

A VONTADE E O NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO ROMANO. BREVE REFERÊNCIA AOS DIREITOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO

ANTONIO SANTOS JUSTO

Universidade de Coimbra, Portugal

1 Considerações Preliminares

Acima das divergências sobre o relevo da vontade na produção dos efeitos jurídicos por parte dos negócios jurídicos, é inquestionável que a *voluntas* constitui o factor propulsor e, por isso, não surpreende que grande parte da dogmática contemporânea e considere um dos seus elementos essenciais.¹ Porém, a sua afirmação passou por várias fases que ainda não estão claramente fixadas e constituiu, nas palavras de TALAMANCA, “un campo d’elezione della critica interpolazionistica”.²

Justifica-se, portanto, uma reapreciação crítica que não deve esquecer a sábia lição de RICCOBONO: “Al di

¹ Vid. Biondo BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano*⁴ (Dott. A. Giuffè Editore / Milão, 1972) 183; Salvatore PUGLIATTI, *Finzione em ED XVII* (1962) 5668; Manuel Domingues de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*³ (Livraria Almedina / Coimbra, 1972) 34, 121-123 e 125-128; Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*³ (Coimbra Editora, Lda / Coimbra 1999) 416-419 e 422-424; José de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral II. Acções e Factos Jurídicos* (Coimbra Editora / Coimbra, 1999) 212; e António dos SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I. Parte Geral em Studia Iuridica* 50 (2000) 185.

² Vid. Mario TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano* (Dott. A. Giuffrè Editore / Milão, 1990) 222.

sopra di tutti i dissensi e delle particolari convinzioni che ci dividono, questo è certo, à nobile, è sommamente confortante, che tutti siamo animati da una stessa fede, dalla aspirazione ardente ad accertare la verità”.³

2 O Problema: A Relação *Voluntas* – *Verba* no Direito Romano

2.2 Até Meados do Século XX

Antes da crítica interpolacionística de GRADENWITZ, a romanística considerava, mais ou menos pacificamente, que a *voluntas* se tinha importado paulatinamente à medida que as formas solenes iam decaindo e arrastavam, na sua lenta queda, os *verba* que constituíam a sua estrutura fundamental. E invocava-se a conhecida mentalidade romana que sabiamente conciliara a tradição com a inovação, preferindo a evolução prudente à ruptura violenta.⁴ Por isso, reconhecia-se a classificação da *simulatio* entendida como uma divergência entre a vontade e a declaração⁵ e considerava-se que, também nessa época, a *voluntas* viciada por erro não produzia efeito jurídico.⁶ Não se suspeitava das

³ Vid. Salvatore RICCOBONO, *La “Voluntas” nella Prassi Giudiziaria Guidata dei Pontefici em Festschrift Fritz Schulz I* (Hermann Böhlau Nachfolger / Weimar, 1951) 309.

⁴ Vid. SANTOS JUSTO, *o.c.* 20-21.

⁵ Vid. SANTOS JUSTO, *A “Fictio Iuris” no Direito Romano (“Actio Ficticia”)*. *Época Clássica I* no suplemento do BFDC XXXII (1988) § 13.1 e os Autores aí citados.

⁶ Vid. Salvatore RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano. Formazione e Sviluppo del Diritto Romano dalle XII Tavole e Giustiniano. Parte II* (Dott. A. Giuffrè Editore / Milão 1933-34) 365.

fontes que nos oferecem a opinião de VENULEIUS, segundo a qual “*stipulatio ex utriusque consensu perficitur*”;⁷ de MODESTINUS, para quem “*contractus imaginarii (...) iuris vinculum non obtinent, quum fides facti simulatur non intercedente veritate*”;⁸ de PEDIUS que, nas palavras de ULPIANUS, “*eleganter dicat nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat*” e, por isso, “*stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*”;⁹ e de IAVOLENUS que, no mesmo sentido, entende que não produz efeito o negócio “*nisi animus utriusque consentit*”.¹⁰

Tão-pouco se duvidava, antes enalteciam as definições de *dolus malus* que as fontes atribuem a SERVIUS e LABEO;¹¹ nem se questionava o princípio atribuído a PAULUS de que “*in testamentis plenius voluntates interpretantur*”.¹² Ao mesmo tempo, distinguíam-se, na *iurisprudencia* da época clássica, a precisão e a firmeza com que analisava as circunstâncias; a agudeza da sua exegese; o rigor dialéctico das suas conclusões; o saudável hábito de resumir elegantemente os casos práticos; a sobriedade da linguagem; a limpidez dum pensamento preciso e justo que ajuda a compreender a lapidar definição de ULPIANUS: “*Divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”.¹³

⁷ Cf. D. 45, 1, 137, 1.

⁸ Cf. D. 44, 7, 54.

⁹ Cf. D. 2, 14, 1, 3.

¹⁰ Cf. D. 44, 7, 55.

¹¹ Cf. D. 4, 3, 1, 2.

¹² Cf. D. 50, 17, 12.

¹³ Cf. D. 1, 1, 10, 2.

2.2 A Partir de Meados do Século XX

2.2.1 1ª fase: o domínio dos verba

A feição essencialmente histórico-crítica, que a romanística seguiu desde 1900,¹⁴ iria retirar à *iurisprudencia* clássica grande parte desses méritos e mergulhar os estudos e o ensino do Direito Romano numa profunda crise.¹⁵

Com efeito, partindo da investigação interpolacionista de EISELE e de GRADENWITZ que oferecia um elenco de textos interpolados com a inserção dos vocábulos *mens, velle, sentire, animus, affectua, affectio, voluntas* e de cláusulas com a reserva da *voluntas*, PARTSCH sustentou que o elemento volitivo era, afinal, produto da especulação das escolas orientais, influenciadas pelas doutrinas filosóficas gregas. E, em consequência, os Mestres de Beirute tornaram-se êmulos dos jurisconsultos romanos: foram eles e não estes os verdadeiros autores das grandes inovações. Isto é, a época clássica perdeu a sua grandeza, deslocada para a época pós-clássica.¹⁶ Por isso, nem esta se podia caracterizar como tempos de confusão ou do Direito Romano vulgar,¹⁷ nem aquela como a época modelo, dominada por uma ciência jurídica “permanentemente fecunda e criadora”, nas palavras de Sebastião CRUZ.¹⁸

O ambiente hostil à teoria da vontade tinha sido preparado: pelos comercialistas que, obcecados pela segurança

¹⁴ Vid. Sebastião CRUZ, *Direito Romano (“Ius Romanum”)* I. *Introdução. Fontes*⁴ (Ed. do Autor / Coimbra, 1984) 104-105.

¹⁵ Vid. SANTOS JUSTO, *A Crise da Romanística no BFDC LXXII* (1996) 42-44.

¹⁶ Vid. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano*, cit. 337-338.

¹⁷ Vid. Sebastião CRUZ, *o.c.* 48-51.

¹⁸ Vid. Sebastião CRUZ, *o.c.* 46-47.

jurídica, enfatizavam a declaração da vontade e desconsideravam o querer interno dos contraentes; e por IHERING que, na sua luta com SAVIGNY, declarou guerra ao dogma da vontade.¹⁹ Por isso, a nova doutrina podia trabalhar em paz, apoiada nas interpolações que ia imaginando, incorrendo no excesso de as confundir com falsificações, atribuindo aos compiladores uma prática verdadeiramente censurável: a de, em alguns textos, terem mantido a citação de jurisconsultos e alterado as suas opiniões, fazendo-lhes dizer o que não disseram.²⁰

Agitando o princípio “uti lingua nuncupassit, ita ius esto” consagrado na Lei das XII Tábuas²¹ e apoiada na lição de IHERING de que “in principio erat verbum”,²² a doutrina interpolacionística paralisou o Direito Romano durante dez séculos ao arrepio do sábio princípio recolhido por HERMOGENIANUS de que “hominum causa omne ius constitutum sit”,²³ princípio que exige ao direito e à sua ciência as inovações necessárias à satisfação das novas exigências que o progresso da vida continuamente põe.

Por isso, como adverte MASCHI, é necessário fazer uma objectiva e sistemática crítica da crítica,²⁴ certo de

¹⁹ Vid. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano*, cit. 335-336.

