

ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO

**A**  
**«FICTIO IURIS» NO DIREITO ROMANO**  
**(«ACTIO FICTICIA»)**

**ÉPOCA CLÁSSICA**

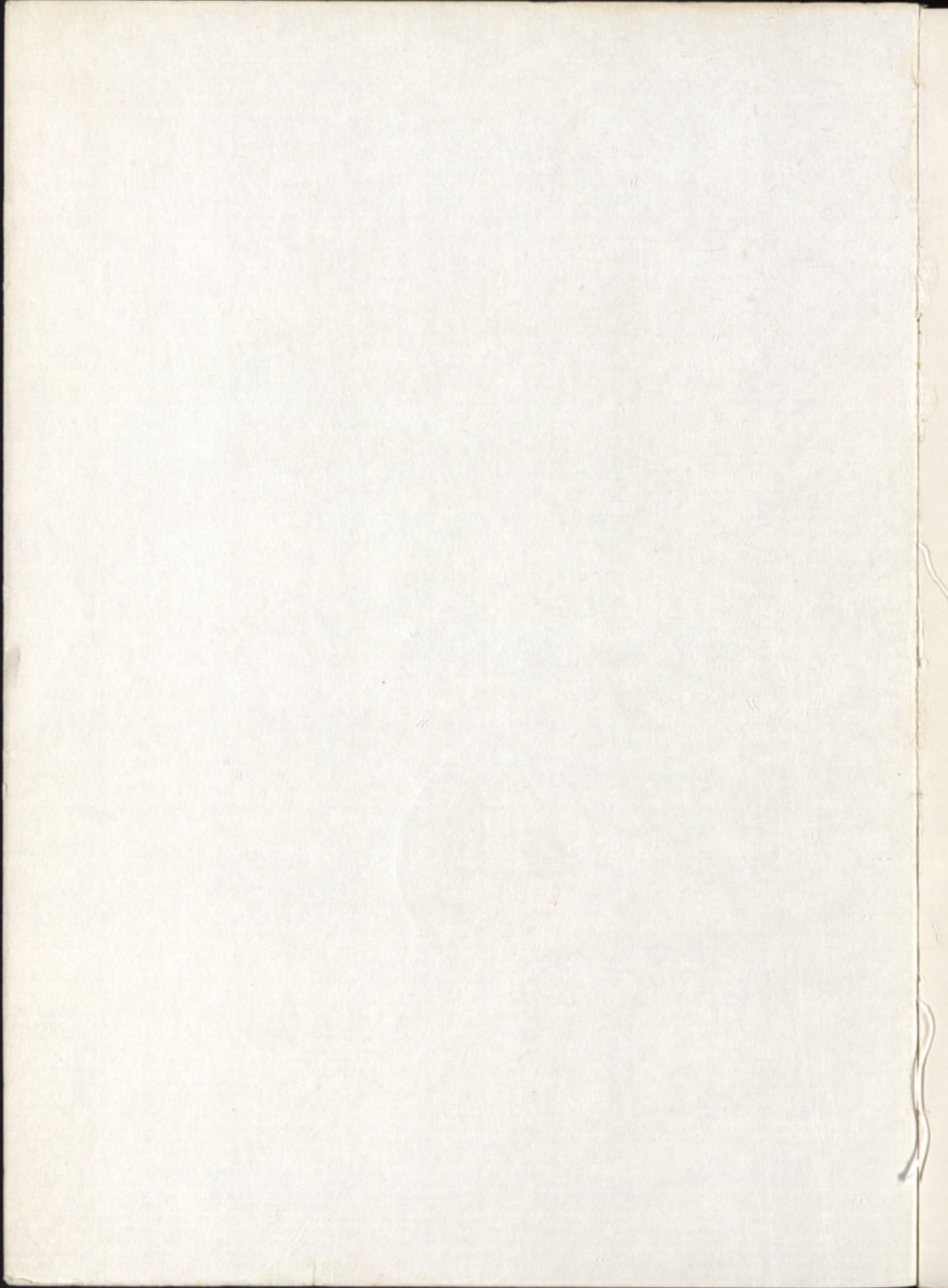
**I**

ETIMOLOGIA, NATUREZA, TIPOLOGIA, FACTORES DETERMINANTES E FIGURAS AFINS (NOS EXPEDIENTES DO PRETOR, NO COMÉRCIO JURÍDICO E NA JURISPRUDÊNCIA)



COIMBRA

1988



ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTIÇA

MOZBY SEPTEMBER 1985

*Dr. Luís Moura Jr.,  
funes, com muito obrigado,  
o*

*Mey  
CS 22/1985*

A  
«FICTIO IURIS» NO DIREITO ROMANO  
(«ACTIO FICTICIA»)

A  
«FICTIO IURIS» NO DIREITO ROMANO  
(«ACTIO FICTICIA»)

ÉPOCA CLÁSSICA

ETIMOLOGIA, NATUREZA, TIPOLOGIA, FACTORES DETERMINANTES E FIGURAS AFINS (NOS EXEDIENTES DO PRATOR, NO COMÉRCIO JURÍDICO E NA JURISPRUDÊNCIA)



*C-18-5-56*

COIMBRA

1988



ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO

A  
«FICTIO IURIS» NO DIREITO ROMANO  
(«ACTIO FICTICIA»)

ÉPOCA CLÁSSICA

I

ETIMOLOGIA, NATUREZA, TIPOLOGIA, FACTORES DETERMINANTES E FIGURAS AFINS (NOS EXPEDIENTES DO PRETOR, NO COMÉRCIO JURÍDICO E NA JURISPRUDÊNCIA)



COIMBRA

1988



C-18-5-56

ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO

A  
«FICTIO IURIS» NO DIREITO ROMANO  
(«ACTIO FICTICIA»)

ÉPOCA CLASSICA

Separata do volume xxxii

do

*Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra*

ETIMOLOGIA, ALIQUANTOS, FIGURAS IURIS (NOS EXPEDIENTES DO PRE-  
TOR, NO COMÉRCIO IURÍDICO E NA JURISPRUDÊNCIA)



COIMBRA

1988



6-18-2-26

DISSERTAÇÃO DE DOUTORAMENTO EM  
CIÊNCIAS JURÍDICO - HISTÓRICAS NA  
FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA

## ÍNDICE

Prólogo	XIX
ABREVIATURAS	XXI

### A MEUS PAIS

#### PARTE GERAL

##### a) Natureza

##### § 1. Noção etimológica

§ 1.1. Contributo da filologia	1
2. Vocábulos e locuções que expressam o <i>finis</i>	2
3. <i>Fingere</i> na literatura extrajurídica	6
4. <i>Fingere</i> na literatura jurídica	15
5. Conclusão	23

##### § 2. Características

§ 2.1. Objeto e objeto da ficção	25
2. <i>Male agere</i>	36
3. Oportet invenientes quem fingit e manda fingit	37
4. Noção real	39

##### § 3. A realidade fingida

##### a) A ficção admissa veritate (nominal)

§ 3.1. A doutrina dos antigos Decretos	41
2. A doutrina de Dantes	43

##### b) A ficção secundum veritatem (real)

3. A doutrina da natureza das coisas	47
4. A teoria geral do Dantes	54

ÍNDICE

PRÓLOGO . . . . .	XIX
ABREVIATURAS . . . . .	XXI

I

PARTE GERAL

a) Natureza

§ 1. Noção etimológica

§ 1.1 Contributo da filologia . . . . .	1
2 Vocábulos e locuções que expressam a <i>fictio</i> . . . . .	2
3 <i>Fingere</i> na literatura extrajurídica . . . . .	6
4 <i>Fingere</i> na literatura jurídica . . . . .	15
5 Conclusão . . . . .	23

§ 2. Características

§ 2.1 Objectivo e objecto da <i>fictio</i> . . . . .	25
2 <i>Modus operandi</i> . . . . .	36
3 Órgãos intervenientes: quem <i>finge</i> e manda <i>fingir</i> . . . . .	37
4 Noção real . . . . .	39

§ 3. A realidade fingida

α) A ficção *adversus veritatem (naturalem)*

§ 3.1 A doutrina dos antigos Doutores . . . . .	41
2 A doutrina de DABIN . . . . .	43

β) A ficção *secundum veritatem (iuridicam)*

§ 3.1 A doutrina da «natureza das coisas» . . . . .	49
2 A teoria pura do Direito . . . . .	54



γ) Conclusão: a  *fictio iuris romana*

5	A ficção <i>adversus veritatem iuris civilis</i> . . . . .	59
6	A ficção <i>secundum veritatem iuris praetorium</i> . . . . .	61

## § 4. A ficção e a doutrina

§ 4.1	A doutrina de DEMELIUS . . . . .	64
2	A doutrina de IHERING . . . . .	67
3	A doutrina de DE RUGGIERO . . . . .	71
4	A doutrina de DEKKERS . . . . .	75
5	A doutrina de GARCIA GARRIDO . . . . .	79
6	Conclusão . . . . .	84

## b) Tipologia

## § 5. A ficção do pretor

α) A  *actio ficticia*

§ 5.1	Natureza <i>in ius concepta</i> . . . . .	85
2	Estrutura da fórmula . . . . .	90

β) A  *exceptio ficticia*

3	A inoportunidade de <i> exceptiones ficticiae</i> . . . . .	94
---	---	----

## § 6. A ficção da lei

§ 6.1 A  *lex Cornelia de captivis*

§ 6.1.1	<i> Ratio</i> . . . . .	96
2	Conteúdo . . . . .	96

§ 6.2 A  *lex Iunia Norbana*

§ 6.2.1	<i> Ratio</i> . . . . .	99
2	Conteúdo . . . . .	102

§ 6.3 A  *lex Aelia Sentia*

§ 6.3.1	<i> Ratio</i> . . . . .	105
2	Conteúdo . . . . .	107

3	<i>Leges complementares: a constitutio de Trajano e o sc. proposto por Adriano</i> . . . . .	114
	§ 6.4 <i>O sc. Neronianum</i>	
§ 6.4.1	<i>Ratio e problemática à volta do seu conteúdo</i> . . . . .	117
2	A doutrina de BIONDI . . . . .	120
3	A doutrina de CIAPESSONI . . . . .	121
4	A doutrina de Raul VENTURA . . . . .	126
5	A doutrina dominante: divergências . . . . .	128
6	A nossa interpretação das fontes . . . . .	129
7	Apreciação crítica das várias doutrinas . . . . .	136
8	Conclusão . . . . .	140
	§ 6.5 <i>O sc. Trebellianum</i>	
§ 6.5.1	<i>Ratio</i> . . . . .	144
2	Conteúdo . . . . .	148
3	Expedientes utilizados: <i>exceptio</i> e <i>actiones ficticiae</i> . . . . .	152
	§ 7. A ficção da jurisprudência	
	§ 7.1 O problema:	
	a (im)possibilidade de a jurisprudência criar ficções	
§ 7.1.1	Segundo a doutrina no Direito moderno . . . . .	157
2	Segundo a doutrina no <i>Ius Romanum</i> . . . . .	159
	7.2 <i>O ius publice respondendi ex auctoritate principis</i>	
7.2.1	Análise das fontes . . . . .	161
2	Opiniões da doutrina . . . . .	167
3	Conclusão . . . . .	176
	§ 7.3 Exemplos de ficções jurisprudenciais	
§ 7.3.1	<i>A heredis institutio detracta re</i> ou <i>ex certa re</i>	
7.3.1.1	Os obstáculos do <i>ius civile</i> : o conceito de <i>heres</i> e o princípio <i>nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest</i> . . . . .	186
2	As soluções encontradas . . . . .	187

	3 A ficção <i>si institutus (heres) sine detracta</i> (ou <i>sine certa) re esset</i> . . . . .	190
§ 7.3.2	A quarta antonina	
7.3.2.1	A <i>adrogatio</i> e a situação jurídica do <i>adrogatus</i> . . . . .	195
2	A natureza jurídica da <i>quarta divi Pii</i> . . . . .	197
3	A desnecessidade da ficção . . . . .	201
§ 7.3.3	O codicilo	
7.3.3.1	Natureza, modalidades e efeitos jurídicos . . . . .	202
2	A ficção codicilar . . . . .	204
§ 7.3.4	O princípio <i>pro non scripto habetur</i>	
7.3.4.1	Análise das fontes . . . . .	210
2	Conclusão: a natureza fictícia . . . . .	215
§ 7.3.5.	O princípio <i>condicio pro impleta habetur</i>	
7.3.5.1	Génese e evolução . . . . .	216
2	Natureza, segundo a doutrina . . . . .	220
3	Análise das fontes . . . . .	222
4	Conclusão: a ausência de ficção, hipótese mais provável . . . . .	224
	§ 7.4 Conclusão	
§ 7.4	A existência de ficções jurisprudenciais . . . . .	226
	c) <b>Factores determinantes</b>	
§ 8.1	Da ficção do pretor . . . . .	230
2	Da ficção da lei . . . . .	234
3	Da ficção jurisprudencial . . . . .	236
4	Conclusão: análise (crítica) da doutrina . . . . .	239

## II

## FIGURAS AFINS

## a) Nos expedientes do pretor

## § 9. A analogia

## § 9.1 A interpretação extensiva e a integração por analogia

§ 9.1.1	Na doutrina tradicional . . . . .	251
2	Na doutrina hodierna . . . . .	252
3	Na doutrina romanista . . . . .	255

§ 9.2 A analogia no *Ius Romanum*

§ 9.2.1	Na fundamentação dos <i>responsa</i> . . . . .	267
2	Na interpretação extensiva . . . . .	274
3	Na integração do <i>Ius</i> . . . . .	276

§ 9.3 O problema (na doutrina): a *actio utilis* e a *actio ad exemplum*

§ 9.3.1	Noção . . . . .	280
2	A <i>actio utilis</i> como <i>actio praetoria</i> autónoma . . . . .	282
3	A <i>actio utilis</i> como <i>actio</i> ( <i>civilis</i> ou <i>praetoria</i> ): <i>ficticia</i> , <i>translativa</i> e <i>in factum concepta</i> . . . . .	283

## § 9.4 A análise do problema

§ 9.4.1 Na *actio legis Aquiliae*

§ 9.4.1.1	O <i>damnum</i> aquiliano e a <i>actio legis Aquiliae</i> . . . . .	290
2	A extensão da <i>actio legis Aquiliae</i> . . . . .	292
3	A doutrina e os meios processuais utilizados na extensão: a <i>actio utilis</i> e a <i>actio in factum</i> . . . . .	293
4	Análise das fontes . . . . .	302
5	Conclusão . . . . .	315

§ 9.4.2 Na *actio institoria*

§ 9.4.2.1	A <i>actio institoria</i> . . . . .	316
2	A doutrina e a <i>actio utilis ad exemplum institoriae</i> . . . . .	318
3	Análise das fontes . . . . .	320
4	Conclusão . . . . .	324

§ 9.4.3 Noutras <i>actiones</i> (útils)		
§ 9.4.3.1	Na <i>rei vindicatio</i> . . . . .	326
2	No dote . . . . .	330
3	Noutras matérias . . . . .	332
4	Conclusão . . . . .	339
§ 9.4.4 Noutras <i>actiones</i> ( <i>ad exemplum</i> )		
§ 9.4.4	No D. 9,3 « <i>De his, qui effuderint vel deiecerint</i> » . . . . .	339
§ 9.4.5 Conclusão		
§ 9.4.5	A resposta ao problema: a natureza das <i>actiones utiles</i> e <i>ad exemplum</i> . . . . .	341
§ 9.5 As <i>Exceptiones utiles</i>		
§ 9.5.1	A doutrina . . . . .	346
2	Análise das fontes . . . . .	348
3	Conclusão . . . . .	352
§ 9.6 A analogia e a ficção		
§ 9.6.1	Os limites da <i>interpretatio prudentium</i> e a necessidade da ficção . . . . .	354
2	O <i>modus operandi</i> :	
2.1	Na ficção . . . . .	356
2.2	Na integração por analogia . . . . .	360
3	Conclusão: a diferença metodológica e a afinidade prática . . . . .	366
§ 10. A <i>actio in factum concepta</i>		
§ 10.1 <i>Ratio</i>		
§ 10.1.1	A insuficiência das <i>actiones quibus ius (civile et praetorium) imitatur</i> . . . . .	368
2	A necessidade de (novas) <i>actiones in factum</i> . . . . .	370
§ 10.2 Natureza		
§ 10.2.1	A doutrina (minoritária) de POKROWSKY . . . . .	373
2	A doutrina dominante . . . . .	381

3	O problema das <i>actiones civiles in factum</i> . . . . .	384
4	O problema específico da <i>intentio</i> . . . . .	386
	§ 10.3 A <i>actio in factum</i> e a ficção	
§ 10.3.1	Diferenças no <i>modus operandi</i> (a integração interna — <i>actio ficticia</i> — e a integração externa — <i>actio in factum</i> —; o carácter substancial: <i>iure civili</i> — ficção —; <i>iure praetorio</i> — <i>actio in factum</i> ) . . . . .	392
2	Afinidades: na fonte (o pretor); no efeito prático (a integração do <i>Ius Romanum</i> ) . . . . .	394
	§ 11. A <i>actio translativa</i>	
	§ 11.1 A representação nos negócios jurídicos	
§ 11.1.1	Noção e efeitos . . . . .	394
2	Ausência em Roma: justificação . . . . .	395
	§ 11.2 As <i>actiones adiecticiae qualitatis</i>	
§ 11.2.1	Necessidade . . . . .	396
2	Noção e efeitos . . . . .	397
3	A fórmula, segundo a doutrina de:	
11.2.3.1	KELLER . . . . .	398
2	POKROWSKY . . . . .	400
3	Apreciação crítica . . . . .	401
4	Modalidades:	
11.2.4.1	A <i>actio quod iussu</i> . . . . .	406
2	A <i>actio institoria</i> . . . . .	408
3	A <i>actio exercitoria</i> . . . . .	410
4	A <i>actio de peculio</i> . . . . .	413
5	A <i>actio de in rem verso</i> . . . . .	415
6	A <i>actio tributaria</i> (?) . . . . .	422
5	Conclusão . . . . .	424
	§ 11.3 A representação processual	
§ 11.3.1	No processo declaratório:	
11.3.1.1	O <i>cognitor</i> . . . . .	425
2	O <i>procurator</i> . . . . .	427
3	A fórmula . . . . .	429

2	Na <i>actio iudicati</i> :	
11.3.2.1	No <i>cognitor</i> e no <i>procurator</i> . . . . .	430
2	A fórmula . . . . .	431
3	Conclusão . . . . .	435
	§ 11.4 A <i>actio translativa</i> e a ficção	
§ 11.4.1	Diferenças . . . . .	436
2	Afinidades . . . . .	436
	<b>b) No comércio jurídico</b>	
	§ 12. Os actos aparentes	
	§ 12.1 O negócio <i>dicis causa</i>	
§ 12.1.1	Noção . . . . .	437
2	Características . . . . .	438
3	Justificação . . . . .	440
4	Alguns exemplos típicos:	
12.1.4.1	O testamento <i>per aes et libram</i> . . . . .	443
2	A <i>acceptilatio</i> . . . . .	446
3	A <i>adrogatio</i> . . . . .	447
4	A <i>sponsio praeiudicialis</i> . . . . .	448
5	A <i>in iure cessio</i> . . . . .	450
	§ 12.2 O negócio <i>fiduciae causa</i>	
§ 12.2.1	Noção . . . . .	453
2	Características . . . . .	453
3	Justificação . . . . .	457
4	Alguns exemplos típicos:	
12.2.4.1	A <i>coemptio fiduciae causa</i>	
12.2.4.1.1	Carácter ( <i>imaginaria venditio</i> ), estrutura (actos constitutivos) e dimensão fiduciária . . . . .	458
	Finalidades:	
2	<i>Tutelaevitandae causa</i> . . . . .	459
3	<i>Testamenti faciendi causa</i> . . . . .	460
4	<i>Liberationis sacrorum causa</i> . . . . .	460
2	A <i>emancipatio</i> . . . . .	461
3	A <i>adoptio</i> . . . . .	463
4	A <i>fiducia</i> . . . . .	464

## § 12.3 Os actos aparentes e a ficção

§ 12.3.1	Diferenças . . . . .	466
2	Afinidades . . . . .	468

## § 13. A simulação

## § 13.1 Natureza

§ 13.1.1	Segundo a doutrina voluntarista (LONGO) . . . . .	470
2	Segundo a doutrina objectivista (BETTI) . . . . .	472
3	Análise textual:	
13.1.3.1	Nas fontes literárias . . . . .	476
2	Nas fontes jurídicas . . . . .	481
4	Apreciação conclusiva . . . . .	493

## § 13.2 A simulação e a ficção

§ 13.2.1	Diferenças . . . . .	503
2	Afinidades . . . . .	504

## c) Na actividade jurisprudencial

§ 14. A *praesumptio iuris*

## § 14.1 Caracterização

§ 14.1.1	Noção . . . . .	508
2	Natureza e efeitos . . . . .	509
3	Tipologia . . . . .	514
4	Justificação . . . . .	516

## § 14.2 Origem histórica

§ 14.2.1	Segundo a doutrina dominante . . . . .	517
2	Segundo a doutrina minoritária . . . . .	521
3	Análise textual:	
14.2.3.1	A <i>praesumptio Muciana</i> . . . . .	524
2	A <i>praesumptio pater is est quem nuptiae demonstrant</i> . . . . .	525
3	A <i>praesumptio dotis</i> . . . . .	527
4	A <i>praesumptio</i> de premoiência . . . . .	529
5	A <i>praesumptio voluntatis</i> . . . . .	532
4	Apreciação conclusiva . . . . .	535



	§ 14.3 A <i>praesumptio</i> e a ficção	
§ 14.3.1	Diferenças . . . . .	538
2	Afinidades . . . . .	540
	§ 15. A ficção dogmática	
	§ 15.1 Caracterização	
§ 15.1.1	A doutrina de IHERING . . . . .	543
2	A confusão doutrinal . . . . .	544
3	Funções comumente assinaladas:	
15.1.3.1	Cognoscitiva . . . . .	545
2	Construtiva . . . . .	546
3	Sistemática . . . . .	552
	§ 15.2 A ficção dogmática no <i>Ius Romanum</i>	
§ 15.2.1	Alguns exemplos típicos:	
15.2.1.1	A regra <i>conceptus pro iam nato habetur</i> . . . . .	553
2	A <i>adoptio</i> . . . . .	562
3	A <i>hereditas iacens</i> . . . . .	569
4	O <i>heres</i> e a pessoa do defunto . . . . .	582
5	As pessoas jurídicas . . . . .	585
2	Apreciação conclusiva . . . . .	596
	§ 15.3 A ficção dogmática e a ficção histórica	
§ 15.3.1	Diferenças . . . . .	597
2	Afinidades . . . . .	599
§ 16.	PRINCIPAIS CONCLUSÕES . . . . .	600
	BIBLIOGRAFIA . . . . .	609
	ÍNDICE DE FONTES . . . . .	623

## PRÓLOGO

Estudar a *factio iuris* romana (na época clássica) não é fácil. Os compiladores de Justiniano «varreram» dos textos, acolhidos no C.I.C., as referências às *actiones ficticiae*; e as fontes não-justinianeias são extremamente escassas.

