

VERBA E VOLUNTAS NO DIREITO ROMANO E NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Dárcio Roberto Martins Rodrigues*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A *causa curiana*; 3. O sentido das palavras na interpretação dos juristas romanos; 4. A interpretação do negócio jurídico no Código Civil Brasileiro.

1. Introdução

Quando se estuda o complexo tema da interpretação dos negócios jurídicos, logo assoma, entre as muitas questões que se nos antojam, o problema de determinar o papel que deve desempenhar nessa interpretação a determinação da *voluntas* (*i. e.* a vontade real) do declarante. De fato, interpretar o negócio jurídico nada mais é do que captar o sentido do conteúdo negocial. Para esse fim, surgiram entre os estudiosos diversas correntes propondo soluções metodológicas diversas. Podemos, para fins didáticos, e de forma simplificada, classificar essas correntes em dois ramos elementares, que podemos chamar de corrente **subjetivista** e corrente **objetivista**.

Para os teóricos da corrente subjetivista, o intérprete deve procurar saber em que sentido pensou e quis intimamente o emitente da declaração negocial. Destarte, o mais importante passa a ser a **vontade real** desse declarante, que pode e deve ser perquirida por todos os meios disponíveis, inclusive aqueles extrínsecos à própria declaração negocial.

Já os adeptos da corrente objetivista propugnam que o intérprete se atenha ao sentido literal e objetivo que os terceiros dão à declaração emitida, entendidos esses “terceiros” como os membros de uma comunidade mais ou menos ampla, que pode ser, *e. g.* um estado ou toda uma nação¹.

Praticamente nenhum sistema de direito positivo contemporâneo adota, em sua plenitude, qualquer das duas teorias. No direito brasileiro, a matéria é tratada nos artigos 112 e

*Professor Doutor de Direito Romano e Latim Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹ C. MIRANDA, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, São Paulo, Atlas, 1991, pp. 134 - 137.

1899 do Código Civil de 2002 (reproduzindo sem alteração substancial os preceitos dos artigos 85 e 1666 do Código Civil de 1916).

Por mais moderna que pareça a discussão entre as correntes objetivista e subjetivista, na verdade tal divergência remonta já ao Direito Romano, e na Roma republicana encontramos juristas que defendiam, na interpretação das declarações de vontade, tanto um como outro ponto de vista. Na verdade, precisamente essa questão foi tema de uma acirrada disputa em torno da celeberrima *Causa Curiana*, uma decisão da máxima importância, que trouxe reflexos significativos na doutrina romanística sobre a matéria, reflexos esses que em certa medida se fazem ainda sentir na civilística moderna, embora muitos civilistas talvez não tenham consciência disso.

Dado que nossa área de especialização é muito mais o Direito Romano do que o Civil, julgamos oportuno proceder antes de tudo a um muito sumário exame da já referida *Causa Curiana* e seus desdobramentos teóricos. Não será, contudo, um estudo meramente histórico, pois pretendemos em seguida extrair dele subsídios que – esperamos – propiciarão ao leitor uma visão do problema no Direito Civil moderno sob uma nova luz.

2. A *causa curiana*

No Direito Romano, a questão da interpretação dos negócios jurídicos tornou-se conspícua, conforme já explicamos, por ocasião do famoso julgamento da *Causa Curiana* perante o tribunal dos centúviro, no ano 92 a.C. O processo centúviro provocou intensos debates entre os juristas da época, além de profunda comoção em toda a sociedade romana, que acompanhou o caso com vivo interesse.

Faremos primeiramente um brevíssimo relato dos eventos relacionados com esse notável julgamento, a fim de poder, ao depois, proceder a uma análise do problema no que interessa à doutrina moderna²

Um indivíduo de nome Mário Copônio, pressentindo a morte que se aproximava, faz testamento. Não tinha ainda filhos, mas nutria esperança de que sua esposa estivesse grávida, e por isso institui herdeiro o presuntivo filho nascituro. Temendo, no entanto, que este pudesse falecer ainda impúbere (e portanto antes de adquirir a capacidade de testar), nomeia antecipadamente seu amigo Mânio Cúrio como substituto testamentário para essa eventualidade.

