

ESTUDO

SOBRE

A IGNORANCIA OU ERRO DE DIREITO

DISSERTAÇÃO DE CONCURSO

A UMA DAS SUBSTITUIÇÕES DA FACULDADE DE DIREITO
NA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PELO

Dr. José Pereira de Paiva Pitta

COIMBRA

Imprensa da Universidade

1871

Como candidato ás substituições ordinarias da faculdade de Direito na Universidade de Coimbra, deviamos, segundo as disposições do artigo 11 do Regulamento de 22 de agosto de 1866, apresentar uma dissertação impressa sobre materia juridica da nossa livre escolha.

Tam numerosas e vastas são as repartições da sciencia juridica, que não era certamente a falta de pontos interessantes, que nos embaraçava a escolha; mas ao contrario a grande cópia d'assumptos nos trouxe indeciso por algum tempo sobre aquella repartição, a que dariamos preferencia.

Reflectindo porem que os esforços de nossos insignes jurisconsultos convergem principalmente para o estudo das doutrinas do nosso Codigo Civil, deixámos-nos ir na corrente de tão abalisados mestres, e resolvemos definitivamente restringir a escolha do assumpto ao Codigo Civil.

Tinhamos feito já um estudo particular sobre o artigo 8 do mesmo Codigo, no qual se consagra o principio da não retroactividade da lei, e agora para thema d'este trabalho escolhemos outro principio

não menos interessante tanto na theoria como na practica, a ignorancia da lei ou erro de direito, objecto do artigo 9 do mesmo Codigo.

Bem conhecemos, e ainda mal, que não tractamos o assumpto como pedia a sua gravidade, e como era desejo nosso.

No entretanto não teremos feito pouco, se conseguirmos chamar a attenção de melhores engenhos sobre a intelligencia da doutrina, consignada no presente artigo, e sobre a sua verdadeira applicação ás variadas hypotheses do direito civil.

O nosso trabalho, com quanto não tenha divisões geraes, pode todavia considerar-se dividido em duas partes. Na primeira tractamos do erro de direito segundo os principios geraes da sciencia, e segundo alguns dos principaes Codigos antigos e modernos; e na segunda procuramos expor a doutrina do nosso Codigo sobre esta importante materia.

Se este trabalho tem lacunas, como cremos, possam ellas ao menos ser suppridas pela discussão oral, a que elle é destinado, assim como pela benevolencia de nossos julgadores e leitores.

DA IGNORANCIA OU ERRO DE DIREITO

I

Da ignorancia ou erro em geral

Ignorancia define-se geralmente a privação ou ausencia de qualquer conhecimento, e erro o juizo falso que se toma por verdadeiro. A differença pois entre ignorancia e erro é bem visivel; porque na ignorancia não ha relação alguma entre o pensamento e o objecto, ou não ha conhecimento; e no erro affirma-se alguma relação entre o pensamento e objecto, embora essa relação não seja conforme com a realidade: numa palavra, o erro é um conhecimento, e a ignorancia a falta de qualquer conhecimento, verdadeiro ou falso. E assim entre a ignorancia e o erro dá-se a mesma differença que entre a affirmação e a negação, visto que na ignorancia nega-se o conhecimento, e no erro affirma-se.

Porem ainda que o erro se distinga da ignorancia, porque affirma o conhecimento que a ignorancia exclue, tem todavia um character negativo; porque affirma o conhecimento, mas não em todas as suas determinações. O conhecimento determina-se como verdade e como erro, e por isso o erro não é todo o conhecimento, mas o conhecimento opposto á

verdade. Numa palavra assim como a ignorancia é a exclusão de todo o conhecimento, assim tambem o erro é a exclusão de algum conhecimento, o verdadeiro; visto que o erro é a negação da verdade. Portanto se o erro se manifesta sob a forma de affirmacão, considerado em relação á ignorancia, assume todavia o caracter negativo, quando se considera como opposto da verdade. A ignorancia presuppõe o conhecimento, assim como o erro presuppõe a verdade, porque a negação não pode conceber-se sem a affirmacão, pois uma negação que não negasse alguma cousa positiva deixaria de ser verdadeira negação.

Considerada a ignorancia em quanto ao sujeito e ao objecto, não offerece outra differença senão, que nem todo o objecto pode ser ignorado, visto que não ha ignorancia total ou absoluta; pois d'outra sorte tambem não poderíamos explicar o conhecimento: mas olhada pelo lado da relação entre o pensamento e objecto, é capital a differença entre a ignorancia e o conhecimento, porque nesta existe uma relação qualquer, positiva ou negativa, entre o pensamento e o objecto, mas naquella nenhuma absolutamente, visto que a sua essencia consiste na negação de toda e qualquer relação entre o espirito e objecto.

No erro dá-se aquella relação, mas é uma relação negativa, anormal, que não corresponde á essencia objectiva das cousas; pois affirma o que devia negar-se, ou nega o que devia affirmar-se.

Como o objecto da ignorancia é a negação do conhecimento, e o objecto do erro é a sua affirmacão, segue-se que tanto a ignorancia como o erro podem ter as mesmas determinações que o conhecimento. Ora o conhecimento, segundo as funcções do pensamento, determina-se como noção, como juizo e como raciocinio: logo nós podemos ignorar nocões, juizos ou raciocinios, assim como as noções, juizos e raciocinios podem ser falsos ou erroneos, isto é, materia dos nossos erros.

Deve porem notar-se que, implicando todo o erro affir-

mação, e portanto juizo, não pode ter por objecto senão noções determinadas, e não noções indeterminadas, ou aquellas que se enunciam simplesmente, sem que o nosso espirito affirme ou negue alguma cousa d'ellas, nem a mesma existencia objectiva.

É por isso que Aristoteles podia dizer que os termos, considerados em abstracto, como no tractado das categorias, não exprimem erro nem verdade.

II

Da ignorancia do Direito Natural

Dadas estas noções geraes sobre ignorancia e erro, vamos agora examinar a influencia da ignorancia e do erro na determinação e applicação do direito.

O direito é racional ou positivo; e por isso examinaremos a questão primeiro no dominio do direito philosophico.

Sendo o direito racional uma idéa da razão, e a razão uma faculdade essencial á natureza humana, e portanto commum a todos, segue-se que não podemos negar ao homem o conhecimento do direito sem negarmos o mais bello attributo, com que a Divina Providencia approvou adornal-o. A idéa do direito e do justo constitue um fundo commum a todas as intelligencias humanas, e portanto não pode negar-se a ninguem. Admittir a ignorancia do direito nos seres racionais, era exauctorar-os ou rebaixal-os da cathegoria de pessoas á plana das cousas. Se os homens, em todas as situações da vida, julgam da justiça ou injustiça das suas acções, assim como das leis positivas, é porque elles têm gravadas na sua consciencia as idéas do direito e do justo; pois d'outra sorte taes juizos seriam absolutamente impossiveis.

Em todo o juizo particular ha a distinguir a materia e a forma; a materia pode ser fornecida pela experiencia, mas a forma não; porque, sendo a forma condição *a priori* de todo o juizo particular, faz-se impossivel a formação d'um primeiro juizo, sem a preexistencia da forma d'esse juizo. Ora a forma dos nossos juizos moraes são as idéas do bem, do direito e do justo, e se todos os homens formam taes juizos, como nos mostra a observação, é porque estas idéas são o patrimonio commum de todas as intelligencias.

Não ha pois ser algum racional, no uso d'esta faculdade, que possa allegar ignorancia do direito natural, sem negar o seu caracter de ser racional. É proprio dos seres racionaes não obrarem sem motivos, e esses motivos são a expressão da lei, a que se consideram obrigados em cada um dos casos particulares da vida. Aquelle individuo que não souber dar a razão das suas determinações não pode reputar-se um ente racional, porque é tão impossivel determinar-se qualquer sem motivos, como absurdo obrar, ignorando os motivos das suas acções.

Mas se o principio do direito é universal, como o prova a universalidade do juizo que todos os homens no uso da sua razão fazem ácerca das suas acções e das leis positivas, a diversidade e até a opposição d'estes juizos convencem-nos da necessidade que ha de determinar o principio do direito; pois que, se todos têm a idéa do direito, nem todos o concebem do mesmo modo, como se prova pela diversidade de opiniões ácerca do que é direito e do que é justo.

A diversidade de usos e costumes, e a variedade de instituições entre os povos, ainda que fosse maior do que é realmente, bem longe de provar a ignorancia, ou ausencia da idéa do direito, ao contrario prova que os povos tem conhecimento do direito; mas nem todos o conhecem do mesmo modo.

E nem admira que entre os povos não haja maior accordo ácerca do direito e do justo, quando nós vemos os homens

illustrados divididos em diversas escholas sobre a origem e legitimidade do direito, entendendo uns que o criterio do direito está na razão, outros na historia, uns na lei, outros na educação, e outros na vontade divina ou humana, outros no prazer, na utilidade bem entendida ou no interesse do maior numero, e outros ainda na *sympathia*.

Mas esta diversidade de opiniões sobre o verdadeiro criterio do direito não accusa a ignorancia do mesmo direito, mas o seu conhecimento, embora erroneo, porque a ignorancia exclue o conhecimento sob todas as formas, e por conseguinte tambem sob a forma d'opinião. D'onde se conclue que, se na philosophia do direito ainda se commettem muitos erros, não ha todavia ignorancia sobre os seus principios fundamentaes, porque, se tal ignorancia se dêsse, todos os juizos moraes verdadeiros ou falsos seriam impossiveis, juizos que, segundo temos visto, são feitos por todos os homens no uso de razão.

Alguns costumam fazer distincção entre ignorancia vencivel e ignorancia invencivel, e entre principios primarios e principios remotos ou secundarios da lei natural.

Nós porem entendemos que toda a ignorancia é invencivel no momento em que se practica o acto, porque, se o agente suspeitasse da sua ignorancia, deixava de ser ignorante. Mas ainda por outro lado nos parece que similhante distincção não tem fundamento algum, e que aquelles que a fazem confundem a ignorancia com o erro; pois que todos podem errar sobre a verdadeira natureza do direito e do justo, mas não podem ignorar estas idéas; visto que são idéas geraes e eternas, concebidas pela razão *á priori*.

Que se dá erro sobre a noção do direito e do justo, não pode negar-se, visto que a diversidade de juizos é bem clara, mas o que resta saber é se este erro será excusavel naquelles que o commettem. Se a instrucção é um dever, e condição para o cumprimento de todos os deveres, é evidente que quem não sabe, podendo e devendo saber, não pode eximir-se da reponsabilidade pelas obrigações que dei-

xou de cumprir por falta de instrução. A acção ou omissão practicadas por erro podem ser imputadas, não porque sejam voluntarias em si, mas porque muitas vezes o foram na causa, como succede quando o agente podendo e devendo instruir-se despresou a instrução. Mas se esta instrução era impossivel, como se verifica no caso em que todos os homens de certa região pensam e obram do mesmo modo, em tal caso não pode a falta de instrução considerar-se como voluntaria, nem o agente é responsavel pelas acções más que praticar por boas.

III

Direito positivo

Como nem todos os homens concordam entre si sobre as noções do direito e do justo, e como ainda que concordassem, muitas vezes faltariam ao cumprimento das suas obrigações absolutas, dominados pelas paixões, ou arrastados pelo interesse, por isso os principios do direito natural, para se tornarem certos e efficazes, são reduzidos ás regras geraes obrigatorias para todos os membros da sociedade que formula estas regras.

Não basta porem formular os principios do direito em regras positivas para que estas regras sejam observadas pelos povos. É necessario que elles as conheçam, e como elles não as possam conhecer senão por meio da publicação que se faça d'ellas, segue-se que toda a lei positiva para obrigar, deve ser publicada primeiramente. A necessidade da publicação das leis positivas é tão visivel, que não ha povo algum na historia que tivesse a louca pretensão de exigir a observancia das suas leis, sem que ao menos tivesse procurado levar-as ao conhecimento de todos pelos meios

que julgava mais adequados a este fim. O systema adoptado na publicação das leis nos diversos tempos e entre os diversos povos é que tem variado com os progressos successivamente realizados nas formas da manifestação dos nossos pensamentos, mas a necessidade da manifestação da mente do legislador, e a publicação das providencias por elle adoptadas para o bem commum dos povos a quem dirige, é que sempre foi e ha de ser reconhecida, porque pode facilitar-se e simplificar-se a publicação das leis, mas nunca se poderá prescindir d'ella, porque o legislador não tem outro meio de fazer conhecer a sua vontade, senão a manifestação externa, seja qual for a forma por que ella se faça. O prego, a gravura, a escripta, a imprensa, a affixação, têm sido os meios empregados já successiva, já simultaneamente na publicação das leis. Seja porem qual for o meio, pelo qual se procure levar a lei ao conhecimento dos povos, é sempre absolutamente necessario que as leis sejam conhecidas para poderem obrigar.

Mas se a lei não pode obrigar antes da sua publicação, porque não é ainda conhecida, segue-se que deve obrigar depois de sufficientemente promulgada, porque o mesmo é publicar a lei, que torna-a conhecida pelos povos.

Com effeito, se a lei não obriga antes da publicação, porque não é ainda conhecida, e se a publicação da lei tem por fim leval-a ao conhecimento dos subditos, segue-se logicamente que a lei depois da sua publicação deve presumir-se conhecida, e que não pode admittir-se ignorancia da lei quando tenha sido sufficientemente publicada, isto é, quando o legislador tenha feito a promulgação da lei segundo o systema anteriormente estabelecido, ou segundo aquelle que lhe pareça mais accommodado ao fim da publicação das leis.