Todavia, sentimos que estas graves insuficiências — que justificam, em parte, os diferentes pontos de vista que, ainda hoje, dividem a doutrina romanista — não podiam desencorajar o estudo da *factio iuris*. Em causa, estava a necessidade de conhecer um instrumento técnico-jurídico, admiravelmente utilizado para integrar lacunas, doutro modo não-integráveis sem abalar e destruir os alicerces que sustentam o *ius civile*.

Motivados por esta necessidade e animados pela esperança de virmos a captar a verdadeira natureza da *factio iuris*, propusemo-nos estudá-la. Às dificuldades assinaladas, sabíamos que outras se juntariam: as inerentes a cada uma das várias «figuras afins» — em cuja análise nos teríamos de empenhar para, determinando o que as separa e aproxima, melhor compreendermos a *factio iuris* — que a doutrina ainda não conseguiu eliminar.

Porém, não nos detivemos: algo precisava de clarificação! Tê-la-emos atingido?

Sabemos que a relatividade das coisas humanas — e, portanto, dos nossos conhecimentos — justifica a alternância da *veritas* com o *error*, e da *claritas* com a *obscuritas*. Todavia, basta-nos a *claritas* de hoje a que nos dedicámos, apenas com uma certeza: contribuir para encontrar a *veritas*.

A fim de compreendermos o sentido, o alcance e a oportunidade da *factio iuris*, julgámos necessário fazer, previamente, a exposição algo sumária dos institutos onde foi utilizada. E idêntica orientação seguimos na análise das várias «figuras afins» para melhor surpreendermos das suas afinidades e divergências e, destarte, as distinguirmos a *factio iuris*.

É certo, com o recurso à introdução analítica de alguns institutos, a metodologia utilizada contribuiu, obviamente, para dilatar esta dissertação. Todavia, tranquiliza-nos o pensamento

de que outro método não produziria o efeito desejado. Nem se obteria o conhecimento perfeito dos institutos numa certa época — no nosso caso, na época clássica —, se os não compreendêssemos nas suas génese e evolução. Tenhamos em vista, *v. g.*, a descaracterização estrutural e funcional que transformou, em «aparentes», actos elaborados com uma estrutura própria e vocacionados para uma determinada função.

Reservámos para um II vol. a análise da *fictio* em alguns institutos de âmbito — diríamos, hoje — processual e substancial: *v. g.* a ficção na passagem do velho sistema das *legis actiones* para o (novo) *agere per formulas*, a *fictio* de legitimidade processual, a ficção na *interrogatio in iure*, no *iusiurandum*, na *confessio in iure* (?) e na *litiscontestatio*; a ficção na *bonorum possessio*, na *bonorum venditio*, na propriedade bonitária, nas *restitutiones in integrum* (?), no *postliminium* (?), etc.

Será, como julgamos, o complemento do trabalho agora iniciado.

Duas palavras de agradecimento nos aprez registrar.

A primeira, ao nosso Mestre, Senhor Prof. Doutor Sebastião CRUZ, pelas frequentes atitudes de confiança e de estímulo, que nos honram; e pela doura e oportuna orientação, que sempre nos dispensou.

A segunda, à Faculdade de Direito de Coimbra, de quem somos orgulhosamente discípulos, pela oportunidade e pela distinção que nos concedeu de publicarmos a nossa dissertação no seu prestigiado *Boletim*, cujo principal responsável e dinamizador, Prof. Doutor A. CASTANHEIRA NEVES, atendeu, logo e com solicitude, a nossa pretensão. Com muito prazer, aqui fica um especial agradecimento.

Finalmente, uma perspectiva nos conforta: a de termos cooperado, como alunos da Escola Dorsiana, para mostrar a utilidade actual — principalmente formativa, técnica-jurídica, prática e histórica — do *Ius Romanum*, de vez em quando posta em causa por quem só na *ars ignorandi* encontra o expediente para silenciar os incómodos e as dificuldades de um *Ius*, que «no empieza ni acaba en la letra de la ley» (A. D'ORS).

ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO

## ABREVIATURAS

- AAFDSED *Annales Africaines, Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Dakar* (Paris)
- ACP *Archiv für die civilistische Praxis* (Freiburg)
- AG *Archivio Giuridico «Filippo Serafini»* (Módena)
- AHDE *Anuario de Historia del Derecho Español* (Madrid)
- APDSJ *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique* (Paris)
- AUMA *Annali della Università di Macerata. A Cura della Facoltà Giuridica* (Milão)
- AUPA *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* (Palermo)
- AUPE *Annali della Facoltà di Giurisprudenza* (Peruza)
- BFDC *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* (Coimbra)
- BIDCM *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México* (México)
- BIDR *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* (Roma)
- BMJ *Boletim do Ministério da Justiça* (Lisboa)
- DAGR *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines de Daremberg et Saglio* (Paris)
- DPDP *Dizionario Pratico del Diritto Privato* (Milão)
- ED *Enciclopedia del Diritto* (Milão)
- EF *Enciclopedia Filosofica* (Firenze)
- EG *Enciclopedia Giuridica* (Nápoles)
- EGI *Enciclopedia Giuridica Italiana* (Milão)
- Estudios Ursicino ALVAREZ *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Ursicino Alvarez Suarez* (Madrid)
- Festgabe Von Lübtow *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich Von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970* (Berlín)
- Festschrift Koschaker *Festschrift Paul Koschaker* (Weimar)
- Festschrift Rabel *Festschrift für Ernst Rabel* (Tubingen)
- FIRA *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani* (Florença)
- I. Int. *Index Interpolationum quae Iustiniani Digestis inesse dicuntur* (Weimar)
- IURA *Iura. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico* (Nápoles)
- IUS *Jus. Rivista de Scienze Giuridica* (Milão)

JDRDPR	<i>Jahrbucher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts</i> (Jena)
Labeo	<i>Labeo. Rassegna di Diritto Romano</i> (Nápoles)
Mélanges Fitting	<i>Mélanges Fitting</i> (Montpellier)
Mélanges Fournier	<i>Mélanges Paul Fournier</i> (Paris)
Mélanges Girard	<i>Mélanges Girard</i> (Paris)
NDI	<i>Nuovo Digesto Italiano</i> (Turim)
NEJ	<i>Nueva Enciclopedia Jurídica</i> (Barcelona)
NNDI	<i>Novissimo Digesto Italiano</i> (Turim)
NRHD	<i>Nouvelle Révue Historique de Droit Français et Étrange</i> (Paris)
Polis	<i>Polis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado</i> (Lisboa)
PW	<i>Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft</i> (Estugarda)
RDCI	<i>Rivista di Diritto Civile</i> (Milão)
RDCO	<i>Rivista del Diritto Commerciale</i> (Milão)
RDN	<i>Rivista del Diritto della Navigazione</i> (Roma)
REHJV	<i>Revista de Estudios Historico-Jurídicos da La Universidad Católica de Valparaiso</i> (Valparaiso)
RFDM	<i>Revista de la Facultad de Derecho de Madrid</i> (Madrid)
RFDSP	<i>Revista da Faculdade de Direito da Unviersidade de São Paulo</i> (São Paulo)
RHD	<i>Révue Historique de Droit Français et Étranger</i> (Paris)
RIDA	<i>Révue Internationale des Droits de l'Antiquité</i> (Bruxelas)
RIEJ	<i>Révue Interdisciplinaire d'Études Juridiques Publiées par le Seminaire Interdisciplinaire d'Études Juridiques des Facultés Universitaires Saint-Louis</i> (Bruxelas)
RIFD	<i>Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto</i> (Roma)
RISG	<i>Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche</i> (Milão)
RJBA	<i>Revista Jurídica de Buenos Aires</i> (Buenos Aires)
RTDC	<i>Révue Trimestrielle de Droit Civile</i> (Paris)
RDP	<i>Rivista di Diritto Privato</i> (Pádua)
Sc.	<i>Senatusconsultum</i>
Scritti Ferrini	<i>Scritti in Onore di Contardo Ferrini Publicati in Occasione della sua Beatificazione</i> (Milão)
Scritti Giuffrè	<i>Scritti in Memoria di Antonino Giuffrè</i> (Milão)
Scritti Jovene	<i>Scritti Giuridici Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene</i> (Nápoles)
Scritti Pugliatti	<i>Scritti in Onnore di S. Pugliatti</i> (Milão)
SDHI	<i>Studia et Documenta Historiae Iuris</i> (Roma)
Studi Albertario	<i>Studi in Memoria di E. Albertario</i> (Milão)
Studi Albertoni	<i>Studi in Memoria di Aldo Albertoni</i> (Pádua)
Studi Arangio-Ruiz	<i>Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz</i> (Nápoles)
Studi Ascoli	<i>Studi in Onore di Alfredo Ascoli</i> (Messina)
Studi Betti	<i>Studi in Onore di Emilio Betti</i> (Milão)

Studi Biondi	<i>Studi in Onore di Biondo Biondi</i> (Milão)
Studi Biscardi	<i>Studi in Onore di A. Biscardi</i> (Milão)
Studi Bonfante	<i>Studi in Onore di Pietro Bonfante</i> (Milão)
Studi Brugi	<i>Studi in Onore di Biagio Brugi nel XXX Anno del suo Insegnamento</i> (Palermo)
Studi De Francisci	<i>Studi in Onore di Pietro De Francisci</i> (Milão)
Studi Fadda	<i>Studi Giuridici in Onore di Carlo Fadda pel XXV Anno del suo Insegnamento</i> (Nápoles)
Studi Riccobono	<i>Studi in Onore di Salvatore Riccobono nel XL Anno del suo Insegnamento</i> (Palermo)
Studi Sanfilippo	<i>Studi in Onore di Cesare Sanfilippo</i> (Milão)
Studi Scherillo	<i>Studi in Onore di Gaetano Scherillo</i> (Milão)
Studi Solazzi	<i>Studi in Onore di Siro Solazzi</i> (Nápoles)
SZ	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Römianistische Abteilung</i> (Weimar)

## ABREVIATURAS DE FONTES (JURIDICAS)

C	<i>Codex Iustinianus</i> ( <i>Corpus Iuris Civilis</i> , vol. II, ed. Paulus KRÜGER, 11.ª ed., Berlim 1954)
C.Th.	<i>Codex Theodosianus</i> (ed. Th. MOMMSEN — Paul M. MEYER, 2.ª ed., Berlim 1954)
D.	<i>Digesta</i> ( <i>Corpus Iuris Civilis</i> , vol. I, ed. Theodorus MOMMSEN-Paulus KRÜGER, 16.ª ed., Berlim 1954)
FIRA	<i>Fontes Iuris Romani Anteiusiniani</i> , 2.ª ed. (Florença) I ( <i>Leges</i> , ed. S. RICCOBONO, 1941), II ( <i>Auctores</i> , ed. I. BAVIERA et I. FURLANI, 1940), III ( <i>Negotia</i> , ed. V. ARANGIO-RUIZ, 1943)
FV	<i>Fragmenta Vaticana</i> (FIRA II 461 ss.)
GAIUS	<i>Gai Institutionum Commentarii Quattor</i> (ed. Bernhard KÜBLER, 8.ª ed., Lípsia 1935; FIRA II 3 ss.; ed. bilingue de Alexandre CORREIA e Gaetano SCIASCIA)
I.	<i>Institutiones Iustiniani</i> ( <i>Corpus Iuris Civilis</i> , vol. I, ed. Paulus KRÜGER, 16.ª ed., Berlim 1954)
PS	<i>Pauli Sententiae Receptae</i> (FIRA II 317 ss.)
ULPIANUS	<i>Tituli ex corpore Ulpiani</i> (FIRA II 262 ss.)

## PARTE GERAL

## a) Natureza

## § 1. Noção etimológica

§ 1.1 É hoje pacífica, na doutrina romanista, a ideia de que a terminologia jurídica foi retirada do uso comum. Na verdade, antes de serem jurídicas, as relações eram simplesmente sociais e o Direito limitava-se a avocar a sua denominação no momento em que as atraía à órbita jurídica. Por isso, as palavras eram transparentes e as definições, porque nelas inseridas, tornavam-se supérfluas.

Todavia, enquanto a linguagem comum não deixou de evoluir enriquecendo-a outros significados, a linguagem (comum) falada pelos juristas fixou-se em determinado momento<sup>1</sup>; ganhou, então, uma dimensão e um sentido técnico-jurídico que a afasta, por vezes, do sentido que, vulgarmente, a linguagem comum foi adquirindo.

Destarte, tendo a linguagem do Direito o sentido comum primeiramente atribuído em Roma, natural seria que *«per avere la nozione giuridica di un istituto bastava conoscere il significato della parola nell'uso comune»*, segundo BIONDI<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Sebastião CRUZ ensina que a fixação da terminologia jurídica foi uma das maiores glórias de SERVIVS SULPICIVS RUFVS. «Antes, ensina o nosso Mestre, o *'iurisprudens'* utilizava a linguagem corrente». Vid. CRUZ, S., *Direito Romano I*<sup>4</sup> (Coimbra 1984) 385.

<sup>2</sup> Vid. BIONDI, B., *La Terminologia Romana Come Prima Dommatica Giuridica em Scritti Giuridici I* (Milão 1965) 184, 185 e 208 e em *Studi Arangio-Ruiz II* (Nápoles?) 77-103.

Tem, assim, toda a justificação e oportunidade a «adver-tência» de Sebastião CRUZ para quem «sempre que se pretenda definir um instituto jurídico ou expressar um conceito jurídico, deve atender-se ao significado 'natural', 'espontâneo' dos termos, quer dizer, à noção etimológica da palavra que designa esse conceito jurídico»<sup>3</sup>.

A *fictio iuris* não é excepção.

É certo, não foi em Roma que ela nasceu. Todavia, a sua expressão e a consciência de se tratar dum instrumento técnico peculiar tiveram, em Roma, um acolhimento bem destacado a ponto de nos parecer bem acertada a afirmação de ROBBE: «Il momento genetico dell'espressione, se non coincide con quello del fenomeno, coincide certo con quello del concetto tecnico giuridico di esso»<sup>4</sup>.

No entanto, apesar de o momento genético da expressão ser tipicamente romano, a doutrina hodierna continua a interrogar-se acerca da *fictio iuris* sem ter conseguido entender-se em relação aos seus caracteres específicos e aos limites em que a sua utilização opera<sup>5</sup>.

Impõe-se, deste modo, fazer uma análise filológica às formas de expressão usadas pelas fontes literárias e jurídicas na transmissão do fenómeno que nos propomos estudar.

§ 1.2 Todavia, eis-nos, imediatamente, perante duas dificuldades de vulto cuja superação a doutrina ainda não conseguiu: a variedade das formas de expressão e a diversidade dos sentidos que se propõem transmitir.

É o caso das expressões *perinde atque* e *proinde ac si* que ora referem uma assimilação<sup>1</sup> ora parecem indicar uma

<sup>3</sup> Vid. CRUZ, *o.c.* 16 e 17.

<sup>4</sup> Cf. ROBBE, U., *La 'Fictio Iuris' e la Finzione di Adempimento della Condizione nel Diritto Romano em Scritti Pugliatti IV* (Milão 1978) 635.

<sup>5</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, M. J., *Sobre los Verdaderos Límites de la Ficción en Derecho Romano* no *AHDE* 27(1957) 305 e *Casuismo y Jurisprudencia Romana. Pleitos Famosos del Digesto* (Madrid 1976) 99.

<sup>1</sup> Acontece assim, na opinião de DEKKERS, em *GAIUS* (3,194): «Propter hoc tamen, quod lex ea causa manifestum furtum esse iubet, sunt qui



ficção<sup>2</sup>; de *quasi* que tanto expressa uma assimilação<sup>3</sup> como uma *fictio*<sup>4</sup> e uma imagem<sup>5</sup>; de *videtur* e *creditur* que apresen-

*scribunt furtum manifestum aut lege <intellegi> aut natura: lege id ipsum de quo loquimur, natura illud de quo superius exposuimus (...). At illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur, atque si furtum vel adulterium vel homicidium admisisset, quamvis nihil eorum admiserit». Vid. GAIUS 2,57; 2,87; 4,11; PAULUS, D. 45,1,91,1; e I. 4,15,8. Cfr. DEKKERS, R., *La Fiction Juridique. Étude de Droit Romain et de Droit Comparé* (Paris 1935) 45; ACCARDI PASQUALINO, G., *Fictio Iuris* em NDI 5 (1938) 1105; GARCIA GARRIDO, *Casuismo*, cit. 100; DESSERTAUX, F., *Contribution à l'Étude de l'Édit* em NRHD 36(1912) 446<sup>1</sup>; e UNGER, J., *Die Verträge zu Gunsten Dritter* em *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 10(1871) 9.*

<sup>2</sup> Será, v. g. o caso, no entendimento de certa doutrina, de GAIUS (3,103): «*Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus. Unde illud quaesitum est, si quis sibi et ei cuius iuri subiectus non est dari stipuletur, in quantum valeat stipulatio. Nostri praeceptores putant in universum valere et proinde ei soli qui stipulatus sit solidum deberi, atque si extranei nomen non adiecisset...*»; e de ULPIANUS (D. 27,7,4,3): «*Fideiussores a tutoribus nominati si praesentes fuerunt et non contradixerunt et nomina sua referri in acta publica passi sunt, aequum est perinde teneri, atque si iure legitimo stipulatio interposita fuisset...*». Cfr. ainda: D. 38,4,1pr. Vid. DEKKERS, o.c. 45; e DESSERTAUX, o.c. 446<sup>1</sup>.

<sup>3</sup> Acontece, segundo DEKKERS (o.c. 45) em D. 11,7,16: «*In eum, ad quem dotis nomine quid pervenerit, dat praetor funerariam actionem: aequissimum enim visum est veteribus mulieres quasi de patrimoniis suis ita de dotibus funerari et eum, qui morte mulieris dotem lucratur, in funus conferre debere, sive pater mulieris est sive maritus*». Cfr. também: D. 1,19,1,1; -23,3,5,6; -34,3,5,4; -35,1,33,2. Vid. ainda CIFUENTES, R. L., *Naturaleza Jurídica de la 'Fictio Iuris'* (Madrid 1963) 162-163.

<sup>4</sup> Na opinião de DEKKERS (o.c. 45), *quasi* expressa uma *fictio* v. g. em GAIUS (4,36): «*Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana*» vocatur. *Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa tadtam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit, veluti hoc modo: ...»; e em D. 49,15,18: «*In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est*».*

<sup>5</sup> Assim, na opinião de BUND, ocorre em D. 30,81,1: «*Si servo communi res legata fuisset, potest alter dominus agnoscere legatum, alter repellere: nam in hanc causam servus communis quasi duo servi sunt*». Vid. BUND, E., *Untersuchungen zur Methode Julians* (Colônia 1965) 126, máxime 126<sup>88</sup>.

tam, umas vezes, uma *praesumptio*<sup>6</sup> e, outras, uma ficção<sup>7</sup>; da locução *tam... quam si* que tanto expressa uma *factio* como uma assimilação<sup>8</sup>; da locução *loco... esse* seguida de genitivo que ora é vista ora negada como reveladora de ficção<sup>9</sup>; e de *velut, siremps lex esto* e *vice*, cuja ambiguidade só contribui para desorientar a doutrina<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> É o caso, segundo DEKKERS (o.c. 45), do D. 2,14,2,1: «*et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit*». Vid. ainda: D. 10,2,34; -29,1,3.

<sup>7</sup> Assim, ainda na opinião de DEKKERS (o.c. 45), acontece em D. 17,2,2: «*quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire*»; e em D. 23,3,39pr.: «*si serva servo quasi dotem dederit, deinde constante coniunctione ad libertatem ambo pervenerint peculio eis non adempto et in eadem coniunctione permanserit, ita res moderetur, ut, si quae ex rebus corporalibus velut in dotem tempore servitutis datis extiterint, videantur ea tacite in dotem conversa, ut earum aestimatio milieri debeat*».