Mas a premissa do testamento não se concretiza, pois, morto o testador, verifica-se que a mulher em verdade não estava grávida. Em razão disso, Mânio Cúrio apresenta-se como pretendente à herança. A ele se opõe Marco Copônio, agnado do testador, que seria o benefi-

² Não há menção específica à *Causa Curiana* nas fontes jurídicas do Direito Romano. Dela temos conhecimento unicamente por intermédio das fontes literárias: M. Tullius CICERO, *De Oratore*, 1,39,180; 1,57,242; 2,54,221 e 2,32,140-141; *Brutus*, 39,144-146 e 52, 194-198; *De Inventione*, 2,42,122.; *Pro Caecina*, 18,53; *Topica*, 10,44. M. Fabius QUINTILIANUS, *Institutiones Oratoriae*, 7,6,9

ciado na sucessão legítima caso não houvesse testamento. Entendia ele que, como não ocorreu o evento previsto pelo testador (*i.e.*, que houvesse um filho e que este morresse antes de atingir a puberdade), o testamento seria ineficaz, nenhum direito assistindo a Mânio Cúrio.

Há que se compreender, antes de mais nada, o *Sachverhalt* que se apresenta no caso que acabamos de narrar. Trata-se da **substituição pupilar**, instituto do direito sucessório romano que, salvo engano, subsiste hoje unicamente no direito lusitano (art. 2.297 do Código Civil Português). Consiste na nomeação, pelo testador, de um substituto para o caso de seu herdeiro instituído vir a falecer antes de adquirir a *testamenti factio activa*, ou seja, a capacidade para fazer testamento³.

Vê-se, portanto, que há em verdade duas e sucessivas instituições de herdeiro em um mesmo testamento: o testador não apenas escolhe seu herdeiro, mas decide também qual por sua vez será o herdeiro deste, na hipótese de que ele morra impúbere. Precisamente essa dupla sucessão contida em um só testamento é que diferencia a substituição pupilar da substituição vulgar (a qual recebeu esse nome de *vulgaris substitutio* por ser a mais comum entre os romanos), prevista entre nós no art. 1.947 do Código Civil. Quanto à pupilar, deve seu nome ao fato de que o herdeiro impúbere, morto o pai, ficava submetido a um tutor, sendo por conseguinte *pupillus*⁴.

Sob certo aspecto, é esta uma figura jurídica de grande originalidade, já que praticamente se permite ao pai elaborar o testamento do filho – o que, por princípio, não deveria ser possível, por se tratar de ato personalíssimo. Mas a exceção a esse princípio pode ser explicada por dois motivos: a) o grande respeito que os romanos devotavam à *patria potestas* do pai sobre seus *filii familias*; b) o horror que tradicionalmente inspirava aos romanos a idéia de morrer intestado, sofrendo as conseqüências da sucessão legítima sem poder decidir por si o destino de seu patrimônio⁵.

Para defender a causa de Marco Copônio foi chamado Quinto Múcio Cévola⁶, quiçá o mais célebre jurisconsulto da república romana ao lado de Sérvio Sulpício Rufo, e muitas

³ Sobre a substituição pupilar no Direito Romano, veja-se, principalmente: G. FINAZZI, *La Sostituzione Pupillare*, Napoli, Jovene, 1997; J. VÁZNY, *Note Critiche ed Esetgetiche Alla Sostituzione Pupillare*, BIDR 6, 1940; J. VÁZNY, *La Sostituzione Pupillare Nella Giurisprudenza Classica*, BIDR 5, 1939; G. LA PIRA, *La Sostituzione Pupillare*, in *Studi in Onore di Pietro Bonfante - III*, Milano, 1930, pág. 271 ss.

⁴ *Pupillus* é na verdade forma diminutiva de *pupus* (“menininho, rapazinho”), cuja origem etimológica é duvidosa: para alguns ter-se-ia formado a partir de *puer* (“menino”) ou *pubes* (“rapaz púbere”) com redobro da primeira sílaba; para outros, o vocábulo resultaria do som onomatopéico de um bebê mamando no seio da mãe, significando, num primeiro momento, o seio da mulher (a exemplo do que ocorreu em inglês com a palavra *bubby* e em alemão com *Bube*) e num segundo momento, por metonímia, o próprio infante. Acerca dessas etimologias, A. WALDE – J. B. HOFFMANN, *Latemisches Etymologisches Wörterbuch*, 5 ed., Heidelberg, Carl Winter, 1972.

⁵ Costuma-se lembrar que, segundo Plutarco (*Vitae, Cato maior*, 9,6) Catão, o Velho, teria dito que um dos maiores erros que ele cometera em sua vida tinha sido passar um dia inteiro intestado.