²⁰ Vid. Carlos Alberto MASCHI, *Volontà Tipica e Volontà Individualenei Negozi “Mortis Causa”* em *Scritti in Onore Contardo Ferrini Pubblicati in Ocasione della Sua Baetificazione I* (Società Editrica “Vita e Pensiero” / Milão, 1947) 329; e SANTOS JUSTO, *A “Fictio Iuris”*, cit. 435.

²¹ Cf. Lei das XII Tábuas, VI, 1.

²² Vid. Rudolph Von IHERING, *El Espíritu del Derecho Romano en las Diversas Fases de su Desarrollo*, trad. espanhola de Enrique Príncipe y Satorres (Edit. Comares, S. L. / Granada, 1998) 619.

²³ Cf. D. 1, 5, 2.

²⁴ Vid. MASCHI, *o.c.* 320.

que qualquer crise exige uma solução que a supere; e porque não há livro que dispense uma nova leitura.

Impõe-se, todavia, uma referência à doutrina objectivista. Na sua base está a força da palavra que justificava que os efeitos jurídicos fossem produzidos pelo *agere* e não pela *voluntas*. O que contava não era a *voluntas*, mas o acto realizado na forma determinada pela *lex*.²⁵ Constituem exemplos a *mancipatio* e a *stipulatio*, cujo valor residia exclusivamente na prática escrupulosa do seu ritual.²⁶ Dominava a forma sobre o conteúdo e, em consequência deste formalismo rigoroso, a *interpretatio* era absolutamente literal: atendia apenas ao significado dos *verba* que a experiência consagrara com grande exactidão e, por isso, a *iurisprudencia* pontifical tinha considerado na redacção das formas solenes dos negócios.²⁷

Numa palavra: a *interpretatio* limitava-se a procurar determinar “id quod actum est”,²⁸ porque a *voluntas*, que tinha levado as pessoas à realização do acto negocial, desaparecera obnubilada nos *verba*. Por isso, não se questionavam os seus vícios nem tinha sentido a eventual divergência entre a vontade e a declaração. Como observou IHERING, “el *dolus* e *fraus* estaban legalizados” e “el derecho antiguo carecia de remedio contra esse mal”.²⁹ Dir-se-á, hoje, que

²⁵ Vid. BIONDI, *o.c.* 180-181.

²⁶ Vid. Alvaro D’ORS, *Elementos de Derecho Privado Romano*³ (Ediciones Universidad de Navarra, S.A. / Pamplona, 1992) 119; e IHERING, *o.c.* 620.

²⁷ Vid. IHERING, *o.c.* 620-621 e 625.

²⁸ Vid. Emilio BETTI, *Interpretazione dei Negozi Giuridici (Diritto Romano)* no *NNDI VIII* (1962) 902.

²⁹ Vid. IHERING, *o.c.* 628.

ganhava a segurança do comércio jurídico; que estes inconvenientes eram muito menos graves nessa época e não os podemos observar com as nossas idéias; e dir-se-á também que o mundo do direito é um mundo de formas que dependem da particular e respeitável tradição de cada grupo social.³⁰

Não questionamos! Tão-só recusamos que o interesse pela *voluntas* só tenha surgido na época pós-clássica, porque seria perpetuar, durante mais de dez séculos, a falta de maturidade e de desenvolvimento intelectual de que nos fala IHERING.³¹ Por isso, tem razão RICCOBONO que destaca o equívoco da crítica contemporânea de, sobrevalorizando a força das formas solenes e afirmando a sua imutabilidade, considerar imobilizado o sistema jurídico formalista, ignorando que essas formas foram atenuadas pela prática e pelo pretor e deixaram de ser a única energia produtora dos efeitos jurídicos, tornando-os a veste exterior dos actos jurídicos.³²

2.2.2 2ª fase: a afirmação da voluntas típica

As críticas dirigidas à doutrina interpolacionística tiveram o mérito de chamar a atenção para a necessidade de repensar a função desempenhada pela vontade nos negócios jurídicos: voltou a questionar-se a relação *voluntas – verba*.

Assinala-se a KOSCHAKER o mérito de substituir o binómio *verba – direito clássico* e *voluntas – direito justinianeu* pela antinomia *vontade típica – direito clás-*

³⁰ Vid. Alvaro D'ORS, *Las Declaraciones Jurídicas en Derecho Romano* no *AHDE XXXIV* (1764) 573.

³¹ Vid. IHERING, *o.c.* 619.

³² Vid. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano*, *cit.* 333-334.

sico e vontade individual – direito justinianeus; e a BETTI, a deslocação desta temática para o âmbito da interpretação, onde contrapôs a *interpretatio* típica da época clássica à *interpretatio* individual da época justinianeia.³³ Com o destaque da *voluntas*, embora típica, e da sua interpretação igualmente típica, a vontade ressurgiu como elemento gerador dos efeitos jurídicos negociais.

Porém, a *voluntas*, que a interpretação típica procura determinar, não é necessariamente a vontade do indivíduo que realizou o negócio jurídico em causa, mas uma vontade cristalizada em esquemas e fórmulas típicas formadas ao longo duma longa experiência:³⁴ é a vontade do homem normal, abstracto, que reage de modo uniforme a certas situações, com a qual nem sempre concorda a vontade do homem concreto.³⁵ Por isso, afigura-se-nos pertinente a observação de BIONDI de que “è difficile supporre che i giuristi classici abbiano potuto ancora raffigurare i negozi giuridici come macchine automatiche, che bastasse mettere in moto per avere quel determinato risultato, senza risalire alla volontà dell’agente”.³⁶ E não devendo ignorar que a interpretação é a sede natural para a consideração das instâncias éticas como a *bona fides*, a *aequitas*, a *humanitas*, a *benignitas* e a *pietas*, como adverte VOCI,³⁷

³³ Vid. Emilio BETTI, *Interpretazione dei Negozi Giuridici*, cit. 902; e Armando TORRENT, *Interpretación de la “Voluntas Testatoris” en la Jurisprudencia Republicana: la “Causa Curiana”* no *AHDE XXXIX* (1969) 178-179.

³⁴ Vid. RICCOBONO, *La “Voluntas” nella Prassi Giudiziaria*, cit. 303.

³⁵ Vid. BETTI, *Interpretazione dei Negozi Giuridici*, cit. 902.

³⁶ Vid. BIONDI, *o.c.* 182.

³⁷ Vid. Pasquale VOCI, *Interpretazione del Negozio Giuridico (Diritto Romano)* na *ED XXII* (1972) 270.

não será ousado afirmar com MARCHI, que coexistiram, na época clássica, as interpretações típica e individual, esta utilizada sobretudo nas declarações ambíguas e, portanto, quando aquela não funcionava.³⁸

É certo, há, na nova doutrina, quem considere a *voluntas* individual e defenda a sua interpretação dos negócios *mortis causa*, na época clássica. No entanto, também há quem recuse, como BETTI³⁹ E KOSCHAKER.⁴⁰ Trata-se, em todo o caso, duma posição redutora que exclui os negócios *inter vivos*, nos quais foi necessário recorrer, como iremos observar, à interpretação da *voluntas* individual, sobretudo para esclarecer expressões obscuras ou ambíguas.

Importa, no entanto, destacar um progresso irrecusável na nova doutrina: a consideração da *voluntas* típica e individual, respectivamente nos negócios *inter vivos* e *mortis causa*, e das correspondentes interpretações. Por isso, tem razão MASCHI quando, observando que a ciência caminha por etapas, considera que KOSCHAKER se deteve bruscamente na penúltima e não chegou à meta final: o seu mérito consiste em ter posto a *voluntas* no justo lugar no âmbito do direito clássico, contra o que sustentavam os primeiros críticos; mas, defendendo que se trata exclusivamente da vontade típica, não deu o passo final.⁴¹

³⁸ Vid. MASCHI, *o.c.* 317-353.

³⁹ V.g.: BETTI considera que a revogação do legado de *res* vendida depois da feitura do testamento se fundava, na época clássica, na objectiva incompatibilidade entre o legado e a subsequente alienação do seu objecto, enquanto o direito justinianeu exclui a revogação se se provar que “*non adimendi animo vendidit*”. Vid. BETTI, *Interpretazione dei Negozi Giuridici*, cit. 902.