<sup>8</sup> Ainda, na opinião de DEKKERS (o.c. 45 e 48), *tam ... quam* indica uma ficção na *Lex Municipii Salpensani* (XXIX 43-46): «*qui tutor h(ac) l(ege) datus erit, is ei, cui datus erit, quo ne ab iusto tutore tutela abeat, tam iustus tutor esto, quam si is c(ivis) R(omanus) et ei adgnatus proximus c(ivis) R(omanus) tutor esset*». Mas, em GELLIUS (5,19,9) aquela locução expressaria uma assimilação exacta: «*Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matrequesfamilias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est...*». Cfr. FIRA, *Pars Prima* (Florença 1941) 208; e GAIUS 2,160. Vid. igualmente DESSERTAUX, o.c. 446<sup>1</sup>.

<sup>9</sup> Para DESSERTAUX (o.c. 445-448), haveria uma ficção quando: o fideicomissário é dito ora *loco heredis* ora *loco legatarii* ora *loco emptoris* (GAIUS 2,251; 2,252); os tutores e curadores são considerados, para certos efeitos, *loco* ou *vice dominorum* (D. 41,4,7,3; -43,24,11,7; -47,57(56),4; -50,17,157pr.); o possuidor de boa fé é dito *loco domini* em relação aos frutos (D. 41,1,48pr.); relativamente aos impedimentos matrimoniais, as pessoas são, entre si, consideradas *loco parentum liberorumve* (GAIUS 1,59; 2,136); o *bonorum possessor* é considerado *loco heredis* (GAIUS 3,32; 4,34; 4,111); o *cognitor* é dito *loco domini* (GAIUS 4,97); o *procurator in rem suam* é considerado *loco domini* (D. 2,14,13,1); o *procurator praesentis, loco cognitoris* (GAIUS 4,136); etc. Contra, DEKKERS (o.c. 45) entende que «*la locution 'loco ... esse' (...) ne traduit cependant point dans G. 4,136 ('praescriptio loco demonstrationis') ou dans G. 3,114 ('in mancipio, servi loco')*».

<sup>10</sup> Cfr. sobre: *velut*, D. 5,5,1; *siremps lex esto*, a *Lex de Gallia Cisalpina*, cap. 21,22; *vice*, D. 14,6,2; -26,4,3,10; -37,1,2. Vid. DEKKERS, o.c. 45; e DESSERTAUX, o.c. 446<sup>1</sup> e 448<sup>3</sup>.

Trata-se, na verdade, de vocábulos que visam, apenas, descrever os efeitos da *fictio iuris*<sup>11</sup> e doutros fenómenos — *v. g.* a assimilação e a *praesumptio*<sup>12</sup> — sem captarem e transmitirem o conteúdo íntimo da ficção, pelo menos numa forma directa e imediata. Vêm, após a manifestação da *fictio*, descrever os seus efeitos em vez de, antecipando-se-lhes, expressar os caracteres distintivos da sua essência e individualizadores em relação às restantes figuras.

Mesmo assim, a análise destas expressões permitirá, decerto, averiguar o *quid specificum* da *fictio iuris* pois julgamos possível determinar o fenómeno através do estudo dos efeitos que produz.

Todavia, traduzindo-se a equívocidade desses vocábulos na expressão, além da *fictio*, doutros instrumentos e institutos dotados de características próprias que ora os afastam ora aproximam da *fictio*, é óbvio que a determinação da

<sup>11</sup> De facto, muitos destes vocábulos que, a miúdo, encontramos no C.I.C., serão traços ou vestígios de *fictiones* que figuravam nos textos antigos e foram suprimidas oficialmente em 342 por uma constituição de Constantino (C. 2,57,1) e, sobretudo, pelos compiladores de Justiniano, cuja hostilidade em relação à *fictio* é bem conhecida: «... *ficti divortii falsa simulatione in huiusmodi causa, quam nostra lex amplexa est, stirpitus eruenda*» (C. 5,12,30,2 *in fine*); «*antiqua simulatio et observatio, qua fingebamur patroni filiam esse filium, sublata sit ... ex machinatione in veteribus libris*» (BAS. 49,1,28); «... *Nostra autem providencia et hoc in melius per constitutionem reformavit, ut fictione pristina explosa recta via apud competentes iudices vel magistratus parentes intrent...*» (I. 1,12,6). Independentemente do problema de saber se a *fictio* criticada por Justiniano é (ou não) a verdadeira *fictio iuris* — problema que seria aqui precocemente analisado —, o certo é que a doutrina não poupa Justiniano nas suas críticas. IHERING chamou-lhe perseguidor da ficção e refere que o «*Kobold de la fiction se venge souvent amèrement de ceux qui le poursuivent!*». Com efeito, segundo DEKKERS (*o.c.* 196), o próprio Justiniano não deixou de introduzir algumas ficções, como a do *postliminium* e a da herança jacente, etc. Vid. ainda: MACCHIARELLI, A.G., *Fictio Iuris* em EGI VI — Parte II (1903) 563 e 564; CIFUENTES, *o.c.* 151<sup>309</sup>; IHERING, R., *L'Esprit du Droit Romain* IV<sup>4</sup> (Paris 1888) 300 e 301; e RICCOBONO, S., *Corso di Diritto Romano. Formazione e Sviluppo del Diritto Romano dalle XII Tavole a Giustiniano. Parte II* (Milão 1933-34) 216, 217, 220 e 221.

<sup>12</sup> Vid. *infra* §§ 9.6(2-3) e 14.3(1-2).

natureza da *factio iuris* pressupõe o estudo das figuras que lhe são afins.

Por isso, também as estudaremos.

§ 1.3 Apesar de nos ser transmitida através de vocábulos e locuções diversificadas, a ficção tem, no Direito Romano, um nome próprio: *factio (iuris)*. Deste modo, entendemos estudá-lo privilegiadamente numa perspectiva filológica, na ânsia de podermos determinar as suas características essenciais. Esta é, também, a opinião de GARCIA GARRIDO para quem «*el análisis de la ficción debe partir del significado material de 'fingere'*». É um ponto de vista que nos anima por se tratar de um romanista de reconhecida *auctoritas* que produziu, no estudo da *factio iuris*, um trabalho verdadeiramente notável<sup>1</sup>.

Começemos pelos textos não-jurídicos.

PLAUTUS escreve:

*Captivi* 206a-207: «*Quid a nobis metuit? scimus nos nostrum officium quod est, si solutos sinat. At fugam fingitis; sentio quam rem agitis*».

*Poenulus* 217-221: «*Nam nos usque ab aurora ad hoc quod diei est (postquam aurora inluxit numquam concessavimus) ex industria ambae numquam concessantus lavari aut fricari aut tergeri aut ornari, poliri expoliri, pingi, fingi*».

*Asinaria* 250: «*Hercle, vero, Libane, nunc te meliust expergiscier Atque argento comparando fingere falaciam*.

<sup>1</sup> GARCIA GARRIDO tem o grande mérito de procurar um conceito preciso de *factio* sem os excessos de RICCOBONO e de DEKKERS, a que se refere em particular. Não terá, porém, ido tão longe quanto seria de esperar, mormente quando recusa à jurisprudência romana o poder de criar ficções e se ocupa tão-só das *fictiones* inequivocamente referidas nos textos com a sua expressão técnica. Vid. GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 305-342, *Derecho Privado Romano. II Casos y Decisiones Jurisprudenciales* (Madrid 1980) 60<sup>1</sup> e *Casuismo*, cit. 101.

*Iam diu est factum, quom discesti ab ero atque abiisti ad forum, (igitur inveniundo argento ut fingeres fallacim)...»*

PLAUTUS, comediógrafo que viveu no séc. II a.C., utiliza, no primeiro texto, o verbo *ingere* no sentido de imaginar; de facto, os *captivi*, após afirmarem conhecer os seus deveres se o *hostis* (?) os libertar, dizem-nos que o *hostis* (?) pensa que (uma vez libertos) fugirão. No segundo texto, o comediógrafo apresenta-nos o relato das suas personagens acerca do que fizeram, depois da aurora: «não deixámos, um momento, de nos lavar, esfregar, ornamentar, enfeitar, arranjar o cabelo». O verbo *ingere* tem, aqui, o significado de pentear. E, no último texto, PLAUTUS refere-nos o seu actor a dirigir-se a Libânio, fazendo-lhe ver que é tempo de acordar e de imaginar alguma astúcia para obter dinheiro. É notório o significado «imaginar», «preparar um ardil», que o verbo *ingere* reveste.

No primeiro e no último textos, *ingere* expressa uma actividade intelectual: «pensar», «imaginar uma fuga e um ardil». No segundo, evidencia uma actividade material: «ornamentar», «enfeitar».

Um século depois, o enciclopedista e historiador VARRO escreveu em *De Lingua Latina*:

5,7: «*Nunc singulorum verborum origines expediam, quorum quattuor explanandi gradus. Infimus quo populus etiam venit: quis enim non videt unde ar(g)e(n)tifodinae et viocurus? Secundus quod grammatica ascendit antiqua, quae ostendit, quemadmodum quodque poeta finxerit verbum, quod confinxerit, quod declinarit.*»

5,69: «*Quae ideo quoque videtur ab Latinis Iuno Lucina dicta vel quod est e(t) Terra, ut physici dicunt, et lucet; vel quod ab luce eius quae quis conceptus est usque ad eam, qua partus quis in lucem<sup>1</sup>, (l)una iuvat, donec mensibus actis produxit in lucem, ficta ab iuvando et luce Iuno Lucina.*»

5,178: «...Corollarium, si additum praeter quam quod debitum; eius vocabulum fictum a corollis, quod eae, cum placuerant actores, in scaena dari solitae».

8,33: «...ut quisque duo verba in quattuor formis finxerit similiter, quamvis haec nolemus, tamen erunt sequenda, ut Iuppit(r)i, Marspitrem?...».

9,101: «Etiam in hoc reprehendunt, quod quaedam verba neque personas habent ternas neque tempora terna: id imperite reprehendunt, ut si quis reprehendat naturam, quod non unius modi finxerit animalis omnis».

No primeiro texto, VARRO emprega *ingere* no sentido de formar (pelos poetas) palavras. No segundo, diz-nos que o nome *Iuno Lucina* deriva (é formado) de *iuvare* e de *lux*. No terceiro, ser *corollarium* (o que é dado a mais do que o preço devido) um vocábulo que deriva de *corolla*, pequena coroa dada aos actores que desempenharam bem. No quarto, o verbo *ingere* reveste o sentido de supor (duas palavras, como *Iuppitri* e *Marspitrem*). E, finalmente, após referir as censuras dirigidas àqueles *verba* que não têm três pessoas nem três tempos, VARRO diz que tais críticas revelam a mesma ignorância de alguém que censurasse a natureza, pelo facto de não ter dado a mesma forma a todos os animais.

Portanto, exceptuando o quarto texto, *ingere* tem o sentido de «formar», «criar»<sup>2</sup>.

Mas os textos mais importantes em *De Lingua Latina* são:

6,78: «Proprio nomine dicitur facere a facie, qui rei quam facit imponit faciem. Ut factor cum dicit fingo, figuram imponit, quom dicit formo, formam, sic cum dicit facio, faciem imponit; a qua facie discernitur, ut dici possit aliud esse vestimentum, aliud vas, sic item quae fiunt apud fabros, factores, item alios alia».

<sup>2</sup> Vid. ainda *De Lingua Latina* 6,54 («... id dicitur pollu(c)tum, quod a porriciando est fictum...») e 6,44 («... Hinc etiam comminisci dictum, a con et mente, cum finguntur in mente quae non sunt...»).

7,44: «*Fictores dicti a fingendis libis. Liba, quod libandi causa fiunt. Argei ab Argis; Argei fiunt e scirpeis, simulacra cominum XXVII*».

No primeiro texto, VARRO diz que *facere* vem directamente de *facies* (face, figura) pois quem faz uma *res* coloca-a em figura; e que é necessário dizer o mesmo de *fingere* porque o *fictor* põe em figura (= modela, dá forma a) roupas, vasos, etc. No segundo, o célebre enciclopedista explica que *fictores* são (também) os que fazem bolos sagrados (para oferecer aos deuses)<sup>3</sup>.

Portanto, é notório em VARRO o sentido de *fingere* e de *fictor*: o primeiro, dar forma, criar; por isso, *fictor* é quem modela, forma, cria.

CICERO utilizou, igualmente, o verbo *fingere*.

Assim:

*De Legibus* II 11,28: «...*Nam illud vitiosum Athenis quod Cylonio scelere expiato, Epimenide Crete suadente, fecerunt Contumeliae fanum et Inpudentiae: Virtutes enim, non vitia consecrari decet. Araque vetusta in Palatio, Febris et altera esquilis malae Fortunae detestanda, atque omnia eius modi repudianda sunt. Quod si fingenda nomina, Vicaepotae potius (vincendi atque potiundi), Statae (standi) cognominaque Statoris et Invicti Iovis, rerumque expetendarum nomina, Salutis, Honoris, Opis, Victoriae, quoniamque*

<sup>3</sup> Neste sentido, HUMBERT refere que «on trouve aussi désignés sous ce nom ceux qui confectionnaient pour les sacrifices les gâteaux sacrés ou qui imitaient en cire ou en pâtisserie des animaux ou d'autres offrandes que l'on ne pouvait présenter en réalité. Les inscriptions nomment des *fictores* attachés au collège des Vestales et à celui des Pontifes». E, segundo BONILLA y SAN MARTIN, «*fictor* se decía del panadero que amasaba el pan, y se aplicaba también al escultor que moldeaba la arcilla ó el metal». E acrescenta: «En este sentido, el hombre, según el relato del Génesis, es el producto de una ficción. Dios formó al hombre del barro de la tierra («*formavit igitur Dominus Deus hominem de limo terrae*: 2,7)». Vid. HUMBERT, G., *Fictio* em *DAGR* II (2.e partie) (F-G) (1896) 113; e BONILLA y SAN MARTIN, A., *La Ficción en el Derecho* (Madrid 1912) 181-2.

*expectatione rerum bonarum erigitur animus, recte etiam Spes a Calatino consecrata est».*

*De Natura Deorum, 3,92: «...ut enim hominum membra nulla contentione mente ipsa ac voluntate moveantur, sic numine deorum omnia fingi moveri mutarique posse...».*

*De Natura Deorum, 2,149: «...Deinde in ore sita lingua est finita dentibus; ea vocem inmoderate profusam fingit et terminat atque sonos vocis distinctos et pressos efficit cum et dentes et alias partes pellit oris...».*

*Pro Sex. Roscio Amerino Oratio, 9,26: «Usque adeo autem ille pertinuerat ut mori mallet quam de his rebus Sullam doceri. Homines antiqui, qui ex sua natura ceteros, fingent, cum ille confirmaret sese nomen Sex Rosci...».*

*De Oratore, 1,73: «Ut qui pila ludunt non utuntur in ipsa lusione artificio proprio palaestrae, sed indicat ipse motus didicerintne palaestram an nesciant, et qui aliquid fingunt, etsi tum pictura nihil utuntur, tamen utrum sciant pingere an nesciant non obscurum est...».*

*De Oratore, 2,70: «...illum de toto illo genere reliquarum orationem non plus quaesitorum esse quid dicat, quam Polyclitum illum, quem Herculem fingebat, quem ad modum pellem aut hydram fingeret, etiam si haec numquam separatim facere didicisset».*

*Pro Q. Roscio Com. Oratio, 12,34: «...Vertit hic rationem et id, quod approbare non potest, fingere conatur...».*

Numa brevíssima análise a estes fragmentos, observamos que, no primeiro, CÍCERO censura o que se fez em Atenas quando, após a expiação do crime de Cilónio, foi levantado, por conselho de Epiménides, um templo a Afronta e a Impudência, por não ser desejável consagrar vícios, mas as virtudes. Em consequência, CÍCERO diz que todos os monumentos semelhantes devem ser



repudiados; e refere que, se tiverem de ser inventados nomes, deverão escolher-se os dos vitoriosos e conquistadores, como Vicapota (deusa da Vitória). No segundo, afirma que, tal como os membros dos homens são movidos, sem esforço, pela mente e vontade, também todas as coisas podem ser criadas, movidas e mudadas com o poder dos deuses. No terceiro, o orador diz que a língua está situada na boca e cercada pelos dentes; e ainda que ela (a língua) modela e define a voz. No quarto, CICERO exalta a virtude de quem sofria dum medo tão violento que teria preferido morrer a ver Sila conhecer quanto se tinha passado. E refere que estes homens duma virtude antiga imaginavam ser semelhante ao seu o carácter dos outros<sup>4</sup>. No quinto texto, CICERO diz-nos que os movimentos do jogador da pela revelam se tem ou não prática de ginástica: do mesmo modo, o escultor, quando maneja a argila, não utiliza o desenho. No sexto, fala de Policeto quando trabalhava (dava forma) na estátua de Hércules. E, finalmente, CICERO refere que Róscio apresentava posições na falta de provas.

São, portanto, quatro os sentidos de *ingere*: «inventar», «modelar» («dar forma»), «imaginar» e «supor».

Também CESAR empregou o verbo *ingere* em *De Bello Gallico Commentarii*:

6,37: «...plerique novas sibi ex loco religiones *ingunt*, Cottaeque et Titurii calamitatem, qui in eodem occiderint castello, ante oculos ponunt...».

<sup>4</sup> No mesmo sentido de imaginar, CICERO utilizou o verbo *ingere* em: *Pro Q. Roscio Com. Oratio* 17,50 («... *Quod cum est veritate falsum, tum ratione quoque est incredibile; obliniscor enim Roscium et Cluivum viros esse primarios; improbos temporis causa esse ingo*»); *De Oratore* 2,241 («*Perspiciatis genus hoc quam sit facetum, quam elegans, quam oratorum, sive habeas vere quod narrare possis, quod tamen est mendaciunculis aspergendum, sive ingas...*») e 2,359 («... *Multa enim sunt verba quae quasi articuli conectunt membra orationis, quae formari similitudine nulla possunt; eorum ingendae sunt nobis imagines, quibus semper utamur*»). Vid. ainda *Pro Sex. Roscio Amerino Oratio* 20,54 («... *Quid ergo adfers qua re id factum putemus? Vere nihil potes dicere; inge aliquid saltem commode ut ne plane videaris id facere quod aperte facis...*»).

4,5: «...His rebus atque auditionibus permoti, de summis saepe rebus consilia ineunt, quorum eos in vestigio poenitere necesse est, quum incertis rumoribus serviant, et plerique ad voluntatem eorum ficta respondeant».

1,39: «...Hi neque vultum fingere neque interdum lacrimas tenere poterant...».

No primeiro texto, o historiador descreve-nos a situação de alarme geral vivido no campo de batalha e diz ter a maioria, considerando o lugar em que se acha, imaginado temores supersticiosos e posto os olhos na infelicidade de Titúrio e de Cota, mortos no mesmo forte. No segundo, CESAR refere que são tomadas decisões em assuntos importantes de que cedo se arrependem e mentem com muita frequência. Finalmente, descreve o estado espiritual dos soldados que nem podiam disfarçar a fisionomia nem, por vezes, reter as lágrimas.

Portanto, em CESAR, o verbo *fingere* expressa uma actividade intelectual e não material de «imaginar», «mentir» e «disfarçar».

Já na transição dos séculos I a.C. e d.C., OVIDIUS escreveu:

*Medea Iasoni* 12,175-177: «Forsitan et, stultae dum te iactare maritae Quæris et infestis auribus apta loqui. In faciem moresque meos nova crimina fingas».

O poeta refere que a sua personagem, quando tenta impor-se, com discursos, junto da companheira louca, inventa novos crimes contra a sua figura e os seus costumes. Utiliza, portanto, o verbo *fingere* no sentido intelectual de inventar, criar.

No séc. I (d.C.), QUINTILIANUS empregou, também, o verbo *fingere* nas suas *Institutiones Oratoriae*:

12,1,5,71: «Propria sunt verba cum id significant in quod primo denominata sunt, tralata cum alium natura intellectum, alium loco præbent. Usitatis tutius utimur, nova non sine quodam periculo fingimus».

12,5,10,95: «*Illud adiciendum videtur, duci argumenta non a confessis tantum sed etiam a fictione, quod Graeci cat' hypothesin vocant, et quidem ex omnibus isdem locis quibus superiora, quia totidem species esse possunt fictae quot verae.*»

12,5,10,96: «*Nam fingere hoc loco (hoc) est proponere aliquid quod, si verum sit, aut solvat quaestionem aut adiuvet, deinde id de quo quaeritur facere illi simile.*»

12,6,3,61: «*Adhuc est subtilior illa ex simili tralatio, cum quod in alia re fieri solet in aliam mutamur (ea dicatur sane fictio): ut Chrysippus, cum in triumpho Caesaris eborea oppida essent tralata et post dies paucos Fabi Maximi lignea, thecas esse oppidorum Caesaris dixit. Et Peto de miomillone qui retiarium consequabatur nec feriebat: 'Vivum, inquit, capere vult'.*»

Após esclarecer o que são as palavras próprias e as metafóricas e referir que as palavras correntes oferecem maior segurança, o retórico diz, no primeiro texto, que as palavras novas são criadas com algum perigo<sup>5</sup>. No segundo, QUINTILIANUS acrescenta haver argumentos tirados não só de factos reconhecidos, mas também de factos imaginados. No terceiro, diz que formular uma hipótese consiste em propor uma *res* que, se for exacta, resolverá a questão ou ajudará a resolver<sup>6</sup>. E,

<sup>5</sup> O mesmo significado de «criar» tem o verbo *fingere* em *Institutionis Oratoriae* 12,1,5,3 («*Singula sunt aut nostra aut peregrina, aut simplicia aut composita, aut propria aut tralata, aut usitata aut ficta*»); 12,1,5,10 («*Tertium est aliud vitium barbarismi, cuius exempla vulgo sunt plurima, sibi etiam quisque fingere potest...*»); 12,1,5,32 («*Et illa per sonos accidunt, quae demonstrari scripto non possunt, vitia oris et linguae: iotacismus et labdacismus et ischnotetae et plateasmus feliciores fingendis nominibus Graeci vocant, sicut coelostomian...*»); e 12,6,3,53 («*Haec tam frigida quam est nominum fictio adiectis detractis mutatis litteris...*»).

