

DOCTRINA

O TESTAMENTO e a doutrina do ERRO COMUM

Fajardo Nogueira de Souza

— Advogado em Minas Gerais —

1 — Em linha de princípio, é nulo o testamento lavrado por oficial público incompetente ou presenciado por testemunhas impedidas (art. 1.650 do Código Civil).

Ato formal e solene, o testamento só produz efeito, quando obedece, rigorosamente, às prescrições e determinações legais, impostas «ad solemnitatem» e «ad probationem».

O direito moderno, ainda, conserva um formalismo extremado, nesta matéria, que se se afigura, sob vários aspectos descipiendo e avelhantado.

Esse formalismo, consoante doutrina dominante, não é puro amor ao tradicionalismo; objetiva resguardar os grandes interesses, em jôgo, nos testamentos e a impossibilidade de esclarecer-se o sentido dêsse ato jurídico, com uma interpretação pessoal e autêntica (1).

As formalidades essenciais à validade dos testamentos públicos, dí-lo, com minúcias, o artigo 1.632 do Código Civil.

«São requisitos essenciais, rígidos, rigorosos, dêsses que, em geral, entendem, com a estrutura do próprio direito positivo, normas das que, às vezes, são consideradas males necessários do direito, mesmo quando vulnerem a justiça, em abstrato, prometida pela ordem jurídica abrangedora» (2).

Esses requisitos, na sua rigidez, visam assegurar a intrinsidade do direito e comportam uma hierarquização, na sua apreciação.

Realmente, existem, ao lado dos requisitos-regras, sobre os quais não há cogitar de amoldabilidade, na sua interpretação, outras regras que exigem e impõem esclarecimentos interpretativos de larga envergadura e amplitude.

O caráter formal do testamento não é uma ressurreição do «si virgula nequit, causa cadit», mas o bom senso do «in medio est virtus».

«O extremo formalismo, que vem do direito anterior e em que se inspirou o Código Civil, em matéria de testamento, se explica, sem dúvida, como meio de evitar a perturbação ou mesmo total falsificação das declarações de última vontade, quando chega o momento de fazê-las cumprir. Mas, se tais

1 — Grosimbo Nonato — "DO TESTAMENTO" — pág. 90.

2 — Artur Marinho — voto in ARQUIVO JUDICIÁRIO — vol. 120, 121.

razões perduram atuais, porque o mesmo o ato testamentário e as mesmas as condições de sua execução, outro é o ambiente social, em que hoje se aplicam os textos reguladores da sua feitura e nulidade e a isto não se pode deixar de atender» (3).

«Se a lei elaborada, para uma época perdura vigente, cumpre ao Juiz, sem desprezá-la, emprestar-lhe sentido novo, condizente com estas circunstâncias» (4).

«Esse é mesmo, paradoxalmente, um fator simultâneo de conservação e construção do direito escrito. Sem se invalidar a norma, empresta-se-lhe sentido inédito, não imaginado e até, se previsto, algumas vezes, teria sido repellido pelo legislador» (5).

«Conserva-se a lei, aperfeiçoando-a. Por esta e outras razões, a jurisprudência já consente, embora a medo, no abrandar os rigores do Código, estendendo, também, aos testamentos, o critério finalístico, que preside, de um modo geral, nos outros setores do direito, ao sistema das nulidades. E, então, se não se argui fraude, nem a omissão apontada, se torna de impossível suprimimento, pelo teor do instrumento, no seu conjunto, fazem-se subexistir as declarações de última vontade» (6).

Essa tendência, amparada por excelente razão jurídica, isto é, na predominância da substância sobre a forma, transforma-se em idéia-fôrça, no que tange à apreciação das formalidades extrínsecas dos testamentos, e não há contê-la, no seu ímpeto.

«Na pesquisa da observância das formalidades do testamento, não lhes compreenderá, a extensão e o rigor, a «nimium et miseram deligentia», a que se refere Troplong, são deve ir, ao ponto de, sob a cor de guardar a lei, destruir a vontade veneranda do «de cujus» (7).

