

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 critica de certas maximas juridicas, que por não andarem vestidas da forma legislativa, não exprimem menos verdadeiros principios de direito, nem são menos dignas do respeito geral do que as regras emitidas 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 commun, 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 elles 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 específico de *brocardos* (2). Mesmo no liv. 50 tit. 17 do Digesto—*de diversis regulis juris antiqui*—com a prolífera colaboração dos mais fecundos e veneraveis jurisconsultos—Paulo, Ulpiano, Pomponio, Gaio, Papiniano, Celso—essa a mais rutilante constelação do firmamento jurídico romano—quanto simples brocardo se encravou 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 colaboradores na evolução social, costumavam, ao decantar os fulgidos triumphos patrios, enfeixar-lhe o nome sob o duplo titulo de mãe nutritiva 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*).

Porridge 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 jurídico. Ao ponto de intercessão, que era o culto á patria, com todo o prestígio de uma religião (3), chegavam parallelamente aquellas duas supremas expansões do espírito romano. Augmentar o volume da massa jurídica 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 exhuberancia de produçao jurídica 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. I.^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 *Ensaios 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 extra-legislativa 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 similar 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 commum em que todos com elle estavam, era tido por livre* — chegou a escrever o seguinte:

«O erro commum 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 similhante these insustentavel — como tivemos occasião de demonstrar perante o extinto tribunal da Relação de S. Paulo,

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

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

mas improficiamente, 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 jurídica*—não nos démos por convencidos, e voltamos a estudar o assumpto.

5. A hypothese era esta (7).

Contra o testamento cerrado com que, na cidade de Santos, falecera um irmão dos *Auctores*, propuzeram estes acção de nullidade, sobre o fundamento de ser nullo o instrumento de aprovação daquelle testamento, por haver-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 naquelle já citada passagem das nossas Ordenações, com determinada applicação—é pura criação dos commentadores.

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

(7) Appelação 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 proprie usum imperitorum, si in argento relatum sit candelabrum argenteum, argenti esse vindetur; 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 commum*, 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, cùm sententiam dixit, in libertate morabatur: quamvis postea in servitutem depulsus sit: sententia tamen ab eo dicta habet rei judicatæ auctoritatem.*

8. Tambem a proposito do *erro commum* 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 nulos 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 jus multo magis in imperatore observandum est.*

Como se vê, não é o *erro commum* 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, cùm 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 jurisconsulto decide, que se alguem emprestar dinheiro a quem julga pae de familia por estar publicamente na posse deste estado, sendo entretanto filho-familia, e o erro não puder ser 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 jus 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 douos textos de lado, do segundo dos quaes mais tarde nos occuparemos sob differente aspecto, conclue-se dos outros que, assentando exclusivamente nelles a doutrina chamada do *erro commum*, 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 jus facit*, e não *error communis jus facit*, como suppõe Candido Mendes, o erro é do testador e versa sobre a significação technico-juridica do termo *suppellex*, 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 pae de familia, salvo as provisões de boca, a prataria, a guarda-roupa, joias e instrumentos de laboura. 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 selentii*, 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 atribue, posto que impropriamente, a significação de tal palavra a certas cousas, faz direito relativamente à significação dessa mesma palavra, porque é de uso geral que a linguagem tira suas forças e sua fórmula. 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 ignorância do testador, faz direito acerca da significação de uma palavra, mas *in cæleris 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 commum, isto é, tão geral que ninguem 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 pôdem ser ignoradas, e ninguem é obrigado a conhecelas, 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 commum* 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 judiciaria. 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 reconhecerá 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 tambem os escrivães, que devem ser legitimamente constituidos, e ter poder legitimo e competente*; portanto, assim como a nullidade que proviesse da incompetencia do juiz seria insanavel, assim tambem o é a que provêm 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 communum*, 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 communum*, quando

este não se oppõe ao direito publico—*index voluntatis non jure publico adversae*—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 lícito 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 logar, 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* suprir essa falta, não quer dizer que o erro *commum* supre a illegalidade do titulo, tanto que em nota acrescenta que o *erro commum supre o defeito pessoal do escrivão, sómente quando esse defeito resulta da inabilitade para exercer o officio.*

Tambem Lobão, enumerando, *Dir. Emphyt.* §§ 68, como escripturas publicas as que são feitas por tabelliões que tenham *provimento ou carta, não bastando o erro commum onde falta o titulo; ou dizendo, Seg. Linh nt. 189*, que *geralmente o erro commum não pode suprir a falta de titulo no official, e só pode suprir 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 logar 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 décernées 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 ministeriales competente mente 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 introducção 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 testamentárias, 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 inhabilitade pessoal, mas não com relação á incompetencia.

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

Esta nullidade é absoluta, e o *erro communum* não pôde cobrir-a, porque a competencia é de direito publico, e ninguem se pôde 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 nulos 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 repellir 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 tabelliões, 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, Título noventa e sete, Parágrafo dez, por não haver suficiente motivo, para que ella deixe de ser observada... a fim de que não mais se allegue ignorância nem subsista o erro que tem prevalecido.*

Desta lei se deduz:

1.^º Que tanto o *erro commum* 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 contrário;*

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

E' pois evidente que, se por ventura o *erro commum* 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 contenderao o Conde de Tres Rios e a Baroneza de Itapetininga.

Tratava-se de annular 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 nullos 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 arresto da jurisprudencia patria; entretanto, tendo a sentença de que se trata invocado a jurisprudencia estrangeira, ponderámos que a citação extraída 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 supondo-as perfeitamente applicaveis a hypothese da causa sem o serem.

Si o arresto 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 communum* acerca de uma incapacidade pessoal, o que aliás se vê da propria sentença quando expõe a circunstancia 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 expressões—*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 pode allegar.*

Nada valeu—nem a jurisprudencia do proprio Tribunal, que devera ser *a crystalisação do seu subjectivismo científico*, 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 subvencia para segurança das relações juridicas.

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

Dr. João Monteiro.