<sup>6</sup> Neste sentido de formular uma hipótese, *fingere* aparece em *Institutionis Oratoriae* 12,5,10,97: «*Lex: 'qui parentes non alverit, vinciat'ur. Non alit quis, et vincula nihilo minus recusat. Utitur fictione, si miles, si infans sit, si reipublicae causa absit...*».

finalmente, o Autor fala-nos da subtileza do procedimento de transferência do semelhante ao semelhante quando aplicamos a uma coisa um elemento doutra, procedimento que se diz imitação.

Em síntese: também QUINTILIANUS utiliza o verbo *ingere* no sentido de «criar» e de «imaginar». Porém, dá-lhe ainda dois outros significados: «formular hipóteses» e «imitar».

PLINIUS usa, igualmente, o verbo *ingere*. Vêmo-lo em:

*Nat.* 11,16,47: «...*Oestrus vocatur hoc malum, quonam modo nascens, si ipsae fingunt? Quod certum est, gallinarum modo incubant...*».

O naturalista, que viveu no séc. I (d.C.), diz que a espécie de abelhas maiores se chama *oestrus* e interroga se elas criam a sua descendência, sendo certo que incubam à maneira das galinhas. *Fingere* tem, aqui, o significado de «criar», «gerar»<sup>7</sup>.

Já no séc. III, GELLIUS utiliza o verbo *ingere* nas suas *Noctes Atticae*:

12,1,9: «*Quod cum sit publica detestatione communique odio dignum in ipsis hominem primortis, dum fingitur...*».

No texto, o cronista refere a viva reprovação que suscita, na opinião pública, o facto matar uma criança nas primeiras horas da sua existência enquanto se forma (gera).

**Em conclusão:** nos textos analisados, PLAUTUS, VARRO, CICERO, CESAR, OVIDIUS, QUINTILIANUS, PLINIUS e GELLIUS utilizaram o verbo *ingere* nas seguintes acepções: imaginar, ornamentar, formar, supor, criar, gerar, modelar, inventar, manejar (a argila), mentir, disfarçar, formular hipóteses e imitar. Expressa, destarte, uma actividade física e intelectual.

<sup>7</sup> Igual significado tem o verbo *ingere* em *Nat.* 11,34: «...*Fodiunt ex eodem genere rutili atque praegrandes scarabaei tellurem aridam, favosque parvae et fistulosae modo spongiae medicato melle fingunt...*».

§ 1.4 Quanto à literatura jurídica, em que sentido(s) terão os *iurisprudentes* clássicos utilizado o verbo  *fingere* ?

Vamos ver.

CELSUS (D. 12,4,16.): «*Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus proportionem emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: ed ideo, si mortuus est Stichus, repetere possunt quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus e pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quominus a te pecuniam repetere possim*».

O fragmento está, na opinião dos AA., bastante interpolado. Todavia, SCIALOJA entende que revela, através das várias hipóteses formuladas, não ser alheio ao estilo de CELSUS, afigurando-se-lhe genuínas, muito especialmente, as proposições «*finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse*»<sup>1</sup>.

No que nos interessa — verificar o sentido do verbo  *fingere*  em CELSUS — e acolhendo, obviamente, a doutrina de SCIALOJA<sup>2</sup>, observamos ter o *iurisprudens* questionado a natureza jurídica duma dação de pecúnia feita por *A* a *B* para este lhe dar o escravo *Stichus*. Inclinando-se a rejeitar um contrato de compra-e-venda e a ver uma dação para obter algo e cuja *obligatio* não foi satisfeita, CELSUS reconhece a *A* o *ius repetendi* quanto dera a *B*. E, para melhor ilustrar a sua hipótese e a justiça

<sup>1</sup> Vid. SCIALOJA, V., *La L. 16 de Cond. Causa Data 12,4 e l'Obbligo di Trasferire la Proprietà nella Venditio Romana* em *BIDR* 19(1907) 176-179. Quanto aos AA. que vêm o texto interpolado, vid. o *Index Interpolationum I* (Weimar 1929) 178-179.

<sup>2</sup> Com efeito, PEROZZI e sobretudo APPLETON consideram *finge* interpolado. Dada a posição ocupada e o significado que o verbo reveste neste e nos muitos textos referidos *infra*, não descortinamos motivo algum que pudesse ter levado os compiladores a interpolar. Vid. a bibliografia cit. na nota anterior.

da solução, imagina um exemplo: supõe *Stichus* um escravo alheio e que, apesar disso, foi entregue; *A* poderá repetir a *pecunia* em virtude de não poder tornar-se proprietário do *servus*<sup>3</sup>.

IULIANUS (D. 34,5,13(14),2): «*Cum ita stipulationem concipimus: 'si hominem aut fundum non dederis, centum dari spondes?' utrumque est faciendum, ne stipulatio committatur, id est sive alterum sive neutrum factum sit, tenebit stipulatio. idemque est evidenter, cum propositis specialiter pluribus rebus, quas fieri volumus, ita stipulamur: 'si quid eorum factum non erit': veluti Stichum et Damam et Erotem sisti? si quis eorum non steterit, decem dari? necesse est, enim omnes esse sistendos, ut stipulationi satisfiat. vel ut proprius accedamus, fingamus ita stipulationem factam: 'si Stichum et Damam et Erotem non sisteris, decem dari?' neque enim dubitabimus, quin aequae omnes sisti oporteat».*

No texto, que a interpolacionística não censurou praticamente, IULIANUS refere algumas *stipulationes* nas quais insere uma espécie de cláusula penal. Na primeira *stipulatio* — «se não deres o escravo ou o fundo, prometes dar *centum*?» —, o *promissor* só não incorrerá na cláusula penal se der o escravo ou o fundo. A mesma solução se aplica na segunda *stipulatio* — em que alguém se obriga a dar *decem* se não fizer várias coisas, *v. g.* não apresentar *Stichus*, *Damas* e *Eros*.

Para ilustrar melhor a sua opinião, IULIANUS imagina uma terceira *stipulatio* — «prometes dar *decem* se não apresentares *Stichus*, *Damas* e *Eros*?» — cuja solução não duvida seja a mesma.

Também aqui é notório o sentido que o verbo *fingere* reveste: «imaginar», «supor», «exemplificar».

POMPONIUS (D. 13,7,8pr.): «*Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa*

<sup>3</sup> CELSUS empregou o verbo *fingere* no mesmo sentido de imaginar, supor, em D. 6,1,38 e D. 46,2,26.

*acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pigneraticiam actionem habebō: finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse, item insulam fulsisse vel refecisse et postea deustam esse, nec habere quod possem retinere».*

POMPONIUS entende gozar o credor, que recebeu um *servus* ou um *fundus pignoris causa* e fez despesas tornadas necessárias, não só do *ius retentionis*, mas também da *actio pigneraticia contraria*. E justifica esta *actio*: «imaginemos que, devido a doença do *servus*, o credor tinha dado pecúnia aos médicos e o escravo, entretanto, morrera; ou a casa reparada incendiou-se, nada havendo a reter».

É inequívoco o sentido de *fingere*: «imaginar», «apresentar, como exemplo», despesas cujo ressarcimento só pode obter-se através da *actio pigneraticia contraria*.

O texto foi considerado diferentemente interpolado, destacando os AA. [*pignoris*] que estaria no lugar de <*fiduciae*>. Porém, relativamente a *finge*, que sobretudo nos interessa, SCIALOJA discorda da sua interpolação, sustentando: «Io non so che cosa possa autorizarci a ritenere interpolato il finge nella 1. 8pr. de pign. act. 13,7 di Pomponio»<sup>4</sup>.

TRYPHONINUS (D. 20,4,20): «*Quaerebatur, si post primum contractum tuum, antequam aliam pecuniam tu crederes, eidem debitori Seius credidisset quinquaginta et hyperocham huius rei, quae tibi pignori data esset, debitor obligasset, dehinc tu eidem debitori crederes forte quadraginta: quod plus est in pretio rei quam primo credidisti utrum Seio ob quinquaginta an tibi in quadraginta cederet pignoris hyperocha. finge Seium paratum esse offerre tibi summam primo ordine creditam. dixi consequens esse, ut Seius potior sit*

<sup>4</sup> O lugar, que a explicação introduzida por *finge* ocupa no texto, parece, na verdade, dar razão às suspeitas de estar interpolado. Todavia, a nenhuma simpatia dispensada pelos compiladores ao verbo *fingere* e seus derivados afasta esta hipótese. Vid. SCIALOJA, o.c. 178 e 179. Vid. ainda o mesmo sentido de *fingere* em D. 46,2,26.

*in eo quod amplius est in pignore, et oblata ab eo summa primo ordine credita usurarumque eius postponatur primus creditor in summam, quam postea eidem debitori crediti».*

Também este fragmento não foi poupado pela crítica, segundo a qual há interpolações em algumas proposições. PRINGSHEIM considera interpolada [*finge... creditam*]. Todavia, SCIALOJA rebate esta opinião sustentando a genuinidade<sup>5</sup>.

Acolhendo a doutrina do romanista italiano, o texto apresenta o seguinte caso: *Titius* mutuou a *Caius X*; seguidamente, *Seius* emprestou a *Caius quinquaginta*, garantindo o devedor com o excedente da *res* que já garantia o crédito de *Titius*; finalmente, *Titius* volta a mutuar a *Caius quadraginta*. POMPONIUS é chamado a responder se o excedente do preço da coisa (em relação ao primeiro mútuo) deve ser afectado ao crédito de *Seius* ou ao segundo crédito de *Titius*. Põe-se, então, a hipótese de *Seius* estar disposto a pagar a *Titius* o primeiro débito e POMPONIUS responde ser natural que *Seius* prefira no excesso pois, oferecendo a *Titius* a satisfação do primeiro crédito, *Titius* vem ocupar o segundo lugar no crédito posteriormente adquirido e ainda não pago.

*Fingere* significa, neste fragmento, «imaginar», «apresentar uma hipótese» para cuja solução é pedido o *responsum* do jurisconsulto<sup>6</sup>.

MARCELLUS (D. 38,15,5pr.): «*Cum filio familiae bonorum possessio delata est, dies, quibus certiorare patrem non potest, ut vel iubeat adgnosci bonorum possessionem vel ratam habeat adgnitionem bonorum possessionis, non cedunt. fingamus statim primo die, quo fuerit delata, adgnosisse eum bonorum possessionem, certiorare patrem, ut comprobet, non posse, non cedent dies centum: incipient autem cedere, cum certior fieri potuit. praeteritis autem centum diebus frustra ratum habebit».*

<sup>5</sup> Vid. SCIALOJA, *o.c.* 178.

<sup>6</sup> Idêntico sentido tem o verbo *finge* em: D. 37,8,7 e D. 41,1,63,3, ambos de TRYPHONINUS.



MARCELLUS começa por referir o princípio jurídico segundo o qual quando a *bonorum possessio* é oferecida a um *filiusfamilias*, não se contam os dias durante os quais o seu *pater* não pode ser informado para autorizar ou ratificar; depois, imagina o caso de o *filius* ter aceitado no próprio dia da *delatio* sem ter podido informar o seu *pater* para aprovar a aceitação; e, concluindo, refere que, nesta hipótese, os 100 dias só começam a decorrer a partir do momento em que foi possível informar o *pater*; deixando passar os 100 dias, a ratificação perde o seu valor.

SCHULZ defende a interpolação de [*fingamus ... habebit*]. Porém, se esta parte fosse interpolada, ficaria, tão-somente, anunciada a máxima de que, no prazo fixado para o *paterfamilias* autorizar o *filius* a aceitar ou ratificar a aceitação da *bonorum possessio*, não se contam os dias em que o *pater* não pode ser informado.

Mas a propósito de quê?

Qual o objectivo?

Para explicar, apenas, a solução dada no parágrafo seguinte?

Julgamos mais correcta, também aqui, a opinião de SCIALOJA que nega a interpolação assinalada por SCHULZ. Entendemos, pois, que MARCELLUS deu ao verbo *fingere* o sentido evidente de «imaginar», «apresentar uma hipótese» cuja solução é deduzida da máxima previamente enunciada<sup>7</sup>.

Todavia, MARCELLUS não utilizou o verbo *fingere* apenas neste sentido como verificamos em:

D. 42,1,10: «*Qui cum se pro patre familias fingeret, mutuam pecuniam accepit et exheres a patre vel emancipatus sit, quamvis facere non possit, debet condemnari*».

Segundo o *iurisprudens*, quem, fingindo-se *sui iuris*, contraiu um mútuo e foi deserdado ou emancipado pelo seu *pater*, deve ser condenado, embora não possa cumprir.

<sup>7</sup> O mesmo significado de imaginar, supor, reveste o verbo *fingere* em MARCELLUS (D. 20,1,27; -24,3,57; -46,3,68; -46,3,72,3; -46,3,72,4) V id. SCIALOJA, o.c. 179.

A crítica isolada de BESELER para quem [*fingeret*] estaria no lugar de <*gereret*>, não se nos afigura pertinente. Na verdade, não vemos os motivos que teriam levado a essa interpolação quer por *fingeret* não ser do agrado dos compiladores<sup>8</sup> quer por significar, também, «disfarçar», «ocultar a verdadeira identidade»<sup>9</sup> como sucede no texto em análise: um *filiusfamilias*, talvez para evitar a proibição do sc. Macedoniano<sup>10</sup>, fez-se passar por *paterfamilias* a fim de contrair um empréstimo pecuniário.

PAPINIANUS (D. 17,1,54pr.): «*Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. sed si in hoc mandatum intercessit ut servus manumitteretur nec manumiserit, et pretium consequetur dominus et venditor et affectus ratione mandati agetur: finge filium naturalem vel fratrem esse (placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam)...*».

Segundo este fragmento, se um escravo mandata um estranho para o comprar, o mandato é nulo. Todavia, se o mandato teve por fim a manumissão do escravo e este não foi manumitido, o *dominus* (e vendedor) pode demandar o comprador exigindo-lhe o preço e, com a *actio mandati*, exigir o valor da afeição. Seguidamente, PAPINIANUS imagina, como exemplo de afeição, a hipótese de o escravo ser filho natural ou irmão do (antigo) *dominus* (pois os juristas admitem que, nos juízos de boa fé, deve ter-se em conta o valor da afeição).

Que o *mandatum* seja nulo, bem se compreende devido à incapacidade jurídica do escravo; porém, o *favor libertatis* deve ter levado o jurista a validar a venda e, conseqüentemente, a outorgar ao *dominus* a *actio venditi* para obter o *pretium* e a *actio mandati* para se ressarcir do valor da afeição do escravo.

<sup>8</sup> SCIALOJA (o.c. 179) partilha da nossa opinião.

<sup>9</sup> Vid. CESAR, *De Bello Gallico Commentarii* 1,39, texto referido *supra* § 1.3.

<sup>10</sup> Vid. CRUZ, o.c. 259-267.

A proposição [*finge ... habendam*] foi considerada interpolada por COSTA e FERRINI, e genuína por SOLAZZI. Não parece, todavia, provável que, depois de PAPIANUS — quando a prática dos *iudicia bonae fidei* era corrente e a invocação dos *iurisprudentes* tendia a apagar-se —, houvesse necessidade de reforçar o enorme prestígio deste jurista através da referência a outros juriscônultos.

Acolhendo, pois, a genuinidade de «*finge ... habendam*», vemos que PAPIANUS utilizou *finge* para imaginar situações de *affectio* que deve ser ressarcida.

Também ULPIANUS empregou o verbo *fingere*:

D. 5,1,18,1: «*Si filiusfamilias ex aliqua noxa, ex qua patri actio competit, velit experiri, ita duntaxat permittimus ei agere, si non sit qui patris nomine agat. nam et Iuliano placet, si filius familias legationis vel studiorum gratia aberit et vel furtum vel damnum iniuria passus sit: posse eum utili iudicio agere, ne dum pater exspectatur impunita sint maleficia, quia pater venturus non est, vel dum venit, se subtrahit is qui noxam commisit. unde ego semper probavi, ut, si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere utili iudicio, forte depositum repetens vel mandati agens vel pecuniam quam credidit petens, si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romae vel studiorum causa vel alia iusta ex causa agat: ne si ei non dederimus actionem, futurum sit, ut impune fraudem patiatur et egestate Romae laboreti viaticulo suo non recepto, quod ad sumptum pater ei destinaverat. et finge senatorem esse filium familias qui patrem habet in provincia, nonne augetur utilitas per dignitatem?».*

Neste fragmento, cujas interpolações não incidem sobre a parte que nos interessa nem, tão-pouco, o alteram substancialmente, ULPIANUS fala-nos de um *filiusfamilias* que deseja instaurar uma acção de dano pertencente ao seu *pater* e o jurista entende que só lhe é permitido demandar na ausência de quem possa accionar em nome do *pater*. Seguidamente, ULPIANUS justifica a sua opinião referindo IULIANUS para quem um *filiusfamilias*, ausente da sua casa «*legationis vel studiorum gratia*»,

pode instaurar a *actio utilis*<sup>11</sup> em relação a um delito de furto ou a um dano, de modo a que da ausência do *pater* não resulte a impunidade. Depois, ULPIANUS compara esta situação de delito à resultante do incumprimento dum contrato, *v. g.* de depósito, de mandato ou de mútuo, cuja *actio* o *filius* pode instaurar na ausência do *pater* a fim de evitar a impunidade da fraude e as privações sofridas pelo *filius* devidas à falta de *pecunia* necessária aos seus gastos em Roma. Finalmente, ULPIANUS reforça a solução, juntando às justificações já dadas a dignidade do *filius*: «*imaginaí que é um senador cujo 'pater' está ausente numa província*».

*Fingere* reveste, neste fragmento, o sentido de «imaginar», «supor»<sup>12</sup>.

No entanto,  *fingere* não esgota este significado em ULPIANUS, como observamos em:

D. 47,2,52,15: «*Servus, qui se liberum adfirmavit, ut sibi pecunia crederetur, furtum non facit: namque hic nihil amplius quam idoneum se debitorem adfirmat idem est et in eo, qui se patrem familias finxit, cum esset filius familias, ut sibi promptius pecunia crederetur*».

ULPIANUS entende não cometer furto o *servus* que afirmou ser livre para obter um mútuo; e o mesmo sucede com o *filius* que se fez passar por *sui iuris* para, mais facilmente, contrair um empréstimo pecuniário.

Neste fragmento, sobre o qual não há, na parte que nos interessa, suspeitas de interpolação, ULPIANUS diz-nos que um *filius*, que se apresenta como *pater* para defraudar (provavelmente) o sc. Macedoniano, não comete furto — sabendo-se que, nesta hipótese, a dívida contraída é civil e não natural<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Sobre as *actiones utiles*, vid. *infra* §§ 9.3(1-3); 9.4.1.5; 9.4.2.4; 9.4.3.4; e 9.4.5.

<sup>12</sup> Este mesmo significado reveste o verbo *fingere* em: D. 1,6,6; -4,4,3,6; -4,6,23,4; -4,8,3,1; -5,3,13,4; -7,1,17pr. -14,1,1,5; -14,4,7pr.; -17,2,52,10; -21,2,32,1; -23,4,4; -24,1,32,5; -29,2,30,3; -29,2,30,7; -36,1,13,3; -36,2,14,2; -37,10,3,5; -38,16,2,7; -40,9,12,6; -46,4,8pr.; -48,5,24(23),1.

<sup>13</sup> Vid. CRUZ, *o.c.* 265.

*Fingere* tem, aqui, o significado de «disfarçar», «ocultar a verdadeira identidade»<sup>14</sup>.

Noutro texto,  *fingere* apresenta o sentido de «enganar», «mentir»:

D. 49,17,8: «*Si forte uxor vel cognatus vel quis alius non ex castris notus filio familias donaverit quid vel legaverit et expresserit nominatim, ut in castrensi peculio habeat: an possit castrensi peculio adgregari? et non puto: veritatem enim spectamus, an vero castrensis notitia vel affectio fuit, non quod quis finxit*».

ULPIANUS refere que se alguém doou ou legou a um *filiusfamilias* declarando expressamente que a doação ou legado reverte para o seu pecúlio castrense apesar de ignorar a sua existência, os bens doados ou legados não devem incluir-se no pecúlio pois dever-se-á atender à verdade e não ao que se diz, mentindo.

Vemos, portanto, neste fragmento — genuíno na parte que nos interessa — que ULPIANUS utilizou o verbo  *fingere* no sentido de «mentir», «fazer uma afirmação falsa».

**Em conclusão:** nos juristas, cujos fragmentos estudámos (CELSUS, IULIANUS, POMONIUS, TRYPHONINUS, MARCELLUS, PAPINIANUS e ULPIANUS),  *fingere* significa imaginar, supor, exemplificar, disfarçar, ocultar (a verdadeira identidade), mentir. Expressa, deste modo, uma actividade intelectual.

§ 1.5 Segundo ERNOUT-MEILLET, é provável que, etimologicamente,  *fingere* tenha começado por referir uma actividade física: a de «modelar», primeiro, a argila e, depois, qualquer matéria plástica. Seguidamente, por extensão, terá expressado, também, uma actividade intelectual (de resto bem determinada

<sup>14</sup> Igual sentido tem  *fingere* em: D. 27,5,1,1; -27,10,6; -29,2,30,5; -40,12,16pr.; -47,2,52,15.

pelos seus compostos, sobretudo *affingo* e *confingo*): «imitar», «inventar»<sup>1</sup>.

Tudo quanto referimos permite-nos aceitar, sem reservas, esta informação.