⁴⁰ Vid. KOSCHAKER *apud* MASCHI, *o.c.* 327-328.

⁴¹ Vid. MASCHI, *o.c.* 321.

2.2.3 3ª fase: o relevo da voluntas individual

Reconhece-se a RICCOBONO, o “grande romanista” nas palavras de Sebastião CRUZ,⁴² o mérito que marca a primera atitude inconformista perante a doutrina que, oriunda da crítica interpolacionística, persistiu na recusa do relevo da *voluntas* individual na época clássica.

Com efeito, fiel ao seu princípio de que o Direito Romano não progrediu com rupturas violentas, antes é fruto lento da *iurisprudencia* que, sensível às novas exigências da vida, vai paulatinamente adaptando e estendendo os institutos disponíveis enquanto não elabora e sugere novas soluções, RICCOBONO deu início a uma verdadeira cruzada contra uma doutrina imobilista que produziu uma “opera distruttiva”⁴³ e da qual destaca o seu “tremendo abbaglio che non ha confronto nella atoria”.⁴⁴ O romanista italiano foi particularmente ácido na crítica à crítica interpolacionística, que acusou de ter sido feita “senza direttive”⁴⁵ e sem “un’adequata conoscenza dello sviluppo del diritto”.⁴⁶ Transcrevemos as suas palavras: “L’opera della giurisprudenza classica è affatto inesplorata a questo riguardo. Onde si spiega che chi non ha tempo, pazienza, passione d’indagini si attacchi agli indizi esteriori che presentano uno o più testi e conchiuda: interpolato, ergo bizantino”.⁴⁷ Trata-se, na verdade, duma crítica muito dura à doutrina de EISELE, GRADENWITZ, PARTSCH, PRINGSHEIM e BESELER e reafirmada depois, embora numa versão atenuada, por KOSCHAKER e BETTI.

⁴² Vid. Sebastião CRUZ, *o.c.* 107.

⁴³ Vid. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano*, cit. 339.

⁴⁴ Vid. RICCOBONO, *ibidem* 338.

⁴⁵ Vid. RICCOBONO, *ibidem* 339.

⁴⁶ Vid. RICCOBONO, *ibidem* 436.

⁴⁷ Vid. RICCOBONO, *ibidem* 436.

A semente lançada germinou em solo italiano e a cruzada progride, como observamos em PUGLIATTI,⁴⁸ GUARNERI-CITATI,⁴⁹ BIONDI,⁵⁰ SERRAO,⁵¹ VOCI,⁵² GANDOLFI,⁵³ MARCHI,⁵⁴ PA PIRA⁵⁵ e TALAMANCA.⁵⁶ E alastrou a outros países, como a Espanha, onde, com uma ou outra crítica, destacamos os estudos de SANTA CRUZ TEIJEIRO⁵⁷ e de TORRENT⁵⁸ e os manuais de FUENTESECA,⁵⁹ de GARCIA GARRIDO⁶⁰ e de Juan IGLESIAS.⁶¹

⁴⁸ Vid. PUGLIATTI, *o.c.* 670.

⁴⁹ Vid. A. GUARNERI-CITATI, *I Fattori del Diritto Romano Giustiniano e il Problema della sua Codificazione* (Macerata, 1926) 13 e 20.

⁵⁰ Vid. BIONDI, *La Terminologia Romana come Prima Dommatica Giuridica. Contributo alla Storia del Linguaggio Giuridico em Studi in Onore di Arangio-Ruiz II* (Nápoles, s.d.) 83; *Intituzioni di Diritto Romano*, cit. 180-184; e *Contratto e "Stipulatio"* em *Scritti Giuridici III* (Milão, 1965) 249-255.

⁵¹ Vid. Feliciano SERRÃO, *Interpretazione (Diritto Romano)* em *ED XXII* (1972) 239-250.

⁵² Vid. VOCI, *Interpretazioni del Negozio Giuridico*, cit. 252-276.

⁵³ Vid. Giuseppe GANDOLFI, *Criteri Sussidiari e Fine Primario dell'Ermeneutica Negoziale em Studi in Onore di Gaetano Scherillo I* (Instit. Edit. Cisalpino – La Goliardica / Milão, 1972) 31-40.

⁵⁴ Vid. MASCHI, *o.c.* 317-353.

⁵⁵ Vid. Giorgio LA PIRA, *La Personalità Scientifica di Sesto Pedio no BIDR XLV* (1938) 293-331.

⁵⁶ Vid. TALAMANCA, *o.c.* 217-223.

⁵⁷ Vid. J. SANTA CRUZ TEIJEIRO, *Influencia de Algunas Disciplinas no Jurídicas en el Derecho Romano no AHDE XXVII-XXVIII* (1957-58) 343-397.

⁵⁸ Vid. TORRENT, *o.c.* 173-211.

⁵⁹ Vid. Pablo FUENTESECA, *Derecho Privado Romano* (Madrid, 1978) 536.

⁶⁰ Vid. Manuel J. GARCIA GARRIDO, *Derecho Privado Romano. Acciones. Casos. Instituciones* (Ed. Dykinson / Madrid, 1989) 537-538.

⁶¹ Vid. Juan IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*¹ (Ed. Ariel S.A / Barcelona, 1933) 162.

Estamos perante uma doutrina atenta à evolução típica do Direito Romano e da sua ciência jurídica e, por isso, não surpreende o êxito que já conhece. Constitui exemplo o “revirement de ARANGIO-RUIZ quando, por ocasião da atribuição a RICCOBONO da medalha de ouro nos cultores de Roma, reconheceu: “Io stesso mi vado avvicinando a idee che altre volte combattevo”.⁶²

Importa expor, com a brevidade necessária, a doutrina de RICCOBONO que destaca duas fases: na primeira, até ao século II a.C., a *voluntas* não era considerada. Apenas se valorava o que caía sob os sentidos e, portanto, a *interpretatio* era estritamente literal. Na segunda, que tem início naquele século, a *iurisprudencia* foi atenuando o excessivo rigor do *ius civile*. No último período republicano, foi importante a influência da cultura grega, sobretudo da retórica que, com base na teoria aristotélica da *aequitas*, permitiu o desenvolvimento duma nova *interpretatio* orientada para a determinação da *voluntas* do legislador e das partes, respectivamente na *lex* e nos *negotia* jurídicos. A vontade torna-se, assim, a fonte dos efeitos jurídicos. Nos negócios *mortis causa*, a famosa *causa Curiana* criou um precedente muito importante para o triunfo da *aequitas* e da *voluntas testatoris*; e, nos negócios *inter vivos*, a *voluntas contrahentium* afirmou-se, depois dum desenvolvimento mais lento, como o elemento essencial dos contratos. A lição de PEDIUS sobre a *conventio* constitui um testamento muito significativo. Em consequência, ganham relevo os vícios que afectam a vontade e merecem atenção as divergências entre a *voluntas* e os *verba*. Especial influência

⁶² Vid. ARANGIO-RUIZ *apud* BIONDI, *Contratto e “Stipulatio”*, cit. 249.

exerceu, também, o *ius gentium* e merece igualmente uma referência a função da *exceptio doli* na protecção da *voluntas* viciada. Entretanto, os *verba* foram-se tornando simples instrumento até serem substituídos pelos documentos escritos nos séculos IV e V. RICCOBONO oferece-nos, como exemplo paradigmático, a evolução da *stipulatio*: primeiro, foi um negócio solene verbal-oral; depois, a ficção “ac si stipulatio interposita fuisset” mostra a desnecessidade dos *verba*; depois ainda, Constantino permitiu que se pusesse fazer por escrito; e finalmente, no ano de 472, o imperador Leão aboliu os *verba solemnia*, reduzindo-se a *stipulatio* a um contrato que, como qualquer outro, tem na *voluntas contrahentium* o seu elemento essencial. Longe ficaram o provérbio “in principio erat verbum” e a *interpretatio* literal que suporta, sem que Justiniano tenha inovado: limitou-se a pôr em evidência a *voluntas* que se tinha lentamente afirmado na longa noite dos tempos, muito por obra da *iurisprudencia* no cumprimento da sua função de pôr o *ius* ao serviço da vida.⁶³

⁶³ A evolução, que em breve síntese procuramos descrever, permite compreender que RICCOBONO tenha recusado a opinião dos historiadores que, invocando o adágio “Roma fala, o Oriente escreve”, referem a influência do Oriente, na época bizantina, na substituição das formas orais pelo *scriptum*. Segundo RICCOBONO, o conflito entre os dois sistemas (a oralidade e escrita, respectivamente, do Direito Romano e dos direitos provinciais) atingiu o auge depois da *constitutio* de Caracala, em 212. As solenidades orais decaíram rapidamente, sendo abolidas no ano 472. Vid. RICCOBONO, *Punti di Vista Critici e Ricostruttivi em AUPA* 12 (1929) 522-523; *Corso di Diritto Romano*, cit. 318 e 449; “*Stipulatio*” ed “*Instrumentum*” nel *Diritto Giustiniano em SZ* 42 (1922) 263-283 e 374-376; *La “Voluntas” nella Prassi Giudiziaria*, cit. 302-309; e *Amicus Plauto sed Magis Amica Veritas* no *BIDR* LIII-LIV (1948) 354-368.