A ignorancia da lei depois de publicada não pode attribuir-se senão a uma de duas causas, ou á negligencia dos subditos em se instruirem ácerca da existencia da lei e das suas prescripções, ou á imperfeição do systema adoptado

para a publicação das leis, e em qualquer dos casos o meio de evitar o inconveniente resultante de qualquer das duas causas não é permittir a ignorancia da lei, mas reformar o systema da publicação. O legislador que admittisse a allegação da ignorancia d'uma lei depois de publicada, ou auctorisava com este facto a indolencia e incuria dos subditos em tomarem o devido conhecimento das leis promulgadas, ou confirmava elle proprio a imperfeição do systema seguido na promulgação das leis. Se o fim da publicação das leis é o conhecimento das mesmas, da parte dos subditos, é logico que, prestados os meios, se reputeem preenchidos os fins. Assim como não pode admittir-se, ou melhor, exigir-se dos subditos o conhecimento das leis antes da sua publicação, tambem não pode nem deve admittir-se a ignorancia da lei depois de publicada, porque da publicação deve resultar o conhecimento da mesma, como a consequencia resulta do principio, e portanto admittir a ignorancia é negar a publicação, ou pelo menos a sua sufficiencia, o que o legislador não pode fazer sem contradicção ou sem grande desar. Finalmente a ignorancia da lei publicada ha de imputar-se ou á negligencia dos subditos, ou á insufficiencia do legislador. Ora não deve admittir-se a ignorancia no primeiro caso, porque as leis não devem relevar, mas censurar as omissões culposas dos homens, e no segundo, porque se o meio é insufficiente, aperfeiçoe-se, mas não se inutilise assim.

Ainda porem que estes principios sejam verdadeiros e as consequencias rigorosas, estão hem longe de se realisar na practica em toda a sua extensão. Com effeito o conhecimento da lei depois de publicada será um principio, ou antes uma consequencia logica e necessaria, que resulta do facto da publicação, mas este principio ou consequencia não passará muitas vezes d'uma simples ficção legal, que a ordem publica pode reclamar, mas cuja realidade é formalmente desmentida pelos factos. Neste ponto não ha perfeito accordo da logica com a historia. Se o raciocinio nos leva a dar por

conhecida uma lei publicada, a observação nos mostra que nem todas as leis publicadas são ou podem ser conhecidas de todos os subditos. O conhecimento das leis, por mais perfeito que seja o systema de sua publicação, será sempre um verdadeiro impossivel moral. Quando pois se estabelece que a ninguem é permittido ignorar as leis que já tiverem sido publicadas, não se quer dizer que todos conhecem realmente as leis, porque seria negar os factos, ou a realidade, mas desprezando-se os casos particulares, attende-se sómente á regra geral, ou antes attende-se ás exigencias da ordem social, porque se se estabelecesse o principio contrario, isto é, que a todos era permittida a ignorancia das leis, ainda depois da sua publicação, seria não só inutilisar absolutamente os effeitos logicos da publicação, mas tambem embaraçar gravemente a acção da justiça, protrahir a execução das leis, exigindo, como condição da sua observancia, o conhecimento individual das leis. O legislador, quando promulga alguma lei, não se dirige a cada um dos cidadãos individualmente considerados, mas falla ao corpo moral da nação, e por isso feita a publicação e preenchidos todos os requisitos exigidos para que as leis se reputem promulgadas, segundo o systema anteriormente estabelecido, ou segundo o modo prescripto na mesma lei, todos sem excepção ficam obrigados á observancia das suas prescripções.

Alguns auctores, admittindo o principio geral de que a ignorancia da lei, depois da publicação d'esta, a ninguem aproveita, entendem todavia que similhante principio é susceptivel de algumas modificações na practica. Assim quando por força maior, como guerra ou peste, houver motivo para crer que os subditos de certa provincia não podem ter conhecimento das leis publicadas por esta occasião, deve admittir-se-lhes a allegação da ignorancia das leis. Outros opinam ainda que aos subditos, que ao tempo da promulgação d'alguma lei se achavam ausentes em paiz estrangeiro, se deve admittir a ignorancia d'estas leis. Outros finalmente ensinam tambem que o principio geral, consagrado em todas as legis-

lações dos povos cultos, de que a ignorancia da lei a ninguém aproveita, deve entender-se sómente das leis codificadas, e não das leis dispersas e extravagantes. Salvo porem o respeito devido aos auctores d'estas opiniões, parece-nos que o principio fica ainda de pé, quer porque a primeira d'estas opiniões, bem longe de destruir o principio antes o confirma, quer porque as duas ultimas opiniões nos não parecem admissiveis. Com effeito sendo o fundamento da primeira excepção a impossibilidade da publicação da lei, a ignorancia d'esta deve admittir-se, porque a sua publicação não se fez regular e geralmente. Em quanto á segunda opinião, parece-nos que o subdito, que estava fóra do seu paiz ao tempo da publicação de alguma lei, deve, quando regressar á patria, tomar conhecimento das leis vigentes, embora tenham sido publicadas durante a sua ausencia. Demais, se as leis d'um paiz sobre certas materias obrigam ainda os proprios estrangeiros, apezar de não terem sido publicadas em seus respectivos paizes, nenhuma razão plausivel ha para que o membro do estado, que a lei rege, pretenda eximir-se do cumprimento das obrigações impostas por esta, tomando por pretexto da sua ignorancia o facto da sua ausencia ao tempo da publicação da lei. Em quanto á terceira, entendemos que sendo a publicação das leis, e não a sua codificação, a condição exigida para que ellas possam obrigar, não tem logar a distincção entre leis codificadas e não codificadas, e que tanto umas como outras pelo facto de terem sido legitimamente publicadas, obrigam independentemente da sua codificação. Reconhecemos que as leis codificadas podem consultar-se mais facilmente, e que a sua ignorancia merece menos desculpa do que a ignorancia das leis extravagantes, mas tendo estas tambem sido publicadas, sendo o conhecimento das leis uma consequencia logica e necessaria da sua publicação, não pode admittir-se a ignorancia das leis, isto é, o seu não conhecimento, sem negar o facto da sua publicação. Mais admissivel nos parece a doutrina dos que distinguem entre direito patrio

e direito subsidiario, e admittem a ignorancia d'este, rejeitando a d'aquelle; porque, achando-se aquelle pela maior parte escripto em lingua extranha, mais difficil se torna o seu conhecimento.

Considerada a questão da ignorancia do direito á luz dos principios, vejamos como ella tem sido resolvida nos principaes codigos das nações cultas. Começemos pelo romano, porque a sua legislação ainda hoje é designada pelo epitheto de direito commum, dando assim a entender que todos os povos modernos que estiveram sob o dominio dos romanos se regeram pelas suas leis durante muitos seculos, e que ainda hoje a sua influencia não foi de todo annullada com a publicação dos codigos modernos, porque aquelles mesmos que rejeitam o direito romano como subsidiario o tiveram por uma das suas principaes fontes.

IV

Direito romano

Não ha talvez, em todas as variadissimas instituições do direito romano, um ponto mais intrincado, e sobre o qual os interpretes tenham seguido opiniões mais divergentes, do que o da ignorancia ou erro do direito. São muitas as decisões de casos particulares em materia de erro ou ignorancia do direito, poucas as disposições geraes, e estas ainda em contradicção com a maior parte das decisões particulares.

Os romanos não admittiam em geral a ignorancia ou erro do direito. É expressa a L. 12, *Cod., de juris et fact. ignorant.*, onde se lê o seguinte: *Constitutiones principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus.*, e a L. 9. *D., h. t.* Regula, est juris quidem ignorantiam cuique nocere,

facti vero ignorantiam non nocere... et ibi: sciant, ignorantiam facti, non juris prodesse. Esta regra porem não era tão inflexivel, que não tivesse algumas excepções, deduzidas já da diversa materia das relações juridicas, já da idade, já do sexo e condição das pessoas. E é na determinação dos casos particulares, que os jurisconsultos romanos excluíram da applicação da regra geral, que consiste a verdadeira difficuldade da materia, e em cuja determinação se encontra uma grande diversidade de opiniões entre os interpretes. Que os jurisconsultos romanos faziam um grande numero d'excepções ao principio de que *juris ignorantiam cuique nocere*, se deixa ver claramente das palavras que Paulo acrescenta, depois de ter exposto a regra geral sobre a materia sujeita, as quaes palavras são as seguintes: *Videamus igitur in quibus speciebus locum habere possit.* Os romanos, distinguindo cuidadosamente a ignorancia de direito da ignorancia de facto, e, estabelecendo sobre uma e outra duas regras oppostas, deviam necessariamente fundar-se em razões tambem oppostas, porque onde ha diversidade de decisão não pode haver de modo algum identidade de razões. Ora, se nós podermos atinar com a verdadeira razão, porque os jurisconsultos romanos tractaram com mais desfavor o erro de direito, do que o erro de facto, e se acharmos que as razões, em que se fundaram para estabelecer duas regras oppostas sobre a ignorancia de direito e sobre a ignorancia de facto, não procedem em todas as hypotheses que se possam imaginar, poderemos em certos casos inverter as regras, e dizer que em alguns casos aproveita a ignorancia de direito e que em alguns outros não aproveita a ignorancia de facto, porque invertidas as razões não podem deixar de inverter-se as regras.

Ora qual será a razão, pela qual a ignorancia de direito em geral não aproveita, e pela qual aproveita o erro de facto?

Responde o jurisconsulto Neracio na L. 3, D., h. t.: *In omni parte error in jure non eodem loco, quo facti igno-*

rantia, haberi debet: cum jus finitum et possit esse, et debeat: facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat. Como o direito possa e deva ser definido e certo, por isso a ignorancia de direito em geral não pode escusar-se, e como o conhecimento dos factos possa escapar ainda aos mais bem avisados (*prudentissimos*), por isso a ignorancia de facto em geral merece mais desculpa, do que a ignorancia de direito, visto que é mais facil saber-se o direito, do que os factos. Mas, se os factos fossem publicos e notorios, de sorte que a sua ignorancia revelasse uma grande incuria, nesse caso não deverá attender-se a ignorancia d'elles, porque não milita já a mesma razão da sua difficuldade e complicação, *prudentissimos non fallat eorum interpretatio.* É não só o que se deduz, *á contrario sensu* da razão, com que o jurisconsulto Neracio justifica a ignorancia de facto, mas tambem o que é formalmente reconhecido por Paulo nas seguintes palavras: *Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obijciatur: quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit: scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipientem: verum ejus, qui eam rem, deligenter inquirendo, notam habere possit.* L. 9, D., h. t.

Da mesma sorte, argumentando *a contrario sensu* sobre a ignorancia de direito, se em alguma especie não proceder a razão, em que se funda a parte da regra que lhe diz respeito, a decisão deve ser diversa. E deve notar-se que esta conclusão não se deduz sómente *a contrario sensu*, mas deduz-se tambem do exame particular de cada uma das especies, em que os jurisconsultos romanos não admittiam o erro de direito, porque todas estas especies, segundo observa Savigny, se referiam a pontos claros e certos de direito. E por isso nos pontos duvidosos, e que eram diversamente resolvidos pelas principaes seitas de jurisconsultos, se admittia o erro de direito; pois, se qualquer havia seguido a opinião d'uma das seitas de Sabinianos ou Proculianos, não

podia o juiz accusal-o de summa negligencia em saber o direito. Alem de que o jurisconsulto Labeão, interpretando a parte da regra — *juris ignorantiam non prodesse* — julga que ella deve ser entendida nestes termos: *Si jurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit: ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia: quod raro accipiendum est.*

Vemos pois a modificação que Labeão faz á parte da regra *juris ignorantiam non prodesse*. Para que a ignorancia de direito não aproveite a alguem é necessario que elle tivesse jurisconsultos a quem consultar, ou ao menos que tivesse sciencia propria, *sua prudentia instructus sit*, de maneira que a ignorancia de direito só venha a prejudicar áquelle que facilmente podia saber, *cui facile sit scire*, e depois ainda accrescenta: *quod raro accipiendam est.*

Do exame dos diversos fundamentos, em que assentam as duas partes da regra, podemos pois deduzir que, sendo o direito obscuro e duvidoso, aproveita a sua ignorancia, segundo o direito romano, e ao contrario que, sendo os factos publicos e notorios, não deve aproveitar a sua ignorancia.

Esta é a doutrina ensinada pelo illustre Savigny, com a qual nos conformamos inteiramente.

Não é porem a doutrina dos interpretes.

Estes, fundando-se nas LL. 7, 8, D., *de juris et fact. ignorant.*, e na L. 44, Cod. h. t., estabeleceram outras regras: Vejamos o que dizem estas leis, para comprehendermos melhor como os interpretes, generalizando as suas disposições, formularam as régras geraes que ensinam em seus commentarios.