Porém, interessa-nos cotejar a literatura extrajurídica e jurídica (que utilizámos) para verificarmos as acepções de  *fingere* comuns a juristas e a não-juristas. Deparamos, então, com imaginar (supor ou exemplificar), disfarçar e mentir.

Desta observação depreende-se, imediatamente, ser a *fictio*, em sentido jurídico, produto duma actividade intelectual que imagina, disfarça e mente, ou seja, constrói uma realidade exterior ou objectivamente inexistente e, portanto, exterior e objectivamente falsa.

Imagina-se o que não existe e porque não existe; disfarça-se, para ocultar o que realmente é e apresentar o que não é; mente-se, para fazer passar por verdadeiro o que é falso.

Eis-nos, agora, em condições de retirar, da breve análise etimológica, duas notas que hão-de caracterizar a *fictio iuris*: é um produto do pensamento; não expressa, com verdade, uma realidade objectiva e exterior.

<sup>1</sup> Vid. o *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine. Histoire des Mots*<sup>4</sup> de ERNOUT e MEILLET (Paris 1959) 235.

A prioridade (no tempo) dada aos sentidos atinentes à actividade física enfrenta uma dificuldade: a de *fungo* (*fungere*) derivar do hebraico *pukh* que significa a coisa mais bela e mais cara. Também de *pukh* deriva, ao que parece, *pignus* cujo primeiro significado foi: objecto do máximo afecto. Por isso, os seres mais amados (os filhos, o cônjuge, os irmãos, as irmãs, os parentes próximos) eram preferentemente desceitados pelo inimigo ou pelo aliado como garantia do cumprimento dos pactos: *pignus* — o ser amado — significava, portanto, garantia, penhor. Vid. DI PORTO, A., *Lessico Giuridico. Principio de un Dizionario Etimologico da Radici Semitiche* (Roma 1964) 156. Vid. ainda: PUGLIATTI, S., *Finzione em ED* 17 (1962) 659; GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 5<sup>16</sup> e 6; CIFUENTES, o.c. 157-158; HACKL, K., *Sulla Finzione nel Diritto Privato em Studi Biscardi I* (Milão 1982) 245; LECOCQ, L., *De la Fiction Comme Procédé Juridique* (Paris 1914) 20-22; e ISSA-SAYEGH, J., *La Fiction et le Droit em AAFDSED* (Paris 1969) 71.

## § 2. Características

§ 2.1 Para caracterizarmos juridicamente a *fictione*, impõe-se, antes de tudo, determinar os seus objectivo e objecto.

Em face das enormes dificuldades, suscitadas fundamentalmente pela variedade dos vocábulos e das locuções utilizadas para exprimir a *fictione iuris* e pela diversidade dos seus significados, GARCIA GARRIDO julga encontrar um apoio firme nas fontes jurídicas, onde as expressões *fictione* e *figere* se referem a ficções pretórias e legais<sup>1</sup>.

É, decerto, uma via segura; todavia, não pode excluir a existência de *fictiones* expressas por outros vocábulos e locuções.

Também nós, pela segurança que oferece, a seguiremos.

GAIUS apresenta-nos, com certo pormenor, esta matéria; por isso, lhe damos prioridade:

3,56: «*Quae pars iuris ut manifestior fiat, admonendi sumus, id quod alio loco diximus eos qui nunc Latini Iuniani dicuntur olim ex iure Quiritium servos fuisse, sed auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos; unde etiam res eorum peculii iure ad patronos pertinere solita est; postea vero per legem Iuniam eos omnes, quos praetor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse et appellatos esse Latinos Iunianos: Latinos ideo, quia lex eos liberos perinde esse voluit atque si essent cives Romani ingenui qui ex urbe Roma in Latinas colonias deducti Latini coloniarii esse coeperunt; Iunianos ideo, qui per legem Iuniam liberi facti sunt, etiamsi non essent cives Romani. Legis itaque Iuniae lator cum intellegeret futurum, ut ea fictione res Latinorum defunctorum ad patronos pertinere desinerent, quia scilicet neque ut servi decederent, ut possent iure peculii res eorum ad patronos pertinere, neque liberti Latini hominis bona possent manumissionis iure ad patronos pertinere, necessarium existimavit, ne beneficium istis datum in iniuriam patro-*

<sup>1</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 7; e CIFUENTES, o.c. 159.

*norum converteretur, cavere voluit, ut bona eorum proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset: itaque iure quodammodo peculii bona Latinorum ad manumissores ea lege pertinent».*

Neste fragmento, GAIUS refere a situação, anterior à *lex Iunia*, dos escravos manumitidos sem a observância das formas solenes exigidas pelo *ius civile*: o pretor considerou-os livres; todavia, porque *ex iure civili* continuavam escravos, os seus bens pertenciam aos patronos por direito de pecúlio. Com a *lex Iunia*, tais *servi*, que tinham sido manumitidos com formas inválidas, tornaram-se livres *iure civili*, surgindo a primeira ficção: a *lex Iunia* desejou que fossem livres *atque si essent* (como se fossem) cidadãos romanos ingênuos. Porém, em virtude de os patronos serem prejudicados com esta ficção, pois os bens desses libertos mortos dificilmente lhes pertenceriam — não morrendo escravos, não havia lugar para o *ius peculii*; e o *ius manumissionis* era afastado pelos *liberi* situados no grupo 1.º do direito sucessório —, aquela lei introduziu uma segunda ficção: dispõe que, à morte dos *Latini Iuniani*, os seus bens pertencem aos *manumissores ac si* (como se) esta lei não tivesse sido promulgada; isto é, morrendo escravos, os *domini* gozariam (*ex iure civili*) do *ius peculii*.

Se a *lex Iunia* tivesse fingido a liberdade dos irregularmente (*iure civili*) manumitidos considerando-os não-cidadãos romanos ingênuos, mas simples libertos, o patrono gozaria do *ius manumissionis*; contudo, sendo este *ius* desfavorável em relação ao *ius peculii*, essa lei fingiu que morriam escravos (*iure civili*) assegurando ao *manumissor* o *ius peculii*.

Graças às duas ficções da *lex Iunia Norbana*, os irregularmente manumitidos segundo o *ius civile* gozavam do *ius commercii inter vivos*, mas não *mortis causa*: «*vivant scilicet quasi ingenui et moriantur ut servi*». Trata-se, portanto, de ficções referentes ao estado jurídico dos *Latini Iuniani*: em vida, finge-se a plena cidadania romana; na morte, finge-se a condição de *servus*<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Vid. *infra* § 6.2 a  *fictio* da *Lex Iunia Norbana*. Repare-se, entretanto, nas locuções que expressam as duas *fictiones*: «*perinde ... atque si*



4.34: «Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, veluti cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petit, ficto se herede agit. Cum enim praetorio iure, non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id quod defuncti fuit potest intendere suum esse, neque id quod ei debebatur potest intendere <dari> sibi oportere; itaque ficto se herede intendit velut hoc modo iudex esto. Si A. Agerius (id est si ipse actor) L. Titio heres esset, tum <si eum> fundum de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret; et si (qua) debeatur pecunia, praeposita simili fictione heredis ita subicitur tum si pareret N. Negidium <A.> Agerio sestertium x milia dare oportere».

GAIUS fala-nos, neste fragmento, duma *fictio* na *bonorum possessio*.

Não sendo o *bonorum possessor* *heres* do *de cuius*, não pode instaurar as ações da herança nem, tão-pouco, reivindicar os seus *bona*. Do mesmo modo, a falta do título civil de *heres* impede os credores do *de cuius* de acionarem o *bonorum possessor*. Porém, como na realidade se trata dum sucessor protegido *iure praetorio*, o *praetor* finge que é *heres* e outorgar-lhe os instrumentos necessários à sua actuação, merecendo realce as *actiones ficticiae* que permitem demandar os devedores do *de cuius* e asseguram aos seus credores a *condemnatio* do *bonorum possessor*.

Não sendo legislador e não podendo, deste modo, fazer *heres* quem o não é, o *praetor* viu na *fictio* um expediente idóneo e fácil: tudo se passa como se o *bonorum possessor* (o sucessor pretório) fosse *heres* e, nesta condição, pode demandar e ser demandado pelos créditos e débitos hereditários<sup>3</sup>.

esse» e «proinde ... ac si (non) esset». Que se trata de *fictiones* em sentido técnico-jurídico, é evidente até pela própria explicação de GAIUS: «ut ea *fictio*...».

<sup>3</sup> Como refere DEKKERS (o.c. 145), a sucessão *mortis causa* é o domínio por excelência da adaptação pretoriana, não devendo, por isso, surpreender a existência de *fictiones* que, sendo das mais simples, não são, todavia, das menos importantes. O pretor teria começado por outorgar a

4.35: «*Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit; sed interdum et alio modo agere solet. Nam ex persona eius cuius bona emerit sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam, id est ut, quod illius esset vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnatur; quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore P. Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. Superior autem species actionis, qua fictio se herede bonorum emptor agit, Serviana <vocatur>*».

Tal como o *bonorum possessor*, também o *bonorum emptor* age, por vezes, como herdeiro fictício, diz GAIUS. É o caso de um terceiro que adquiriu os bens (incluindo os créditos) de um certo *de cuius* insolvente e que, para poder demandar os respectivos devedores — e ser demandado pelos credores — se finge herdeiro<sup>4</sup>.

4.36: «*Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana vocatur. Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit, veluti hoc modo iudex esto. Si quem hominem A. Agerius emit <et> is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur eius ex iure Quiritium esse oporteret et reliqua*».

*bonorum possessio* aos *heredes* (civiles) e acabado por a dar a quem lhe parecia digno, mesmo quando não fosse *heres* (civilis).

Da *bonorum possessio* e dos problemas que levantou — mormente a oposição entre *heres* e *bonorum possessor* — trataremos no II vol.<sup>o</sup> deste trabalho.

<sup>4</sup> Adquirindo, em bloco, os bens do *de cuius* insolvente e, portanto, também os seus créditos; e não sendo *heres*, o *bonorum emptor* não podia accionar os devedores do *de cuius*. Todavia, o pretor concedeu-lhe *actiones ficticiae* nas quais agiria *ac si heres esset*.

As mesmas *actiones* foram outorgadas aos credores, embora reduzidas proporcionalmente aos valores prometidos na *bonorum venditio*.

Da *bonorum venditio* e dos seus problemas trataremos no II vol.<sup>o</sup> deste trabalho.

Na *actio Publiciana* há uma *fictio* de usucapião. Na verdade, o adquirente de uma *res Mancipi* por simples *traditio* não se tornava seu *dominus ex iure civili* e, portanto, não gozava dos meios de protecção dispensados pelo *ius Quiritium*. Contudo, o pretor decidiu proteger o *accipiens* que, embora não tivesse adquirido o *dominium* quiritário, reunia, não obstante, as condições necessárias: a *res* é susceptível dessa aquisição, há posse, justo título e boa fé. E protege-o, fingindo verificada a usucapião e determinando, deste modo, a possibilidade de reivindicar a *res Mancipi* como se fosse *dominus ex iure Quiritium*<sup>5</sup>.

4.37: «Item civitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendit: veluti si furti agat peregrinus aut cum eo <agatur. Nam si cum peregrino agatur>, formula ita concipitur iudex esto. Si paret <L. Titio ope> consiliove Dionis Hermaei filii furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis Romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret et reliqua. Item si peregrinus furti agat, civitas ei Romana fingitur. Similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni iniustiae agat aut cum eo agatur, ficta civitate Romana iudicium datur».

Segundo o *ius civile*, apenas os *cives Romani* podiam demandar e ser demandados; por isso, ficaria impune um delito de furto ou um dano aquiliano se fossem cometidos por ou contra um peregrino. Para obviar a esta situação verdadei-

<sup>5</sup> A situação típica de concessão da *actio Publiciana* tinha lugar quando o *accipiens* de uma *res Mancipi* por simples *traditio* — havendo *iusta causa* e *bona fides* — perdeu a *possessio*. Não sendo *dominus ex iure Quiritium* — por não ter ainda usucapido —, não podia instaurar a *rei vindicatio*. Finge-se, então, que usucapiu e, como verdadeiro *dominus*, podia reivindicar a *res*.

Da *actio Publiciana* e dos problemas suscitados trataremos no II vol.º deste trabalho.

ramente insustentável, o pretor concedeu uma fórmula com a ficção de o peregrino ser *civis Romanus*.

Finge-se, portanto, a cidadania romana para o *ius civile* se tornar aplicável e, assim, demandar o autor do furto ou do dano previsto na *lex Aquila*<sup>6</sup>.

4.38: «*Praeterea aliquando fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse. Nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit et capite deminutus deminutave fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure civili debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamve oportere; sed ne in potestate eius sit ius nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse*».

<sup>6</sup> Como refere VOLTERRA, ao estrangeiro — inicialmente chamado *hostis* e mais tarde *peregrinus* — que pertencesse a uma comunidade política sem nenhuma relação de carácter internacional com Roma (*si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus*) não era reconhecido, pelo ordenamento jurídico romano, direito algum: era apenas um ser humano sem protecção jurídica.

Aos estrangeiros, membros de uma comunidade política com relações internacionais pacíficas com Roma, era-lhes reconhecida (e protegida), com base num *foedus* entre Roma e essa comunidade ou numa estatuição unilateral de Roma, uma determinada capacidade jurídica (*v. g.* gozavam do *ius commercii* e de certo *ius conubii*). Não podiam ser instituídos *heredes* nem receber legados deixados num testamento dum *civis Romanus* e não podiam utilizar as *legis actiones* por ser o *ius (civile) proprium romanorum* (D. 1,1,9).

Deste modo, não podiam demandar nem ser demandados pela *actio furti nec manifesti* e pela *actio legis Aquiliae*. No entanto, movidos pelas novas considerações de equidade, os *praetores* outorgaram estas (e decerto outras) *actiones quae legibus nostris constitutae*, tendo utilizado, para este fim, a ficção *si civis Romanus esset*. Deste modo, foi respeitado o princípio da personalidade das leis e combatida a impunidade de furtos e danos cometidos pelos (ou contra os) peregrinos.

Da ficção *si civis Romanus esset* trataremos no II vol.º deste trabalho quando estudarmos a  *fictio* como expediente de legitimação processual. Vid., entretanto, DEKKERS, *o.c.* 9-11 e 126-130; e VOLTERRA, E., *Istituzioni di Diritto Privato Romano* (Roma 1961) 64, 65 e 298.

GAIUS refere o caso dum devedor que, sofrendo uma *capitis deminutio (minima)* não podia ser civilmente demandado; todavia, para não ser facultada ao devedor a possibilidade de extinguir, deste modo, as suas dívidas e prejudicar os credores, foi introduzida uma *actio utilis* com a ficção de que não sofreu a *capitis deminutio*.

Finge-se, portanto, um estado jurídico que, na realidade, não existe: a capacidade patrimonial e a legitimidade processual de quem verdadeiramente (*ex iure civili*) as não tem <sup>7</sup>.

<sup>7</sup> GAIUS fala-nos, neste fragmento, unicamente dum *capitis deminutio minima*: na de uma mulher *sui iuris* em virtude dum *coemptio (cum manu)*; e na de um indivíduo (*sui iuris*) que passou, por *adrogatio*, à condição de *alieni iuris*.

Havendo uma *capitis deminutio minima*, os *bona* do *capite deminutus* passavam para o *dominium (ex iure Quiritium)* do titular da *potestas*: o *maritus* (ou *socer*) ou o *adrogator*. Todavia, exactamente por sofrerem uma *capitis deminutio*, os seus débitos extinguíam-se *iure civili* — apenas não se extinguíam as dívidas oriundas de delitos (D. 4,5,2,3; -4,5,7,1), as compreendidas em heranças e legados previamente aceitos (GAIUS 3,84; D. 4,5,10), as dívidas dotais e as obrigações naturais (D. 4,5,8; -50,17,84,1) e as resultantes de depósitos (D. 16,3,21pr.) —, o que envolvia um prejuízo injusto para os credores e uma *locupletatio* não menos injusta para o novo *dominus* dos bens do *capite deminutus*.

Para evitar esta situação, cedo (ao que parece já nos tempos de LABEO) o *praetor* eliminou essa consequência da *status permutatio* sem ferir, todavia, o princípio civil que a explica: outorgava contra o *capite deminutus* as *actiones* respeitantes às suas dívidas com a ficção de que tal *capitis deminutio* não se tinha verificado: *si capite deminutus non esset*.

Não assim, no entendimento da doutrina dominante, no caso das *capitis deminutiones maxima et media*: o devedor perdeu a capacidade para ser demandado e não se finge o contrário (D. 4,5,7,2; -4,5,2pr.); nestas hipóteses, o pretor teria outorgado a *actio utilis* contra aqueles «*ad quos bona pervenerunt*» à imitação da *actio civilis* dada contra o *bonorum sector*, segundo pensa DESERTEAUX.

Da ficção *si capite deminutus deminutave non esset* trataremos no II vol.º deste trabalho. Vid., entretanto: DEKKERS, o.c. 174-178; D'ORS, *Derecho Privado Romano*<sup>3</sup> (Pamplona 1977) 266-267 (para quem é escolástica e estranha à jurisprudência romana a classificação das *capitis deminutiones* em *maxima e minima*); GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 319-320; DESERTEAUX, F., *Études sur la Formation Historique de la 'Capitis Deminutio' I* (Paris 1909) 18, 31, 39-43, 66-68, 75-92 e II (Paris 1919) 112; VALIÑO E., *Actiones Utiles* (Pamplona 1974) 33-37; e DI

4.32: «Item in ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat luere deberet, tantam pecuniam condemnetur».

4.33: «Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur. Sive enim pecuniam sive rem aliam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus; nec ullam adiungimus conditionis fictionem. Itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. Eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles».

Estes dois textos têm sido objecto de divagações e conjecturas proporcionadas pela grave lacuna do primeiro (faltam 23 linhas em 4,31: *per pignoris capionem...*).

Que se trata duma espécie de ficções algo diferente das que temos referido, parece óbvio em face do que escreveu GAIUS em 4,34: «*Habemus adhuc alterius generis fictiones...*».

Mas qual a sua natureza?

Após referir que *as legis actiones* se admitem apenas em dois casos (4,31) — no dano iminente e nos tribunais dos centúmviros — e depois de falar do desuso da *actio infecti*, GAIUS começa a

---

LELLA, L., 'Formulae Ficticiae'. *Contributo allo Studio della Riforma Giudiziaria di Augusto* (Nápoles 1984) 182-186).

Uma questão moderna algo relacionada com a *capitis deminutio romana* é, na opinião de alguns AA., a da morte civil. No entanto, segundo DESSERTAUX, os textos em que GIRARD se apoia (D. 24,1,32,6; -37,4,1,8; GAIUS 3, 153) não podem considerar-se prova decisiva a favor da *capitis deminutio* como morte civil, da qual se afasta significativamente (v. g., enquanto a morte civil faz abrir o testamento ou dá lugar à sucessão *ab intestato*, na *capitis deminutio [minima]* o testamento extingue-se e desaparece o direito à sucessão legítima; enquanto as dívidas contratuais passam, à morte do devedor, para os seus herdeiros, a *capitis deminutio [minima]* extingue-as). Vid. GIRARD, P. F., *Manuel Élémentaire de Droit Romain*<sup>8</sup> (Paris 1929) 209; DESSERTAUX, *Études sur la Formation*, II cit. 129-135, 358-362 e 380-382; e LECOCQ, o.c. 127-131.

tratar (4,31a) da *legis actio per pignoris capionem*, ignorando-se o que terá dito. E, no parágrafo seguinte (4,32), a frase «*item ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est*», que dá início à exposição, permite julgar que, em 4,31a, o jurista falava duma ficção da *legis actio per pignoris capionem*.

De resto, à mesma conclusão permite chegar o fragmento imediato (4,33) onde GAIUS diz que nenhuma fórmula é moldada na forma de ficção da *condictio*.

Argumentando *a contrario sensu*, parece que se trabalhou com *fictiones* nas restantes *legis actiones*.

Mas de que espécie?

Tendo em atenção que, no direito primitivo, o cumprimento de certos ritos solenes das *legis actiones* gerava efeitos jurídicos próprios, é de julgar que, para manter e sancionar tais efeitos, era indispensável a *fictio* da prática desses ritos no processo das fórmulas. Deste modo, só a diferença de objecto destas *fictiones* justifica tê-las GAIUS considerado *alterius generis* (4,34). Trata-se, portanto, de ficções de ritos e solenidades prescritas pelas *legis actiones*, mas abandonadas na prática<sup>8</sup>.

No que especificamente respeita à *legis actio per pignoris capionem* outorgada ao publicano contra o devedor de impostos, ter-se-á fingido a *pignoris capio* a fim de lhe permitir a obtenção da mesma *pecunia* que o *debitor* era obrigado a satisfazer no resgate dum penhor<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Segundo GARCIA GARRIDO, «*la distinción gayana entre una y otra clase de ficciones parece a Bethmann-Hollweg y a Dekkers una distinción puramente formal; pero no cabe duda que, si bien existe una idudable conexión entre todas las ficciones pretorias, la diferencia de objecto y de efectos a alcanzar justifica sobradamente la clasificación gayana*». Também UNGER refere que «*beide Arten der praktischen Fiktionen unterscheidet scharf Gai IV,32 sg: die Fiktion als Hilfsorgan für die Vermittlung der Rechtsänderung (Gai IV,34 sg.) und die Fiktion als Hilfsausdruck für die Formulierung der Klage (actiones quae ad legis actionem exprimuntur: Gai IV, 10; 32; 33)*». Vid. GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 316<sup>30</sup>; e UNGER, J., *Die Verträge zu Gunsten Dritter em Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen und deutschen Privatrechts* 10(1871) 9<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> No II vol.<sup>o</sup> deste trabalho estudaremos as *fictiones* provavelmente utilizadas na passagem do velho sistema das *legis actiones* para o (novo) processo das fórmulas.