Exposta esta doutrina, renunciaríamos à fé, que nos une, de procurarmos a *veritas*, se não repensássemos criticamente as soluções propostas. Não haverá algo relativamente subalternizado na doutrina brilhantemente apresentada pelo grande romanista italiano? A resposta é a tarefa que doravante se nos impõe: repensar as fontes!

Importa, todavia, referir que dificilmente se pode afastar a influência que a cultura grega exerceu sobre os jurisconsultos romanos, com destaque para a retórica que contribuiu para o triunfo da *aequitas* e a acentuação da *voluntas*, especialmente quando os *verba* eram ambíguos. Apesar das dificuldades criadas pelos censores, preocupados com os estragos que podia produzir na juventude, a *ars bene dicendi* ajudou a formar as classes distintas, criando nos jurisconsultos hábitos mentais dotados da precisão e finura. A retórica está presente: no debate judicial, onde se opõem as interpretações literal e *ex voluntate*; na defesa da *aequitas* e da justiça contra o excessivo rigor formal do *ius strictum*; na estrutura da fórmula processual, sobretudo na *intentio*, na *demonstratio*, na *exceptio* e na *praescriptio*; nas construções sintéticas e unitárias dos jurisconsultos; na *querela inofficiosi testamenti* com a transformação da violação do *officium pietatis* num problema jurídico que recorre aos argumentos retóricos da presumida insanidade do testador para fundamentar a acção concedida aos filhos preteridos ou deserdados; etc. São aspectos particularmente marcantes que mostram a influência da retórica na vida jurídica romana, destacada por SANTA CRUZ TEIJEIRO,⁶⁴ embora tam-

⁶⁴ Vid. SANTA CRUZ TEIJEIRO, *o.c.* 343-397. E também: GUARNERICITATI, *o.c.* 18-20; SERRÃO, *o.c.* 245; VOCI, *o.c.* 255 e 272-273; e RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano*, cit. 322-326.

bém não falte quem, como TORRENT,⁶⁵ considere que foi pouco importante a metodologia retórica grega entre os juristas de Roma.

Não enfatizaremos a célebre *causa Curiana* e a influência da retórica que, na opinião de RICOBONO, foi observada por STROUX a partir da obra de CÍCERO. Certo é que o debate judicial, que opôs o jurisconsulto *Quintus Mucius Scaevola* ao orador *Lucius Licinius CRASSUS*, terminou com o triunfo da tese de *CRASSUS* que defendeu a *voluntas testatoris*; e, sendo o tribunal dos *centumviri* o mais importante tribunal romano, é natural que as suas decisões se impusessem entre os jurisconsultos.

Finalmente, se a existência de interpolações não suscita dúvidas, não ignoramos a contínua evolução do Direito Romano feita sem rupturas violentas, primeiro através do alargamento dos instrumentos disponíveis e, depois, da criação de novas figuras jurídicas. Por isso, olhamos com muita desconfiança para a crítica interpolacionística, sobretudo quando, feita sem critérios, desembocou na “opera distruttiva” de que nos fala RICCOBONO,⁶⁶ perdendo-se num labirinto de hipóteses que, perpetuar a estrutura arcaica do *ius civile* até à época pós-clássica, revela o desprezo pela tradição e retira à *iurisprudencia* clássica os méritos que a elevam e distinguem. Apoiar-nos-emos, sim num critério que reputamos idôneo: o de que não há interpolações num texto cujo autor refere a opinião de outro jurista. Seria, importa insistir, uma atitude pouco digna manter a citação a alterar a opinião. Os compiladores merecem-nos muito respeito.⁶⁷

⁶⁵ Vid. TORRENT, *o.c.* 175 e 209-210.

⁶⁶ Vid. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano*, cit. 339, 373 e 434.

⁶⁷ Vid. SANTOS JUSTO, *A “Fictio Iuris”*, cit. § 9.4.1.4.²⁰

Antecipada a crítica, poder-se-á dizer que estes pressupostos condicionam *a priori* a nossa *mens*. Recordamos, no entanto, que, na epistemologia kantiana, o conhecimento opera com categoria e conforta-nos a experiência que as ajuda a formar e transmite a necessária objectividade.

2.3 A Nossa Opinião

Ninguém contesta que, nos primeiros tempos, o formalismo rigoroso dos actos jurídicos condicionava a sua realização e interpretação.⁶⁸ A sua expressão encontra-se na conhecida fórmula consagrada na Lei das XII Tábuas: “Uti lingua nuncupassit, ita ius esto”.⁶⁹ A *voluntas* não se indagava e o agente era obrigado a pronunciar as palavras que estruturavam as formas negociais ditas solenes.⁷⁰ A *interpretatio* era puramente literal: retirava dos *verba* o significado comumente atribuído e não havia lugar para a consideração de anomalias como o *dolus* e a *fraus* que, na perspicaz observação de IHERING, estavam legalizados.⁷¹

Porém, o extremo rigor dos *verba* não tardaria a converter-se numa *summa iniuria*. A complexidade das

⁶⁸ Vid. Cesare SANFILIPPO, *L'Efficacia Traslativa della Volontà nel Diritto Romano em Studi in Onore di Gaetano Zingali III* (Dott, A. Giuffrè Editore / Milão, 1965) 607; Adolfo PLACHY, *Indicium Voluntatis* no *BIDR LVII-LVIII* (1953) 310; e RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano*, cit. 320.

⁶⁹ Cf. VI, 1.

⁷⁰ Vid. RICCOBONO, “*Stipulatio*” ed “*Instrumentum*” nel *Diritto Giustiniano*, cit. 374; *La “Voluntas” nella Prassi Giudiziaria*, cit. 302; e *Corso di Diritto Romano*, cit. 355-356.

⁷¹ Vid. IHERING, *o.c.* 627-628.

relações e o progresso da cultura não deixariam de impor a valoração da *voluntas* como factor gerador de efeitos jurídicos.⁷² surgiu a tensão *verba – voluntas* que, lenta, mas irreversivelmente, iria terminar com a desvalorização daqueles e a elevação desta a requisito essencial do negócio jurídico.

Nos tempos mais afastados, dever-se-ia actuar com muita cautela. A *stipulatio* constitui um exemplo importante que mostra como a *iurisprudencia* pontifical actuava: fingia a existência dum vício de forma (falta a *unitas actus*) para a tornar inválida quando, na verdade, faltava a vontade dos contraentes.⁷³ Como sabemos, a *fictio* é um expediente que permitia renovar o direito dia a dia, inserindo nas suas velhas fórmulas aparentemente imutáveis, as novas manifestações e aspirações trazidas pelo progresso dos tempos. Sob a imutabilidade formal, a *iurisprudencia* estendia o *ius civile*, transmitia-lhe actualidade, tornava-o flexível, despia-o das formas ultrapassadas, insuflava seiva nova.⁷⁴ No entanto, a *fictio* é um expediente de transição que permite à ciência caminhar quando não dispõe, ainda, de recursos próprios, mas adverte-a, simultaneamente, de que não deve satisfazer-se com soluções provisórias e imperfeitas.⁷⁵ Por isso, a *iurisprudencia* deve procurar outros expedientes que, de forma clara e trans-

⁷² Vid. BIONDI, *Contratto e “Stipulatio”*, cit. 253.