L. 7, D. *de juris et fact. ignorant.*: *Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus: suum vero petentibus non nocet.*

L. 8, D., *cod.*: *Error facti ne maribus quidem in damnis, vel compendiis obest: juris autem error nec foeminis in compendiis prodest. Caeterum omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet.*

L. 11, Cod., h. t.: *Quamvis in lucro nec foeminis jus ignorantibus subveniri soleat.....*

Da combinação d'estas disposições parece deduzir-se que o erro de facto aproveita a todos indistinctamente, quer se tracte de realisar um beneficio, quer de evitar uma perda: que o erro de direito aproveita ás mulheres para evitar qualquer damno, mas não para realisar algum lucro, e que só aproveita aos homens no damno *amittendae rei suae*. Mas estes principios não podem admittir-se, não só pela difficuldade que ha na practica em se distinguir o damno do lucro, e mui principalmente o damno *rei suae amittendae* do seu contrario *rei suae jam amissae*, mas ainda porque se encontram muitas decisões particulares em manifesta contradicção com estes principios, das quaes se infere evidentemente que os jurisconsultos romanos não pretenderam dar-lhe o character de generalidade, que lhe têm dado os interpretes do direito romano.

É tão difficil a distincção entre lucro e damno, feita pelos interpretes, que o insigne Goyena, nos seus *Commentarios concordancias e motivos do Codice Civil español*, declara francamente não comprehender similhante distincção. Com effeito, não só a determinação das idéas de lucro e damno dependem da consideração do tempo, em que pretendemos avaliar o damno ou o lucro, mas até muitas vezes evitar um damno será realisar um lucro, assim como deixar de realisar um beneficio será soffrer um damno. A distincção pois *de lucro captando* e *de damno vitando*, alem de ser opposta a varias decisões particulares do direito romano, é ainda extremamente difficil de realisar na practica. E tanto esta difficuldade não é uma vã apprehensão do nosso espirito, que, a respeito da *solutio indebiti*, temos visto os interpretes sustentarem opiniões oppostas, fundados nesta mesma distincção, entendendo uns que, quem repete o que pagou indevidamente, pretende evitar a perda do que é seu, e seguindo outros que, tendo perdido já o direito á cousa pelo facto do pagamento, ainda que indevido, pretende adqui-

rir ou realizar um beneficio: eis como, seguindo o mesmo principio, se pode sustentar indifferentemente que o erro de direito se oppõe ou não oppõe á repetição do que se pagou indevidamente.

As leis romanas fazem tambem excepção a favor de certas pessoas, ás quaes, segundo a propria expressão d'estas leis, era permittido ignorar o direito. Estas pessoas eram os menores, as mulheres, os rusticos e os soldados. Mas o favor das leis romanas, concedido a estas pessoas, não era igual para todas. Os menores podiam allegar a ignorancia de direito em todos os casos, excepto havendo dolo; as mulheres eram tambem equiparadas aos menores, mas depois, por uma constituição dos imperadores Leão e Anthemio, foram-lhes reduzidos os privilegios que gosavam em materia de ignorancia de direito, declarando os dictos imperadores que, *si per ignorantiam juris damnum aliquod circa jus vel substantiam suam patiantur, in his tantum casibus, in quibus praeteritarum legum auctoritas eis (mulieribus) suffragatur, subveniri. L. 13, Cod., de juris et fact. ignorantia.* A razão d'esta decisão encontra-se nas primeiras palavras da citada lei: *Ne passim liceat mulieribus omnes suos contractus retractare, in his, quae praetermiserint, vel ignoraverint statuimus: etc.*

Os mesmos soldados e rusticos tambem não podem invocar o erro de direito em todos os casos, mas sómente nos expressamente declarados nas leis.

V

Codigo Civil Francez

No codigo civil francez, assim como em alguns dos que o tiveram por fonte, não se encontra disposição geral, em

que se declare positivamente que o erro de direito a ninguém aproveita, como succede no direito romano, e ainda em alguns codigos modernos.

Goyena, fallando da omissão d'esta regra em alguns dos codigos modernos, inclusivamente no *Codigo Civil Francez*, exprime-se nos termos seguintes: «los otros Códigos modernos, incluso el Francés, callan sobre este punto, que tal vez consideren resuelto por su primer artículo.»

Na ausencia pois de principio geral sobre o erro de direito, para conhecermos o systema do *Codigo Civil Francez* sobre esta materia, precisamos de socorrer-nos ás suas disposições especiaes a este respeito.

Estas disposições referem-se principalmente aos contractos, ao pagamento indevido, á confissão judicial e á transacção.

Segundo o *Codigo Civil Francez*, o erro produz a nullidade do contracto, se recahir sobre a propria substancia da cousa, que for objecto d'este; mas, se recahir sobre a pessoa, com quem julgamos contractar, não é causa de nullidade, menos se a consideração d'esta pessoa fosse a causa da convenção.

É assim que dispõe o artigo 1110: «L'erreur n'est une cause de nullité de la convention, que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

«Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention.»

Vemos pois que o *Codigo Civil Francez*, regulando a influencia do erro sobre a nullidade dos contractos, faz distincção entre erro de substancia e erro de pessoa, mas não distingue o erro de direito do erro de facto. Ora, se onde a lei não distingue tambem nós não devemos distinguir, segue-se que, segundo o *Codigo Civil Francez*, tanto o erro de direito, como o erro de facto, produz a nullidade da convenção, recahindo sobre a propria substancia da cousa que

for objecto da mesma convenção, e que, versando o erro sobre pessoa, sómente produzirá a nullidade do contracto, se a consideração d'essa pessoa tiver sido a causa principal do contracto.

Não é só a generalidade do artigo 1410 do Codice Civil Francez que nos auctorisa a equiparar o erro de direito ao erro de facto; é tambem o silencio do mesmo Codice sobre a ignorancia ou erro de direito nas disposições preliminares, silencio que não pode certamente attribuir-se a esquecimento ou descuido de seus redactores, e ainda a consideração dos casos particulares, em que o mesmo Codice expressamente rejeita o erro de direito, como na confissão judicial e na transacção.

É verdade que alguns commentadores, fieis ás tradições do direito romano, pretenderam sustentar que a disposição do artigo 1410 devia ser entendida segundo o espirito do direito romano, e que por consequente o erro de direito nunca poderia ser equiparado ao erro de facto; todavia esta doutrina não tem sido seguida pelos commentadores modernos, como contraria á letra e espirito do Codice Civil Francez.

O mesmo codigo permite tambem a repetição do que se pagou por erro, quer o erro seja de facto, quer seja de direito. É bem claro o artigo 1235: «*Tout payement suppose une dette: ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition.*»

Mas se o Codice Civil Francez em materia de contractos, e em materia de pagamento feito indevidamente, não faz distincção entre erro de direito e erro de facto, já assim não succede em materia de confissão judicial e de transacção, porque nenhum d'estes actos pode annullar-se por erro de direito, posto que possam annullar-se ambos por erro de facto.

Assim o dispõem os artigos seguintes:

Art. 1356: «*Il (l'aveu judiciaire) ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur*

de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte *d'une erreur de droit.*»

Art. 2052: «Elles (transactions) ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit.....»

VI

Codigo Civil da Luisiana

Nenhum dos codigos modernos é mais rico de preceitos sobre o erro de direito e sobre o erro de facto, do que o Codigo Civil da Luisiana.

Alem da disposição generica do artigo 7: «Après la promulgation, personne ne pourra prétendre ignorance de la loi», contem mais vinte e seis artigos (1814—1840) consagrados ao erro, suas divisões e effeitos.

Nos artigos 1814—1817 divide o erro em erro de facto e erro de direito, define um e outro, e determina os seus effeitos em geral. Segundo este codigo, o erro em relação aos contractos é de duas especies: 1.º erro de facto; 2.º erro de direito (1814).

Chama-se erro de facto o que se dá, quer por se ignorar o que realmente existe, quer por se acreditar na existencia do que não é (1815).

Chama-se erro de direito o que consiste em tirar falsas consequencias legais da existencia de factos, de que estamos bem informados (1116).

«Podemos estar em erro sobre todos os factos e todas as circumstancias relativas a um contracto; mas não é toda a especie de erro que o impede de ser valido. O erro, para produzir este effeito, deve versar sobre d'algum ponto que fosse uma causa principal da convenção, quer a respeito da pessoa, com quem se contracta, quer a respeito do objecto do mesmo contracto» (1817).

Seguidamente occupa-se dos effectos do erro sobre o motivo do contracto (art. 1118—1827), sobre a pessoa com a qual se contracta (art. 1828—1834), e em fim sobre a natureza e objecto do contracto (art. 1835—1839).

Mas todas estas especies pertencem ao erro de facto, de que não nos propozemos tractar, e por isso passaremos já a examinar as disposições do citado codigo sobre o erro de direito.

Ao erro de direito é consagrado só um artigo (1840), dividido porem em seis numeros.

Segundo a disposição inicial do artigo 1860 do citado codigo, tanto o erro de direito, como o erro de facto impede a validade do contracto, quando este erro é a sua causa principal, salvo as modificações e restricções seguintes:

1.º Ainda que a parte podesse ignorar o seu direito, se pelo contracto feito neste erro cumprisse uma obrigação natural, d'onde possa inferir-se a presumpção de que o contracto fora celebrado em consequencia d'esta obrigação, e não por erro de direito, tal erro não poderá ser allegado para o fazer annullar;

2.º Um contracto, cujo objecto fosse evitar um processo, não pode rescindir-se por erro de direito;

3.º Ninguem pode prevalecer-se d'um erro de direito para adquirir, posto que possa invocal-o para evitar uma perda, ou para recuperar o que foi dado ou pago neste erro. O erro, em que está um possuidor sobre o vicio do seu titulo, não lhe pode servir para prescrever;

4.º Não podemos allegar o erro de direito contra a confissão judicial d'uma divida, ainda que possa oppor-se-lhe o erro de facto;

5.º Ninguem pode reclamar contra uma promessa ou contra um contracto que destroe um direito adquirido por prescripção, a pretexto de não se conhecer a lei relativa á prescripção;

6.º Se uma parte, podendo prevalecer-se d'uma excepção que teria destruido uma obrigação natural e ao mesmo

tempo uma obrigação perfeita, fizer por erro de direito um contracto ou promessa, que destrua esta excepção, ella pode reclamar contra este erro. Mas se a excepção não podesse destruir senão a obrigação perfeita, sem affectar a obrigação natural, não poderia ser invocado o erro de direito para fazer restabelecer a excepção.

Alem d'estas disposições sobre o erro tanto de direito como de facto, encontramos nos respectivos logares outras disposições sobre o mesmo objecto. Assim sobre o pagamento feito indevidamente temos o artigo 2280, que diz o seguinte: «Celui que a payé par erreur, se croyant débiteur, a le droit de répéter ce qu'il a payé.»

O principio pois adoptado por este codigo sobre o erro de direito, é — que o erro de direito produz a nullidade do contracto, quando tiver sido a causa principal do mesmo contracto. As mesmas modificações feitas a este principio nos varios numeros d'este artigo, são antes diversas applicações do principio a differentes casos particulares, do que verdadeiras restricções ou excepções feitas ao dicto principio. Assim não pode allegar-se o erro de direito, para annullar um contracto feito para satisfazer a uma obrigação natural, ainda que fosse feita por erro de direito, porque neste caso presume-se que a causa do contracto fôra a obrigação natural e não o erro de direito. O mesmo a respeito da prescripção.

Ainda que este codigo em alguns pontos se afastasse do direito romano, não esqueceu todavia a metaphysica distincção *de lucro quaerendo et damno vitando*, que tanto tem dado que pensar aos interpretes do direito romano.

VII

Projecto do Codigo Civil Hespanhol

Nenhum dos codigos modernos tractou o erro de direito com tanto rigor como o Projecto do Codigo Civil Hespanhol.

Não contem uma unica disposição, na qual se admitta expressamente o erro de direito, e pelo contrario encerra algumas que o excluem terminantemente. Neste ponto imitou, se é que não excedeu, o direito romano.

Segundo o Projecto do Codigo Civil Hespanhol, não só se estabelece o principio geral de que a ignorancia das leis a ninguem aproveita, mas declara-se ainda terminantemente que os contractos não podem rescindir-se por erro de direito, nem repetir-se o que por semelhante erro se houver pago. Em quanto á transacção e confissão judicial abraçou a doutrina dos outros codigos, não admittindo tambem a rescisão d'estes actos por erro de direito.

É o que se deduz expressamente dos seguintes artigos:

Art. 2. «La ignorancia de las leys no sirve de excusa.»

Art. 988. «No es válido el consentimiento prestado, á virtude de instrumentos falsos, ó por error, ni el arrancado per violencia, intimidacion ó dolo.»

Art. 989. «Para que el error invalide el consentimiento ha de ser de hecho y debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objecto del contracto, no sobre la persona con quien se contrata; á no ser que la consideracion de esta hubiere sido la causa principal del contrato. El error de derecho no anula el contrato. El error material de aritmética solo dá lugar á su reparacion.»

Art. 1088: «Cuando por error de hecho se paga á otro lo que no se le debe, se observará lo dispuesto en la seccion II, capitulo I, título XXI de este libro.»

Art. 1895. «Cuando por error de hecho, se paga á otro lo que no se le debe, queda este obligado á la restitucion.»

Art. 1727. «La transacion en que intervenga error, dolo, violencia ó falsedad de documentos, está sujeta á lo dispuesto en el artículo 888.

«Sin embargo, no podrá una de las partes oponer el error de hecho á la otra, siempre que esta se haya apartado, por la transacion, de un pleito comenzado, ó haya disistido de intentarlo, se podia hacerlo sin temeridade.»

Art. 1231: «La confesion judicial hace plena fé contra el confesante; no puede dividirse en perjuicio suyo, ni él puede revocarla, á no probarse que ha sido el resultado de un error de hecho.»