Bém por isto, a nossa jurisprudência já afastou na apreciação das formalidades externas dos testamentos, aquilo que Cogliollo chamava o «TARLO» do direito.

2 — Por êstes e outros motivos, é de ampliar-se consideravelmente, o campo de aplicação da regra «error communis facit jus», nos testamentos eivados de irregularidades, decorrentes de erro sobre simples regra de forma (incapacidade de testemunhas e incompetência do oficial público).

É conhecida origem do brocardo romano, que se transformou na «LEX BARBARIUS PHILIPPUS - D. 14 - fr.3 - Cod. 7-45-12», e constitui, hoje, um princípio geral de direito.

Barbarius Philippus, um escravo, fôra nomeado PRETOR. Com a descoberta do erro, o alarme foi geral. Nulos seriam todos os atos do Pretor aparente. Expressa era a lei, e a nulidade, absoluta.

ULPIANO decidira, então, com excelente razão, que «error communis facit jus», validando todos os atos do Pretor Barbarius Philippus e expressando

3 — Seabra Fagundes — voto in REV. FOR. vol. 133, 198.

4 — Ricasens — Los Temas de la Filosofia del Derecho — págs. 7 e 8 — apud Seabra Fagundes — local citado.

5 — François Gény — Methode d'Interpretation et Sources de Droit Privé Positif — pref. pág. 16 apud Seabra Fagundes — local citado.

6 — Seabra Fagundes — local citado.

7 — Orosimbo Nonato — voto in REV. FOR. vol. 64, 604.

em memorável tese de direito, que os séculos não refundiram antes reafirmaram-na.

Esta máxima tem seu fundamento jurídico, na equidade e no interesse público de validar os atos, que padecem de erro comum. (8).

Amplamente aplicada no direito romano, é admitida, pela jurisprudência e doutrina de todos os povos cultos, como parte integrante do direito moderno. «Error communis facit jus», velho brocardo, se integra, nas verdades jurídicas eternas, na super-legalidade. (9)

«A vida da regra, escreve Algin, perpetuou-se, desde o direito romano, até a legislação moderna e a nossa jurisprudência a aplicou numerosas vezes, em perfeito acôrdo, com os princípios hermenêuticos».

Depois de demonstrar, exuberantemente, a existência da regra tradicional, acrescenta êste jurista, um argumento tão incisivo, que impressionou ao próprio espírito de Laurent, conhecida que é sua repugnância pela máxima romana. Examinando a questão da validade de um testamento, diante da boa fé daqueles que convidaram, para presenciá-lo, uma testemunha incapaz, Laurent afirma que a afirmativa é contrária à lei. Mas, por singular retôrno a si mesmo, acrescenta: sem embargo, combinando a tradição, com a resolução de 2 de julho de 1.807, crêmos que pode admitir-se a regra sobre a capacidade putativa, ainda que derogue o direito comum (10).

H. Mazeaud, entusiasta desta máxima, de fundo moral de primeira ordem, acentua que «ela objetiva a imperiosa necessidade de proteger aqueles que se enganaram, razoavelmente, ainda que esta proteção conduza à violação da lei. Como aplicar estritamente a lei, anulando todos os atos, em que intervenha um funcionário público, que não reúna as condições requeridas, quando estas circunstâncias são desconhecidas? Como anular os atos em que figurou uma testemunha instrumentária de capacidade unicamente putativa? Devem ser anulados os atos praticados por um incapaz, quando é desconhecida esta incapacidade? Deverá ser sacrificado quem tratou, com um proprietário ou mandatário aparentes, a quem todos consideram como titular do direito? Responde que não se poderia resolver estas questões, no sentido afirmativo. A equidade se opõe a tal rigor. A situação de fato, contrária ao direito, derivada de erro invencível, deverá ser mantida: «error communis facit jus».