⁶ Trata-se do Q. Mucius Scaevola *pontifex*, que era pontífice e foi cônsul em 95a.C., tendo sido morto pelos partidários do ditador Mário em 82 a.C. Não confundir com seus homônimos, um dito *augur* (cônsul em 117 a.C.) e o pai deste, que foi pretor, faleceu em 209 a.C. e é presumivelmente o Quintus Mucius aludido por Pompônio em D. 1,2,2,37. Ver a respeito W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, Böhlau, 1952, Nr. 4 (p. 8), 21 (p. 14) e 28 (p. 18).

vezes citado no Digesto de Justiniano pelos seus comentários ao *ius civile*.⁷ Mânio Cúrio foi representado por Lúcio Licínio Crasso⁸, o orador mais notável de então, pelo qual o próprio Cícero tinha grande admiração. Eram talvez os dois maiores advogados de seu tempo (Cícero, em *Brutus*, 145, chama Cévola de *iuris peritorum eloquentissimus* [“o mais eloqüente dos juristas”] e Crasso de *eloquentium iuris peritissimus* [“o maior jurista dentre os eloqüentes”], fazendo entre eles uma distinção que é significativa, cf. *infra*, nt. 15), e o confronto entre eles representou um verdadeiro “duelo de gigantes”.

Do antológico debate entre Cévola e Crasso perante o tribunal dos centúviro⁹ só nos resta o relato de Cícero, de cujo fragmento mais expressivo (*Brutus*, LII, 194 – LIII, 198) apresentamos abaixo uma despreziosa tradução de nossa lavra:

LII-[194] *Quare quis ex populo, cum Q. Scaevolam pro M. Coponio dicentem audiret in ea causa de qua ante dixi, quicquam politius aut elegantius aut omnino melius aut expectaret aut posse fieri putaret?*

[195] *Cum is hoc probare vellet, M'. Curium, cum ita heres institutus esset, 'si pupillus ante mortuus esset quam in suam tutelam venisset', pupillo non nato heredem esse non posse: quid ille non dixit de testamentorum iure, de antiquis formulis? Quem ad modum scribi oportuisset, si etiam filio non nato heres institueretur?*

LII-[194] Por isso, quem do povo, ouvindo Quinto Cévola discursar a favor de Marco Copônio naquela causa de que antes já falei, esperaria ou julgaria possível que se fizesse alguma coisa mais fina, mais elegante ou de qualquer modo melhor?

[195] Querendo provar que Mânio Cúrio, como assim tivesse sido instituído herdeiro: “se o órfão morresse antes de atingir a maioria”, não poderia ser herdeiro, não tendo nascido a criança, o que não disse ele acerca do direito dos testamentos, das fórmulas antigas, e do modo pelo qual teria sido necessário que se tivesse escrito se, também no caso de não ter nascido o filho, fosse instituído herdeiro?

⁷ Seu tratado de direito civil (em 18 livros) é a obra de jurisprudência mais importante escrita durante o período republicano, pois foi a primeira tentativa de realizar uma apresentação sistemática (“*generatim*”, cf. Pomp. *l. s. enchir.* D.1,2,2,41) do direito privado. Muito citado pelos juristas posteriores (Gaio, Pompônio, *et. al.*), sua sistemática foi adotada por muitos tratadistas do *ius civile*, tendo influenciado particularmente Masúrio Sabino e sua escola. Também se atribui a ele um livro de *definitiones* (em grego: “*horoi*”), do qual restam alguns fragmentos no Digesto de Justiniano, embora haja razões para crer que esses fragmentos não sejam autênticos de Cévola, mas sim obra de mãos pós-clássica, apenas inspirada nas definições daquele. Cf. e.g. A. GUARINO, *Storia del Diritto Romano*, 9 ed., Jovene, Napoli, 1993, pp. 320-321.

⁸ Discipulo de Lúcio Célio Antipater. Foi cônsul em 95 a.C. juntamente com Cévola, e censor em 92 a.C., falecendo no ano seguinte. Não confundir com o Públio Licínio Crasso que foi cônsul em 131 a.C e faleceu em 130 a.C. – um erro que até Pompônio cometeu em D. 1,2,2,40. V. a respeito KUNKEL, *Herkunft...* (cit. *supra*, nt.6), Nr. 18 (p. 12) e 29 (p. 18).

⁹ Apesar do nome, os *centumviri* eram uma corte composta não por cem, mas originalmente por 105 juizes (três representantes de cada uma das 35 tribos que compunham o *populus Romanus*), tendo esse número depois aumentado para 180. Os *centumviri* tinham competência para conhecer causas referentes a heranças e testamentos, bem como *vindicaciones* de valor elevado. As diversas causas, como a *Curiana*, não eram porém apreciadas por todos os 105 *centumviri*, mas por uma câmara composta de nomes selecionados da lista centúviral durante a fase preliminar *in iure* (perante um magistrado). Cf. E. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, American Philosophical Society, 1953

[196] *Quam captiosum esse populo quod scriptum esset neglegi et opinione quaeri voluntates et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervertere?*