Também ULPIANUS utiliza  *fingere*  no sentido técnico-jurídico, como vemos nos  *Tituli XXVIII ex corpore Ulpiani* :

28,12: «*His quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio paretoris. Idoque seu ipsi agant seu cum his agatur, ficticiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.*»

Segundo ULPIANUS, não são  *heredes*  (civiles), mas só  *heredis loco*  por favor do  *praetor* , os beneficiados com a  *bonorum possessio* . Por este motivo, quer demandem quer sejam demandados, são necessárias  *actiones ficticiae*  nas quais se fingem herdeiros. São exactamente estas acções fictícias que permitem considerar o  *bonorum possessor, heredis loco* <sup>10</sup>.

Finalmente, encontramos  *fingere*  no mesmo significado técnico-jurídico em PAULUS:

D. 38,1,39pr.: «*Si ita stipulatio a patrono facta sit: 'si decem dierum operas non dederis, viginti nummos dare spondes?' videndum est, an nec viginti actio danda sit, quasi onerandae libertatis gratia promissi sint, nec operarum, quae promissae non sint? an vero operae dumtaxat promissae fingi debeant, ne patronos omnimodo excludatur? et hoc praetor quoque sentit operas dumtaxat promissas.*»

O texto em relação ao qual não há, praticamente, suspeitas de interpolação, refere a hipótese duma  *stipulatio*  em que a um patrono foi prometido «*dare viginti nummos*» se (o liberto) não prestar dez dias de serviço. PAULUS interroga-se acerca da acção a conceder ao  *stipulator*  e decide: não a  *viginti actio* , por onerar a manumissão; nem a  *operarum actio* , por não serem as  *operae*  objecto da  *stipulatio* .

Em face desta dificuldade e depois de reflectir se não deve, acaso, imaginar-se que foram prometidas as  *operae* , PAULUS inclina-se para a concessão da  *operarum actio*  a fim de o patrono não ficar sem  *actio* .

<sup>10</sup> Vid.  *supra*  § 2.1<sup>3</sup>.



Estamos perante a concessão duma *actio (ficticia) operarum* sugerida pelo jurista ao pretor e na qual se finge que o objecto da *stipulatio* foram não os *viginti*, mas as *operae*.

Finge-se, portanto, que as partes fizeram uma *stipulatio* diferente da que, na verdade, celebraram <sup>11</sup>.

**Em conclusão:** verificamos que uma *lex (Iunia Norbana)* finge que os *Latini Iuniani* vivem como cidadãos romanos ingénuos e morrem como *servi*; o *bonorum possessor* e o *bonorum emptor* se fingem *heredes*; a favor do *accipiens* duma *res Mancipi* simplesmente *tradita*, a *usucapio* se finge realizada; o peregrino se finge *civis Romanus*; a *capitis deminutio (minima)* se finge não ocorrida; os ritos e solenidades de quase todas as *legis actiones* se fingem cumpridos; e uma *stipulatio* se finge celebrada com um determinado objecto.

Perguntar-se-á: para quê?

Para estender aos *bonorum possessor* e *emptor*, ao *accipiens* da *res Mancipi tradita*, ao e contra o peregrino, aos credores do *capite deminutus deminutave*, aos litigantes e ao interessado em certa *stipulatio* a protecção que o *ius civile* lhes não dispensa.

E a qual o seu objecto?

Dos exemplos referidos ressalta, desde já, uma certa heterogeneidade, aliás referida por GAIUS (4,34) ao falar de «*alterius generis fictionum*». Na verdade, fingem-se qualidades ou condições jurídicas (*v. g.* ser cidadão romano, escravo, herdeiro, a não *permutatio status*) e factos jurídicos (*v. g.* a *usucapio*, a celebração de negócios jurídicos, a prática de certos ritos e actos solenes). Numa palavra, a *fictio* tem por objecto qualidades e factos jurídicos <sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. *infra* § 14.2.3.5.

<sup>12</sup> Entendemos por facto jurídico, como ensina MANUEL DE ANDRADE, «todo o facto (actuação ou simples ocorrência) da vida real (máxime, da vida social) produtivo de efeitos jurídicos (...). Contrapõe-se ao facto simples, material ou neutro que vem a ser todo o facto da vida real juridicamente indiferente». Dentro dos factos jurídicos, distinguem-se os voluntários e os involuntários. Estes últimos «existem por mera intervenção de forças naturais ou, se concorre a vontade humana, esta não tem relevância jurídica. São puramente obra da natureza ou tratado como tais, embora possam verificar-se no

§ 2.2 Quanto ao *modus operandi*, estes exemplos de *fictiones* revelam-nos uma certa e bem determinada especificidade que transmite à *fictionis iuris* a sua característica bem perceptível.

Na verdade, na *bonorum possessio* e na *bonorum venditio*, os *bonorum possessor* e *emptor* fingem-se *heredes* para poderem demandar e ser demandados em relação aos créditos e aos débitos do *de cuius*; o *accipiens* duma *res mancipi* simplesmente *tradita* finge-se ter usucapido e, portanto, que é *dominus* para gozar da *rei vindicatio* concedida pelo *ius civile*; o peregrino finge-se *civis Romanus* para demandar e ser demandado pelas *actiones furti* e *legis Aquiliae* oferecidas pelo *ius civile* somente aos *cives*; finge-se que não houve *status permutatio* para os credores demandarem um *capite deminutus deminutave*.

Em todas estas situações o *ius civile* permanece imutável: as suas normas, que prevêm uma determinada hipótese, não se dilatam nem outras normas se criam por analogia. Com efeito, em vez de ser alargada a norma jurídica civil, de maneira a compreender, também, a relação jurídica *sub iudice*; ou de se criar uma norma para integrar, por analogia com a norma (civil) existente, a lacuna oferecida pela relação jurídica litigiosa, é esta relação distorcida em algum dos seus elementos e, dilatada ou reduzida, torna-se exactamente idêntica à hipótese da norma que, assim, lhe é aplicada sem esforço. Isto é: a relação jurídica é deformada a fim de se subsumir à hipótese da norma jurídica, em si conservada estática.

O dinamismo recebido pela norma jurídica na integração analógica do Direito é transferido para os factos em litígio, conscientemente deformados para lhes ser aplicada uma norma do *ius civile* cuja extensão real se opera, no dizer de IHERING, secreta e ocultamente<sup>1</sup>.

---

*próprio homem (nascimento, parentesco, morte, vizinhança, decurso do tempo, perecimento natural duma coisa)*. Vid. ANDRADE, M. D., *Teoria Geral da Relação Jurídica II* (Coimbra 1964) 1-2. Cfr. ainda: ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di Diritto Romano*<sup>14</sup> (Napoles 1983) 20; e BAPTISTA MACHADO, J., *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* (Coimbra 1983) 82.

<sup>1</sup> No mesmo sentido, LARENZ diz-nos que, em vez de ordenar que os efeitos jurídicos de F<sup>1</sup> vigoram também em F<sup>2</sup>, a lei finge que F<sup>2</sup> é um

Em vez de a norma existente (ou a criar) ir ao encontro dos factos, dilatando a sua hipótese (ou criando uma previsão ajustada a esses factos), estes sofrem, ao invés, uma espécie de violência mental que os deforma para se ajustarem à hipótese normativa que, em si mesma, permanece formalmente imutável como se fosse insensível às exigências da vida e à dimensão da factualidade jurídica.

A mesma inércia se nos depara nas velhas *legis actiones* que, para serem utilizadas, foi necessário fingir práticas de ritos tornados obsoletos com o tempo e desrespeitados por todos. E vêmo-la, ainda, nas *stipulationes* cujos caracteres rigidamente solenes não foram, decerto, insensíveis à formulação de *fictiones*<sup>2</sup>.

§ 2.3 Do exposto, resulta ter a *fictio iuris* uma característica essencialmente alógica: fingir é violar, sempre, as regras da pura lógica<sup>1</sup>.

Na verdade, a lógica mandaria considerar a *ratio legis* para ver se o caso *sub iudice* é ou não subsumível à norma que se deseja aplicar. Se a situação litigiosa estivesse prevista, a norma aplicar-se-lhe-ia sem esforço, bastando deduzir as respectivas consequências. Mas, se não fosse possível a subsunção, dever-se-ia comparar o caso *sub iudice* com o tipificado na hipótese da norma para surpreender uma relação de semelhança justificativa da integração da lacuna por analogia com a norma existente.

---

caso de F<sup>1</sup>. Vid. IHERING, o.c. 297-298; e LARENZ, K., *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José S. Brito e de J. A. Veloso (Lisboa 1978) 240. Cfr. ainda HACKL, o.c. 258; DE RUGGIERO, R., *Finzione Legale* em *DPDP* III (= P.I. = F = Inv.) (1923) 184; COLACINO, V., *Fictio Iuris* em *NNDI* 7 (1961) 269-270; LECOCQ, o.c. 214; ACCARDI-PASQUALINO, o.c. 1104; e DESSERTAUX, o.c. 446.

<sup>2</sup> Vid. *infra* § 14.2.3.5.

<sup>1</sup> LECOCQ fala de «un des accrocs à la logique pour conserver au droit son apparence logique». Vid. LECOCQ, o.c. 214. No mesmo sentido, vid. CRUZ, o.c. 337.

Contra, vid. COLACINO (o.c. 269) para quem «si suole generalmente designare come 'finzione giuridica' (*fictio iuris*) quel procedimento logico...». *Infra* § 9(1-6), estudaremos a analogia e o que a separa da *fictio*.

Nesta actividade aplica-se a lógica com os seus mecanismos próprios.

Ora, na  *fictio iuris*  ficamos — poder-se-ia dizer — a meio caminho: percorre-se a primeira etapa, qual a de averiguar se há  *rationes*  justificativas da aplicação duma norma ao caso litigioso; porém, verificada a necessidade dessa aplicação, os mecanismos lógicos de integração não funcionam e a norma permanece formalmente imutável como uma premissa à espera da subsunção duma realidade bem determinada e perfeitamente enquadrada na sua hipótese.

Tem, assim, pleno acerto a doutrina de CIFUENTES para quem a  *fictio iuris*  é «una forma técnica de actuación» que «se introduce pro vía de autoridad, no por vía de interpretación judicial», pois «el juez no actúa interpretando los principios del Derecho antiguo o aplicando sus normas por analogía a otros casos no comprendidos expresamente en ese Derecho», mas «actúa obedeciendo un mandato, porque la ficción no es un recurso lógico de interpretación»<sup>2</sup>.

Que «vía de autoridad» é essa?

Quem emitia as sentenças de condenação ou de absolvição era (no sistema da  *ordinaria cognitio* ) o  *iudex* ; v. g., para condenar um devedor do  *de cuius*  a pagar a sua dívida ao  *bonorum possessor* , o  *iudex*  fingia-o  *heres*  do credor falecido e, deste modo, só tinha que provar a existência da dívida. Do mesmo modo, para condenar o  *capite deminutus*  a satisfazer o seu débito, o  *iudex*  fingia a não  *status permutatio* , bastando provar a existência da dívida: a sua contracção e o não-cumprimento pelo devedor.

E quem mandava fingir?

Tratando-se, em substância, dum expediente integrador do Direito, esta tarefa estava, obviamente, reservada aos órgãos que, em Roma, criavam  *ius* : aos  *comitia*  (através das  *leges rogatae* ), aos  *consilia plebis*  (por meio de  *plebiscita* ), ao Senado (nos  *senatutconsulta* ), ao  *princeps*  (nas suas  *constitutiones* ), aos  *iurisprudentes*  (detentores do  *ius publice respondendi ex auctoritate*

<sup>2</sup> CIFUENTES seguiu a doutrina de GARCIA GARRIDO, acolhida por SEBASTIÃO CRUZ. Vid. CIFUENTES, o.c. 61-62; GARCIA GARRIDO,  *Sobre los Verdaderos Límites* , cit. 310; e CRUZ, o.c. 337.

*principis*) e, a partir de Adriano, à *iurisprudencia* (através de *responsa*). E, muito especialmente, aos *praetores* cujo *ius* (*praetorium*) é, nas palavras de PAPIANUS, «*quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*»<sup>3</sup>.

Impõe-se fazer, todavia, um breve esclarecimento.

Sendo a *fictio* um expediente utilizado pelo pretor que dirige ao *iudex* uma ordem — finje! —, é sempre este magistrado quem, imediatamente, manda fingir. Simplesmente, essa ordem tanto o pretor a pode receber (dos *comitia*, dos *consilia plebis*, do Senado, do *princeps*, dos *iurisprudentes* e da *iurisprudencia*) ficando juridicamente vinculado a transmiti-la ao *iudex*, como — é o normal — partir da sua iniciativa, embora, algumas vezes, por mera sugestão dum órgão de soberania<sup>4</sup>.

**Numa palavra:** é sempre o *praetor* quem directamente manda fingir; todavia, a ficção pode ser-lhe ordenada por um órgão criador de *ius civile*<sup>5</sup>.

§ 2.4 Se, relativamente aos *ius civile*, vale a afirmação de IAVOLENUS de que «*omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset*»<sup>1</sup>, esta advertência não deixa de aplicar-se inteiramente à *fictio iuris*.

Na verdade, se algo há de pacífico na doutrina, é, indubitavelmente, a discordância acerca dum «*concepto unánime y pacífico de lo que la ficción sea, ni de cuáles pueden considerarse sus caracteres distintivos y sus límites de aplicación*», esclarece GARCIA GARRIDO<sup>2</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. D. 1,1,7,1. Vid. DE RUGGIERO, *o.c.* 184; ARANGIO-RUIZ, *o.c.* 20<sup>1</sup>; GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 310-311 e *Casuismo*, cit. 102; COLACINO, *o.c.* 270; e GIOFFREDI, C., *Ius, Lex, Praetor* em SDHI 13-14 (1947-48) 124.

<sup>4</sup> Vid. *infra* §§ 6.4.4<sup>5</sup>; 6.4.8<sup>2</sup>; 6.5.3<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Por isso, classificamos as *fictiones*, atendendo à sua fonte material, em pretórias (§ 5(1-2)), legais (§ 6(1-2)) e jurisprudenciais (§ 7(1-3)).

<sup>1</sup> Vid. D. 50,17,202.

<sup>2</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 305.

Efectivamente, não têm faltado definições e tentativas para caracterizar a *fictio iuris*; mas, por excesso ou por defeito, um caos apoderou-se da doutrina que ora identifica a *fictio* com algumas figuras afins — como a *simulatio* e a *praesumptio*<sup>3</sup> —; ora vê *fictiones* em simples hipóteses que visam, tão-só, esclarecer certas posições jurisprudenciais; ora confunde a *fictio* com a integração por analogia; ora restringe excessivamente o seu alcance, recusando à jurisprudência a faculdade de criar e impor *fictiones*<sup>4</sup>.

Quanto a nós, tendo presente as características assinaladas, a *fictio iuris* é um expediente técnico-jurídico através do qual o pretor, com fundamento na sua *iurisdictio*<sup>5</sup> ou em cumprimento

<sup>3</sup> Vid. *infra* §§ 13.2(1-2) e 14.3(1-2).

<sup>4</sup> Vid. *infra* algumas posições doutrinárias no § 4(1-5).

<sup>5</sup> É hoje um dado adquirido na doutrina romanista que o pretor sempre (desde a sua criação em 367 a.C. — e depois o pretor peregrino, a partir de 242 a.C.) teve a *iurisdictio* (poder que, segundo MURGA, assinala «la presencia del poder estatal dentro de esa relación procesal»). Na verdade, é ponto assente que, já no velho sistema das *legis actiones*, o *praetor* actuava baseado na sua *iurisdictio*, embora só a partir da *lex Aebutia* tivesse «la possibilità pratica di attuare liberamente il suo 'imperium' giurisdizionale, di svolgere la grande funzione innovatrice», como entende DE MARTINO.

A discussão doutrinal só tem início quando os romanistas se propõem estudar as relações entre o *imperium* e a *iurisdictio*. Como é sabido, a teoria alemã (com destaque para LEIFER e KASER) defende a identidade da *iurisdictio* com o *imperium*, solução contestada pela doutrina italiana (com evidência para GIOFFREDI e, sobretudo, LAURIA) que vê na *iurisdictio* um poder específico que nada ou muito pouco tem a ver com o *imperium*.

Não temos de analisar, aqui, as razões invocadas por ambas as doutrinas, mas não deixamos de referir a opinião de Ursicino ALVAREZ de que «las diferentes y contrapuestas tesis (...) obedecen (...) a una excesiva preocupación dogmática que ha impedido apreciar en todo su valor la realidad histórica»; e a conclusão de DE MARTINO para quem «il famoso problema (...) non merita, in fondo, nè storicamente nè dommaticamente una profonda indagine», pois «esso non è, a ben considerare, neppure un problema». Com efeito «'imperium' é il potere del magistrato, inteso in un senso indefinito e generale» e «'iurisdictio' è al contrario qualche cosa di infinitamente determinato e specifico, anche se si voglia considerarla come emanazione dell' 'imperium'». Promesso ciò, la distinzione esiste e non esiste. Esiste in quanto 'imperium' è un insieme di potestà, mentre 'iurisdictio' è una singola potestà; non esiste in quanto anche la 'iurisdictio' è emanazione dell' 'imperium'; por isso, «s'intende bene che i giuristi classici

de uma disposição legal ou jurisprudencial, ordena ao *iudex* que repute existente (ou inexistente) uma qualidade (jurídica) ou um facto jurídico realmente não existente (ou existente) para que uma determinada relação jurídica beneficie da protecção outorgada pelo *ius civile*.

### § 3. A realidade fingida

#### α) A ficção *adversus veritatem* (*naturalem*)

§ 3.1 A noção real de *factio iuris*, que formulámos após o estudo das suas características, não dispensa, antes exige o esclarecimento da realidade negativa ou positivamente fingida.

*distinguono laddove sorge la necessità di distinguere, ma non distinguono quando tale necessità non vi sia».*

Tudo leva a pensar terem sido frutos de uma progressiva elaboração o conceito de *iurisdictio* e a sua diferença relativamente ao *imperium*. É esta a opinião de LUZZATTO e de Ursicino ALVAREZ segundo a qual a *iurisdictio* foi, inicialmente, o próprio *imperium* quando dirigia o processo civil; todavia, foi adquirindo uma função específica e peculiar, chegando mesmo a ser delegada em magistrados que não tinham o *imperium* (v. g. os magistrados municipais) e, deste modo, não podiam conceder *interdicta*, *restitutiones in integrum* e *missiones in possessionem* nem exigir a celebração de *stipulationes (praetoriae)*, actos que, segundo PAULUS (D. 50,1,26pr.), «*magis imperii sunt quam iurisdictionis*».

Vid. MURGA, J. L., *Derecho Romano Clásico. II El Proceso* (Saragoça 1980) 36-47; GARCIA GARRIDO, M. J., *Diccionario de Jurisprudencia Romana* (Madrid 1982) 190; DE MARTINO, F., *La Giurisdizione nel Diritto Romano* (Pádua 1937) 62, 120, 128, 137, 138, 255, 257, 258 e 264; LUZZATTO, G. L., *Procedura Civile Romana II* (Bolonha 1948) 165, 166, 189, 195, 203 e 204; Ursicino ALVAREZ, *Curso de Derecho Romano. II Derecho Procesal Civil Romano* (Madrid 1948) 168-174; SERRAO, F., *La Iurisdiction del Pretore Peregrino* (Milão 1984) 51 e 122; BONIFACIO, F., *Recensioni Critiche*. Serrao ... em *IURA* 5(1955) 241 e *Iudicium Legitimum e Iudicium Imperio Continens* em *Studi Arangio-Ruiz II* (Nápoles?) 132; PAOLI, J., *La Condition de Citoyenneté des Plaideurs dans l'Instance Judiciaire 'ex Lege'* em *RHD* 33(1955) 364<sup>50-51</sup>; BETTI, E., *Sulla Genesi Storica del Processo Formolare* em *Per il XIV Centenario della Codificazione Giustiniana* (Pavia 1934) 128 e 463; CRUZ, o.c. 66; e KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht* (Munique 1966) 26-30.

Na verdade, sendo a *fictio* um expediente jurídico onde se finge uma certa realidade, urge, para melhor a compreendermos, estudar as relações estabelecidas pelo Direito com a realidade social, determinando a função que as normas jurídicas nela desempenham<sup>1</sup>.

Vemos esta preocupação já nos antigos Doutores.

BALDO refere, a propósito da *actio Publiciana*, que, ao fingir o decurso do prazo *adversus veritatem*, é suposto existir um factio natural não existente; por isso, fala de «*falsitas pro veritate accepta*» e refere que «*veritate non praestat impedimentum, et habet locum ubi potest habere locum veritas*»<sup>2</sup>.

BÁRTOLO entende que «*fictio est in re certa eius quod est possibile contra veritatem pro veritate a iure facta assumptio*»<sup>3</sup>.

E MENOCCHIUS, após referir a opinião de BÁRTOLO, de ÂNGELO («*fictio est indubitatae falsitatis pro veritate assumptio in casu possibili, et ex iusta causa ad inducendum aliquo iuris effectum aequitati naturali non repugnantem*») e a de ALCIATO («*fictio est legis adversus veritatem in re possibili ex iusta causa dispositio*»), diz-nos que muitos Doutores «*conveniunt fictionis naturam et substantiam esse, ut esse fingatur quod re vera non est*» e observa que, diferentemente das presunções, «*fictio nunquam convenit cum veritate*»<sup>4</sup>.