Como vemos pois, o Projecto do Codigo Civil Hespanhol não admittie o erro de direito em nenhum dos casos, em que implicita ou explicitamente é admittido pelos outros codigos.

VIII

Codigo Civil Italiano

Como no Codigo Civil Francez, neste codigo tambem não se encontra disposição geral sobre o erro de direito, mas nos casos particulares, em que o erro de direito costuma ser admittido ou rejeitado já implicita já explicitamente, é mais franco e mais claro, do que o Codigo Civil Francez.

O Codigo Civil Italiano admittie a rescisão dos contractos por erro de direito, quando o erro tiver sido a sua causa principal, assim como a repetição do pagamento feito indevidamente, ainda que o pagamento tenha sido feito por erro de direito. São expressos os seguintes artigos:

1108. «Il consenso non è valido, si fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo.»

1109. «L'errore di diritto produce la nullità del contratto solo quando ne è la causa unica o principal.»

1110. L'errore di fatto non produce la nullità del contratto, se non quando cade sopra la sostanza delle cosa che ne forme l'oggetto.

«Non produce la nullità quando cade soltanto sulla persona colla quale si è contratto, eccetto che la considerazion della persona colla quale s'intende contrattare, sia la causa principale della convenzione.»

1237. «Ogni pagamento presuppone un debito: ciò che è pagato senza essere dovuto, è ripetibile.

«La ripetizione non è ammessa riguardo alle obbligazioni naturali che si sono volontariamente soddisfatte.»

Art. 1772: «Le transazione hanno fra le parti l'autorità di una sentenza irrevocabile.

«Non possono impugnarsi per causa di errore di diritto né per causa di lesione: ma deve essere corretto l'errore di calcolo.»

1360. «La confessione giudizial o stragiudiziale non può essere divisa in danno di chi l'ha fatta.

«Non può rinvocarsi, quando non si provi ch' essa fo la conseguenza di un errore di fatto.

«Non può ritratarsi sotto pretesto di un errore di diritto.»

A doutrina do Código Civil Italiano sobre o erro de direito é, como acabamos de ver, a mesma do Código Civil Francez, exposta porem com mais clareza.

Depois d'esta rapida revista sobre os codigos civis estrangeiros, vamos examinar as disposições do nosso sobre a mesma materia.

IX

Codigo Civil Portuguez

O nosso Codigo Civil tambem formulou o principio geral de que a ignorancia das leis a ninguem aproveita. É uma das disposições do artigo 8, que diz assim: «Ninguem pode eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto da ignorancia d'esta...»

O mesmo principio acha-se expressamente formulado em alguns dos codigos modernos. Citaremos os seguintes:

Cod. Civ. Hespanhol, art. 2: «La ignorancia de las leys no sirve de escusa.»

Cod. Civ. da Luisiana, art. 7: «Après la promulgation personne ne pourrat prétendre ignorance de la loi.»

Cod. Civ. da Baviera, art. 2: «L'ignorance de la loi ne peut profiter que dans des cas spécifiés, ou quand il y a eu impossibilité de la connaître.»

Cod. Civ. da Austria, art. 7: «Nul ne peut prétexter cause d'ignorance de la loi.»

O Codigo Civil da Prussia, nos artigos 11-13, permite ao juiz admittir a escusa da ignorancia dos actos anteriormente permittidos, se por outra parte não houver negligencia no contraventor.

Todas estas disposições são a consagração da celebre maxima dos romanos, consignada na L. 9, D., *de juris et facti ignorant.*: *Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.*

O nosso codigo porem, estabelecendo no artigo 9 o principio de que ninguem pode eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto da ignorancia d'esta, não fez innovação alguma na nossa legislação anterior, porque, alem das tradições constantes do direito romano, ti-

nhamos a Lei de 9 de setembro de 1749, segundo a qual não se deve relevar a ignorancia do que a todos se faz publico e notorio. Tinhamos tambem a Ord. Philipp. L. 1, tit. 98, a qual inscrevendo-se: Como El-Rei pode tirar os officios da Justiça e da Fazenda sem ser obrigado a satisfação, diz no final: E para se não poder allegar ignorancia, o declaramos por esta nossa Ordenação. É correlativa a esta Ordenação a Manoelina, L. 1, tit. 76, que, inscrevendo-se quasi do mesmo modo, conclue pela forma seguinte: «porem Fizemos d'isso esta Ley, e Ordenaçam, pera se nom poder aleguar ignoancia.»

Vê-se pois que os nossos reis não admittiam ignorancia das leis ou ordenações que publicavam. É o que se deduz ainda mui claramente da formula, usada na promulgação das antigas ordenações: «E para que venha á noticia de todos e ninguem possa allegar ignorancia: Mando ao meu Chanceller mór a faça publicar na Chancellaria, na forma costumada, etc.» (Lei de 6 de março de 1686).

A redacção do artigo é que já tem dado logar a interpretações menos exactas, as quaes o sr. conselheiro Dias Ferreira no seu *Commentario ao Codigo Civil*, pag. 17, pretende desculpar pela introducção do *estylismo* nas leis.

O sr. Bruschy, tomando o termo *pretexto* como opposto de realidade, pretendeu sustentar no seu *Manual de Direito Civil Portuguez* que, se a ignorancia fosse real, e não simples pretexto, devia admittir-se a allegação da ignorancia, visto que o artigo falla só da ignorancia como um pretexto, e não como um facto real. Mas similhante doutrina não pode sustentar-se em face do artigo 9 do Codigo Civil. É contraria não só ao espirito, mas ainda á letra do citado artigo. Quem não vê a força e propriedade da palavra *pretexto*? Admittido o principio de que a lei publicada é lei conhecida, segue-se necessariamente que a ignorancia da lei publicada é a dissimulação do seu conhecimento, não é verdadeira ignorancia, mas pretexto d'ella. Ignorancia da lei e conhecimento da mesma lei são cousas contrarias; uma exclue a

outra. Quem aceitar pois o conhecimento da lei, não pode deixar de reputar a ignorancia como pretexto, excogitado para se eximir á observancia da mesma lei.

Deve porem notar-se que em alguns codigos estrangeiros se empregou o termo correspondente ao termo *pretexto*, que usou o auctor do Codigo Civil. *Prétendre et pretexter* são os termos usados nos codigos da Austria e da Luisiana. A censura pois do illustre commentador, feita ao auctor do Codigo Civil, cabe egualmente aos redactores d'aquelles dous codigos estrangeiros; pois tambem não adoptaram a veneranda phraseologia do direito romano — *juris ignorantiam cuique nocere* — que os nossos tractadistas construíram — a ignorancia da lei a ninguem aproveita. Mas não é só nos codigos estrangeiros que o termo *pretexto* tem a sua justificação, tambem em alguns diplomas passados nos bons tempos da nossa litteratura se acham vocabulos synonymos do termo *pretexto*, empregado pelo Codigo Civil. Citaremos para exemplo o Alv. de 13 de Dezembro de 1615, o qual na sua promulgação empregou os termos seguintes: «E para que isto venha á noticia de todos, e nenhum possa *pretender* ignorancia.»

Nós achamos muito proprio e muito significativo o termo *pretexto*, de que usou o auctor do Codigo Civil, e nem sabemos d'outro mais synthetico que encerre, como este, a disposição da lei e a sua razão. Não se admite a ignorancia da lei, porque a ignorancia da lei não é mais do que um pretexto, invocado por quem pretende eximir-se ao cumprimento das obrigações impostas na mesma lei. E com effeito, admittida a presumpção *juris et de jure* sobre o conhecimento da lei devidamente promulgada, a allegação da ignorancia d'esta mesma lei não pode deixar de considerar-se como um pretexto, isto é, como uma ignorancia fingida, ou dissimulação do conhecimento da lei.

Mas, se a ignorancia não aproveita quando é mero pretexto, parece que deve aproveitar quando seja uma realidade, isto é, quando aquelle que a allega não finge, não

mente, não pretende enganar o juiz; mas realmente ignorava a lei, cuja violação se lhe imputa. É a conclusão que o sr. Bruschy deduz *a contrario sensu* da doutrina do art. 9, e que o sr. conselheiro Dias Ferreira, rejeitando, desculpa todavia pela má redacção do artigo. Nós, como não notamos este vicio na redacção, também não podemos com tal fundamento desculpar a interpretação do sr. Bruschy, incriminando o insigne auctor do Código Civil. Também não temos como falsa a doutrina do sr. Bruschy, deduzida *a contrario sensu* da disposição do presente artigo, mas como menos legitima. Os argumentos *a contrario sensu*, tão preconizados por alguns interpretes, são extremamente perigosos, porque raras vezes a opposição entre a proposição da lei e a proposição deduzida *a contrario sensu* é uma opposição realmente contraria, de sorte que exclua a outra, e não possam admittir-se as duas proposições, sem tornar a lei contradictoria consigo mesma. É d'aqui se vê quanta prudencia deve haver no uso dos argumentos *a contrario sensu*, visto como, segundo mostramos, só serão verdadeiros, quando as duas proposições forem manifestamente contrarias, ou totalmente repugnantes.

É verdade que no caso sujeito parece haver esta opposição entre a proposição da lei e a proposição deduzida pelo sr. Bruschy *a contrario sensu*, porque uma nega o que outra affirma. A ignorancia, como pretexto, não aproveita, diz o Código; logo aproveita, não sendo pretexto, mas realidade, diz o sr. Bruschy, ou mais simplesmente ainda: a não-ignorancia não aproveita, logo aproveita a ignorancia. Estas proposições são ambas verdadeiras em these, porque, não podendo ser observada a lei ignorada, e podendo pelo contrario sel-o a lei sabida, segue-se que a ignorancia é um obstaculo ao cumprimento da lei, mas a não-ignorancia ou o conhecimento, em vez de ser obstaculo é condição, e como *impossibile nulla est obligatio*, segue-se que nenhuma lei pode ser cumprida, sem d'ella se ter conhecimento. Nesta parte pois não pode deixar de haver perfeito accordo entre

o sr. Bruschy e o auctor do Código Civil, mas podem discordar nos princípios, como nos parece que discordam; e eis a razão, porque dissemos ha pouco que a conclusão do sr. Bruschy, posto que legitima, não era verdadeira, porque se deduz de princípios contestaveis.

Com effeito o codigo, não admittindo ignorancia das suas disposições, para ser consequente, necessariamente ha de considerar a sua allegação como um pretexto e não como uma realidade; e portanto não pode acceitar a conclusão do sr. Bruschy, porque não admite a materia da conclusão; mas, se a admittisse, não podia deixar de admittir tambem a sua doutrina. Mas se effectivamente se dá ou não ignorancia das leis promulgadas, já o dissemos noutra parte. Pode negar-se a ignorancia para se não reconhecer as suas legitimas consequencias, ou pode confessar-se, e não se lhe acceitarem as consequencias, por considerações de ordem social e interesse publico. Nós procedemos do segundo modo, porque o julgamos mais franco e mais sincero. Quem nega a ignorancia da lei, para lhe não acceitar as consequencias, assimelhar-se-ia ao insensato que fechasse os olhos para negar a existencia do sol, cujos raios lh'os tivessem offendido. Quem, confessando a ignorancia da lei, não a admite como causa excusante da observancia da lei, curva-se ao jugo da necessidade da ordem social, mas não mente á sua consciencia, nem infringe as leis da lógica.

IX

Ignorancia das obrigações

Vingado o artigo das censuras que se lhe têm feito, vamos nós tambem analysal-o e talvez censural-o, para que alguem depois tambem se occupe de nós. São sempre uteis

e vantajosas estas discussões, quando a ellas preside a boa fé; porque são o meio mais seguro de apurar a verdade.

O Codigo diz no art. 9: «Ninguem pode eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto da ignorancia d'esta...» Sabemos já qual o legitimo fundamento de semelhante disposição, e que o principio geral que ella encerra, achando-se já consagrado em varios textos do direito romano, tem sido expressamente formulado ou pelo menos observado mais ou menos fielmente em todos os codigos modernos.

Nem a justificação d'este principio offerece difficuldades, pois que, segundo temos mostrado, é elle uma consequencia necessaria d'outro principio superior e tambem incontestavel, a saber: que a lei publicada é lei conhecida, aliás não teria sido promulgada, ou tendo-o sido, não o foi sufficientemente; mas a acceitação d'aquelle principio em todas as suas consequencias, a sua applicação a todas as variadissimas hypotheses que se apresentam nas relações ordinarias da vida, constitue certamente um dos problemas mais intrincados da sciencia da legislação e da jurisprudencia.

As opiniões varias e até oppostas dos commentadores sobre as disposições do direito romano neste ponto, a falta de concordancia que ainda hoje se nota entre as disposições dos diversos codigos sobre a questão, provam de sobejo a gravissima difficuldade da materia, e que nenhum legislador, interprete ou jurisconsulto se pode vangloriar de ter atinado com a solução d'este problema.

O mesmo auctor do Codigo, no projecto primitivo, em seguida ao principio sobredito, tinha posto o devido correctivo, dispondo que os casos em que fosse permittido invocar o erro de direito, seriam expressamente declarados na lei. Ao pé da regra vinha logo a excepção, para confirmar mais uma vez o sabido apothegma de que não ha regra sem excepção. É verdade que esta disposição não apparece hoje no Codigo, o que pouco importa, porque lá ficaram expressamente declarados os casos em que é licito invocar o erro

de direito. O artigo, onde se dispunha sobre os casos, em que era permittido invocar o erro de direito, foi supprimido por inutil, porque, declarados estes casos nas materias respectivas, é evidente que estas disposições deviam guardar-se, ainda que não estivessem sancionados por disposição geral. Finalmente desapareceu a disposição generica, que consagrava as excepções, mas estas ficaram.