[197] *Quam ille multa de auctoritate patris sui, qui semper ius illud esse defenderat? Quam omnino multa de conservando iure civili? Quae quidem omnia cum perite et scienter, item breviter et presse et satis ornate et pereleganter diceret, quis esset in populo, qui aut exspectaret aut fieri posse quicquam melius putaret?*

(LIII) - *At vero, ut contra Crassus ab adulescente delicato, qui in litore ambulans scalum repperisset ob eamque rem aedificare navem concupivisset, exorsus est, similiter Scaevolam ex uno scalmo captionis centumvirale iudicium hereditatis effecisse: hoc in illo initio consecutus, multis eiusdem generis sententiis delectavit animosque omnium qui aderant in hilaritatem a severitate traduxit; quod est unum ex tribus quae dixi ab oratore effici debere. Deinde hoc voluisse eum qui testamentum fecisset, hoc sensisse, quoquo modo filius non esset qui in suam tutelam veniret, sive non natus sive ante mortuus, Curius heres ut esset; ita scribere plerosque et id valere et valuisse semper haec et multa eiusmodi dicens fidem faciebat; quod est ex tribus oratoris officiis alterum.*

[198] *Deinde aequum bonum, testamentorum sententias voluntatesque tutatus est: quanta esset in verbis captio cum in ceteris rebus tum in testamentis, si neglegerentur voluntates; quantam sibi potentiam Scaevola adsumeret, si nemo auderet testamentum facere postea nisi de illius sententia. Haec cum graviter tum ab exemplis copiose, tum varie, tum etiam ridicule et facete explicans eam admirationem*

[196] De quão sofisticado seria para o povo desprezar-se o que estivesse escrito, buscar descobrir as últimas vontades por meio de conjecturas e perverter os escritos dos homens simples pela interpretação dos advogados?

[197] Quantas coisas não disse ele acerca da autoridade de seu pai, que sempre defendera ser aquele o direito? E quantas, em suma, sobre dever ser preservado o direito civil? E, como dissesse tudo aquilo com perícia e conhecimento, breve e concisamente, com extrema elegância e ornamento, quem haveria, entre o povo, que esperaria ou julgaria possível que se fizesse qualquer coisa de melhor?

(LIII) - Mas no entanto, tendo Crasso por sua vez iniciado o seu discurso falando de um menino mimado que, passeando pela praia, tivesse encontrado uma cavilha e por isso quisesse construir um navio, com este exórdio procurou ele demonstrar que Cévola de modo semelhante construira o processo centunvirial de herança a partir da única cavilha do sofisma. E, com muitas sentenças do mesmo gênero, divertiu os ânimos de todos os que estavam presentes e os conduziu da seriedade para o riso; o que é uma das três coisas que eu disse que devem ser executadas por um orador. Em seguida, afirmou que aquele que fizera o testamento quis e teve intenção de que Cúrio fosse herdeiro se de qualquer maneira não houvesse um filho que atingisse a maioridade, quer por não ter nascido, quer por ter morrido antes; e que muitos assim o escreviam, e que isso prevalecia e sempre havia prevalecido. Dizendo estas coisas e muitas outras tais, convencia; o que é a segunda tarefa de um orador.

[198] A seguir, defendeu a boa eqüidade, as intenções e últimas vontades dos testamentos: quanto engano haveria nas palavras, não só nas demais coisas, mas sobretudo nos testamentos, se as vontades fossem negligenciadas; quanto poder se arrogaria Cévola, se dali por diante ninguém ousasse fazer testamento senão de acordo com a opinião dele. Explicando tais coisas não só

adsensionemque commovit, dixisse ut contra nemo videretur. Hoc erat oratoris officium partitione tertium, genere maxumum. Hic ille de populo iudex, qui separatim alterum admiratus esset, idem audito altero iudicium suum contemneret; at vero intellegens et doctus audiens Scaevolam sentiret esse quoddam uberius dicendi genus et ornatius. Ab utroque autem causa perorata si quaereretur uter praestaret orator, numquam profecto sapientis iudicium a iudicio vulgi discreparet.

gravemente, como ainda fartamente a partir de exemplos, e de maneiras variadas, e também de modo engraçado e jocoso, excitou tamanha admiração e aprovação, que até parecia que ninguém havia defendido opinião contrária. Era esta, pela ordem de enumeração, a terceira tarefa de um orador, pela importância, porém, a maior de todas. Neste ponto, aquele mesmo alguém do povo que tivesse separadamente admirado o primeiro, tendo ouvido este outro, desprezaria o seu juízo anterior; em verdade, porém, alguém inteligente e culto, ouvindo Cévola, julgaria ser o dele um modo de falar mais rico e ornamentado. Mas se, uma vez defendida a causa, se perguntasse a um e a outro qual dos oradores levava vantagem, com certeza a opinião do sábio nunca divergiria da do vulgo.