Mais recentemente, Cujácio entende que a «*fictio legum veritate potentior est*» e «*plus potest quam veritas*»; e ALTASERRA é da opinião de que «*fictio inducitur contra veritatem, sed non destruit veritatem, immo ad se refert*», pois «*fictio quae ad aliquam veritatem refertur veritatis figura est, quae non refertur mendacium*»<sup>5</sup>.

A *fictio iuris* é vista por estes Doutores como um expediente ora *adversus veritatem* ora *pro veritate*. CIFUENTES afirma ter havido, em BALDO, uma «*clara confusión jurídica*»; e BARASSI refere ter esta

<sup>1</sup> Neste sentido, «*MALLIEUX nos dice que la primera mirada que dirigimos a esta figura jurídica nos pone de relieve que su problemática pertenece al fondo más íntimo, a la sustancia misma del Derecho*», informa CIFUENTES (o.c. 72 e 188) para quem «*el estudio de la ficción pone en el tapete de la investigación el concepto mismo de Derecho*».

<sup>2</sup> Vid. CIFUENTES, o.c. 37-38.

<sup>3</sup> Vid. BÁRTOLO, *Commentaria V* (Veneza 1615) 94.

<sup>4</sup> Vid. MENOCCHIUS, o.c. *liber primus*, 9-10.

<sup>5</sup> Vid. Cujácio e ALTASERRA *apud* MACCHIARELLI, o.c. 556.



confusão por base «la creencia de que no podía justificarse a paridad del efecto (tratamiento jurídico), si non se conseguía una paridad en la causa (presupuestos de hecho). Esta paridad, si no se daba en la realidad, había que crearla por obra y gracia de una ficción»<sup>6</sup>.

Subjacente à doutrina dos antigos Doutores está, portanto, uma certa concepção do Direito e da realidade em que (e para que) se move: um facto (causa) produz certos efeitos jurídicos e, por isso, um facto diferente deve produzir, igualmente, efeitos diferentes. Todavia, para um facto (causa) produzir, numa situação concreta, os efeitos próprios de outro facto (causa), finge-se ter ocorrido não aquele, mas este: inventa-se a causa para o efeito desejado.

Emergem, deste modo, a ideia de causalidade e o pensamento de um Direito pré-elaborado que o jurista se limita a aplicar.

§ 3.2 Entre os AA. não-romanistas, merece destaque DABIN pela defesa da  *fictio adversus veritatem naturalem*.

Segundo DABIN, a verdade contrariada pela ficção pertence à ordem das realidades ou noções naturais anteriores à elaboração jurídica que existem independentemente do jurista. Entre essas realidades naturais inclui as 'realidades jurídicas naturais' ou seja as realidades jurídicas pré-existentes que o jurista recebe como tais — isto é, já formadas e acabadas —, também chamadas «realidades conceituais» pois, fazendo a inteligência do homem parte da natureza, seria errado limitar a realidade natural ao dado bruto das coisas. Pertencem a estas realidades conceituais (naturais): a consumibilidade dita jurídica (admitindo-a, o Direito limitou-se a sancionar as conclusões da economia); a concepção patrimonial da universalidade de bens (origina-

<sup>6</sup> Ainda segundo CIFUENTES, «esta opinión parte, sin duda, de la afirmación de que los supuestos de la realidad social producen, ex se, consecuencias jurídicas al igual que la causa produce sus efectos, porque, siguiendo esta manera de pensar, se deduce claramente que de causas — de presupuestos de hecho — diferentes dimanar siempre efectos jurídicos diversos y que si a dos supuestos diferentes queremos otorgales un mismo tratamiento jurídico, hemos de fingir que su realidad social, si ndo desigual, es idéntica». Vid. CIFUENTES, o.c. 38 e 79-80.

riamente económica, pode o jurista, sem ficção, aceitar como um dado natural); e o fenómeno da sub-rogação (quando o Direito o consagra, nada mais faz do que apropriar-se do dado económico e, se ficção existe, pertence ao economista e não ao jurista).

Pois bem, sobre esta realidade natural (sujeita ao relativismo do tempo e do lugar) actua a ficção quando o jurista construtor do Direito a denega ou desnatura conscientemente. Ao lado das categorias e das presunções, a *fictio* é um procedimento de deformação, aplicado pelo conceitualismo jurídico ao «donné» das coisas e ao «donné» do Direito.

Há ficção, portanto, sempre que o Direito (legal, jurisprudencial ou doutrinal) enuncia uma proposição que sabe estar em oposição à verdade natural. E, porque esta verdade pode referir-se a factos ou a ideias, assim DABIN vê ficções nos domínios da história, da ciência e da filosofia.

Nas ficções contra a história, o jurista fingirá factos (acontecimentos, circunstâncias, situações de facto ou de direito) que jamais existiram no «donné» da história. Tais seriam as ficções romanas do *postliminium*, da lei Cornélia e a *fictio*, na *actio Publiciana*, do decurso do tempo necessário à usucapião, etc.

Nas ficções contra as verdades naturais do domínio científico (na ordem tanto das ciências da natureza física ou fisiológica como das ciências humanas: económicas, morais, sociais), DABIN entende, *v. g.*, as ficções que atribuem um carácter imobiliário a certos móveis e as ficções relativas à noção de personalidade, como a herança jacente, as pessoas jurídicas, o adágio *infans conceptus pro nato habetur*, a ideia da continuação pelo herdeiro da pessoa do defunto, a teoria do efeito declarativo da partilha da herança, etc.

Há, em todas, uma ruptura do «donné» natural, conscientemente trabalhada pelo jurista criador do Direito<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Vid. DABIN, J., *La Technique de l'Élaboration du Droit Positif Spécialement du Droit Privé* (Bruxelas, Paris 1935) 232-233 e 284-307.

Também, segundo GÉNY, a ficção falseia deliberadamente a realidade das coisas, por implicar, «a priori», a ideia de um conceito natural (que representa adequadamente o real) a que opõe um conceito mais ou menos arbitrariamente forjado. Vid. GÉNY, F., *Science et Technique en Droit Privé Positif* III (Paris 1921) 360-371.

DABIN, que censura a doutrina dos defensores do historicismo e do sociologismo e o pensamento da natureza das coisas, por a matéria do Direito não se poder confundir nem com o que o povo sente e deseja nem com o que a natureza das coisas indicaria como «justo», censurando ambas as orientações de simplificarem e desnaturarem o Direito; que repudia, igualmente, a teoria pura do Direito porque, vendo no facto jurídico apenas a norma, só considera o seu aspecto puramente formal, indiferente ao seu fundo e ao seu valor intrínseco, deixando intacto o problema da justificação do Direito positivo no seu conteúdo; que sustenta ser a matéria do Direito não dada pela sociologia (que presta atenção à alma colectiva) ou por uma razão ingénua que reflecte a natureza, mas o efeito duma escolha premeditada, sendo o Direito positivo, no fundo como na forma, uma obra elaborada pelo jurista que discerne os valores e as possibilidades — DABIN, dizíamos, ficou a meio caminho sobrevalorizando ainda o papel da ciência (não-jurídica) apesar de, como pensa, só intervir no estado preliminar (do método e dos materiais) e reservar ao jurista a conclusão do trabalho.

Na verdade, DABIN repete, na sua doutrina problemático-material, o esquema dicotómico «*quaestio facti — quaestio iuris*» em cuja primeira *quaestio* se realiza, refere CASTANHEIRA NEVES, «a determinação do dado» e, na segunda, «se formula um juízo de validade (a validade específica de que se trata) sobre esse dado». Havia, primeiro, «que determinar os dados, 'os factos', para, em seguida, enunciar sobre eles um juízo de validade», observa, ainda, CASTANHEIRA NEVES.

Com efeito, a determinação dos factos pertencia à ciência, e ao jurista, a sua valorização. Ora, «a dimensão axiológica é uma presença eminente e imediata em todo o decidir e agir» pelo que «as determinações dos pressupostos do decidir e do agir prático-normativos não podem ser conduzidos por uma intenção de pura verdade teórica». Isto é, «os elementos da situação, os 'objectos' que a formam não são apreendidos como meros objectos de representação ou de conhecimento, mas 'como resistências', como objectos práticos», ensina CASTANHEIRA NEVES.

Mas, se a verdade é prático-emocional e «muito mais rica de perspectivas, infinitamente mais complexa nas suas condições e no seu

conteúdo do que a liena e lógica verdade teórica em geral, e científica em particular» pois «a vida e com ela a acção exigem a verdade que lhes basta (e não se bastam com a verdade conceitual da ciência)»; e se «no dado terá de ir contida a intenção e a possibilidade de validade que relativamente a ele se discute», é óbvio que «a relação entre o dado e a validade não pode pensar-se como a relação de uma indiferença para um interesse» pois «se o dado fosse em si inteiramente indiferente e opaco à validade discutida, já isso significaria não poder ser ele 'dado' para a validade, pela simples razão de que a não poderia sustentar nem esta cumprir-se nele — estariam em face um do outro como grandezas incomensuráveis, polos de repulsão insusceptíveis de outro contacto para além da recíproca e irreductível exclusão». Por isso, «dizer que a matéria do juízo-de-facto é a realidade, já que este juízo intenta apreender e transmitir o que realmente é e nada mais, como não ser falso, é no entanto equívoco», sustenta CASTANHEIRA NEVES<sup>2</sup>.

Também BAPTISTA MACHADO entende que «o normativo está entretido no social tal como a elasticina o está no tecido conjuntivo»; por isso, «no domínio dos factos sociais (ou factos de conduta humana), a própria possibilidade de apreensão da 'identidade' dos factos, da sua 'mesmidade', do que não é o mesmo, pressupõe a aplicação dum critério normativo» pois «tais factos só têm existência como factos sociais por referência aos critérios que regem aquela forma de vida» e «jamais podemos separar as relações sociais (...) das ideias ou 'critérios normativos' que as suas interacções incorporam, sem desnaturar por completo a realidade estudada»<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. CASTANHEIRA NEVES, A., *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma Reposição Crítica)* I A Crise (Coimbra 1967) 460, 462, 472, 474, 475, 479, 480, 485 e 486.

<sup>3</sup> Vid. BAPTISTA MACHADO, *o.c.* 24-26. Também DEMOGUE entende que as pretensas realidades naturais não são mais do que uma transformação da realidade por concepções dela feitas pela consciência jurídica dum povo. Vid. DEMOGUE, R., *Les Notions Fondamentales du Droit Privé. Éssay Critique* (Paris 1911) 244.

Divergente é a doutrina de NOIREL para quem, diferente do facto jurídico previsto pelo Direito, que implica um conjunto de efeitos jurídicos, é a situação de facto, ou seja, aquela para a qual o Direito não previu nenhuma categoria particular e, por isso, é uma estrutura material

Vendo no jurista um construtor que trabalha a matéria dada pelas ciências (não-jurídicas), DABIN pensou-o satisfeito com a verdade cientificamente oferecida. Não operou com a verdade que interessa ao jurista: a realidade social que tem, igualmente, uma dimensão axiológica. E, deste modo, compreende-se ter afirmado ser natural a realidade que a ficção violava para a transformar em jurídica.

Ora, a realidade jurídica possui, como salienta LEGAZ Y LACAMBRA, «*uma magnitude ontológica própria*», não sendo nem material como a da natureza nem ideal como a dum pensamento, mas «*simbiosis de una y otra en el quehacer continuo de la vida*»<sup>4</sup>; mas nem por isso a sua realidade é fictícia, risco que a doutrina de DABIN parece correr ao ver na *fictio* um expediente de deformação da realidade natural e da sua transformação em realidade jurídica.

Por outro lado, se pretendêssemos compreender a realidade jurídica a partir da realidade natural, chegaríamos à conclusão de CIFUENTES: «*si pretendiéramos encontrar en cada concepto jurídico un pedazo de naturaleza, llegaríamos, decepcionados, a afirmar que el Derecho, en muchas de sus dimensiones, es pura ficción*»<sup>5</sup>.

nua, ignorada pelo Direito. No seu entendimento, um facto social bruto é posto em forma jurídica para ser adaptado à justiça e ao bem social; há graus no acesso à vida jurídica das situações de facto; a acessão completa supõe a transformação das situações de facto em situações de Direito; e há hipóteses em que esta transformação é impossível. Vid. NOIREL, J., *Le Droit Civil Contemporain et les Situations de Fait* em RTDC 57(1959) 458, 459 e 467.

Todavia, NOIREL ignora que «*a intenção axiológico-normativa — em que o Direito participa — não avalia 'factos', enquanto os dados elementos abstractos da comum experiência empírica, mas acontecimentos, sucessos e condutas humanas, «casos» histórico-sociais como unitárias realidades de sentido*», como refere CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto*, cit. 502.

<sup>4</sup> Vid. LEGAZ Y LACAMBRA, o.c. 70. No mesmo sentido, CASTANHEIRA NEVES entende que «*se o direito é um 'factum', uma realidade social (na ordem jurídica), não é menos uma Ideia (na Ideia de Direito)*». Vid. CASTANHEIRA NEVES, A., *Lições de Introdução ao Estudo do Direito* (Coimbra 1968-69) 28.

<sup>5</sup> Vid. CIFUENTES, o.c. 188-189.

Fiel à sua posição, DABIN não hesitou em excluir a ficção quando o legislador contradiz as suas próprias criações. Nestes casos dever-se-ia falar, sim, de ab-rogação ou derrogação, pelo legislador, da sua regra. Isto é, uma realidade jurídica não admitia ficção, pois quem a pode construir, igualmente a pode derrogar. A *fictio* estaria antes — como instrumento — na transformação da matéria natural em jurídica e nunca depois. Realizada a sua obra, cumprida a sua função, desaparecia <sup>6</sup>.

Porém, ao sugerir as ficções romanas do *postliminium*, da *lex Cornelia* e da *actio Publiciana* como exemplos de ficções contrárias à verdade (= realidade natural) no domínio da história, DABIN acaba por desfazer a sua teoria. Com efeito, fingir uma qualidade jurídica (a cidadania romana) ou a inexistência dum facto jurídico (a captura pelo inimigo com os efeitos jurídicos da perda da *civitas* e a redução a *servus hostium*) no *postliminium*; fingir a inexistência dum facto jurídico (a morte *apud captivitatem*, com o efeito jurídico da invalidade do testamento) como sucede na *lex Cornelia*; ou fingir existente um facto jurídico inexistente (o decurso do tempo necessário à *usucapio*, com o efeito jurídico de o *accipiens* agir como *dominus ex iure Quiritium*) — sempre se trata de realidades jurídicas e, portanto, insusceptíveis de serem deturpadas por ficções. E DABIN apresenta-as como paradigmas de ficções e não de ab-rogações ou derrogações.

A serem ficções (como, repetimos, DABIN sustenta), a realidade contrariada não será natural, mas jurídica. Teremos, assim, ficções não *adversus veritatem naturalem*, mas, quando muito, *adversus veritatem iuridicam*.

Eis como o Direito Romano — e, no nosso caso, a *fictio iuris* —, permitindo derrubar a teoria da ficção *adversus veritatem naturalem* defendida por DABIN, não contribui menos para problematizar a doutrina jurídica que pressupõe cientificamente dados os factos que, depois, num segundo momento, é chamada a valorizar.

<sup>6</sup> Vid. DABIN, *o.c.* 284.

β) A ficção *secundum veritatem* (iuridicam)

§ 3.3 Também à doutrina da «natureza das coisas» não é indiferente uma certa realidade que a ficção deturpa.

Importa, assim, esclarecer a sua orientação.

Expondo-a, CASTANHEIRA NEVES diz-nos que em todos os sectores do Direito haveria «particulares' estruturas lógico-materiais' que o legislador não podia desprezar e muito menos alterar, posto que traduziam a estrutura puramente ontológica da própria 'matéria' jurídica que o direito positivo assumia, e as quais, transcendendo-o, este direito haveria de respeitar se quisesse oferecer-se materialmente concludente e fundado»; de modo que «uma vez reveladas estas 'estruturas categoriais' (...) e assim pressupostas ou dadas na própria 'natureza das coisas', desde logo se demonstra que o 'objectivo da regulamentação' jurídica, a sua 'matéria', não podia mais pensar-se (...) um mero 'produto do legislador'».

Assim, «o pensamento da natureza das coisas vê nas relações da vida a julgar o critério mesmo de julgamento — o 'direito' não se distingue do 'facto', porque vai imanente nas 'coisas', no próprio facto». Na verdade, «o 'sentido' ou a 'ordem' que nas próprias 'coisas' se poderá apreender, porque lhes é imanente como a sua 'natureza', vai pensado como um sentido ou uma ordem que às coisas compete por essência, isto é, como a dimensão do seu próprio ser», refere CASTANHEIRA NEVES<sup>1</sup>.

Este pensamento tem, decerto, a sua génese na existência de certas «instituições básicas dotadas duma forte carga afectivo-valorativa e existencial», como sucede, v.g., «com a instituição matrimonial e com a família», em que «o Direito tem de respeitar tal realidade, reconhecendo-lhe uma certa autonomia» e se fala numa «ordem imanente à relação social que o Direito não deve contrariar», esclarece BAPTISTA MACHADO<sup>2</sup>.

E a sua especificidade é entender que «é possível obter normas jurídicas deduzindo-as directamente do essencial das

<sup>1</sup> Vid. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto*, cit. 699, 700 e 765.

<sup>2</sup> Vid. BAPTISTA MACHADO, o.c. 29.

situações-de-facto que devem constituir o seu objecto», observa TAMMELO<sup>3</sup>.

Antevê-se, já, a boa receptividade que este pensamento não deixaria de ter junto da ciência do Direito, pois as estruturas lógico-materiais oferecer-lhe-iam «aquele objecto permanente e objectivamente subsistente — posto que independente do 'arbitrio' legislativo — que lhe era indispensável para pretender a validade epistemológica»; e porque o problema normativo não o compreendeu: «Está antes ou depois dele, mas nunca verdadeiramente com ele», observa CASTANHEIRA NEVES<sup>4</sup>.

Dos factos jorra o Direito que o jurista se limita a colher sem esforço para fazer a sua ciência: facto e Direito não se distinguem.

Não temos de assumir uma postura crítica em relação ao pensamento da natureza das coisas<sup>5</sup>.

No entanto, julgamos pertinente determinar a oportunidade e a função reservadas à *fictio*.

Sensível a uma certa tradição canónica — que vê um núcleo de exigências jurídicas oriundas do Direito natural, estando o legislador humano condicionado na sua actividade pela existência duma ordem que lhe é anterior e superior, mas tendo potestas para outorgar efeitos jurídicos a determinados factos estritamente não contemplados na norma natural<sup>6</sup> —, CIFUENTES entende que o legislador (canónico) pode, sempre que

<sup>3</sup> Vid. TAMMELO *apud* CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto*, cit. 768.

<sup>4</sup> Vid. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto*, cit. 700 e 842.

<sup>5</sup> Essa crítica formulou-a, com incedível vigor e exactidão, CASTANHEIRA NEVES na sua *Questão-de-Facto*, cit. 699-843. Vid. também DEMOGUE (o.c. 243) para quem «cette prétendue nature des choses ce n'est que la traduction première, souvent assez grossière, de certains besoins pratiques».

<sup>6</sup> É a doutrina já sustentada por S. TOMÁS, segundo a qual a norma positiva deriva da norma natural de dois modos: *per modum conclusionis* e *per modum determinationis* de maneira que se «in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio». O legislador humano tem potestas para outorgar efeitos jurídicos a determinados factos estritamente não previstos na norma natural: «el legislador humano está vinculado a la naturaleza de las cosas solamente en cuanto que está dirigido por unas normas de Derecho natural, generales y orientadoras que (...) residen en la razón práctica del hombre», escreve CIFUENTES, o.c. 78.



opere no âmbito da equidade canónica, outorgar *secundum veritatem* — segundo a verdade própria do Direito positivo — efeitos jurídicos iguais a factos diferentes. Isto é, no âmbito da sua actuação livre, não predeterminada por uma norma superior, o legislador pode recorrer à ficção para se aplicarem a factos diferentes os mesmos efeitos jurídicos.

CIFUENTES teve o cuidado especial de vincar bem a diferença entre as proposições que tendem a mostrar-nos a existência do ser e a determinar a sua natureza e as proposições normativas que não pretendem verificar factos ou explicar como são, mas valorá-los, referindo que, se a valoração não é exacta, não se poderá falar de falsidade ou mentira, mas de estimação injusta; e chegou a negar uma relação de causa — efeito entre o facto e o Direito. Porém, não compreendeu devidamente, apesar de tudo, a realidade jurídica, como revela ao referir que «*el hecho sigue perteneciendo al mundo natural hasta que la norma, divina o humana, no lo transforme en jurídico*»<sup>7</sup>.

Na verdade, é visível em CIFUENTES a mesma atitude problemático-material com o seu esquema dicotómico «*quaestio facti — quaestio iuris*», já assinalado em DABIN. Primeiro, havia que determinar os factos, tarefa pertencente à ciência; só depois teria lugar a sua valorização, a cargo do jurista. Ignorou que «*a fixação processual dos factos (...) não é mero problema científico*», pois «*ao lado da investigação da verdade intervém uma jurídica 'ponderação de interesses'*», como salienta MEZGER<sup>8</sup>; e que, na «*objectividade da experiência da vida (...), o conhecer e o agir, o conhecer e o avaliar se dão mãos e formam uma unidade*», refere CASTANHEIRA NEVES<sup>9</sup>.

Não obstante assim pensar os factos e o Direito, CIFUENTES não chegou à mesma conclusão (decerto coerente) de DABIN,

<sup>7</sup> Vid. CIFUENTES, *o.c.* 81.

<sup>8</sup> Vid. MEZGER *apud* CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto*, cit. 467.