Pode todavia dizer-se que o artigo 10 do Projecto do Codigo não fazia excepção ao artigo 9, porque este fallava da ignorancia da lei, e aquelle do erro de direito, cousas que parecem distinctas. Mas a isto redarguimos nós que em materia de legislação erro e ignorancia são synonymos, porque o erro procede da ignorancia, ou, como dizem outros, o erro não é senão uma ignorancia incompleta.

Ainda assim talvez que as duas disposições do Projecto do Codigo podessem sustentar-se, e que uma fosse complemento da outra.

O Codigo estabelece que ninguem pode eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei sob pretexto da ignorancia d'esta; mas o Codigo ou a lei, como é sabido, não impõe sómente obrigações, pois tambem concede direitos, segundo é expresso em varios artigos anteriores. «Só o homem é susceptivel de direitos e obrigações,» diz o artigo 1. «Se os direitos e obrigações se limitam ás relações reciprocas dos cidadãos entre si, como meros particulares, ou entre os cidadãos e o estado em questões de propriedade ou de direitos puramente individuaes, esses direitos e obrigações constituem a capacidade civil dos cidadãos, denominam-se direitos e obrigações civis e são regidos pelo direito privado, contido no Codigo Civil, excepto na parte que é regulada por lei especial», segundo dispõe o art. 3. «Estes direitos e obrigações derivam, etc., art. 4. «A lei civil reconhece e especifica todos estes direitos e obrigações, mantem e assegura a fruição d'aquelles e o cumprimento d'estas, etc., art. 5.

Ora o Codigo, dizendo no artigo 9 que ninguem pode

eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto da ignorancia d'esta, parece ter em vista sómente a ignorancia das obrigações, e esquecer completamente a ignorancia dos direitos; esquecimento tanto menos desculpavel, quanto nos artigos antecedentes tinha fallado de direitos e obrigações, segundo mostrámos. Será porque os homens sejam mais sollicitos em conhecer dos seus direitos, do que das suas obrigações, que o Codigo dispõe no artigo 9, em forma de aviso, que não innocenta a violação das obrigações por elle impostas, ainda sob pretexto de ignorancia? Concordamos que seja assim, que se pretenda mais facilmente a ignorancia das obrigações, do que a dos direitos de cada um, e que por isso a ignorancia das obrigações seja menos attendivel por mais crassa: mas sendo innegavel que, por mais diligente que seja o homem no proseguimento de seus direitos, sempre lhe é possível ignorar algum d'elles, e não os usar ou cedel-os; por isso faz-se mister determinar os effeitos da ignorancia ou erro de direito sobre a sua aquisição, conservação e perda. Cremos que o artigo 10 do Projecto legislava para o caso da ignorancia dos nossos direitos, ao passo que o artigo 9 do Codigo legisla para o caso da ignorancia das nossas obrigações. E ainda que este artigo do Projecto fosse eliminado do Codigo, como ficaram expressamente declarados os casos em que o erro de direito pode aproveitar, em nada a suppressão d'aquelle artigo alterou a doutrina do Projecto.

Do que deixamos exposto parece-nos poder concluir que para apreciar devidamente os effeitos da ignorancia da lei deverá distinguir-se a ignorancia das obrigações impostas por lei da ignorancia dos direitos, que ella reconhece e assegura. E esta distincção, alem de racional, é ainda fundada na lei; porque o artigo 9 do Codigo tracta exclusivamente da ignorancia das obrigações nelle impostas. Da ignorancia ou erro sobre os nossos direitos tracta em varias disposições dispersas pelo mesmo Codigo.

A ignorancia das obrigações impostas por lei, não se

admitte, porque a lei depois de publicada reputa-se conhecida. Se a allegação da ignorancia das obrigações impostas por lei fôsse causa excusante da sua observancia, não só a publicação da lei seria absolutamente inutil, porque nem a força obrigatoria da lei resultava do facto da sua publicação, mas do conhecimento individual de cada cidadão ácerca da lei e das suas disposições; nem a sua observação seria uniforme, pois, exigindo-se o conhecimento individual da lei como condição da sua observancia, não pode exigir-se tambem o seu cumprimento senão á medida que for sendo conhecida.

Parece-nos pois que a disposição do artigo 9 do Codigo Civil, em quanto se refere ás obrigações impostas por lei, consagra um principio logico e necessario.

Logico, porque é uma simples consequencia da publicação da lei, que deve preceder a sua execução; necessario, porque sem elle a execução das leis não seria prompta nem geral, como é forçoso que seja para a manutenção da ordem social.

Assim, impondo o artigo 156 do Codigo Civil ao conjuge sobrevivente a obrigação de requerer dentro de sessenta dias contados desde o fallecimento do outro conjuge, que se proceda a inventario dos bens que pertencerem ao menor, ou que deverem ser repartidos com elle, sob pena de perder o usufructo dos bens do filho, não pode o conjuge que faltar a este preceito, escapar á pena da lei, porque, segundo a disposição geral do artigo 9, não lhe aproveita a ignorancia da lei.

Assim, segundo o artigo 246, «o tutor é obrigado a declarar no inventario o que o menor lhe deve; se o não fizer, não poderá exigir o pagamento durante a tutela, e se o exigir depois, deverá provar que antes d'isso não tivera conhecimento da divida.»

Ora é possivel que o tutor não tenha conhecimento d'esta disposição, e que deixe por isso de declarar no inventario o que o menor lhe deve; mas não importa, porque, segundo

a disposição do artigo 9, não pode exigir o pagamento da divida durante a tutela, e ainda depois é preciso mostrar que não tinha conhecimento da divida ao tempo da feitura do inventario:

Admitte-se a ignorancia do facto da divida, mas não a ignorancia da lei.

Assim a infracção das disposições contidas nos artigos 1058 e 1070, quer da parte dos contratantes, quer da parte do ministro do sacramento ou do official do registo civil, sujeita os infractores ás penas declaradas na lei, sem que possa aproveitar-lhes a allegação da ignorancia das dictas disposições.

É expresso o artigo 9, que não permite que alguém possa eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto da ignorancia d'esta.

Poderíamos multiplicar os exemplos indefinidamente, mas os já citados bastam para mostrar a applicação assaz frequente do principio consignado no art. 9 do Codigo Civil.

Considerando porem o artigo sob a relação dos seus effeitos ou da sua sancção, parece-nos tambem que a sua redacção não foi das mais felizes, porque, como está redigido, contradiz os factos. É bom respeitar os principios, mas com tanto que as conclusões não sejam inexequiveis e contrarias á realidade.

É o que succede, segundo nos parece, com a conclusão exposta no artigo 9. «Ninguem pode eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto da ignorancia d'esta», porque a ignorancia da lei publicada não deve admittir-se.

Ora é claro que ninguem allega a ignorancia da lei para se eximir ao cumprimento das suas prescripções. Quem o pretendesse, daria triste documento da sua incoherencia; pois pode alguém dizer que ignora a lei para não a cumprir? Neste caso, allegar ignorancia é contradizer-se, é allegar a ignorancia do que se sabe; e todavia é este o sentido generico do citado artigo — para se eximir de cumprir as

obrigações impostas por lei, não se admite o pretexto da sua ignorancia. — A ignorancia da lei allega-se depois do facto da sua transgressão, e não antes, porque a invocação da ignorancia anterior ao facto, e como excusa da sua pratica, não pode admittir-se sem contradicção.

Não é de cumprir a obrigação que pretende eximir-se quem allega a ignorancia, porque, não podendo alguém cumprir as suas obrigações preteritas por actos presentes ou futuros, tambem não carece de ser exempto do cumprimento d'ellas, porque esta exempção é um simples effeito da ordem natural das cousas. Ninguem pode pois eximir-se de cumprir o que não cumpriu, qualquer que fosse a causa, culpa ou dolo, pois seria uma pretensão absurda; mas pode pretender subtrahir-se ás consequencias legaes, resultantes da não-execução das suas obrigações, fundando-se em que, ignorando a lei que lhe impunha taes obrigações, não devia considerar-se sujeito a ellas, nem ás consequencias da falta do seu cumprimento.

Parece-nos pois que o artigo ficaria mais claro se fosse concebido nos seguintes termos: «Ninguem pode escapar á sancção da lei com o pretexto da ignorancia do edicto e sancção da mesma lei.»

Como quer que for, este é certamente o verdadeiro sentido do artigo 9 do Codigo Civil; isto é, a allegação da ignorancia da lei não escusa ninguem da sua sancção, quando ella tenha sido violada.

Ora a sancção da lei manifesta-se sob a forma triplice da sancção penal propriamente dicta, isto é, da responsabilidade penal, da sancção ou responsabilidade civil, e da nullidade dos actos contrarios ás prescripções da lei. Estas tres sancções podem verificar-se já simultanea, já separadamente, como se pode observar em varios casos. No mesmo Codigo Civil, na secção que se insereve da offensa e reparação dos direitos civis, falla-se da responsabilidade civil connexa com a responsabilidade criminal, ou da responsabilidade civil sómente.

Descriminados pois os diversos effeitos que a violação da lei pode produzir para o agente, cumpre-nos examinar se a ignorancia da lei violada tolhe os effeitos da sua violação, de sorte que o transgressor, allegando a ignorancia em que laborava ácerca da lei, não incorra na responsabilidade civil nem na criminal, nem o acto assim practicado na pena de nullidade.

Sabemos quaes os principios que devem regular estes casos. A lei está promulgada; e portanto, sendo transgredida, submette immediatamente o transgressor á pena imposta na mesma, ou nas disposições geraes, qualquer que seja a natureza da penalidade, responsabilidade civil, responsabilidade criminal, ou simplesmente a nullidade do acto contrario ás prescripções da lei. Estes são os principios que estabelecemos; vejamos porem se as leis positivas os traduzem.

Em quanto á responsabilidade civil, temos o art. 9 que, não admittindo a exempção do cumprimento das obrigações impostas por lei, com o pretexto da ignorancia d'esta, tambem não exime da responsabilidade, em que alguem haja incorrido pelo não cumprimento d'estas obrigações.

Sobre a responsabilidade, criminal legisla o art. 42 do Codigo Penal nos termos seguintes: «A ignorancia da lei penal não se considera como causa justificativa do crime»; alem de que, o artigo 9 do Codigo Civil pela generalidade da sua disposição é tambem applicavel ao caso da responsabilidade criminal, visto que esta segundo a disposição do art. 2366 do Codigo Civil «é sempre acompanhada da responsabilidade civil.»

Em quanto á pena de nullidade, infligida aos actos practicados contra a prescripção das leis, temos o artigo 40 do Codigo Civil, onde se declara mui terminantemente que os actos practicados contra a disposição da lei, quer prohibitiva, quer preceptiva, envolvem nullidade, salvo nos casos em que a mesma lei ordenar o contrario. E ainda que esta nullidade possa sanar-se, quando a lei infringida não for de

ordem e interesse publicos; é só por consentimento dos interessados, e não a pretexto de ignorancia das suas disposições, como tinha logar por direito romano em alguns casos (Savigny, obr. cit. n.º II).

O Codigo, como acabamos de ver, não distingue se os actos practicados contra a lei tiveram ou não por causa a ignorancia da lei, e por isso sempre que sejam contrarios á lei, e sempre que esta não ordene o contrario, devem estes actos considerar-se nullos. ainda que a causa da sua illegalidade fosse a ignorancia da lei que os regulava.

Esta doutrina deduz-se não só da lettra do art. 40, mas tambem do principio geral consignado no art. 9.

Com effeito, a lei, que prescreve certas solemnidades para a celebração d'algum acto juridico, impõe ao mesmo tempo a obrigação de se guardarem as solemnidades prescriptas, pois d'outro modo seria a lei inutil: mas como segundo a disposição do artigo 9 ninguem pode eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto da ignorancia d'esta, segue-se que tambem não pode eximir-se de observar as solemnidades, prescriptas pela lei para a celebração dos actos juridicos, e que, deixando de observar estas solemnidades, fica o acto nullo, embora se pretenda allegar a ignorancia da lei para sanar a nullidade proveniente da sua inobservancia. A lei só reconhece um meio de sanar as nullidades dos actos practicados contra a lei, o consentimento dos interessados; e ainda é necessario que a lei infringida não seja de ordem e interesse publicos, pois de contrario nem o proprio consentimento das partes pode sanar a nullidade.

Os exemplos são frequentes na lei e na practica.

Assim, segundo o artigo 1097, as convenções antenupciaes não terão validade, se não forem celebradas por escriptura publica. A ignorancia d'esta disposição não pode supprir a nullidade resultante da sua inobservancia.

Assim o contracto de compra e venda de bens immobiliaes será sempre reduzido a escripto particular, ou es-

criptura publica, conforme o valor dos bens exceder ou não a cincoenta mil réis (Cod. Civ. art. 1590). A compra e venda de bens immobiliarios feita por outra forma é nulla, ainda que os contrahentes por ignorancia da lei deixassem de a reduzir a escripto particular ou a escriptura publica, conforme o valor dos bens.

Quem não pode ou não sabe ler, não pode testar em testamento cerrado (Cod. Civ. art. 1964, § un. e art. 1923). O testamento cerrado pois, feito por estas pessoas, é nullo, ainda que ignorem a sua incapacidade para testar por esta forma.