O texto acima é, por diversas razões, de grande interesse para o jurista moderno, porquanto retrata fielmente e em detalhes como foi a autêntica defesa de uma causa forense das mais famosas no Direito Romano, por dois dos causídicos mais celebrados de sua época. Ademais disso, a judiciosa análise e os comentários de Cícero proporcionam uma preciosa lição de retórica forense, que continua atual e aplicável em nossos dias. Mas acima de tudo é importante para o estudo histórico-dogmático das técnicas de hermenêutica, porque inclui uma explanação das *rationes decidendi* propostas pelos dois debatedores, representando as duas correntes que então se batiam na *iusprudentia* romana.

É impressionante, principalmente, ver como os argumentos de um e de outro orador se aproximam dos que vemos hoje defendidos pelos partidários das correntes objetivista e subjetivista.

Cévola aparece como o defensor do rigor formal, da literalidade do texto escrito, dos *verba* contidos na declaração, e da tradição do *ius civile*. Vêmo-lo, no relato de Cícero, invocar a autoridade dos antigos – sobretudo seu pai¹⁰ – e das velhas fórmulas testamentárias, muito preocupado em explicar o sentido das **palavras** do testamento, que no seu entender deveriam ter sido outras para que Mânio Cúrio pudesse ser herdeiro.

Já Crasso, por sua vez, usando uma retórica um tanto descontraída e irônica, prende-se à intenção do testador, à *voluntas*, mais do que à letra do documento. Preocupa-se com o perigo de os homens se tornarem escravos das palavras, e, não sem certa dose de humor, diz que se prevalecesse a tese de Cévola, ninguém dali por diante poderia estar tranqüilo ao redigir um testamento, a não ser que consultasse previamente Cévola para saber quais as palavras que deveria empregar.

¹⁰ Seu pai tinha sido Publius Mucius Scaevola, cônsul em 133 a.C. falecido em 115 a.C. Cf. KUNKEL, *Herkunf...*, (cit. *supra*, nt.6), Nr. 17, p. 12.

Ao final do processo, o tribunal dos centúviro deu ganho de causa a Mânio Cúrio, acolhendo a tese de Crasso e abrindo um precedente que fez história nos anais da jurisprudência romana. Procedendo a uma análise desse famoso julgamento, STROUX¹¹ conclui que no meio jurídico romano havia duas tendências diante do problema hermenêutico: uma tradicional, conservadora (representada por Cévola), adotava a interpretação literal dos negócios jurídicos – e, portanto, acrescentamos nós, correspondia à moderna corrente objetivista – outra, inovadora e sensível às necessidades dos novos tempos (representada por Crasso), voltada para o predomínio da vontade sobre a palavra escrita – e que nós poderíamos comparar com a moderna corrente subjetivista. A *Causa Curiana* seria, na visão de STROUX, o momento decisivo que da mudança da jurisprudência romana na direção da teoria subjetivista.

Em que pese a autoridade desse famoso estudo de STROUX, seu ponto de vista tem sido rebatido pelos estudos romanísticos mais recentes. Entre os que defendem uma análise diferente do processo da *Causa Curiana* destaca-se GANDOLFI¹². Para este autor, a tese de Crasso não era assim tão radicalmente subjetivista, pois o que o grande orador defendia não se afastava de todo do conteúdo literal do testamento.

Realmente, vemos que a questão dogmática presente no caso em exame se resumia no seguinte: será que a substituição pupilar continha em si, automática e implicitamente, também a substituição vulgar, ainda que o testador não se referisse expressamente a ela? Sabemos, pelo que nos informam os estudiosos da matéria (vide nota 3 supra), que a prática na época, entre os romanos, quando optavam pela substituição pupilar, era sempre incluir uma cláusula prevendo, simultaneamente, a substituição vulgar. Havia, assim, uma *duplex substitutio*, da qual se valia o *paterfamilias* por precaução, temendo que seu herdeiro falecesse impúbere – cuidado que o nosso Copônio, como vimos, não teve. Essa prática era tão generalizada que se podia questionar se já não se tornara regra costumeira.

Assim, no parecer de GANDOLFI, o que Crasso preconizava não era a exaltação da vontade livremente investigada, sobrepujando toda a certeza e segurança do direito, como temia Cévola. Na verdade, a questão do debate entre os dois grandes oradores e juristas não seria apenas em torno do binômio *verba* versus *voluntas*, mas principalmente em torno do *sermo communis*, do sentido comum das palavras, contrastando com o sentido jurídico a ser entendido na declaração negocial, e expressando uma vontade capaz de ser entendida pela generalidade das pessoas. Daí, a nosso ver, o fato de Crasso recorrer aos numerosos exemplos de “muitos que escreviam assim” o testamento, isto é, incluindo a substituição vulgar na pupilar, de modo que *todos entendiam ser aquela a vontade geralmente expressa* em tais testamentos.

