1.º h. t., o todo das cousas destinadas ao uso diario de um pai de familia, salvo as provisões de boca, a prataria, a guarda-roupa, joias e instrumentos de lavoura. Por

isso, diz o texto, que as taças de prata ou outro qualquer vaso deste metal *nondum admittendis in supellectilem*. Mas, conclue: *Hodie propter usum imperitorum, si in argento relatum sit candelabrum argenteum, argenti esse videtur*, ET ERROR JUS FACIT.

Na especie dos outros textos, o *erro* versa sobre um defeito pessoal desconhecido. Assim na Ord. IV, 85, pr., const. 1.^a *de testamentis*, e § 7.^o *de testamentis ordinandis*, vale o testamento em que figurou como testemunha um escravo que ao tempo da facção do acto (*testamenti quidem faciendi tempore*, cit. § 7.^o) era na opinião *commum* havido como livre, e na const. 2.^a *de selentiis*, vale a sentença proferida pelo arbitro escravo se ao tempo em que a proferiu era tido como cidadão.

10. Destes textos se deduzem as regras que a doutrina tem estabelecido para a solução de outras hypotheses.

Et error jus facit, repete Cujas commentando o fr. 3.^o, e acrescenta: *Errorem vocat IMPERITIA TESTATORIS; qui candelabrum argenteum in argento numerat, non in supellectile, qui tamen pro jure erit* (*Observ. et emend. lib. X cap. XIII*).

«Isto é, nota Pothier, o erro do vulgacho, que attribue, posto que imprópriamente, a significação de tal palavra a certas cousas, *faz direito* relativamente á significação dessa mesma palavra, porque é de uso geral que a linguagem tira suas forças e sua fôrma. A RESPEITO DO MAIS O ERRO COMMUM NÃO FAZ DIREITO (*ad Pand. h. t. nt. 5 ao n. III*.)

Eis a regra neste caso—o erro, tolerada a ignorancia do testador, faz direito acerca da significação de uma palavra, mas *in cæteris communis error jus non facit*.

Nem ha porque censurar a decisão, porque se tratava de um erro de facto não injusto, nem adverso ao direito publico, como diz o mesmo Cujas; *quoniam hoc dicitur de errore facti... error hic est index voluntatis non injustæ, aut jure publico adversæ* (Cuj. Respons Papin. lib. IX ad § Servum).

Eis a outra regra: o erro sobre um defeito ou incapacidade da condição pessoal de um individuo desde que é *commun*, isto é, tão geral que ninguém conheça a verdade em contrario, é, como dizem os escriptores, erro invencivel, e por isso não prejudica os actos em que, se conhecida fosse a verdade, não poderia o individuo tomar parte. Erro sobre uma pessoa, cujas condições pódem ser ingnoradas, e ninguém é obrigado a conhecel-as, é ainda erro de facto, que não offende principio algum de ordem publica.

E accresce que, nas especies dos citados textos, a decisão deve ser attribuida não tanto ao *erro commun* senão a motivos de ordem rigorosamente juridica. Assim quanto aos que se referem a testemunhas incapazes, vale o testamento por força da regra de Ulpiano no frag. 22 § 1.º *qui test. facere poss.* (XXXVIII, I): *conditionem testium tunc inspicere debemus, cum signarent, non mortis tempore*—para se determinar a condição das testemunhas, convêm reportarmo-nos ao tempo em que assignaram o testamento e não ao tempo da morte do testador.—Conf. Ortolan, *Explic. des Institutes*, n. 662. Quanto á especie do arbitro escravo, a sentença por elle proferida conserva a auctoridade de cousa julgada, não sómente, como ensina Merlin, *loc. cit.*—*par égard pour l'erreur commune qui le faisait passer pour libre et citoyen, elle est surtout par égard pour l'autorité du magistrat qui avait nommé cet arbitre*».

11. Mas a especie da causa era substancialmente diversa. Tratava-se de um ponto que diz respeito á mais solemne das condições sociaes da ordem judicaria. A competencia, que é a condição vital da validade dos actos geradores de direitos e obrigações, é de direito publico, e está definida e delimitada nas disposições da lei geral, cuja ignorancia não pôde ser allegada.

A incompetencia do juiz que nomeára o tabellião era incontestada, e a mesma sentença a reconheceu terminantemente. A competencia é a faculdade de exercer o poder conferido pela lei; e não tendo na hypothese o juiz poder de nomear aquelle individuo, não lhe podia conferir competencia alguma. Ora, as regras sobre competencia, como se exprime Pimenta Bueno (*Apontam. sobr. Proc. Civ.* ns. 14 e 35), *comprehendem não só os juizes, mas também os escrivães, que devem ser legitimamente constituídos, e ter poder legitimo e competente*; portanto, assim como a nullidade que proviesse da incompetencia do juiz seria insanavel, assim também o é a que provém da incompetencia do escrivão.