⁷³ Vid. RICCOBONO, *La “Voluntas” nella Prassi Giudiziaria*, cit. 303-306; e *Amicus Plauto sed Magis Amica Veritas*, cit. 361-363. Cf. VARRO, VI, 69; -VI, 72.

⁷⁴ Vid. SANTOS JUSTO, *A “Fictio Iuris”*, cit. §§ 8.1-3; e Alexandre CORREIA / Gaetano SCIASCIA, *Manual de Direito Romano I*² (São Paulo, 1953) 302-303.

⁷⁵ Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* § 8.4.

parente, ofereçam as soluções que as *fictiones* já tinham consagrado: não há, portanto, surpresas!

Em PEDIUS, que, segundo LA PIRA, “è per definizione il giurista dell’analogia”,⁷⁶ vemos o reconhecimento da *conventio* como elemento comum dos contratos, para a qual a *interpretatio* deve necessariamente dirigir-se. O formalismo transforma-se num instrumento ao serviço da efectiva vontade das partes.⁷⁷

Urge, todavia, distinguir os negócios *mortis causa* e *inter vivos* porque nestes contrapõem-se interesses diferentes e a confiança do declaratório deve ser protegida: segundo o princípio da autoresponsabilidade, ao declarante incumbe o ônus de utilizar expressões claras e inequívocas.⁷⁸

Em relação aos negócios *mortis causa*, aquela protecção não se impõe e, por isso, a reconstituição da *voluntas defuncti* goza de maior liberdade.⁷⁹ Apoiando-nos no critério que já referimos sobre a autenticidade das fontes, seleccionamos cinco fragmentos:

- D. 32, 3, 32, 2: o que deve entender-se por “argenti potior vel escarium” legado? Segundo PAULUS, deve recorrer-se ao uso do testador só quando houver alguma dúvida sobre o género de algum objecto.
- D. 34, 2, 32, 5: que quantidade de prata e de electro (metal constituído por ouro misturado com prata) devem ter os vasos de electro legados? PAULUS cita NERATIUS que, por sua vez, refere a opinião

⁷⁶ Vid. LA PIRA, *o.c.* 293.

⁷⁷ Cf. D. 2, 14, 1, 3. Vid. LA PIRA, *o.c.* 295-296; RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano*, cit. 334; e MASCHI, *o.c.* 322-323.

⁷⁸ Vid. TALAMANCA, *o.c.* 218 e 221; e BETTI, *Interpretazione dei Negozi Giuridici*, cit. 903.

⁷⁹ Vid. MASCHI, *o.c.* 323-324.

de PROCULUS: se o aspecto dos vasos não revelar qual das matérias é acessória, dever-se-á recorrer ao testador.

- D. 32, 52, 7: que deve entender-se por uma biblioteca legada: só os armários ou também ou livros? ULPIANUS invoca NERVA para quem é necessário recorrer à vontade do testador. E rejeita a opinião de SABINUS que exclui os livros. Ainda segundo ULPIANUS, devem excluir-se os armários se, encontrando-se fixos, pertencerem ao edifício.
- D. 34, 1, 13, 1: o legado de alimentos e vestuário enquanto os legatários viverem com Cláudio Justo serão devidos também depois da morte de Cláudio Justo? Segundo SCAEVOLA, o imperador Antonino Pio respondeu que o legado devia ser prestado mesmo depois da morte de Cláudio Justo, ou seja, enquanto os legatários viverem.
- D. 34, 4, 15: o legado de um *servus* posteriormente alienado e readquirido pelo testador é ou não válido? PAULUS entende que não, a menos que a vontade do testador seja direrente.

Observamos, nestes fragmentos, a mesma doutrina: não havendo dúvidas, não é necessário recorrer à *voluntas testatoris*: a *interpretatio* extrairá das suas palavras o sentido comumente atribuído pela experiência. Se as houver, indagar-se-á a *voluntas testatoris*. Na primeira hipótese, estamos perante a *interpretatio* típica; na segunda, a interpretação é individual. Num plano hierárquico, aquela ocupa o primeiro lugar; esta funciona subsidiariamente, quando as expressões são ambíguas. O último fragmento

tem, no entanto, um interesse particular: a *interpretatio* típica, que atenda à *voluntas* abstracta do homem médio, não deixaria de concluir que a *res legata* era devida ao legatário porque, antes da sua morte, o testador tinha-a adquirido. No entanto, PAULUS recusa esta interpretação: a *interpretatio* individual mostra-se, aqui, prioritária.

Ainda no âmbito dos negócios *mortis causa*, CELSUS refere uma divergência entre SERVIUS e TUBERO:⁸⁰ para precisar o sentido do vocábulo *supellectilem* (utensílios domésticos) utilizado num legado, SERVIUS entendia que devia recorrer-se à vontade (*sententia*) do testador, mas adverte que importa respeitar, primeiro, o significado comum que se impôs na vida social. TUBERO duvida, porque as palavras (*nomina*) servem apenas para demonstrar a *voluntas* de quem fala e ninguém diz o que não sente. CELSUS acolhe a opinião de SERVIUS e esclarece que, embora a *mens* seja anterior e mais forte do que a *vox*, ninguém fala sem *vox*. Isto é, a linguagem é um instrumento de comunicação e, por isso, não devem prevalecer significados pessoais, quiçá atribuídos por mentes caprichosas que, assim, se automarginalizam da convivência social.⁸¹ Porém, importa não ignorar que estes limites, que afastam a *interpretatio* individual e justificam a interpretação típica, não funcionam quando as expressões utilizadas pelo testador forem ambíguas: nestes casos, é necessário recorrer à *voluntas testatoris*.

⁸⁰ Cf. D. 33, 10, 7, 2.

⁸¹ Segundo MASCHI, não se afasta absolutamente a interpretação da *voluntas* do testador que, por hábitos particulares, utilizou um vocabulário especial em que as palavras têm um diferente significado pessoal. Vid. MASCHI, *o.c.* 327.

No âmbito dos negócios *inter vivos*, a afirmação da *voluntas contrahentium* é mais lenta e cuidada.⁸² Há, aí, duas vontades concorrentes e é necessário proteger a confiança do declaratório: como refere VOICI, a declaração é um acto do seu autor, mas, uma vez emitida, “non appartiene solo a lui: in genere, diventa un atto socialmente rilevante”. Por isso, acrescenta, “per la sua qualità specifica di fatto che ha valore *inter partes*, deve rispondere a esigenze di affidamento”. Assim, “per la prima qualità deve obbedire ai dettami del lessico; per la seconda, si deve tener conto del significato che può legittimamente attribuirle chi la riceve”.⁸³ Estão em jogo duas *voluntates* que convergem na *conventio*: a do declarante, que a manifesta; e a do declaratório, que a aceita.

Em que temos? Segundo TALAMANCA, “non esistono soluzioni ontologicamente predeterminate”.⁸⁴ Mas reconhece-se também que “i giuristi romani hanno dunque dimostrato non solo un profondo equilibrio ed una spiccata sensibilità per le esigenze della certezza e dell’affidamento, ma altresì un vigoroso senso di rispetto per quella che è la personalità umana: delle cui manifestazioni, nell’ambito delle sua sfera di autonomia, la componente essenziale è (...) l’*animus*”, escreve GANDOLFI.⁸⁵

Não nos preocupa a origem da afirmação da *voluntas* e da correspondente *interpretatio*.⁸⁶ Basta-nos saber que,

⁸² Vid. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano*, cit. 355.

⁸³ Vid. VOICI, *o.c.* 255. Vid. também: RICCOBONO, *Amicus Plauto sed Magis Amica Veritas*, cit. 360.

⁸⁴ Vid. TALAMANCA, *o.c.* 218.

⁸⁵ Vid. GANDOLFI, *o.c.* 40.