Mais relevante, porém, é a ponderação de KUNKEL que, também objetando a STROUX, com muita propriedade nos lembra que as decisões judiciais sempre foram de somenos signifi-

¹¹ J. STROUX, *Summum Ius, Summa Iniuria - Un Capitolo Concernente la Storia Della Interpretatio Iuris, con Prefazione di S. Riccobono*, in *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*, v. 12, 1939, pp. 639 - 691.

¹² G. GANDOLFI, *Studi Sull'Interpretazione degli Atti Negoziali in Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1966, pp.

cação na evolução do Direito Romano, o qual foi sempre um verdadeiro “*Juristenrecht*”¹³, um “direito de juristas”, emanado exclusivamente dos *responsa* ou da produção literária dos *jurisprudentes*, independentemente da atividade judicial dos magistrados ou da legislação formal. O mesmo KUNKEL¹⁴ ainda ressalta que nenhuma alusão à *Causa Curiana* aparece nas fontes jurídicas romanas, o que seria um indício de sua reduzida importância histórica para a *jurisprudencia*, para a doutrina científica do direito. De fato, e como atesta o relato de Cícero, a sentença do processo centunviral foi celebrada pelos contemporâneos muito mais como uma vitória pessoal da retórica de Crasso do que como o surgimento de uma nova e revolucionária concepção hermenêutica¹⁵. Apesar da seriedade e relevo de todos esses argumentos, não há negar que a *Causa Curiana* foi definitivamente a primeira grande vitória da *voluntas* sobre o *scriptum* no Direito Romano, e um sério golpe no antigo formalismo interpretativo dos negócios jurídicos, ainda que não tenha ocasionado uma generalizada transformação da *jurisprudencia* nesse sentido. Mas, dado o escopo mais restrito do nosso presente estudo, poremos aqui um ponto a tal discussão histórica, remetendo o leitor às obras específicas sobre o assunto¹⁶.

O que nos vai interessar presentemente é aproveitar a idéia suscitada pela interpretação de GANDOLFI, acerca do significado jurídico preciso das palavras do testador. E em verdade, a questão de saber se as palavras textuais da declaração negocial devem ser entendidas rigorosamente em seu sentido corrente, ou de acordo com a intenção subjetiva do declarante, ou ainda se consoante o entendimento geral das pessoas a quem se destina a declaração, é um ponto cujo estudo nos conduzirá à conclusão que pretendemos atingir.

3. O sentido das palavras na interpretação dos juristas romanos

Continuando nosso estudo da interpretação dos negócios jurídicos no direito romano, encontramos um outro exemplo interessantíssimo do embate entre as teorias objetivista e subjetivista, desta vez diretamente relacionado com a questão de determinar a conotação a ser dada às palavras do declarante. Não é uma mera decisão judicial, mas já uma séria discussão doutrinária, talvez das mais significativas dentre as que encontramos nas fontes romanas. Está no seguinte fragmento do Digesto:

¹³ W. KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte*, 12 ed., Köln-Wien, Böhlau, 1990, pp. 115-116.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 97 e nt. 52

¹⁵ Para F. SCHULZ (*Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1934, reimpr. 1954, p. 88, nt. 114 e 115) a *Causa Curiana* representou apenas um “golpe de mestre” (“*ein kühner Husarenstreich*”) de Crasso como orador, não sendo representativa para a *jurisprudencia* republicana. É mesmo significativo que Crasso, sendo primordialmente um orador, tenha derrotado Cévola, um dos mais sábios juristas de seu tempo. Esse mesmo autor ainda observa que, se Crasso tivesse sido chamado a representar parte contrária, sem dúvida teria, como todo advogado, defendido a tese oposta com o mesmo brilhantismo retórico – e possivelmente vencido a causa. Realmente, a função do advogado é patrocinar com astúcia o interesse de seu cliente, e não investigar com rigor acadêmico a verdade científica – o que já é função do jurista. Dai a irrelevância da retórica forense para a *jurisprudencia*, para a doutrina científica, e o fato de que os juristas romanos nela não se abeberavam para formular seus conceitos teóricos. Mas o próprio SCHULZ reconhece que o sucesso desses arrazoados e disputas entre os oradores forenses podia muito bem provocar e estimular os juriconsultos a, por sua vez, tratar cientificamente a matéria assim suscitada. E podemos dizer que isso tanto é verdade que, após mais de dois mil anos, a *Causa Curiana* continua a nos servir de inspiração para reflexões doutrinárias; nesse sentido, sua importância histórica – e a de advogados como Crasso – não pode ser negada.