12. Estes principios, que são de direito rudimentar, bastam para convencer de que, qualquer que fosse a opinião dos escriptores citados na sentença appellada, a chamada doutrina do *erro commum*, cuja natureza e extensão ficaram expostas, não pôde ser applicavel á hypothese em questão, tanto mais quanto a opinião daquelles escriptores não auxilia a decisão appellada.

Em primeiro logar, não podiam taes escriptores ignorar os principios fundamentaes de direito, aliás expressos em varios textos e logares acerca do ponto questionado, e aos quaes já nos referimos. Assim Cujas attribue effeitos juridicos ao *erro commum*, quando

este não se oppõe ao direito publico—*index voluntatis non jure publico adversæ*—e o cit. frag. 3.º de *Senat., Maced.* quando não provêm da ignorancia do direito—*nec juris ignorantia*. Mas si as leis organisadoras da competencia são de direito publico; si ao juiz não era licito ignorar as disposições legaes obrigatorias reguladoras do provimento interino dos officios de justiça, os trechos citados na sentença appellada só pôdem ser entendidos de harmonia com taes principios.

Em segundo lugar, aquelles trechos observam explicitamente os principios expostos.

Assim Pereira e Souza, notas 450 e 453: *os actos do official constituido por auctoridade publica valem, ainda que seja pessoa inhabil. . . Se o tabellião é reputado geralmente tal, sustentam-se de equidade os instrumentos por elle feitos*, COMTANTO QUE SEJA CREADO POR QUEM TENHA ESSE PODER, *posto que por algum acontecimento occulto não possa exercer o officio*; e Moraes, de *Exec.*, liv. 4.º cap. 13: *quando ille qui est in possessione officii, titulum habet à legitimo superiore, sed nullum ob vitium latens. . . quando ille, qui est in possessione officii existit ABSQUE TITULO A LEGITIMO SUPERIORE. . . gesta. . . nulla sunt*—deixam nas palavras sublinhadas bem clara a observancia daquellas regras, não confundindo a inhabilidade pessoal do escrivão com a illegalidade do titulo pela incompetencia de quem o nomeou, pois que as expressões—*auctoridade publica*—*legitimo superior*—não pôdem comprehender o juiz reconhecidamente incompetente, que só é auctoridade publica ou superior legitimo em quanto exerce poderes que a lei haja conferido.

Assim Ramalho, *Praxe*, § 52, e Lobão nos logares citados, referindo-se ambos a Moraes, observam os mesmos principios. Se Ramalho ensina que o escrivão não tem fé, quando exerce o officio sem titulo,

não podendo o erro *commum* supprir essa falta, não quer dizer que o erro *commum* suppre a illegalidade do titulo, tanto que em nota acrescenta que o *erro commum* *suppre o defeito pessoal do escrivão, sómente quando esse defeito resulta da inhabilidade para exercer o officio.*

Tambem Lobão, enumerando, *Dir. Emphyt.* §§ 68, como escripturas publicas as que são feitas por tabeliães que tenham *provimento ou carta, não bastando o erro commum onde falta o titulo; ou dizendo, Seg. Linhnt.* 189, que *geralmente o erro commum não pôde supprir a falta de titulo no official, e só pode supprir o defeito pessoal delle,* não diz nem podia dizer que o titulo nullo por incompetencia de quem o conferiu, equivale a *carta ou provimento do officio.* Titulo nullo é como si não existisse. *Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere.*

Assim finalmente Merlin e Dalloz, a quem a sentença peior interpretou, consagram positivamente a verdadeira doutrina.

Aquelles escriptores, e com elles Toullier, Zachariæ, Demolombe, e todos os outros, occupam-se da presente questão a proposito do artigo 980 Cod. Nap., que estabelece as condições de capacidade das testemunhas testamentarias, e é exclusivamente debaixo do ponto de vista do defeito pessoal dos officiaes publicos nomeados, que elles indagam da influencia do *erro commum.* Mas neste ponto não ha contraversia, como vimos dos escriptores patrios acima citados: valem os actos praticados, pelo tabellião competentemente nomeado, posto que fosse pessoalmente inhabil para o exercicio do officio, se por *erro commum* estava occulto o defeito. O que, porém, Merlin e Dalloz não ensinam, é que se produza o mesmo effeito quando o vicio resulta da incompetencia. Ao contrario, Merlin