⁸⁶ Segundo RICCOBONO, os novos princípios surgem com o alargamento da vida econômica e social da pequena comunidade quiritária, depois das guerras púnicas e sob o influxo das doutrinas gregas. Foi nesse tempo que se formou o expressivo provérbio que caracteriza o movimento de equidade: “*summum ius, summa iniuria*”. Vid. RICCOBONO, *ibidem* 357.

em plena época clássica, PEDIUS reconheceu a *conventio* como elemento essencial do contrato jurídico,⁸⁷ continuando, decerto, uma tradição em que, segundo LA PIRA, participaram também OFILIUS, LABEO, SABINUS e IAVOLENUS.⁸⁸ Importa, sim, perscrutar as fontes inspirando-se na doutrina que PEDIUS expôs elegantemente, para a qual não há *contractus* sem *conventio*,⁸⁹ PAPIANUS decide um caso prático com base no princípio de que “*in conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit*”.⁹⁰ A impessoalidade do verbo *placere* mostra que se trata dum princípio consagrado e é perfeita a correspondência lógica com a doutrina acolhida por PEDIUS. Por isso, sendo a *voluntas* mais forte do que os *verba*, não surpreende que ULPIANOS considere, a propósito da definição do âmbito dum *pactum* (se pessoal ou real), que “*non minus ex verbis, quam ex mente convenientium aestimandum est*”.⁹¹

Porém, a conveniência de apelar à *voluntas* não exclui a necessidade de proteger o declaratório, sobretudo quando as expressões utilizadas na declaração forem ambíguas. Impôs-se a doutrina defendida por SERVIUS que vemos acolhida por LABEO em:

⁸⁷ Cf. D. 2, 14, 1, 3. Contra, FONFANTE entende que, na época clássica, o *consensus* só tem relevo nos contratos consensuais. Vid. Pietro BONFANTE, *Sui “Contractus” e Sui “Pacta” em Scritti Giuridici Varii II* (1921) 135 e 138-140.

⁸⁸ Vid. LA PIRA, *o.c.* 330-331.

⁸⁹ Cf. D. 2, 14, 1,3. Também IAVOLENUS, que viveu pouco antes de PEDIUS, partilha desta opinião em relação aos negócios que *dominium transferunt*: D. 45, 2, 55. Vid. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano*. cit. 364.

⁹⁰ Cf. D. 50, 16, 219.

⁹¹ Cf. D. 2, 14, 7, 8.

D. 18, 1, 80, 2: a quem pertence a *glans* de madeira vendida para corte durante cinco anos? LABEO diz que, segundo SERVIUS, é necessário, em primeiro lugar, recorrer ao que foi acordado. Porém, se houver ambigüidade, convirá distinguir: a *glans* caída das árvores não cortadas pertence ao vendedor; a que estiver nas árvores ao tempo do corte pertencerá ao comprador.

Trata-se duma solução conciliatória com os interesses das partes, porventura inspirada na *aequitas* e na *bona fides*. A referência a SERVIUS constitui um indício de autenticidade. E no mesmo sentido estão as opiniões de ALFENUS,⁹² PAULUS⁹³ e IULIANUS:⁹⁴ estamos, segundo parece, perante uma doutrina consagrada, que privilegia a *interpretatio* típica e, portanto, satisfaz uma exigência de confiança e protege a *bona fides* do declaratório.⁹⁵ Este princípio pode, inclusivamente, justificar que a *interpretatio* retire um sentido desfavorável ao declarante, como observamos em POMPONIUS:

D. 18. 1. 33: que significado têm os vocábulo *flumina* e *stillicidia* utilizados numa *lex venditionis*? Segundo POMPONIUS, deve atender-se ao que foi acordado e, havendo ambigüidade, deve considerar-se o sentido que “venditori nocet”.

O declarante é, assim, penalizado pela falta de clareza e a solução traduz um efeito do princípio da autoresponsabilidade⁹⁶ e da *bona fides* do declaratório.

⁹² Cf. D. 19, 2, 29.

⁹³ Cf. D. 19, 2, 54, 1.

⁹⁴ Cf. D. 18, 1, 40, 3.

⁹⁵ Vid. GANDOLFI, *o.c.* 36-37.

⁹⁶ Vid. GANDOLFI, *o.c.* 39-40.

Por outro lado, sendo a *voluntas* um elemento essencial dos negócios jurídicos e tornando-se a *conventio*, nas palavras de Alvaro D'ORS, a “alma del contrato”,⁹⁷ o dissenso justifica a nulidade dos actos bilaterais, como refere PAULUS para quem “nihil actum erit”.⁹⁸ Do mesmo modo, se uma das partes se obrigou por virtude de dolo, a sua verdadeira *voluntas* era protegida através da *exceptio doli*, como refere ULPIANUS.⁹⁹ Nem se compreenderia o motivo que levou Aquilius GALLUS a criar a fórmula *de dolo* nem as notáveis definições que LABO e SERVIUS nos oferecem de *dolus malus*.¹⁰⁰

Também a *voluntas* era protegida no caso de erro na declaração, que podia incidir sobre a identidade duma pessoa¹⁰¹ ou do objeto;¹⁰² e o erro que vicia a vontade que, incidindo sobre os pressupostos dum negócio,¹⁰³ a identidade duma pessoa¹⁰⁴ ou o objecto,¹⁰⁵ justificava que, em determinadas circunstâncias, esse *negotium* fosse inválido. Como refere VOICI, “l'errore che esclude la volontà rende invalido l'atto” e justifica a invalidade “con l'essenza total di volontà”.¹⁰⁶

⁹⁷ Vid. Alvaro D'ORS, *Derecho Romano* na NEJ I (1949) 28; e Juan IGLESIAS, *o.c.* 162. Cf. também: D. 45, 1, 83, 1; 45, 1, 137, 1; 45, 1, 1, 4.

⁹⁸ Cf. D. 45, 1, 83, 1. Vid. RICCOBONO, *Amicus Plauto sed Magis Amica Varitas*, cit. 365 e *Corso di Diritto Romano*, cit. 365; e SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I* cit. § 49.2.2.2.

⁹⁹ Cf. D. 45, 1, 36. Vid. LA PIRA, *o.c.* 318.

¹⁰⁰ Cf. D. 4, 3, 1, 2. Vid. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano*, cit. 378; SANTA CRUZ TERLJEIRO, *o.c.* 373; e SANTOS JUSTO, *ibidem*, § 49.3.2.

¹⁰¹ Cf. D. 12, 1, 32. Deve tratar-se, porém, dum negócio feito *intuitu personae*. Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* § 49.2.2.2.¹⁰³²

¹⁰² Cf. D. 18, 1, 9, 1. Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* § 49.2.2.2.¹⁰³³

¹⁰³ Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* § 49.3.1.

¹⁰⁴ Cf. D. 12, 1, 32. Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* § 49.3.1.

¹⁰⁵ Cf. D. 18, 1, 9, 2; 18, 1, 14; 18, 1, 11, 1. Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* § 49.3.1.

¹⁰⁶ Vid. VOICI, *o.c.* 271.

Finalmente, a *simulatio* só tem verdadeiramente sentido se opusermos à vontade real das partes uma diferente vontade declarada as mais das vezes com o propósito de prejudicar terceiros. Referindo-se aos *contractus imaginarii*, MODESTINUS considera que “iuris vinculum non obtinent, quum fides facti simulatur non intercedente veritate”.¹⁰⁷ É certo que PARTSCH considera este fragmento interpolado, porque o princípio “utilingua nuncupassit, ita ius esto” impõe a validade dos contratos simulados.¹⁰⁸ Porém, esta opinião implica a recusa da *simulatio* ou, na doutrina de BETTI, a sua descaracterização num expediente a que se recorria para suprir as deficiências do *ius* e destinado a desaparecer quando a *iurisprudencia* encontrasse a solução adequada. Isto é, BETTI vê na *simulatio* um expediente de progresso e, por isso, não surpreende que se confunda freqüentemente com a *fictio*.¹⁰⁹

Trata-se, porém, de duas figuras inconfundíveis: a *fictio* é um expediente dos órgãos encarregados das funções legislativas e jurisdicional, enquanto a *simulatio* é uma figura utilizada pelos indivíduos. Por outro lado, a *fictio* é um instrumento que permite integrar o *ius civile* sem comprometer a estabilidade e a segurança que as inovações apressadas nem sempre asseguram, enquanto a *simulatio* é um expediente que oculta a verdade para servir propósitos as mais das vezes ético-juridicamente censuráveis; por isso, a *fictio* era bem acolhida, enquanto a *simulatio* era rejeitada.¹¹⁰

¹⁰⁷ Vid. D. 44, 7, 54.