¹⁶ Para uma bibliografia dos estudos em torno da *Causa Curiana*, ver R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Cape Town, Juta & Co., 1990, pp. 628-632 e notas; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, v. I, München, Beck, 1988, p. 581, nt. 45; A. TORRENT, *Interpretación de La ‘Voluntas Testatoris’ en la Jurisprudencia Republicana: la ‘Causa Curiana’*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, v. 39, Madrid, 1969, pp. 172-211 e notas. Em português há o excelente trabalho de síntese de E. MARCHI, *Interpretação dos Negócios Jurídicos - A ‘Causa Curiana’ e o art. 85 do Cód. Civil Brasileiro*, RT 648/21-26.

Celsus 19 dig., D. 33,10,7,2.
Servius fatetur sententiam eius qui legaverit aspicere oportere, in quam rationem ea solitus sit referre: verum si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent, ut puta escarium argentum aut paenulas et togas, supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere supellectili legata ea quoque contineri; non enim ex oppinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere. Id Tubero parum sibi liquere ait: nam quorsum nomina, inquit, nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? Equidem non arbitror quemquam dicere quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit quo id appellari solet; nam vocis ministerio utimur; ceterum nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit. Sed etsi magnopere me Tuberonis et ratio et auctoritas movet, non tamen a Servio dissentio, non videri quemquam dixisse, cuius non suo nomine usus sit. Nam etsi prior atque potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur.

[TRADUÇÃO NOSSA]:

Sérvio admite que é necessário ser observada a opinião daquele que tiver legado no sentido em que seja usual referir aquelas coisas; de fato, se alguém estiver acostumado a incluir entre as alfaias coisas as quais não se duvida de que pertençam a outro gênero, por exemplo uma baixela de prata, ou capas e togas, nem por isso se deve julgar que aquelas coisas legadas também estejam contidas nas alfaias. Pois não é a partir da opinião dos particulares, mas do uso comum que se devem entender as palavras. Tuberão diz que isso para ele parece pouco evidente, pois para que servem as palavras, diz ele, se não para demonstrar a vontade de quem fala? De minha parte, não julgo que alguém diria o que não pensasse, ainda mais tendo usado a palavra pela qual costumava aquilo ser chamado, pois usamos o ministério da fala. Além disso, não se deve considerar que alguém tenha dito algo em que não tenha refletido. Mas embora me mova grandemente a razão e a autoridade de Tuberão, contudo não discordo de Sérvio, por não parecer que alguém tenha mencionado algo cujo nome próprio não tenha empregado. Pois ainda que a intenção do declarante seja mais importante e poderosa do que as palavras, não se considera que alguém tenha dito algo sem usar as palavras.

O problema prático era determinar o que se deve entender por *supellex* (palavra latina que podemos traduzir por “alfaias”). Nota-se no fragmento do Digesto que mais uma vez se disputa em torno das correntes objetivista e subjetivista, só que agora dois séculos depois da *Causa Curiana* (o jurisconsulto Celso era contemporâneo do imperador Adriano). Celso refere que Tuberão (jurista do final do período republicano) era intransigente defensor da *voluntas* nas declarações negociais, asseverando que pouco lhe importava que palavras tivesse empregado o declarante, já que elas são um mero instrumento do pensamento e da vontade (“para que servem, senão para demonstrar a vontade de quem fala?”).

Já Sérvio é mais conservador, e tende para a corrente objetivista. Afinal, diz ele, o sentido das palavras se infere do uso comum, e não das idiossincrasias do declarante. Assim, quem fala em “alfaias” pensando que nelas esteja incluída a prataria da casa nem por isso altera o sentido jurídico que a palavra tem e deve ter.

Vemos que Celso é moderado e dá uma opinião conciliadora. Por um lado, reconhece o valor e a autoridade dos argumentos de Tuberão, mas por outro admite que usamos a

ministério da fala para expressar a vontade, e ninguém diz coisa alguma sem usar as palavras. Por isso, sustenta que um mínimo de objetividade deve ter o exame das palavras de uma declaração, pois do contrário correr-se-ia o risco de admitir que alguém disse o que não pensou.

Como se devem, então, interpretar as palavras de uma declaração negocial? Infere-se do texto de Celso que não se deve certamente descurar da intenção íntima do declarante (que é, segundo ele, “mais importante e poderosa do que as palavras”), mas sem desprezar tampouco a literalidade da declaração. Ou seja, deve ser possível a um terceiro compreender o pensamento real do declarante com base nas palavras, ainda que estas o expressem de modo imperfeito.