Conclui êste eminentíssimo civilista francês que «a máxima, tal como é aplicada pelos tribunais, permite proteger contra a lei mesma quem não tem culpa, no erro em que incorreu, porque inevitável, e validar atos jurídicos que, no rigor da lei, seriam nulos. A aparência deve ser colocada no mesmo plano da realidade. Esta máxima, portanto, surge, como regra de ordem pública, protetora do interesse social e que luta vitoriosamente, contra o princípio da autoridade da lei. É uma das manifestações mais eloquentes do movimento, em marcha ascensional, que sacrifica o interesse individual, em pró do coletivo

8 — MERLIN — Repertoire Universelle et Razonné de Jurisprudence — 5.ª ed. — vol. 18 — v.º Erreur parágrafo 6.º.

9 — Jossierand — Derecho Civil — ed. esp. vol. III 2.º — n.º 1.025, p. 250.

10 — Etude sur la Regle: Error Communis Facit Jus — 1.912 — apud Julien Boncase — Elementos de Derecho Civil — ed. mexicana — vol. III, n.º 107, pág. 111'.

e coloca o interesse público em plano preponderante. Há sempre um conflito de interesse privado, facilmente resolvido, porque aquele que se escuda na lei, de-seja unicamente obter proveito do erro em que incorreu a outra parte (11).

Encarando essa regra literalmente, escreve DEMOGUE, quase nenhum efeito jurídico produziria o erro: a teoria, por assim dizê-lo seria sufocada. E' necessário explicar esta aparente oposição assinalada pelos autores. Quando se incorre em erro, não uma pessoa isolada, mas diversos participantes de um ato jurídico e um grande número de terceiros e, sobretudo, quando este erro é excusável, a necessidade de confiar-se, em certas aparências, impõe a proteção às vítimas do erro. Portanto, há razão, para aplicar-se a regra. Aplicar-se-á a máxima, se sua aplicação não lesa nenhum interesse; se o fato do erro não causou nenhum prejuizo. Tal o caso em que se trate de uma simples regra de forma (erro sobre a capacidade de uma testemunha etc.). (12).

Henri de Page, esposando a doutrina de aplicação restrita da regra, doutrina: et ce qui prouve, ce sont les premiers cas d'application de la maxime, en droit romain et ceux qui y sont été ajoutés, par le suite. Un esclave, par suite d'une erreur, sur sa qualité d'esclave, ets nommé PRETEUR. Convient-il, après la découverte de l'erreur, d'annuler les actes de juridiction, accomplis par lui? Un esclave est, dans les memes conditions, appelé comme témoin à un testament. Le testament est-il nul? Reponse negative, dans les deux cas, em vertu de la maxime: error communis facit jus. Este último caso (o do testamento) é apontado na doutrina moderna, como a aplicação típica (l'application type, en quelque sorte) da regra. Daí nasceu a doutrina da capacidade putativa (13).

No que tange à incompetência territorial do oficial público, é de transcrever-se este magistério de BELTGENS: Des lors, un testament authentique ne serait pas nul, par celà seul que le lieu où il aurait été passé, serait hors de ressorte du notaire, si, par suite, d'une erreur généralement acreditée, le notaire était considéré comme avait le droit d'instrumenter dans ce lieu» (14).

Josserand nos informa de que a jurisprudência francesa aplica o brocardo, tornando válido o testamento, se a testemunha incapaz, tinha a posse de estado de capacidade; basta a capacidade aparente: — o erro comum não pode causar dano às partes. (15).

Referindo-se aos notários, exemplifica Laurent: — supõe-se que o oficial público não tinha as condições de aptidão requeridas, para as funções, para as quais foi investido. O notário, por exemplo, é estrangeiro. Os atos que praticou serão autênticos? A afirmativa não parece duvidosa. Decide-se geralmente assim, invocando o adágio romano: «error communis facit jus». (16).