Facil nos era multiplicar os exemplos comprovativos d'esta doutrina; mas não o faremos, porque os apontados bastam para mostrar a verdade practica do principio do art. 9 e da sua applicação á disposição do art. 10.

Antes de passarmos ao segundo ponto, que nos propozemos tractar, isto é, aos effeitos da ignorancia dos nossos direitos entendemos dever fazer ainda uma observação sobre a ignorancia das nossas obrigações, a qual nos é suggerida pela confrontação da doutrina, que temos expendido, com as regras do direito romano sobre a ignorancia ou erro de direito.

Segundo a doutrina que deixamos exposta, a ignorancia da lei a ninguem exime da responsabilidade civil, e tambem criminal, em que tiver incorrido pela violação das obrigações impostas por lei. Ora a responsabilidade civil consiste na obrigação, em que se constitue o auctor do facto ou omissão, de restituir o lesado ao estado anterior á lesão e de satisfazer as perdas e danos que lhe hajam causado (Cod. Civ. art. 1364); e por isso quem allega a ignorancia da lei para se eximir da responsabilidade da sua transgressão, pretende em muitos casos evitar uma perda; e como segundo aquelle direito, na opinião de alguns interpretes, a ignorancia ou erro de direito pode ser invocada utilmente, quando se pretende evitar uma perda, segue-se que na maior parte dos casos devia aproveitar-nos a igno-

rancia das nossas obrigações para não incorreremos na responsabilidade proveniente da sua inexecução, visto que ella importa em geral alguma perda, ou diminuição do nosso patrimonio.

Em face porem dos sãos principios e da lei que nos rege não é admissivel similhante theoria. No entretanto julgá-mos conveniente esta confrontação, para fazermos sobre-sahir a doutrina do Codigo Civil e dos philosophos modernos sobre as velhas distincções dos interpretes do direito romano, ás quaes alguns codigos modernos não souberam ainda subtrahir-se.

X

Ignorancia dos nossos direitos

A ignorancia dos nossos direitos pode resultar já do facto que os produz, como se ignorassemos o passamento d'uma pessoa, cuja successão a lei nos defere; já da existencia ou disposição da mesma lei, que nos outhorga o direito, como, se sabendo que certa pessoa é fallecida, ignoramos todavia que a lei nos faz herdeiro d'esta pessoa.

Mas a ignorancia tambem pode dar-se no caso contrario. Tanto a não-existencia como a existencia do direito podem ser objecto da ignorancia. Assim como nós podemos deixar de exercer um direito que ignoravamos ter, tambem por ignorancia podemos pretender um direito que nos não pertence. É porem de notar que em ambos estes casos a ignorancia revela-se-nos antes sob a forma de erro, do que de ignorancia propriamente dicta; o que nada faz ao nosso caso, pois que já notámos que ignorancia e erro tomam os jurisconsultos como synonymos.

O que todavia deve distinguir-se é o caso da ignorancia do nosso direito do caso da ignorancia da sua não-existen-

cia; ou, se assim podemos dizer, a ignorancia negativa da ignorancia positiva, pois quem labora na primeira, desconhece um direito que lhe assiste; e quem labora na segunda, julga ter um direito que lhe não pertence.

Este segundo caso de ignorancia, como nos parece, confunde-se com a ignorancia das nossas obrigações, e por isso nos reportamos ao que já dissemos a respeito d'estas.

Resta-nos portanto o primeiro, que vamos examinar.

Acontece algumas vezes que alguém, sujeito a uma obrigação natural, não o está todavia a obrigação civil; e que a lei, sem tolher o cumprimento espontaneo d'aquella, permite elidir o cumprimento d'esta por meio d'exceptão. Este caso verifica-se principalmente na prescripção.

É possível pois que alguém, sendo demandado pelo pagamento d'uma divida ou pela entrega de alguma propriedade, podendo elidir a pretensão do auctor com a exceptão da prescripção, não a offereça, por ignorar a lei que lhe concede esta faculdade, o prazo da prescripção, a duração da posse, ou da não exigencia da divida exigivel, ou a existencia de qualquer condição necessaria para a prescripção, e por isso é preciso saber se o devedor ou possuidor, tendo pago a divida exigida, ou restituído a propriedade demandada, pode repetil-a depois com o fundamento de que a lei lhe permittia oppor á pretensão do crêdor ou proprietario a exceptão de prescripção, mas que deixara de a oppor, porque ao tempo da proposição da acção ignorava a existencia d'esta faculdade.

O nosso codigo não é omisso a este respeito; pois, se nos falta a expressão da letra, temos o seu espirito, que resolve a questão pelo lado negativo.

Se attendermos ao modo, por que o Codigo se exprime no art. 505, em que define a prescripção e faz a divisão da mesma, parece que a decisão d'este ponto devia ser affirmativa, porque, dizendo o Codigo que pelo facto da posse se adquirem cousas e direitos, assim como se extinguem obrigações, dá a entender que o possuidor da cousa se consti-

tue legitimo senhor d'ella, logo que tenha decorrido o praso exigido para a prescripção, e a posse seja acompanhada das mais condições requeridas para este effeito; e que o devedor se desonera da obrigação, tambem findo o praso da prescripção. Ora sendo assim, o possuidor ou devedor, restituindo a propriedade e a divida prescriptas, pagaram o que já não deviam, visto que a prescripção extingue a obrigação do devedor, e attribue a propriedade ao possuidor *ipso jure*; e por isso deve permittir-se-lhes a repetição da propriedade ou da divida paga indevidamente. Se consultarmos o art. 758, a solução d'esta questão parece-nos ainda que deve ser a mesma; porque, segundo as disposições d'este artigo, se alguém por erro de facto ou de direito pagou o que realmente não devia, pode repetil-o nos termos do mesmo Codigo; mas é claro que no caso presente, tanto o possuidor da cousa, como o devedor da obrigação, pagaram o que não deviam por erro de direito, porque a lei attribuia ao possuidor a propriedade da cousa reivindicada, assim como exonerava o devedor da obrigação exigida.

Combinando porem estes artigos com outros do mesmo Codigo, temos para nós que elle não permite a repetição do que foi pago, por se ignorar a prescripção.

Em primeiro lugar parece-nos que á natureza da prescripção não quadra a solução opposta. A prescripção, como meio de defeza, segundo o Codigo estabelece no artigo 514 só pode ser allegada por via d'exceptão; e por isso não é um meio directo e ordinario de elidir a pretensão do auctor, mas simplesmente um meio indirecto e extraordinario, concedido pela lei, para dar maior estabilidade á propriedade, e cortar o ensejo de litigios, sempre funestos para os interesses materiaes e moraes das partes e para o progresso e harmonia social. D'onde parece deduzir-se que a prescripção não produz os seus effeitos *ipso jure*, como alguns têm pretendido, mas que deve ser invocada pelas partes e julgada por sentença para lhes aproveitar. Nem os mesmos juizes podem supprir *ex officio* a prescripção, se

não for esta invocada pelas partes, como se estabelece no artigo 515 do Código Civil.

O argumento contrario á nossa opinião, deduzido dos termos geraes em que é concebido o artigo 758, parece-nos ter a sua resposta no mesmo artigo.

Este artigo permite repetir, sómente quando alguém paga o que não deve; porem no nosso caso, tanto o possuidor como o devedor pagam o que devem, muito embora podessem subtrahir-se ao pagamento, invocando a prescripção; e por isso parece-nos que o caso em questão não deve comprehender-se nas disposições do artigo 758.

Ainda que não temos disposição expressa no Código, não o julgamos todavia omisso, porque, segundo a disposição subsidiaria consignada no artigo 16, as questões sobre direitos e obrigações que não poderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espirito, nem pelos casos analogos prevenidos em outras leis, devem ser decididas pelos principios geraes do direito natural, segundo as circumstancias do caso. Ora se não temos texto da lei, para este caso, temos o espirito do Código, tanto em materia de prescripção como no caso analogo da repetição do pagamento indevido, a qual não tem lugar, quando realmente se deve o que se pagou, embora podesse deixar de pagar-se por disposição da lei, como no caso sujeito. Na falta porem de texto, do espirito do Código, e de casos analogos prevenidos em outras leis, deveriamos então recorrer aos principios geraes de direito natural, tendo sempre em vista as circumstancias do caso, as quaes podem e devem muitas vezes modificar o rigor dos principios abstractos. Mas se consultarmos os principios geraes de direito natural, e os applicamos ao caso presente, a nossa decisão é ainda a mesma, porque estes poderão permittir que alguém possa prevalecer-se da circumstancia exterior do tempo para reter um direito, ou exonerar-se d'uma obrigação, mas não para auctorisar a repetição do que se pagou como realmente devido, embora a lei civil permittisse a excepção da prescripção contra a

exigencia do auctor. Haveria só um caso, em que os principios geraes de direito natural permittiriam a repetição do que se tivesse pago, em consequencia de não se ter allegado a prescripção; mas neste caso a repetição é impossivel, porque, alem da prescripção, não ha outro titulo.

Este caso tem logar, quando a prescripção não se allega como meio de adquirir, mas como supprimento á falta de prova; quando o possuidor, sendo legitimo senhor da cousa, não pode apresentar outro titulo senão a sua posse. Neste caso pagou o que realmente não devia, mas, como não usou do unico meio que tinha para defender o seu direito á cousa, tambem depois não pode mostrar que a cousa lhe pertencia por outro titulo; e por isso não a pode repetir, nem a titulo de prescripção, porque não usou d'ella em tempo competente, nem por outro titulo qualquer, visto que lhe falta.

A nossa opinião é ainda consagrada pelo direito romano e pelo Codigo da Luisiana, art. 1840, os quaes, posto não sejam legislação subsidiaria, segundo a disposição expressa do artigo 16 do Codigo Civil, não são todavia para desprezar, como fructos da experiencia, que é a mestra da vida.

Em direito romano esta questão tinha uma solução mui facil pela distincção entre obrigações naturaes e civis, a qual não apparece claramente no nosso Codigo, posto que possa talvez deduzir-se do adverbio *realmente* que o Codigo emprega no artigo 850.

Segundo esta distincção que não era puramente theorica, pois que tinha bastante importancia na practica, as leis romanas não permittiam repelir o que era devido naturalmente, postoque o não fosse civilmente.

Temos fallado da prescripção a respeito do prescribente, mas a questão que tractamos tambem pode olhar-se pelo lado da pessoa, contra a qual corre a prescripção.

Nesta materia estabelecemos o principio de que a pres-

cripção do direito ou da obrigação corre contra o ignorante. Assim se qualquer, ignorando ser o proprietario d'alguma cousa, ou credor d'alguma obrigação, deixar correr o praso legal da prescripção, sem reclamar uma ou outra, a todo o tempo que tenha conhecimento do direito que lhe assiste como proprietario ou como credor, pode intentar a acção de reivindicación ou de pagamento contra o possuidor ou devedor; mas, se estes lhe oppozerem a excepção de prescripção, não pode defender-se com a ignorancia em que laborava, porque, segundo diz Paulo na L. 9, § 5, D. *de juris et facti ignorant.*, «*nec stultis solere succurri, sed errantibus.*» Mas, se tomar conhecimento do seu direito ainda antes da prescripção acabada, pode fazer valer o seu direito, porque não só o direito não está prescripto, mas nem elle é obrigado a dar a razão, porque o não tem demandado ha mais tempo, «*... suum vero petentibus non nocet (juris ignorantia)*, diz a L. 7, D., tit. cit.

O erro de direito pode ainda considerar-se nas suas relações com a boa fé, que se exige no possuidor, tanto para acquisição dos fructos, como para a prescripção.

Nós distinguiremos estes dous casos, porque nos parece que os effeitos do erro sobre cada um d'elles são differentes.

A ignorancia ou erro, em que alguém está ácerca de qualquer lei ou facto, é o que se chama boa fé: a ignorancia ou erro pois é o fundamento da boa fé. É facil portanto deduzir da definição de boa fé a definição da posse de boa fé, e do seu contrario a de posse de má fé. O Codigo define tanto uma como outra, e por isso vejamos estas definições, que tem pelo menos o cunho da legalidade.

«Posse de boa fé é aquella, que procede de titulo, cujos vicios não são conhecidos do possuidor. Posse de má fé é a que se dá na hypothese inversa (Cod. Civ. art. 476).

O titulo em que o direito se funda pode ser valido ou nullo; e a nullidade do titulo pode ser conhecida ou ignorada do acquirente. Quando esta nullidade é ignorada pelo possuidor, a sua posse diz-se de boa fé; e se é conhecida

d'elle, a posse é de má fé. Ora a nullidade do titulo pode provir de varias causas: já da natureza do objecto do direito, já da incapacidade das partes, já do defeito da forma do acto, já da incompetencia do proprio acto. Todas estas causas se acham definidas na lei civil, e por isso ignoral-as importa o mesmo que ignorar a lei; mas se a lei não deve ser ignorada, tambem não deve admittir-se a ignorancia d'estas diversas causas de nullidade do titulo da posse.

Assim, nem os alimentos devidos por direito de familia nem a herança de pessoa viva, ainda que haja consentimento d'ella, podem ser objecto de compra e venda. (Cod. Civ. art. 1556). A compra e venda que versar sobre estes objectos é pois nulla, e incapaz de transferir direito algum para o comprador. Se tomar posse do objecto da compra, a posse procede de titulo vicioso, a qual será de boa ou de má fé, segundo o vicio for conhecido ou ignorado do possuidor.