Vemos, então, que, à época imperial, a teoria subjetivista, posta em evidência desde a *Causa Curiana*, já havia conquistado terreno na *iusprudentia* clássica, abrandando o rigorismo antigo, mas sem chegar a extremos. RICCOBONO¹⁷ observa que Justiniano, ao organizar sua compilação, realçou e destacou as passagens dos textos clássicos nas quais se manifestava a primazia da *voluntas*, omitindo ou reduzindo as que se apegavam aos *verba*, embora ambas as tendências existissem entre os juriconsultos clássicos.

Que conclusões isto nos pode trazer para o estudo da matéria em nosso Direito Civil? É o que veremos a seguir.

4. A interpretação do negócio jurídico no Código Civil Brasileiro

Acreditamos que a sumária exposição que fizemos da matéria no Direito Romano muito poderá contribuir para a compreensão dos arts. 112 e 1899 do Código Civil Brasileiro. De fato, a conclusão que se pode tirar do art. 112 é surpreendentemente muito semelhante ao sentir do juriconsulto Celso, pois embora se reconheça que o mais importante é a vontade do declarante, não se admite que o sentido literal da linguagem seja inteiramente esquecido. Tal é o entendimento de CARVALHO SANTOS¹⁸, segundo o qual quando a lei diz que se deve atender **mais** à vontade da declaração do que ao sentido literal da linguagem, isso significa que **alguma** atenção se dará a este também, e não se pode admitir interpretação que não encontre fundamento, ainda que imperfeitamente, nas palavras do declarante.

Diante disso, como entender o art. 1899? Será que o Direito Romano nos pode auxiliar a dirimir as dúvidas que a doutrina expresa acerca da sua relação com o art. 112? Parece-nos que sim, pois os romanos sempre reconheceram que a interpretação dos atos *mortis causa* tem um caráter distinto, especial, como vemos na máxima do juriconsulto Paulo:

Paul. 3 *ad Sab.* D. 50,17,12.

In testamentis plenius voluntates testantium interpretamur.

[TRADUÇÃO NOSSA:]

Nos testamentos interpretamos mais plenamente a vontade dos testadores.

¹⁷ S. RICCOBONO, *Corso de Diritto Romano*, v. 2, Milano, Giuffrè, 1934, pp. 343-355. Nessa mesma obra, faz o autor uma interessante e completa exegese de D. 33, 10, 7, 2.

¹⁸ J. M. de CARVALHO SANTOS, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Interpretado*, v. 2, 6 ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1955, comentário ao art. 85 do código de 1916.

E em verdade constatamos que, nos casos analisados supra, as opiniões mais radicais da corrente subjetivista em Roma se aplicavam à interpretação das declarações de última vontade.

E qual a razão dessa distinção? Parece-nos que não pode ser outra que não a que já defendia DANZ¹⁹, ou seja, nos negócios *inter vivos* cumpre pôr tento nas circunstâncias da declaração que sejam notórias para a outra parte, pois o que está em jogo é a segurança do comércio jurídico. Já nos testamentos isso não ocorre, pois não se visa a proteger os interesses de terceiros que tenham relações com o testador, e sim dar a mais rigorosa aplicação à última vontade do *de cuius*, que livremente decide por si só sobre o destino de seu patrimônio.

O que se pode concluir de tudo isso? Que, pelo art. 112, a vontade a ser procurada pelo intérprete é aquela que se depreende de uma análise de conjunto do instrumento contratual como um todo, **considerando apenas os elementos extrínsecos que a outra parte conhecia ou deveria conhecer**. Não se pode, portanto, fazer *tabula rasa* da receptividade das pessoas que confiaram na declaração de vontade, para a proteção do comércio jurídico.

Já no art. 1899 essa preocupação é inexistente. Por isso, o intérprete pode com maior liberdade buscar a vontade real do *de cuius*, sem as limitações a que aludimos acima. Mas não se pode desprezar as palavras do testamento: é mister que elas admitam de alguma forma uma tal interpretação.

Essa exegese dos arts. 112 e 1899 do Cód. Civil (que em nossa doutrina encontra guarida, por exemplo, nas opiniões de Custódio de MIRANDA²⁰) parece-nos a única capaz de conciliar perfeitamente os dois artigos, e está em completa consonância com a tradição romanística.

¹⁹ E. DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte: zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage*, 3 ed., Jena, Fischer, 1911, *passim*.

²⁰ C. MIRANDA, *Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos*, São Paulo, RT, 1989.