11 — La maxime: "error communis fact jus" — Revue Trimestrielle de Droit Civil — 1.924 — pág. 950 e seguintes.

12 — Traité des Obligations en General — t. I — n.º 276.

13 — Traité Elementaire de Droit Civil Belge — Vol. I — n.º 45 — págs. 51 e 52.

14 — Encyclopedie de Droit Civil Belge — vol. IV. art. 971 — n.º 2.

15 — o. c. — vol. III, 3.º — n.º 1.286, págs. 30 e 31.

16 — Principes de Droit Civil — vol. 19 — n.º 107 — pág. 105.

A jurisprudência francesa, de um modo geral, se pronuncia, no sentido de que a capacidade putativa do funcionário, fundada no erro comum, equivale a capacidade real (17).

No particular, os clássicos Baudry-Lacantenerie, partidários da aplicação restrita da máxima, ensinam: «par application de la maxime — error communis facit jus — qu'il faudrait se garder d'eriger, en regle general et absolue, on admet généralement que la présence au testament d'un témoin incapable ne serait pas une cause de nullité, si ce témoin était universalment considéré comme capable, de tal façon que le notaire et le testateur qu'il ont choisi ou accepté eussent été victimes d'une erreur invincible (18).

Solon, depois de afirmar que «o que foi feito de boa fé e sob o fundamento de um erro público; tem a mesma força que a própria verdade, acrescenta que a máxima, fundada em razões de ordem pública, foi sancionada pelas leis romanas, reconhecida pela antiga e adotada pela nova jurisprudência francesa. Em seguida, comenta que ela se refere, geralmente, à qualidade ou competência de um funcionário, de uma parte contratante ou de uma testemunha. O erro comum e a boa fé bastam para validar os atos de um funcionário, em quem se reconhecia geralmente um poder, que não lhe fora conferido ou uma competência, que não tinha. E exemplificando: «um notário pratica atos fora do lugar de sua jurisdição; supõe-se, geralmente, que ele tem o direito de exercer a profissão, no lugar em que estes atos foram praticados. Será justo e razoável anular estes atos, desde que se pronuncie sua incompetência? Evidentemente não: o erro comum, a boa fé, a ordem pública, desde todos os tempos, se tem oposto a uma tal decisão. (19).

M. Grenier nos dá notícia de que a antiga jurisprudência francesa, em vista da desordem que reinava, na fixação das divisas dos distritos dos notários, validava todos os atos, mesmo os de rigor, como os testamentos, praticados por notários, fora de sua jurisdição (20).

No direito francês, a aplicação da máxima não pode mais ser discutida seriamente, maximé no que se refere à matéria de fato.

A doutrina e a jurisprudência se esforçam, somente, para encontrar-lhe o fundamento jurídico e, sobretudo, delimitar as condições e o campo de sua aplicação.

MORIN procura, engenhosamente, enquadrá-la, na idéia de risco e abuso de direito (21).

Coviello, referindo-se à maxime, escreve: — segun la doctrina dominante, regra general de todos los negocios ineficaces, es la contenida en la maxime: — error communis facit jus — la cual significa que el error comum acerca de hecho que es causa de nulidad e anulabilidad del negocio hace que éste pro-

17 — Fuzler — Herman e Demogue — Code Civil Annoté — art. 1.110 vol. III n.º 117 — pág. 70.

18 — Précis de Droit Civil — 7.ª ed. t. II, n.º 576, pág. 406.

19 — Teoria da Nullidade das Convenções e dos Atos de toda a Espécie — trad. REV. FOR. in vol. V — pág. 166.

20 — Apud Solon — Teoria da Nullidade das Convenções e dos Atos de toda a Espécie — citada — REV. For. vol. V, pág. 166.