¹⁰⁸ Vid. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano*, cit. 368-372.

¹⁰⁹ Vid. SANTOS JUSTO, A “*Fictio Iuris*”, cit. §§ 12.1.1 e 12.1.4.1.

¹¹⁰ Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* § 13.2.1.

Finalmente, não podemos silenciar a existência da *restitutio in integrum ob metum*, da *exceptio metus* e da *actio quod metus causa* que protegem a *voluntas* da coacção (*vis, metus*) que a vicia.¹¹¹ Nem é permitido ignorar que a *voluntas* está também presente, sob a denominação de *animus*, em vários institutos cuja classicidade (e até pré-classicidade) ninguém questiona. Referimos, como meros exemplos, a *possessio* (segundo a doutrina de SAVIGNY), a *derelectio*, a *occupatio*, a *novatio* e a *pro herede gestio* que, além dum *corpus*, têm um correspondente *animus*.¹¹²

Referimos, em traços excessivamente sintéticos, a nossa opinião. Resta-nos acrescentar que a polémica sobre a relação *voluntas – verba* está longe de terminar. Mas, seja qual for a época em que a *voluntas* adquiriu o maior relevo, uma conclusão é inquestionável: a função que hoje se assinala à *voluntas* nos negócios jurídicos é mais um valioso contributo que recebemos do Direito Romano.

3 Breve Referência do Direito Luso-Brasileiro

3.1 Direito Português

Renascido na Escola de Bolonha no século XII, o Direito Romano difundiu-se em Portugal, em cuja vida jurídica exerceu uma significativa influência a partir do século

¹¹¹ Vid. Alvaro D'ORS, *Elementos de Derecho Privado Romano*, cit. 119-120; e SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit. § 49.3.3.

¹¹² Vid. PLACHY, *o.c.* 317, 332, 346 e 366; VOICI, *o.c.* 258-259; e SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III (Direitos Reais)* em *Studia Iuridica* 26 (1997) § 7.2.1.

XIII.¹¹³ Até aí, o Direito Português tinha uma base fundamentalmente consuetudinária e foraleira e a criatividade jurídica era marcada pelo empirismo orientado pelo tabelião: não havia uma *scientia* verdadeiramente *iuridica* e, por isso, aquele direito era rudimentar e não raras vezes violento.¹¹⁴ Depois, tudo começou a mudar: o Direito Português progride, aperfeiçoa-se, moderniza-se quando o Direito Romano passou a ser estudado no recentemente criado *Studium Generale* e aplicados nos tribunais portugueses como direito subsidiário por excelência.

Graças, em grande parte, à ciência jurídica dos civilistas (como eram conhecidos os cultores do Direito Romano) e à jurisprudência portuguesa, o Direito Romano foi penetrando no Direito Português podendo, sem ousadia, considerar-se que ainda hoje constitui a sua linfa fundamental.

Como no Direito Romano, também no Direito Português das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas não há uma *definitio* de negócio jurídico e tão-pouco de contrato. Todavia, a acentuação da *voluntas* é bem visível nas suas normas jurídicas. Basta transcrever duas disposições das Ordenações Filipinas referentes ao contrato de compra e venda:

IV, 1pr.: “As compras e vendas se podem fazer (...) consentindo ambos (vendedor e comprador) na venda...”.

IV, 17, 4: “Se o vendedor afirmar que o escravo, que

¹¹³ Vid. Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*³ (Almedina / Coimbra, 2000) 225-226; e Ruy de ALBUQUERQUE / Martim de ALBUQUERQUE, *História do Direito Português I (1140-1415) 1ª Parte*¹⁰ (Ed. Pedro Ferreira Ferreira / Lisboa, 1999) 321-332.

¹¹⁴ Vid. ALMEIDA COSTA, *o.c.* 195-196.

vende, sabe alguma arte ou tem alguma habilidade bôa, assi como pintar, esgrimir, ou que he consinheiro e isto não sómente pelo louvar, mas pelo vender por tal, e depois se achar que não sabia a tal arte, ou não tinha a tal habilidade, poderá o comprador engeitál-o...”.

No primeiro texto, a *voluntas contrahentium* surge como expressão essencial do contrato. E a solução do segundo constitui uma simples consequência deste princípio: se a verdadeira vontade não existir por ter sido viciada, o contrato desfazer-se-á: o interessado pode “engeitál-o”, na terminologia jurídica da época. Assim, na compra e venda, a *res* vendida regressa ao vendedor e o preço, ao comprador.

As nossas Ordenações oferecem-nos soluções esparsas, que aliás se compreendem em obras de tipo compilatório.¹¹⁵ Porém, à medida que a *iuris scientia* progredia, assistimos a tentativas de construção e de sistematização que, consagradas nos Códigos hodiernos, não deixam de ter a sua história.

Em Portugal (e também no Brasil, ao tempo território português), já Pascoal José de MELO FREIRE que, nas palavras de PAULO MERÊA, foi o “executor genial do pensamento dos colaboradores de Pombal” e “um dos mais eminentes jurisconsultos que tem tido Portugal”,¹¹⁶ enunciou a máxima de que “a vontade dos contraentes dá a lei”¹¹⁷ e, em consequência, preocupou-se com o regime

¹¹⁵ Vid. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito* (Coimbra Editora / Coimbra, 2001) 259-261.

¹¹⁶ Vid. Manuel PAULO MERÊA, *Lições de História do Direito Português* (Coimbra Editora, Lda / Coimbra, 1923) 116.

¹¹⁷ Vid. Pascoal José de MELO FREIRE, *Instituições de Direito Civil Português*, trad. de Miguel Pinto de Menezes no *BMJ* 162 (1967) 63.

do dolo, da simulação, da lesão imoderada, etc.¹¹⁸ Reafirmada a vontade como fundamento da juridicidade do contrato, MELO FREIRE continuou a tradição romanística acolhida nas nossas Ordenações e a mesma via foi sucessivamente percorrida por CORREIA TELLES e COELHO DA ROCHA, obreiros das transformações do Direito Português depois da Revolução liberal de 1820, que marcaram a sua modernização e prepararam o ambiente favorável em que, em 1867, surgiu o nosso primeiro Código Civil. CORREIA TELLES considerava necessário que, “para a validade de qualquer contracto, intervenha o consentimento da pessoa que se obriga e a aceitação da que adquire direito”.¹¹⁹ Por isso, escreveu, a propósito do erro sobre a substância da coisa e acerc da pessoa, que “é nullo o consentimento”.¹²⁰ Também, “é nullo o consentimento extorquido por força ou ameaças que fação temer a perda da vida, da saude, da honra e da liberdade”.¹²¹ E observa que o dolo “é outro vicio do consentimento, por causa do qual se podem anullar os contractos”.¹²² COELHO DA ROCHA definiu o contrato como “o acto jurídico pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam por consentimento recíproco a dar, fazer ou não fazer alguma cousa” e considera que a sua qualidade característica “consiste no concurso simultâneo da promessa d’um e acceitação do outro, ou

¹¹⁸ Vid. MELO FREIRE, *ibidem* 66-67.

¹¹⁹ Vid. J. H. CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis Accommodado às Leis e Costumes da Nação Portuguesa para Servir de Subsídio ao Novo Código Civil I*³ (Imprensa da Universidade / Coimbra, 1845) § 219.

¹²⁰ Vid. CORRÊA TELLES, *ibidem* § 236-237.

¹²¹ Vid. CORRÊA TELLES, *ibidem* §§ 238-239.