diz: «L'ERREUR COMMUNE ne suffit pas seule pour valider les acts faits dans l'exercice d'une fonction publique pour un individu qui était incapable de l'exercer; il faut de plus que cet individu ait été NOMMÉ PAR L'AUTORITÉ COMPÉTENTE à la fonction qu'il a exercée de fait (vol. 17, pag. 55, 2.^a col.), e Dalloz, que no lugar citado na sentença appellada, refere-se á. capacidade das testemunhas de um testamento, e não á nossa hypothese, e ali diz: *lorsqu'il sagit de fonctions publiques déferées à des personnes incapables*, isto é, inhabeis por defeito pessoal, em nota ao n.º 3170, *Dispos. entre vifs*, adopta a sentença do tribunal de Colmar de 13 de Fevereiro de 1818, a qual decidiu só applicar-se verdadeiramente a maxima *error communis jus facit* a notarios, magistrados e officiaes ministeriaes competentemente nomeados.

13. Nem foram melhor interpretados os outros escriptores com cuja opinião pretendeu-se soccorrer aquella sentença; e quanto á citação da *Consolidação das Leis Civis*, nts. aos arts. 1054 § 2.º e 1063 § 1.º, essa, é simplesmente curiosa. Assim Teixeira de Freitas, que pelos motivos expostos na introdução da sua obra, pags. VII—VIII, não consolidou um só texto em que se trate de escravos, dando conta naquelles arts. da legislação acerca de testemunhas testamentarias, nada refere relativamente á incapacidade dos escravos, e tão sómente na segunda daquellas notas transcreve, sem commentario, o final da cit. Ord. IV, 85 pr. E daqui conclue a sentença que Teixeira de Freitas confirma a decisão appellada! E de modo tão facil quanto infiel, são invocadas as opiniões de Silva Pereira, Gouvêa Pinto e Liz Teixeira, que só consideram o vicio latente do escrivão com respeito á inhabilidade pessoal, mas não com relação á incompetencia.

14. Tal é a doutrina acerca da influencia do *erro commun*, que só deixa de annullar os actos em que concorre, quando versa sobre a significação de uma palavra ou sobre a inhabilidade pessoal de alguém. Mas a incapacidade do tabellião que lavrou o instrumento em questão, não provêm de inhabilidade pessoal delle, senão da nullidade substancial do titulo com que exerceu o officio.

Esta nullidade é absoluta, e o *erro commun* não póde cobri-la, porque a competencia é de direito publico, e ninguem se póde aproveitar da ignorancia da lei geral, que o constituiu e delimitou.

15 b) A doutrina expendida está formalmente consagrada em lei patria, cujo espirito a sentença em questão inverteu por completo.

A Ord. L. I tit. 81, prohibindo que os castelhanos, estrangeiros de qualquer nação, e pessoas particulares fossem escrivães, declarou nullos e de nenhum effeito e vigor todos os actos *até então celebrados* por taes castelhanos e estrangeiros, e os que por diante se celebrassem, e acrescenta: «*E mandamos, que delles se não possam as partes ajudar em tempo algum. E isto havemos assi por bem, sem embargo de quaesquer costumes e* POSSES EM QUE STEM.»

Como si tal disposição não bastasse para repellar a applicação da pretendida regra—*error communis jus facit*—á nossa hypothese, o Alv. de 16 de Janeiro de 1819 é decisivo.

Dá essa lei, no preambulo, noticia de varios julgados da relação da Bahia e da Casa da Supplicação do Brazil, pelos quaes se annullaram alguns testamentos por haverem sido approvados pelos ajudantes dos tabelliães, contra o disposto na Ord. I, 97 § 10; e

porque taes decisões produziam fundado receio de que com elles soffreriam grande transtorno o socego e a fortuna de muitos, para que se restabelecesse a segurança e certeza nas relações juridicas creadas por actos lavrados por taes ajudantes, que eram incompetentes, mandou a lei—revalidar todos os actos que *até então* se achassem escriptos naquellas condições, para que tivessem a mesma força e vigor, como si fossem escriptos pelos mesmos tabelliães e escrivães, o que tambem se houvesse de fazer nas causas pendentes; *subsistindo todavia para o futuro em todo o seu vigor a disposição da sobredita Ordenação do Reino, Livro primeiro, Titulo noventa e sete, Paragrafo dez, por não haver sufficiente motivo, para que ella deixe de ser observada... a fim de que não mais se allegue ignorancia nem subsista o erro que tem prevalecido.*

Desta lei se deduz:

1.º Que tanto o *erro commun* não podia socorrer os actos lavrados por escrivães incompetentes, que se fez precisa lei especial que *revalidasse os actos até então lavrados, sem embargo da Ordenação em contrario;*

2.º Que a sua disposição excepcional comprehendendo tão sómente os actos lavrados até sua data, guardando-se no futuro o direito *commun*, *cujá ignorancia não mais se poderia allegar.*

E' pois evidente que, se por ventura o *erro commun* fizesse direito, escaparia da regra a hypothese da causa.