O menor de vinte e um annos é incapaz de exercer direitos civis, e os seus actos e contractos não podem constituir-o em obrigação juridica, excepto nos casos expressamente declarados na lei. Celebrando pois algum contracto que não seja expressamente exceptuado na lei, este contracto não obriga o menor para com o outro estipulante, posto que este fique obrigado para com aquelle. (Cod. Civ. artt. 98 e 99). O que comprar os bens do menor, não os possui por titulo valido, mas por titulo nullo: e será possuidor de boa ou de má fé, segundo a nullidade for d'elle conhecida ou ignorada.

Não ponhamos mais exemplos. A boa fé assenta sobre o erro ácerca do vicio em que labora o titulo da posse, o qual pode ser de direito ou de facto, segundo o seu objecto é a lei ou algum facto. Assim, quem toma o maior por menor, o homem casado por homem solteiro, erra ácerca do facto; mas quem, sabendo que certo individuo é menor, ignora que a lei declara nullos os actos practicados sem a intervenção do tutor e formalidades legaes, erra ácerca do direito. Eguamente, quem souber que certo individuo é ca-

sado, mas ignorar que as leis lhe vedam a alienação de bens de raiz sem o consentimento da mulher, erra ácerca do direito, etc.

O que resta pois saber é se o erro de direito excluirá ou não a boa fé. Entendemos que o principio de que a ignorancia de direito a ninguem aproveita, não deve applicar-se a esta hypothese em todo o seu rigor.

Com effeito, se não deve admittir-se ignorancia de direito, tambem não deve admittir-se a boa fé baseada nesta especie de ignorancia, porque, excluindo a ignorancia o conhecimento, e presumindo-se sempre o conhecimento da lei, é evidente que não pode admittir-se a boa fé baseada na ignorancia, a qual se suppõe não existir. Mas a universalidade do conhecimento da lei, sendo um impossivel moral, segundo dissemos, não pode admittir-se senão como uma d'estas ficções legaes, impostas pela natureza das cousas e pelo jugo das necessidades da ordem e interesse social; e por isso a universalidade da má fé, resultante dos actos practicados contra a lei, não terá mais realidade do que a universalidade do conhecimento da lei. Sendo assim, a boa fé, baseada no erro de direito, pode dar-se, e dando-se pede a equidade se não confunda com a má fé. Uma cousa porem deve notar-se, e é que, não se presumindo a ignorancia da lei, tambem não deve presumir-se a boa fé, baseada em tal ignorancia; por isso ao que a allegar incumbe proval-a, visto que tem contra si uma presumpção *juris et de jure*. Ao contrario, se a boa fé se basear em erro de facto, como o facto não se presume, a prova da boa fé não incumbe neste caso ao que a allega, porque tem a presumpção a seu favor, mas incumbe provar a sua má fé ao que impugna a boa fé, mostrando que elle não podia ignorar o facto em cuja ignorancia pretende basear a sua boa fé. Eis a differença que pomos entre a boa fé baseada no erro de direito e a boa fé baseada no erro de facto.

Mas, se a boa fé baseada na ignorancia de direito é sufficiente, para que o possuidor faça seus os fructos e goze

de todas as vantagens que as leis concedem aos possuidores de boa fé, não é todavia sufficiente para a prescripção; não porque o erro na prescripção seja exclusivo da boa fé, mas porque para a prescripção ter logar se exige que a posse seja fundada em justo titulo, que o Codigo define qualquer modo legitimo de adquirir independentemente do direito do transmittente.

Comparando a definição de boa fé com a de justo titulo, vemos que nem a boa fé implica o justo titulo, nem o justo titulo implica a boa fé, antes a boa fé se pode dar ainda na falta de justo titulo, e vice versa. O titulo, para ser justo, requer todas as condições de validade, excepto a do direito na pessoa do transferente; e por isso se alguém adquirir por algum modo legitimo qualquer objecto de pessoa que elle saiba não ser o verdadeiro senhor, possui o dicto objecto em má fé, mas com justo titulo, segundo a noção do Codigo. Pelo contrario, se alguém adquirir alguma coisa do seu legitimo senhor, mas sem as formalidades legais, por ignorar as prescripções da lei a tal respeito, pode possuir em boa fé, mas com titulo injusto.

O mesmo Codigo reconhece a independencia reciproca entre a boa fé e o justo titulo, quando declara que a boa fé sempre se presume, mas não o justo titulo. (Cit. Cod. artt. 478 e 519).

O erro de direito pois é obstaculo á prescripção, não porque seja exclusivo da boa fé, mas porque é exclusivo do justo titulo, condição da prescripção ordinaria. (Cit. Cod. artt. 517, 518, 526, 528).

XII

Contractos

Tendo mostrado alguns effeitos do erro sobre a prescri-

ção, passamos a examinar a mesma materia sobre os contractos. Nesta parte não nos faltam disposições expressas do Codigo; só é preciso determinar o seu verdadeiro sentido, o que aliás não é cousa facil.

O principio geral, formulado pelo Codigo, é que o consentimento prestado por erro produz a nullidade do contracto, nos termos declarados no mesmo Codigo.

Este principio em geral é verdadeiro, reconhecido já pelos romanos quando diziam: «*cum non consentiant qui errant. Quid enim tam contrarium consensui est quam error qui imperitiam detegit?*» L. 15, D., *de jurisdict*; «*error enim litigatorum non habet consensum.*» L. 2, D. *pr. de jud.*; «*nulla est enim voluntas errantis.*» L. 20, D. *de aqua plu.* «*Non videntur, qui errant, consentire.*» L. 116, § 2, de R. J. «*cum errantis voluntas nulla sit.*» L. 8, C. h. t. «*cum nullus sit errantis consensus.*» L. 8, C. h. t.

Não sendo porem todo o erro exclusivo da vontade, não pode dizer-se absolutamente que todo o erro produza nullidade dos contractos. Similhante principio, alem de pouco exacto, seria funestissimo na practica, já pela quebra do vinculo contractual, já pelo grande numero de litigios, a que daria logar a sua applicação stricta. Ora a difficuldade da materia não está em demonstrar a verdade do principio — que o erro em geral exclue o consentimento — porque a sua verdade é da primeira intuição; mas está na sua applicação, visto que, não podendo admittir-se em toda a sua extensão, é necessario estabelecer regras, segundo as quaes deve fazer-se esta applicação, ou determinar as excepções que deva soffrer na practica.

É o que tem feito todos os codigos: mas as suas disposições não são uniformes, talvez pela difficuldade da materia. Alguns, como sabemos já, distinguem primeiramente o erro de direito do erro de facto, considerando este e não aquelle como causa de nullidade do contracto.

Como porem já expozemos noutra parte as disposições dos principaes codigos modernos sobre este objecto, por isso

nós limitamos a esta observação, passando a examinar o systema adoptado pelo nosso Código.

Se o confrontarmos com os Codigos estrangeiros, veremos logo que elle contem algumas disposições que não se encontram naquelles. O nosso Código, tendo assentado o principio que o consentimento prestado por erro produz a nullidade, declara nos artigos seguintes os termos em que isto tem lugar. Menciona as especies de erro seguintes: erro sobre a causa do contracto, erro sobre o objecto ou as qualidades do objecto do contracto, erro sobre a pessoa, com quem ou em consideração de quem se contracta, erro commum e geral, e erro de calculo arithmetico ou de escripta, (Cit. Cod. artt. 657, 664 e 665). Feitas estas varias distincções, determina o Código quaes os effeitos das varias especies de erro, que elle reconhece, sobre a validade dos contractos. Assim o erro commum e geral não produz nullidade, e o simples erro de calculo arithmetico ou de escripta só dá direito á sua rectificação. (Cod. Civ. art. 664 e 665).

O Código, para determinar qual seja o effeito das outras especies de erro, distingue primeiro o erro sobre a causa em erro de direito e erro de facto; e em harmonia com esta nova distincção estabelece tres regras, que completam a theoria do mesmo Código ácerca dos effeitos do erro sobre os contractos. Estas tres regras, que fazem o objecto dos artt. 659, 660 e 661, são relativas, a primeira ao erro de direito ácerca da causa do contracto (art. 659), a segunda ao erro de facto sobre a causa (art. 660), a terceira ao erro sobre o objecto do contracto, ou sobre as qualidades do mesmo objecto (art. 661). Falta a regra para determinar os effeitos do erro sobre a pessoa, com quem ou em consideração de quem se contracta (art. 657, n.º 3); mas para este caso não ha regra especial; porque o erro, versando sobre a pessoa com quem se contracta, é equiparado ao erro sobre o objecto ou sobre as qualidades do mesmo objecto, e os seus effeitos regulam-se pela disposição do

art. 664; e, dizendo o erro respeito a alguma pessoa que não figure no contracto, é equiparado ao erro de facto sobre a causa do contracto, e regula-se pela disposição do art. 660 do Codigo Civil.

Posto isto, estabeleçamos as regras:

1.^a O erro de direito ácerca da causa produz nullidade, salvo nos casos em que a lei ordenar o contrario;

2.^a O erro de facto ácerca da causa só produzirá nullidade, se o contrahente enganado houver expressamente declarado que só em razão d'essa causa contractára, e se esta declaração houver sido expressamente accettata pela outra parte. (Cit. Cod. art. 660).

3.^a O erro sobre o objecto do contracto, ou sobre as qualidades do mesmo objecto, só produz nullidade, havendo o enganado declarado ou provando-se pelas circumstancias igualmente conhecidas da outra parte, que só por essa razão e por nenhuma outra contractára. (Cit. Cod. art. 661).

Esta regra terceira pouco differe da segunda; sómente dá mais extensão aos effeitos do erro sobre o objecto do contracto, ou sobre as qualidades do mesmo objecto, do que ao erro de facto sobre a causa do contracto, em quanto não exige que a declaração ácerca do objecto do contracto, ou das qualidades do mesmo objecto, feita pelo contrahente enganado, seja expressamente accete pela outra parte, ou suppre a falta d'aquella declaração pelas circumstancias do mesmo contracto, igualmente conhecidas da outra parte; o que parece não ter logar a respeito do erro de facto ácerca da causa do contracto.

Ha ainda um principio superior, que domina toda a materia de erro, formulado pele Codigo, applicavel ao erro proveniente de dolo ou de má fé de um dos contrahentes, ou de terceiro que tenha interesse no contracto.

Esta especie de erro produz a nullidade do contracto. (Cod. Civ. art. 663).

Até aqui temos apresentado simplesmente a classificação de erro, feita pelo Codigo, e temos exposto as suas regras para

determinar os efeitos do erro sobre os contractos. Como o objecto do nosso trabalho não é toda a materia de erro, mas sómente o erro de direito, por isso, abrindo mão das outras especies, passemos a examinar a doutrina do Codigo sobre o objecto do presente trabalho.

Já sabemos que o erro de direito, segundo o nosso Codigo, é uma determinação do erro sobre a causa do contracto, visto que o Codigo divide o erro sobre a causa do contracto em erro de direito e erro de facto.

Ora a doutrina do Codigo sobre o erro de direito em materia de contractos offerece-nos alguns reparos, os quaes versam sobre a distincção do erro de direito e erro de facto, privativa do erro de causa, sobre a verdadeira noção da causa, e sobre a necessidade e applicação da regra correspondente.

O Codigo, distinguindo sómente o erro de causa em erro de direito e erro de facto, parece excluir esta distincção do erro sobre o objecto ou sobre as qualidades do objecto do contracto, e do erro sobre a pessoa, com quem se contracta, ou em consideração da qual se contracta, o que é menos exacto; pois que todo o erro, seja qual for o seu objecto especial, se determina em geral como erro de facto ou erro de direito; e por isso as outras especies de erro admittidas pelo Codigo, alem da do erro sobre a causa do contracto, hão de necessariamente pertencer ao erro de direito, ou ao erro de facto, porque não ha conceber-se erro algum, que não seja erro de direito ou de facto.

Parece-nos pois que a distincção entre erro de direito e erro de facto, applicavel sómente ao erro sobre a causa, é menos exacta, visto que as outras especies de erro tambem se determinam do mesmo modo.

Poderá talvez dizer-se-nos que as outras especies de erro, alem do erro sobre a causa, considera-as o Codigo como erro de facto, e que o erro de direito se comprehende sob a denominação de erro de causa: mas então hão de admitir tambem uma de duas cousas, ou que o erro de causa,

sendo o unico susceptivel de distinguir-se em erro de facto e erro de direito, abrange todas as outras especies de erro, quando versa ácerca do direito, ou que as outras especies de erro nunca podem versar ácerca do direito; e nenhum dos membros d'esta disjunção pode admittir-se; o primeiro, porque então confundem a parte com o todo, isto é, o erro de direito com o erro de causa, a especie com o genero; e, como o erro de causa tambem pode ser erro de facto, não ha razão para se excluïrem as outras especies de erro, quando versam ácerca do facto, e não quando versam ácerca do direito.

Se o erro de causa não se distinguisse em erro de facto e erro de direito, não haveria talvez inconveniente, antes vantagem, em designar todas as especies de erro de direito por uma só phrase — erro sobre a causa, — ainda que esta expressão fosse impropria, porque o erro de facto tambem pode ser causa do contracto. O segundo, porque não ha especie alguma de erro que não possa determinar-se como erro de facto ou erro de direito. A distincção pois do erro de causa em erro de direito e erro de facto, posto que exacta nesta relação, não é plena, porque applica á especie sómente o que devia affirmar-se do genero, visto que todo o erro é necessariamente erro de direito ou de facto.