¹²² Vid. CORRÊA TELLES, *ibidem* § 248.

no consentimento recíproco”.¹²³ Por isso, acentua o dolo, o erro e a violência como anomalias que, viciando a vontade, são susceptíveis de justificar a anulação do contrato ou o direito à indenização de perdas e danos.¹²⁴

Através de MELO FREIRE, a doutrina portuguesa não esperou pelo *Code Civil* francês no reconhecimento da vontade e dos seus vícios.¹²⁵ E depois de 1804, não perdeu a sua autonomia, como se reconhece no nosso primeiro Código Civil que está longe de ser uma simples cópia do modelo francês.¹²⁶ O contrato é aí definido como “o acôrdo por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação”;¹²⁷ e, entre as condições que sustentam a sua validade, coloca o mútuo consenso¹²⁸ que “deve ser claramente manifestado”.¹²⁹ Depois, para defesa da vontade, determina que o consentimento prestado por erro ou coacção produz a nulidade do contrato nos termos que define e onde inclui o dolo e da má fé.¹³⁰ Quanto à interpretação dos contratos,

¹²³ Vid. Manuel António COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez* II⁸ (Livr. Clássica Editora A. M. Teixeira / Lisboa, 1917) § 733.

¹²⁴ COELHO DA ROCHA distingue o dolo principal e o dolo incidente: aquele “annulla o contrato”; este “apenas dá ao lesado direito à indenização de perdas e interesses”. A violência “rescinde igualmente o contrato”. E quando ao erro, escreve que “sómente o erro sobre cousa essencial (*causa dans*) rescinde o contracto”. Vid. COELHO DA ROCHA, *ibidem* § 736.

¹²⁵ Vid. Francisco Manuel de Brito PEREIRA COELHO, “*Contrato*” – *Evolução do Conceito no Direito Português no BFDC LXIV* (1988) 258.⁸²

¹²⁶ Vid. SANTOS JUSTO, *O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano no BFDC LXXI* (1995) 36-50.

¹²⁷ Cf. art. 641.

¹²⁸ Cf. art. 643.

¹²⁹ Cf. art. 647.

¹³⁰ Cf. arts. 656 e 668.

considera “nulo o contrato sempre que (...) se não possa depreender qual fosse a intenção ou vontade dos contraentes sobre o objecto principal”;¹³¹ e, nos contratos onerosos, determina que “resolver-se-á a dúvida pela maior reciprocidade dos interesses”.¹³²

Volvida uma centúria, chegamos ao nosso actual Código Civil que, na boa linha romanista, não define negócio jurídico nem contrato. Porém, nem por isso perde relevo a *voluntas contrahentium*. Desde logo, na eficácia da declaração negocial;¹³³ depois, na exigência do acordo das partes em todas as cláusulas que constituem o contrato;¹³⁴ depois ainda, na interpretação da declaração negocial feita por um declaratório normal, sem afastar a hipótese de relevar a vontade real do declarante;¹³⁵ e finalmente, na falta e nos vícios da vontade (simulação, reserva mental, erro, dolo, coacção e incapacidade acidental de entender).¹³⁶ Quanto aos negócios *mortis causa*, assinala-se a nulidade do tratamento se o testador não tiver exprimido claramente a sua vontade;¹³⁷ e a necessidade de a sua interpretação observar “o que parecer mais ajustado com a vontade do testador”.¹³⁸ Também este Código revela a influência da doutrina portuguesa, sobretudo de Manuel de ANDRADE, no domínio do negócio jurídico.

¹³¹ Cf. art. 684.

¹³² Cf. art. 685, n. 2.

¹³³ Cf. art. 224, n. 1.

¹³⁴ Cf. art. 232.

¹³⁵ Cf. art. 236.

¹³⁶ Cf. arts. 240 e 257.

¹³⁷ Cf. art. 2180.

¹³⁸ Cf. art. 2187.

3.2 Direito Brasileiro

Em relação ao Brasil, sabemos que, até à sua independência no ano de 1822, partilha, com Portugal, a mesma Histórica jurídica; depois, e até 1917, data do seu Código Civil, os dois direitos começaram a trilhar caminhos diferentes, embora o sistema jurídico-privado brasileiro se tenha conservado mais próximo da tradição portuguesa e muito mais liberto de influências estrangeiras do que o Direito Português.¹³⁹ O que se compreende com relativa facilidade: Portugal fora intensamente agitado pelas idéias políticas que triunfaram em França, enquanto, separado pelo Oceano Atlântico, o Brasil continuou a reger-se pelas Ordenações Filipinas sem grandes abalos, a que não é indiferente a Lei de 1823 que impediu a aplicação das reformas que o liberalismo introduzira em Portugal.¹⁴⁰ E assim chegamos a 1917, quando começou a vigorar o (ainda actual) Código Civil, cujo projecto foi elaborado por CLÓVIS DE BEVILÁQUA, mas em que foi decisivo o contributo de TEIXEIRA DE FREITAS.

Com efeito, a indelével marca romanista do grande Mestre manifesta-se imediatamente. Destacamos alguns exemplos, só porque a brevidade do tempo não consente outros: a falta de *definitio* de contrato, parecendo que o legislador brasileiro não foi insensível à sábia lição de IAVOLENUS

¹³⁹ Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* § 4.

¹⁴⁰ Vid. J. C. MOREIRA ALVES, *A Contribuição do Antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro em Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português* (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil (S. Paulo, 1980) 35; e J. G. B. CÂMARA, *Subsídios para a História do Direito Pátrio* III (Rio de Janeiro, 1966) 54-55.

de que “omnis definitio in iure civili periculosa est”;¹⁴¹ a determinação de que “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem”;¹⁴² o relevo do erro substancial e do dolo na anulação dos actos jurídicos;¹⁴³ a referência à coacção como vício da vontade que justifica a anulação do acto;¹⁴⁴ e a simulação que só é considerada defeito “quando não houver intenção de prejudicar a terceiros ou de violar disposição da lei” e cujo efeito é a nulidade do acto.¹⁴⁵ Quanto aos negócios *mortis causa*, observamos que, sendo a cláusula testamentária susceptível de interpretações diferentes, “prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador”;¹⁴⁶ e notamos que não valerá o legado que, ao tempo do seu falecimento, não “se achava entre os bens da herança”.¹⁴⁷

Estas e muitas outras são disposições que reflectem, no Código Civil brasileiro, a herança romanista que se consolidou na notável obra de Augusto TEIXEIRA DE FREITAS que Orlando de CARVALHO, distinto Prof. da minha Universidade, considerou “um dos maiores jurisconsultos da latinidade moderna” e “uma gigantesca figura”;¹⁴⁸ e Cândido MENDES e outros Autores cognominaram “o Cujácio brasileiro” e “o grande Lidador”.¹⁴⁹ E,

¹⁴¹ Cf. D. 50, 17, 202.

¹⁴² Cf. art. 86.

¹⁴³ Cf. arts. 85 e 92.

¹⁴⁴ Cf. arts. 98 e 101.

¹⁴⁵ Cf. arts. 103 e 105.

¹⁴⁶ Cf. art. 1666.

¹⁴⁷ Cf. art. 1682.

¹⁴⁸ Vid. Orlando de CARVALHO, *Teixeira de Freitas e a Unificação do Direito Privado no BFDC LX* (1784) 3 e 5.

¹⁴⁹ Vid. Cândido MENDES *apud* Sílvio MEIRA, *Teixeira de Freitas. O Jurisconsulto do Império. Vida e Obra*² (Ed. do Autor Brasília, 1983) 179.

todavia, este Homem que, em Olinda, recebeu “uma formação coimbrã”, nas palavras de Sílvio MEIRA,¹⁵⁰ viveu deslocado no tempo e no espaço, apesar de a sua ciência não ter conhecido fronteiras, estendendo-se à Argentina, ao Paraguai, ao Uruguai, ao Chile e até à Alemanha.¹⁵¹

Acusado, um dia, de se ater por demais ao Direito Romano, TEIXEIRA DE FREITAS retrucou que “não me podereis fazer maior honra, do que chamando-me romanista”.¹⁵² É este Homem, cultor da ciência jurídica lusíada com rara elevação, que não posso deixar de evocar, na sua Pátria, com um sentimento de profunda admiração.

E através de Augusto TEIXEIRA DE FREITAS, evoco também a ciência jurídica brasileira, cujos cultores não distingo, só para não incorrer no pior dos pecados, na lição magistral do nosso Padre Antônio Vieira: a omissão!

¹⁵⁰ Vid. Sílvio MEIRA, *ibidem* 45-46.

¹⁵¹ Vid. SANTOS JUSTO, *O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano*, cit. § 4.

¹⁵² Vid. TEIXEIRA DE FREITAS *apud* Sílvio MEIRA, *ibidem* 233-234.