Finalmente, o art. 684 § 2.º do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 qualifica de pleno direito a nullidade que resulta do instrumento feito por official publico *incompetente.*

16 c) No Direito, vol. 17, pags. 265 a 274, estão transcriptas as peças fundamentaes da revista n. 9274, em que contenderam o Conde de Tres Rios e a Baroneza de Itapetininga.

Tratava-se de annullar uma escriptura de dote lavrada por escrivão incompetente, mas que em boa fé, e com erro *commun*, exerceu nesta capital por muito tempo o officio, e o Egregio Tribunal—considerando que, para a validade da escriptura, a primeira condição exigida é a capacidade do official redactor, *segundo a geral jurisprudencia*; considerando que, sem embargo do *erro commun*, os actos subscriptos por officiaes incompetentes, *sem jurisdição ou auctorisação legitima nos termos da lei, embora hajam prestado juramento*, são nulos e de nenhum effeito, o mesmo Tribunal da Relação de S. Paulo annullou aquella escriptura, e o Supremo Tribunal de Justiça, por accordão de 22 de 1878, confirmou tal decisão.

Parece que bastaria este aresto da jurisprudencia patria; entretanto, tendo a sentença de que se trata invocado a jurisprudencia estrangeira, ponderámos que a citação extrahida de Dalloz não contrariava a doutrina expendida.

A especie era a seguinte: Um testador favoreceu os filhos com prejuizo das filhas; estas demandaram a nullidade do testamento porque uma das testemunhas era estrangeiro, fundando-se nos arts. 980 e 1001 cod. civ. O tribunal de Colmar annullou o testamento considerando que as leis romanas, das quaes se deduziu a excepção do *erro commun*, só poderiam ter auctoridade como regras de interpretação, e a materia era regulada pelo codigo civil. Appellada a sentença; foi reformada, e em um dos *considerandos* leem-se as palavras que a sentença transcreveu suppondo-as perfeitamente applicaveis a hypothese da causa sem o serem.

Si o aresto diz que—*o que a auctoridade publica induz a crer, e não é dado aos particulares mudar, não deve prejudicar o acto fundado sobre tal crença*—taes expressões conformam-se com as regras que temos estabelecido, pois na causa tratava-se do *erro commun* acerca de uma incapacidade pessoal, o que aliás se vê da propria sentença quando expõe a circumstancia de haver aquella testemunha estado por mais de trinta annos na posse publica do estado de cidadão francez, sendo eleitor e guarda nacional, exercendo cargos publicos conferidos pelas auctoridades competentes.

Portanto, as expressões da sentença que desprezou o recurso interposto desta ultima, e que a sentença tambem transcreveu: *Et qu'enfin de tous temps et dans toutes les legislations, l'ERREUR COMMUNE et la bonne foi ont suffit pour convrir, dans les actes et même dans les jugements, des irregularités que les parties n'avaient pu prévoir ni empêcher*—só podem ter explicação compativel com os principios da doutrina expendida. E é fóra de duvida que as ultimas espressões—*que as partes não puderam prever nem impedir*—não comprehendem o caso em questão, em que se tratava da violação das leis sobre competencia, *cuja ignorancia*, no preceito do citado Alv. de 16 de Janeiro de 1819, *jámais se póde allegar*.

Nada valeu—nem a jurisprudencia do proprio Tribunal, que devera ser *a crystallisação do seu subjectivismo scientifico*, na phrase de Cimbali—que lhe devera estar sempre presente ao espirito, corporisando a regra de que falla Savigny na pagina 267 do seu 6.º volume—regra a fulgurar como a estrella da verdade

no eloquente dizer de Lacoste, *Chose jugée*. Mais uma vez ficou sacrificado o direito no proprio templo, que o Estado subvenciona para segurança das relações jurídicas.

E não foi a ultima... que esta só virá quando a sciencia dos Savigny tiver por completo dissipado a indolencia dos preguiçosos ou impossibilitado no juizo o amor ou o odio ou o interesse.

Dr. João Monteiro.