Como já notámos, similhante distincção não se encontra nos codigos estrangeiros. Não a combatemos por isso, mas pelas razões que produzimos. Coelho da Rocha é o unico auctor, onde encontramos a distincção do erro sobre a causa, em erro de facto e erro de direito; mas se esta foi a fonte da disposição do Codigo, como julgamos, sentimos que ao insigne auctor das *Instituições do Direito Civil* se attribuem doutrinas que não ensinou. É verdade que Coelho da Rocha faz a distincção que faz o Codigo no art. 667; mas o conceito do objecto d'esta distincção é que não tem a mesma extensão para este insigne auctor e para o Codigo. Diz o citado auctor, na not. D, ao § 100, pag. 67, sobre o erro de direito, respondendo á pergunta: Quando tem logar a

allegação do erro?: «Se qualquer acto juridico é reprovado pelas leis, ou lhe falta alguma solemnidade essencial, pôde annullar-se por esse fundamento, sem necessidade de recorrer á ignorancia ou erro. Tem porem logar esta questão, quando o erro entrou como motivo do consentimento, ou, o que val o mesmo, quando se errou na *causa* da obrigação; e aqui é que tem logar a distincção entre *erro de facto e erro de direito*.»

Esta doutrina é exacta, porque falla do erro de causa em geral, e distingue este em erro de facto e erro de direito, como o Codigo Civil; mas a distancia entre a doutrina d'este e a d'aquelle é immensa. O Codigo applicou á especie o que Coelho da Rocha com mais rigor logico applicou ao genero. Coelho da Rocha não considera o erro sobre a causa de obrigação, como uma especie de erro opposta a outras especies, mas considera-a como generalisação do erro, visto que todo o consentimento prestado por erro tem por causa esse mesmo erro, e neste sentido podia dizer: «e aqui é que tem logar a distincção entre erro de facto e erro de direito», porque se collocou num ponto de vista superior; mas o Codigo, considerando o erro de causa como uma especie de erro opposta a outras especies, podia effectivamente dizer tambem que o erro de causa se distingue em erro de facto e erro de direito, porque a especie contem o genero na sua comprehensão, mas para ser consequente devia applicar a dicta distincção ás outras especies de erro, porque todas ellas podem tambem ser consideradas debaixo do ponto de vista do facto ou do direito.

Passemos da distincção á noção de causa.

O que se entende aqui por causa do contracto?

É difficil acertar com a noção que o auctor ligou á palavra *causa*, porque esta palavra emprega-se em variadissimas accepções. A mesma difficuldade têm reconhecido os commentadores ao Codigo Civil Francez em determinar a verdadeira noção de *causa*, que este codigo emprega, mas

para significar relação jurídica diversa, porque falla da causa do contracto como condição da sua validade.

Segundo Demolombe, a causa da obrigação pode ser *determinativa e final, efficiente ou impulsiva*, e diz que a primeira deve distinguir-se cuidadosamente das duas restantes.

«A causa final, segundo o mesmo auctor, é o fim immediato que, a parte que se obriga, se propõe conseguir obrigando-se.»

Esta causa não é identica para todos os contractos, mas diversifica segundo os contractos são *synallagmaticos*, *unilateraes* ou *beneficios*.

«Nos contractos *synallagmaticos* a obrigação de cada parte tem por causa a obrigação da outra»; d'onde se segue que ha tantas causas distinctas, quantas as obrigações, e que a causa da obrigação se confunde com o objecto d'esta obrigação.

«Nos contractos *unilateraes*, a causa da obrigação contrahida por uma das partes é o facto ou a promessa da outra.» Nesta relação é necessario não confundir, como nos contractos *synallagmaticos*, a causa com o objecto.

«O objecto, é *quid debetur.*»

«A causa, é *cur debeat.*»

«Nos contractos *beneficios*, a causa final é a intenção de exercer uma liberalidade ou de prestar um serviço.

«Causa *efficiente* ou *formal* é o elemento gerador do contracto; é o que faz com que o contracto se forme, e seja capaz de produzir acção em juizo.»

Por direito romano a causa *efficiente* dos contractos consistia, segundo a sua natureza e importancia, no *consensu, re, verbis et litteris*. Hoje podemos dizer que a causa *efficiente* de todos os contractos é o consentimento.

«Quanto á causa *impulsiva*, diz o auctor citado, não é senão o motivo, que leva cada uma das partes do seu lado a contractar; o motivo do contracto, dizemos nós, *cur contractit*, e não o motivo da obrigação, *cur promisit.*»

«Em duas cousas se differença da causa final: 1.ª que ella não é um elemento intrinseco e constitutivo da obrigação; é pelo contrario extrinseco e exterior; 2.ª que é relativa e pessoal a cada um dos contraentes em particular.

Ora feita esta distincção, pergunta-se de que especie de causa falla o Codigo no artigo 657? Se é *da causa final*, o erro sobre causa confunde-se com o erro sobre o objecto nos contractos synallagmaticos, com o erro sobre o facto ou promessa da outra parte nos contractos unilateraes, ou com a intenção de fazer uma liberalidade ou de prestar um serviço nos contractos beneficos.

Se *da causa efficiente*, confunde-a com o consentimento e labora numa petição de principio. Se é finalmente *da causa impulsiva* que intenta fallar, confunde-a com o motivo do contracto, dá mais importancia aos effeitos do erro sobre o motivo do contracto, do que nenhum outro codigo. Ainda assim parece-nos que o Codigo se refere á *causa impulsiva*, segundo o modo pelo qual se exprime no art. 660.

Alem d'isto, consultando a historia do nosso direito, ella nos ensina que a causa é o mesmo que o motivo. Coelho da Rocha, tractando da *modalidade* dos actos juridicos, e contando entre os elementos accidentaes dos mesmos actos *a causa*, diz no § 108 das suas *Instituições do direito Civil*: Entende-se por causa a expressão do motivo, que induziu uma pessoa a dar, ou prometter uma cousa a outro. Em geral a causa, ainda que seja falsa, não prejudica o effeito do acto; excepto: 1.º se é enunciada em forma de condição; 2.º provando-se que interveio erro, e que o promittente não prometteria, se conhecesse a falsidade. Parece-nos pois que esta é a noção de causa, a que se referem os artigos 657, 658, 659 e 660 do Codigo Civil.

Determinada a noção de causa, vejamos a influencia que o erro de direito ácerca d'ella exerce sobre as relações contractuaes.

Segundo a disposição do artigo 659 do Codigo Civil, o

erro de direito ácerca da causa do contracto produz a nullidade do mesmo, salvo nos casos em que a lei ordenar o contrario. Este artigo encerra um principio geral, mas salva as excepções que deva soffrer na sua applicação, as quaes devem ser expressamente declaradas na lei, e não podem ampliar-se a outros casos, posto que analogos, segundo a regra estabelecida no artigo 11. O principio estabelecido pelo Codigo, que o erro de direito sobre a causa do contracto produz a sua nullidade, parece-nos razoavel, porque desde o momento em que o erro foi causa determinativa do consentimento, pouco importa que o erro seja de facto ou de direito, porque tanto um como outro surprehendem o consentimento. Confrontando porem a disposição do Codigo sobre o erro de direito com o erro de facto sobre a causa, parece-nos que tracta com mais rigor o erro de facto, do que o erro de direito; pois que este produz a nullidade do contracto sem condições, e aquelle, para produzir este effeito, exige que o contrahente enganado tenha declarado expressamente, que só em razão d'essa causa contractára, e que esta declaração tenha sido expressamente aceita pela outra parte. No erro de direito sobre a causa não se exige declaração alguma da parte do contrahente que se diz enganado.

Não é porem o effeito que o Codigo attribue ao erro de direito sobre os contractos que nos embaraça; é a sua prova.

Com effeito o erro de direito não se presume, e porisso, celebrando alguém um contracto em que renuncie a algum direito que julgava não pertencer-lhe, deve presumir-se que a renuncia do direito fôra voluntaria, e não motivada por erro, visto que o erro não se presume.

A declaração do contrahente, que se diz enganado, não deve fazer prova a seu favor, porque, estabelecido similhante principio, poucos contractos subsistiriam.

Será necessario portanto attender á natureza do contracto, ás circumstancias que o revestem, e á condição dos

próprios contrahentes, para aceitar como verdadeira a declaração do erro, em que o contrahente pretende ter cabido. A lei, attenta a variedade de casos, que podem dar-se, não formula preceitos ao juiz, mas deixa a sua decisão ao prudente arbitrio do mesmo juiz.

Assim, pela legislação anterior ao Código Civil, o conjuge sobrevivente succedia ao conjuge fallecido só na falta de herdeiros até ao decimo grau, mas pelo Código Civil a successão legal do conjuge, sobrevivente ao outro conjuge, tem logar na falta de herdeiros até ao quarto grau. Ora na transição do antigo para o novo direito, é possível que o conjuge sobrevivente fizesse com os herdeiros do defuncto, além do quarto grau, algum contracto sobre a herança do mesmo, no qual o conjuge sobrevivente fosse prejudicado, como por exemplo, comprando ou trocando, por outros, bens que a lei lhe concedia, por ignorar a disposição da lei que lhe deferia a herança do conjuge fallecido. Neste caso, provado que a causa do contracto fôra o erro de direito, em que estava o conjuge sobrevivente, e não a intenção de beneficiar os herdeiros do outro conjuge, todo o contracto com os pretendidos herdeiros do conjuge predefuncto, no qual o conjuge sobrevivente renuncie por erro de direito a qualquer parte da herança, deve reputar-se nullo, em conformidade com a disposição do artigo 659.

Resta-nos examinar a segunda parte do artigo, isto é, as excepções á regra geral estabelecida na primeira parte.

O Código não designa as excepções, contenta-se com as indicar pela formula sacramental, concebida nos seguintes termos: — salvo nos casos em que a lei ordenar o contrario. — É necessario pois percorrer o Código, artigo por artigo, em busca dos taes casos, em que a lei expressamente determina que o erro de direito ácerca da causa não produz a nullidade do contracto, ou de algum outro acto juridico.

Attestamos que procedemos a esta enfadonha busca, e que apenas encontrámos tres artigos, que possam referir-se

ao erro de direito, um expressamente, e é o artigo 1715, o qual diz que a transacção não pode ser rescindida por erro de direito; outro talvez implicitamente, e é o artigo 1746, o qual diz: A invocação de uma causa, quer falsa, quer verdadeira, contraria á lei, produz sempre a nullidade da disposição; mas este caso, ainda que se refira ao erro de direito, entra na regra geral; outro finalmente, *a contrario sensu*, e é o artigo 1243, o qual diz que a confissão só pode ser revogada por erro de facto. Se são ou não estes casos, da transacção e da confissão judicial, os exceptuados no artigo 659, é o que nós não sabemos; não encontramos outros. E note-se que, para encontrarmos estes dous casos, ainda foi preciso recorrer á confissão, que não é um contracto, mas um meio de prova.

Falta-nos outra applicação importante do erro de direito. É ao pagamento feito indevidamente. Era objecto de grande questão entre os interpretes de direito romano, o saber, se podia repetir-se o que se pagou por erro de direito, porque por erro de facto não havia duvida. A opinião mais geralmente seguida estava pela negativa.

Os nossos praxistas antigos seguiam o direito romano, que interpretavam segundo a hermeneutica d'aquelles tempos, e portanto diziam que sómente podia repetir-se o que foi pago por erro de facto.

Mello Freire, a quem cabe a honra de ter reduzido a nossa legislação civil a systema, fundando-se na auctoridade de Schilt. *Exercit. ad. tit. De cond. indebit. § XXXII, XXXIII, XXXIV*, segue a opinião de que pode repetir-se tambem o que se pagou por erro de direito. *Et repetitur quamvis debitum sit solutum errore juris; nam qui condicit, semper agit de damno vitando, ubi error juris non nocet; neque profecto, jure civili Romano, et Pontificio una cum vere Patrio in foro recepto, eoque in peregrina lingua descripto, jus finitum est, ut Neratius loquitur in l. 2. De jur. et fact. ignorant., et ita ordinatum. ut aquovis cive sciri possit, eique illius ignorantia imputari.* A mesma doutrina

foi seguida pelos modernos, taes como Lobão, Corrêa Telles, Liz Teixeira e Coelho da Rocha.

O Código também abraçou a opinião de que deve permittir-se a repetição do que se pagou por erro de direito, assim como por erro de facto. É expresso o art. 758, o qual diz assim: Quando, por erro de facto ou de direito, nos termos dos artigos 657 e seguintes, alguém paga o que realmente não deve, pode recobrar o que houver dado nos seguintes termos. Estes termos referem-se ao modo da restituição, reparação de perdas e danos e, á indemnisação por bemeitorias.

FIM.

INDICE

	Pag.
I Da ignorancia ou erro em geral	7
II Da ignorancia do Direito Natural	9
III Direito positivo	12
IV Direito romano	17
V Codigo Civil Francez	22
VI Codigo Civil da Luisiana	25
VII Projecto do Codigo Civil Hespanhol	28
VIII Codigo Civil Italiano	29
IX Codigo Civil Portuguez	31
X Ignorancia das obrigações	35
XI Ignorancia dos nossos direitos	45
XII Contractos	53