21 — Annales de Faculté d'Alx — t. II n.º 1 — pág. 27 e seguintes.

duzca todos sus efectos, como si no estuviese viciado y se aplica principalmente a los casos de incapacidad, ya del funcionario público que ha autorizado el acto o bien de los testigos que en el han intervenido, o, en fin, del otro contratante. Las condiciones requeridas son: 1.º — que el error haya sido comum en el tiempo y lugar en que el acto se realizó, esto es, que haya habido error no solo en quien invoca la validez del acto, sino en la generalidad de aquellos que se encontraban, en las mismas condiciones en el tiempo y lugar en que se celebró el acto; 2.º — que el error sea excusable y lo es, con respecto al funcionario público, cuando este está en posesión del cargo en virtud de un título ilegalmente emanado de la autoridad competente, como si alguno adquirió el mombramento de notário sin ser ciudadano; y, con respecto a los testigos y la otra parte contratante, cuando estas han tenido posesión pacífica de aquel estado que les atribuía la capacidad necesaria» (22).

No direito português, a máxima está expressa, no artigo 664 do Cód. Civil, «verbis»:

«O erro comum e geral não produz nulidade».

O campo de aplicação deste dispositivo não difere do da doutrina francesa e italiana. (23).

Comentando este dispositivo, Dias Ferreira diz que a doutrina de que o erro comum não produz nulidade, do direito romano, passou para as Ords. L. 3 — T. 63 e L. 4 T. 80 (24).

No nosso direito anterior, a máxima já se integrava, no nosso patrimônio jurídico, como regra de direito não escrito.

Martinho Garcez doutrina: «o erro comum a ninguém deve prejudicar. Consoante a doutrina do «error communis facit jus», a Relação de São Paulo confirmou a sentença do Juiz de Santos que julgou válido um testamento, feito por Tabelião interino, nomeado incompetentemente pelo Juiz de Direito. Liz Teixeira (vol. 2.º pág. 188) tratando da máxima «error communis facit jus», pela qual se reputam válidos os atos praticados por pessoas incapazes, mas em exercício de funções que lhe foram outorgadas, chega às seguintes conclusões: 1.º — que é válido um testamento, em que figura, como testemunha, o ímpubere, reputado púbere; 2.º — que é válido o testamento em que tem parte, como Tabelião, o que, por tal, é tido geralmente, não o sendo por aplicação da Lei Dig. de Legibus» (25).

Nos termos da Ord. L. 4 — Tits. 80 e 85, a juridicidade da máxima, na doutrina e na jurisprudência, é irrecusável.

22 — Doctrina general del Derecho Civil — ed. mex. n.º 109 — pág. 380.

23 — V. Cunha Gonçalves — TRATADO — vol. IV, n.º 523, pág. 320 e 322 e com referência a testamento: vol. XIV, n.º 2.175, pág. 27.

24 — Rev. For. vol. V — pág. 165, nota 145.

25 — Nulidades dos Atos Jurídicos — 1.896 — págs. 117 e 118 — n.º 238.

E constitui ela pura e clássica tradição de nosso direito (26) e vigora irrecusavelmente, no vigente (27).

Cumpra, finalmente, transcrever a lição do emérito CLOVIS, «quando exemplifica, expressando a «communis opinio»: Porém, se o Tabelião for nomeado, sem o preenchimento de algumas das condições exigidas, como a idade, por exemplo, essa irregularidade da nomeação não prejudica o testamento, contanto que esteja o Tabelião, exercendo o seu ofício, perante as autoridades competentes, porque o erro comum não acarreta dano às partes (D. 1-14 - fr. 13; Cod. 7-45 - 1-2), porque os terceiros não podem por, em dúvida a qualidade daquele que se apresenta, como oficial público; e porque, finalmente, é de interesse geral que os atos assim realizados sejam mantidos» (28).

Inexistindo, no direito escrito, qualquer disposição derogatória, não há negar, que a máxima «error communis facit jus» — preciosa herança do direito romano, de inegável utilidade social, faz parte integrante de nosso direito e exprime uma verdade jurídica eterna.

Filha da equidade, de ordem pública, protetora do interesse social, objetiva amenizar o formalismo.

Paradoxalmente, às vezes, a justiça está na prevalência do erro sobre a verdade.

Proteger a boa fé é um dever moral, mas também um dever jurídico. Do entretanto da moral, com o tecnicismo jurídico, há de prevalecer o anseio eterno da justiça, em abstrato, salvo quando a prevalência da moral põe em risco a própria segurança do comércio jurídico.

Na sua generalidade, a norma jurídica não pode constituir um «standart», que reduza a interpretação a uma função puramente mecânica. O direito vive e se transforma e transformando-se amolda-se as injunções novas abre novas clareiras e novos horizontes aos reclamos da moral, que reforça, atenua ou esclarece a lei escrita.

O formalismo do testamento destina-se a proteger a veracidade da «voluntas testantium», a propriedade do defunto, na expressão de Barrau, consoante a «ratio» do art. 1.632 do Código Civil, no seu aspecto de finalidade prática, que objetiva realizar. É a técnica jurídica a serviço da segurança, não, o feticismo da forma.

Quando se sacrifica a boa fé, a justiça pura, há de misturar um apelo à lei moral, que sempre governou as sociedades ocidentais e a máxima: «error communis facit jus», mesmo aplicada em seus termos estritos, repara, em par-

26 — V.O. — Pimenta Bueno-Formalidades sobre o Processo — n.º 33 — Ramalho — Praxe Forense — pág. 52 — Teixeira de Freitas — Primeiras Linhas — nota 156 — Lobão — Segundas Linhas — n.º 190 — P. e Souza — Lin. Civ. n.º 453.

27 — V.O. — Emílio Guimarães — Dicionário Enciclopédico de Doutrina Aplicada — Vide «Erro Comum» — Cino Vita — Rev. dos Trib. Vol. 113, 756 — Ledo Vega — O Direito — vol. 36, 186 — Francisco Campos — Paneceres — 1.934 — pág. 122 — Clóvis — Direito das Sucessões — par. 60 — n.º 2 — Tito Prates — Sucessões e testamentos — n.º 180 — Dionísio da Gama — Tratado Prático e Teórico dos Testamentos — n.º 15.

28 — Direito das Sucessões ed. 1955 — par. 60 — pág. 169 — n.º 2.

te, os males do formalismo que « não é fim » mas meio de assegurar, em tôda a sua plenitude, a vontade do testador (29).

Por isto, nossa jurisprudência tem aplicado a máxima, quase sempre « nos casos em que o erro versa sôbre um defeito ou inabilidade pessoal » (30).

3 — Parece-me, conseqüentemente, que, em matéria de testamento, é de estender-se o campo de aplicação da máxima romana, para resguardar os princípios fundamentais da boa fé e da prevalência do interesse coletivo sôbre o individual.

No que tange à incompetência territorial do oficial público, antolha-se-me, perfeitamente, condizente com os Cânones fundamentais do direito, adotar-se o critério da antiga jurisprudência francesa, de que nos fala Grenier, validando todos os testamentos passados por oficial público, fora de sua jurisdição, desde que se positive:

- 1.º — confusão de limites inter-municipais ou inter-distritais;
- 2.º — que o local, onde se lavrou o instrumento, seja nas proximidades da linha divisória; e
- 3.º — que fique positivada a boa fé dos co-participantes do ato testamentário.

Esta orientação, coerente com a tendência moderna de implantar-se, em matéria de apreciação das formalidades extrínsecas dos testamentos, o critério finalístico, vitorioso, nos demais setores do direito, se baseia, no primado da substância sôbre a forma, tendo, conseqüentemente, bom fundamento jurídico e ameniza, em homenagem a boa fé, os males do formalismo.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 1.958.

29 — Orosimbo Nonato — Do testamento — n.º 89, pág. 117 — Gonçalves de Oliveira — Rev. For. vol. 78, 31.

30 — Ac. do Supremo Tribunal Federal — REV FOR. Vol. XVI, 79.