<sup>9</sup> Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto*, cit. 484. Para uma crítica ao pensamento da natureza das coisas, nomeadamente a impossibilidade de ver no ser o critério do normativo, vid. o mesmo A. na *Questão-de-Facto*, cit. 699-871; e BAPTISTA MACHADO *o.c.* 40-48. Vid. ainda DEMOGUE, *o.c.* 243.

pois entende a *fictio* (no Direito canónico) não um instrumento que «*fabrica factos*» ou perpetua mentiras, mas «*um medio técnico de expresión legislativa por el que se consigue una abreviación en la redacción de una determinada norma, o una simplificación de tipos jurídicos que hace más inteligible y práctico un cuerpo orgánico de leyes*»<sup>10</sup>.

Todavía, esta caracterização não permite distinguir a *fictio* (histórica) — objecto deste estudo — duma outra *fictio* (dogmática), que é uma explicação (doutrinal) comodamente abreviada de figuras jurídicas; por isso, não serve para definir esse instrumento técnico que, reconhece CIFUENTES, «*está en la esfera de la creación de Derecho por vía de autoridad*»<sup>11</sup>, o que, só por si, revela uma certa perturbação de que CIFUENTES não se libertou.

Por outro lado, vendo na «*auténtica ficción romana*» a «*única que se acerca al concepto de ficción simple (adversus veritatem)*», e deprendendo-se que se refere à *veritas naturalis*, CIFUENTES mostra, também, não ter compreendido devidamente a *fictio* (histórica) romana que não é *adversus veritatem naturalem*, mas *secundum veritatem iuris praetorium* e *adversus veritatem iuris civilis*<sup>12</sup>.

Temos para nós que o pensamento jurídico da «*natureza das coisas*», identificando factos e Direito, ou seja, vendo apenas uma realidade jurídica — os factos têm uma intencionalidade axiológica imanente —, não pode subtrair-se, em matéria de *fictiones*, à opinião de que para elas não há lugar, pelo menos estavelmente. De facto, introduzida para dilatar essa realidade jurídica, a nova realidade seria tão jurídica e tão fictícia como a anterior e, portanto, afictícia<sup>13</sup>. Talvez por isso, perspectivando este drama, CIFUENTES parece atribuir à *fictio iuris* também uma função bem diferente daquela que entende ser a sua: uma função que nada

<sup>10</sup> Vid. CIFUENTES, *o.c.* 193.

<sup>11</sup> Vid. CIFUENTES, *o.c.* 193. Cfr. *infra* § 15(1-3) as ficções dogmáticas.

<sup>12</sup> Vid. CIFUENTES, *o.c.* 168-169; e *infra* §§ 3.5 e 3.6.

<sup>13</sup> DEMOGUE (*o.c.* 245) fala-nos, mesmo, na hostilidade da filosofia da natureza das coisas em relação às *fictiones* como monstros cuja presença devemos sofrer o menos tempo possível.

tem de histórica e, deste modo, se compreende *secundum veritatem (iuridicam)*<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Nas fontes jurídicas romanas, a expressão *hominis natura* indica, refere MASCHI, a normalidade humana. Ora reveste o sentido de natureza física (D. 21,1,1,7; -21,1,12,2; -21,1,14,3; -28,2,9pr.; -29,2,30,6; -50,16,38; -50,16,128) ora refere qualidades e atitudes morais ou psicológicas do homem (D. 16,3,32).

*Natura* refere-se, também, aos animais, no sentido de normalidade (D. 41,1,5,2; -41,1,5,5) e a coisas inanimadas.

Há textos em que *natura rei* é contraposta ao ordenamento jurídico positivo ou a um facto humano (D. 39,3,1pr.; -39,3,2,6). Uma situação curiosa é-nos oferecida por TRYPHONINUS (D. 1,5,15): alguém concedeu, em testamento, a liberdade a uma escrava, mas só depois de ter dado à luz três filhos; entretanto, no primeiro parto, nasceu um filho e, no segundo, pariu três. Questionava-se: algum (e qual) dos filhos é livre? O jurista considera livre, em face da incerteza da ordem do nascimento, quem nasceu e explica: como a *natura* impede o nascimento simultâneo de dois filhos, a condição verifica-se no início do parto e, por isso, nasce livre quem nascer de mulher livre. A solução jurídica apoia-se na normalidade oferecida pela natureza, mas não é imposta. TRYPHONIUS preparou a sua resposta e só invocou a natureza para a justificar. Vid. MASCHI, C. A., *La Concezione Naturalistica del Diritto e degli Istituti Giuridici Romani* (Milão 1937) 3-72.

Utilizando a perspectiva materialística e o método dialéctico, BARTOSEK diz que «*in una serie innumerevole di casi, i giureconsulti romani costruiscono, sulla base dell'essere materiale, o la soluzione dei casi concreti, o direttamente interi istituti giuridici oppure — anzi — massime giuridiche*». É o caso da ocupação que tem, como pressuposto, a liberdade no estado natural dos animais (não-domésticos): GAIUS 2,67. De resto, o papel criador dos juristas está bem claro, na perspectiva de BARTOSEK, quando refere ter a concepção «naturalista» servido «*spesso (v. specialmente le locuzioni caratteristiche: 'naturalis ratio', 'naturalis aequitas', 'contra naturam', 'ius naturale') alla classe governante romana da mezzo graditissimo per trasformare l'ordinamento giuridico nella direzione desidentata*».

Não significa isto que tenhamos de concordar com esta orientação materialista e com o método dialéctico, aliás desmentidos pela actuação de alguns juristas (v. g. SABINUS, SCAEVOLA, PAPINIANUS) que não se deixaram instrumentalizar pelo poder político da classe dirigente romana.

Também KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI refere que «*les jurisconsultes classiques, en formulant un principe juridique, soulignent que le principe mentionné convient à la 'naturalis ratio', qu'il est formulé 'naturali ratione', que la 'naturalis ratio permittit, postulat'*»; que «*les jurisconsultes classiques comprenaient la 'naturalis ratio' comme la méthode de formuler les principes*

§ 3.4 Outra concepção da realidade jurídica, cujo estudo julgamos útil para a melhor compreensão da *factio*, é a sustentada pela teoria pura do Direito.

A pretexto de o Direito ser uma ciência e de não haver ciência senão de factos, sustenta-se a consideração só do Direito efectivamente dado e abandona-se à prática legislativa, jurisprudencial e administrativa o cuidado de elaborar o seu conteúdo. Como facto jurídico é vista, apenas, a norma; somente o seu aspecto formal conta e são indiferentes os seus conteúdos e valor intrínseco.

Na verdade, o problema que se põe é o da «possibilidade duma ciência do Direito, autónoma e especificamente jurídica quanto ao método, e intenta encontrar (...) as condições dessa possibilidade, não na especificidade do objecto jurídico (...), mas nas formas transcendentais e 'a priori' de pensar jurídico», observa CASTANHEIRA NEVES para quem «a teoria pura do direito se fixa unicamente no formalismo lógico» e «não visa outra coisa do que fundamentação lógico-transcendental de uma ciência puramente axiomático-formal do direito». Assim «se constituiria um sistema axiomático-normativo que prescindia (...) de quaisquer pretensões jusnaturalistas ou axiológicas», sendo «a norma o 'prius' e o fundamento de qualquer pretensão de valor». Proclamava-se «a total inconsideração do problema (...) da aplicação concreta (ou realização) do direito», pois «estava logicamente excluída a possibilidade de uma avaliação normativa da realidade social-concreta», afirma CASTANHEIRA NEVES<sup>1</sup>.

Como refere LEGAZ Y LACAMBRA, da «*idea de que el Derecho es un orden normativo que pretenece, encuanto tal, a la categoría ontológica del deber ser deriva el postulado de la pureza metódica*» que «significa que la ciencia del Derecho tiene que someterse ascéticamente a una

---

*juridiques sur la base de la nature des choses ('rerum natura') des cas donnés entre les parties dans la vie sociale humaine (...). Rarement ils déduisent un principe juridique d'un droit naturel, philosophiquement prétendu comme facteur créateur vers le droit idéal...». Vid. BARTOSEK, M., *Sulla Concezione «Naturalistica» e «Materialistica» dei Giuristi Classici em Studi Albertario II* (1933), máxime 473, 474, 494 e 510; e DE KOSCHEMBAHR, J., — LYSKOWSKI, «*Naturalis Ratio*» en *Droit Classique Romain em Studi Bonsante III* (1930) 469 e 497.*

<sup>1</sup> Vid. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto*, cit. 619-621, 623 e 625.

*depuración de todos aquellos elementos — históricos, sociológicos, políticos, yusnaturalistas, metafísicos — que pertenecen a otros órdenes del conocimiento»<sup>2</sup>.*

**Em suma:** a teoria pura do Direito só considera as normas; portanto, uma realidade jurídica sem qualquer referência empírico-material.

Não temos, também aqui, de estudar criticamente este modo de pensar o Direito<sup>3</sup>.

No entanto, perguntamos: que função estaria reservada à *fictio* (histórica)?

Nenhuma!

Na verdade, tem razão CIFUENTES em afirmar que «*la ficción considerada como 'dispositivo adversus veritatem' no tendría cabida en un Derecho cuyo ámbito pertenece a un orden formal puro. Podría encontrarse una falsedad lógica, por la inconvertibilidad de conceptos y normas dentro de un mismo ordenamiento, pero no una inadecuación a la realidad, ya que está totalmente desvinculada de la esfera del 'puro Derecho'*»<sup>4</sup>.

Não surpreende, deste modo, que LEGAZ Y LACAMBRA veja em Kelsen um céptico e um «demolidor», para quem a ficção (pessoa e sujeito de Direito, Estado, etc.) é algo a que falta todo o valor e, por isso, dirige os seus esforços a eliminar a ficção do pensamento científico-jurídico<sup>5</sup>; e que ESSER entenda apoiar-se a doutrina de Kelsen «*auf einer Verkenung der Bedeutung des rechtlichen Tatbestandes und seiner Auslegung*»<sup>6</sup>.

Se alguma função lhe está reservada, nomeadamente a de eliminar incompatibilidades lógicas nesse sistema de proposições

<sup>2</sup> Vid. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*<sup>5</sup> (Barcelona 1979) 42 e 120.

<sup>3</sup> Vid. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto*, cit. 619-635; e LEGAZ Y LACAMBRA, o.c. 119-138.

<sup>4</sup> Vid. CIFUENTES, o.c. 76.

<sup>5</sup> Vid. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Kelsen. Estudio Crítico de la Teoría Pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena* (Barcelona 1933) 214-219.

<sup>6</sup> Vid. ESSER, J., *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktion* (Frankfurt 1969) 90.

lógico-normativas, não será, decerto, a histórica de extensão do Direito — no caso, de formulação de normas —, mas, eventualmente, a construtiva (dogmática ou doutrinal) devendo, quando muito, falar-se de um instrumento ao serviço da verdade lógica e, portanto, *secundum veritatem (iuridicam)*<sup>7</sup>.

Estreitamente ligada à teoria pura do Direito, sendo, talvez, um antecedente em alguns pontos, embora polémicos<sup>8</sup>, é a doutrina filosófica do *als ob* de VAIHINGER.

Vendo na história da ciência a história de correcções de erros e nos conceitos científicos um valor prático e económico; e observando que cientificamente sempre foi permitido criar hipóteses, a miúdo consideradas «como se» fossem verdadeiras — procedimento a que chamou ficção —, VAIHINGER formulou uma teoria lógica da ficção que deu origem à teoria gnoseológica do «como se».

Na elaboração desta doutrina, VAIHINGER teve presente a teoria da *fictio iuris* do *Ius Romanum*, verificando uma identidade entre o processo lógico que leva à necessidade da *fictio* (nos casos em que a lei estabelece algo não sucedido como verificado ou vice-versa, de modo a contradizer a realidade) e o processo do pensamento em geral (que no acto de pensar utiliza construções conceitualistas não somente contrárias à realidade,

---

<sup>7</sup> Neste sentido dever-se-á analisar, decerto, a polémica sustentada por Kelsen e Strauch, discípulo de VAIHINGER. Kelsen negava o carácter de ficção ao Direito, porque não se substitui a *«kein Stück der Naturwirklichkeit»*. Como salienta Castiglia, enquanto para Strauch a essência da ficção não está na comparação de duas 'realidades', mas na comparação de uma realidade com um impossível ou irreal, para Kelsen a realidade em geral existe fora e independentemente do nosso espírito que a pensa; por isso, enquanto julga fictício o Estado, considera realidade o ordenamento jurídico de que o Estado é uma ficção personificada. Em conclusão, para Kelsen existe a norma independentemente do nosso espírito que a elabora e lhe dá valor, enquanto, para Strauch, todo o Direito é sempre ficção. Vid. Castiglia, T. A., *La Filosofia dell'«Als Ob» nel Diritto* em RIFD 6(1926) 115-116. Vid. ainda Amarelli, F., *La Realtà e la Finzione Giuridica* em *Labeo* 26(1980) 113.

<sup>8</sup> Assim, no entender de Castiglia (*o.c.* 112<sup>1</sup>), a identificação entre Estado e ordenamento jurídico é um desenvolvimento directo do método indicado por VAIHINGER.

mas, em si mesmas, contraditórias). E diz ser maravilhoso como o pensamento, através das suas concepções falsas e das suas contradições chega, todavia, a alcançar a verdade.

Bem cedo, porém, surgem as dificuldades. Desde logo, quando não diz nem pode dizer o que é a verdade. É que o pensamento é entendido como uma função lógica dirigida a um fim biológico, ou seja, pragmático; e, assim como para o pragmatismo a verdade e a utilidade se confundem, o «*als ob*» encontra no útil, no pragmático (teórica e praticamente), o critério da verdade, embora expressa por representações cuja falsidade não ignora. Deste modo, e na ausência de um critério objectivo (não-pragmático) de verdade, acaba por supor uma realidade verdadeira, mas incognoscível. Por outras palavras: sendo o pensamento o produto natural duma função de adaptação biológica, todos os problemas da ciência são resolvidos em função da vida, o que equivale a eliminá-los como verdadeiros problemas; o pensamento reduz-se a uma ilusão consciente dos seus limites e do seu significado vitalístico. Contraria a realidade (incognoscível) e assenta em categorias que são *fictions*: o nosso mundo espiritual não passa de um tecido de ideias em si fictícias.

É evidente o drama: o de pressupor a realidade como um dado objectivo, independente do pensamento e, ao mesmo tempo, reduzi-la a mera criação fictícia.

VAIHINGER é, fundamentalmente, um sensualista — o sentimento é a base sobre a qual o mundo se organiza, cumprindo as ficções a tarefa de decompor a unidade sensorial em categorias (*v. g.* coisa e qualidade, todo e parte, causa e efeito, interior e exterior, etc.): o objectivamente dado são as sensações — que elaborou a sua filosofia essencialmente como um método lógico onde a verdade se reduz à coerência do método científico<sup>9</sup>.

Que reflexos teve esta doutrina no Direito e na *fictio iuris*?

<sup>9</sup> Não tivemos acesso directo à obra de VAIHINGER. Conheçemo-la, sobretudo, através de: CASTIGLIA, *o.c.* 98-122 e *Hans Vaihinger* em RIFD 14(1934) 277-283; LEGAZ Y LACAMBRA, *Kelsen*, cit. 214-219; e ESSER, *o.c.* 17-20, 24<sup>46</sup> e 26-29.

Mui simplesmente, conduz ao absurdo de reduzir a realidade jurídica a uma ficção: todo o Direito é fictício.

Já na elaboração da sua doutrina do conhecimento em geral a partir da *fictio iuris* romana, VAHINGER não verificou, na *fictio* que o impressionou, uma comparação de dois factos: dispondo-se que o filho adoptivo é tratado como um filho (natural) do adoptante, um dado real é pressuposto — a situação jurídica dos filhos nascidos durante o matrimónio —, sendo o adoptado considerado juridicamente «como se» fosse filho do adoptante. E, muito diferentemente, elaborou uma ficção que pressupõe, arbitrariamente, uma comparação em que um dos termos é conhecido — a ficção criada pelo pensamento — e o outro é ignorado. Por isso, trata-se de uma comparação impossível, de uma verdade que não tem sentido, enquanto na comparação jurídica os filhos nascidos do matrimónio são a realidade concreta e termo de comparação<sup>10</sup>.

Não surpreende, pois, que os discípulos de VAHINGER tenham reduzido o Direito a uma ficção, por contradizer um mundo real que se ignora qual seja: o Direito, sendo uma criação livre do pensamento, é algo de subjectivo que só tem realidade em si; por isso, não tendo existência nem na realidade exterior nem fora das normas em que se incorpora, é uma ficção<sup>11</sup>.

Já LECOCQ adverte que «*dire que le droit n'est que fiction parce qu'il est étranger au domaine de faits, c'est commettre une erreur, qui consiste à nier la qualité des faits aux phénomènes du droit*» e que «*ceux-ci (...), quoique d'ordre moral ou intellectuel, constituent la réalité du droit*»<sup>12</sup>; e LEGAZ Y LACAMBRA refere que não há «ficções do Direito», mas «ficções da ciência jurídica»<sup>13</sup>.

O pensamento gnoseológico de VAHINGER, que parte da equiparação romana entre adoptado e filho legítimo — que não é uma ficção histórica, mas uma comparação, necessariamente

<sup>10</sup> Vid. LEGAZ Y LACAMBRA, *Kelsen*, cit. 215; e CASTIGLIA, *La Filosofia dell'«Als Ob»*, cit. 106 e 109.

<sup>11</sup> É, sobretudo, a doutrina de STRAUCH e de MANIGK. Vid. CASTIGLIA, *La Filosofia dell'«Als Ob»*, cit. 113-121; e CIFUENTES, o.c. 192.

<sup>12</sup> Vid. LECOCQ, o.c. 23.

<sup>13</sup> Vid. LEGAZ Y LACAMBRA, *Kelsen*, cit. 216.



posterior, dos respectivos efeitos jurídicos<sup>14</sup> —, não consegue traduzir e explicar a realidade em geral e a do Direito em particular, ambas igualmente objectivas; e, porque elas são critério par avaliar o pensamento que as pensa, uma conclusão se impõe imediatamente: a teoria do conhecimento da filosofia do 'als ob' não serve e a sua concepção do Direito não satisfaz.

Reduzir o Direito a uma ficção é ignorar a sua realidade; por isso, não há lugar para a *fictio* histórica, expediente que a inova e transforma<sup>15</sup>.

### γ) Conclusão: a *fictio iuris romana*

§ 3.5 Vimos que a ficção não pode ser *adversus veritatem naturalem*, por ser a *fictio* um expediente jurídico e ter o Direito uma realidade própria que não se identifica com a simples realidade natural.

Vimos, também, que a ficção *secundum veritatem iuridicam* não é a *fictio* que nos propomos estudar — a ficção histórica —, mas uma técnica ou mera forma de expressão abreviada que a doutrina utiliza para referir, comodamente, certas figuras jurídicas<sup>1</sup>.

Do mesmo modo, não terá sentido uma ficção *adversus veritatem iuridicam*, devendo falar-se, aqui, de ab-rogação ou derrogação de normas jurídicas, como salientou DABIN<sup>2</sup>.

<sup>14</sup> A propósito, ESSER escreve: «Die Anführung der Adoption bei Vaihinger als Beispiel für die angebliche Ähnlichkeit juristischen und mathematischer Fiktionen beweist daher, wie freud ihm die historische Bedeutung der Fiktion geblieben ist». Vid. ESSER, o.c. 24<sup>46</sup>. Cfr. ainda *infra* § 15.2.1.2.

<sup>15</sup> Após referir o obstáculo à compreensão da *fictio* que se traduz em a literatura mais recente negar a qualidade de ficção às *fictiones* legais, ESSER (o.c. 17) entende que «Verantwortlich für dieren Bedeutungswandel des Fiktionsbegriffs ist die Lehre Vaihingers». É uma sequela negativa da filosofia do 'als ob'.

<sup>1</sup> Tal será a ficção dita dogmática que abordaremos *infra* § 15(1-2). Vid. ainda *supra* § 3.3.

<sup>2</sup> Vid. *supra* § 3.2.

Perspectiva-se, então, um drama: a  *fictio* (histórica) romana terá existido?

Indubitavelmente, existiu!

E, como verdadeiro instrumento do pensamento jurídico ao serviço do Direito Romano, contrariou a realidade jurídica: foi um expediente *adversus veritatem iuridicam*.

Esta aparente contradição não existe, se pensarmos que a  *fictio iuris* é um expediente do pretor, utilizado para integrar e corrigir o  *ius civile*. Trata-se, na verdade, de um instrumento do  *ius praetorium* que operava no exterior do  *ius civile*.

Se fosse um instituto do  *ius civile*, porque as matérias fingidas eram tão civis como as pré-existentes, dever-se-ia falar, mais propriamente, de ab-rogação ou de derrogação das normas civis, e jamais de ficção. Mas o pretor não era fonte do  *ius civile* e, por isso, actuava à margem das normas civis que se mantinham formalmente imutáveis.

Diremos, assim, que a  *fictio* (histórica) é um expediente *adversus veritatem iuris civilis*, por contrariar uma realidade jurídica — a consagrada pelo «direito civil» — e tal só é possível por ser dualista a ordem jurídica romana: por haver, ao lado do  *ius civile*, o  *ius praetorium* que o interpreta, integra e corrige<sup>3</sup>.

Basta-nos, para ilustrar a nossa posição, referir, como exemplo de  *fictio* (histórica), a situação do  *bonorum possessor*: não sendo herdeiro segundo o «direito civil», não podia demandar os devedores nem ser demandado pelos credores do  *de cuius*. Há um obstáculo: o  *bonorum possessor* (herdeiro pretório) não é  *heres* (civil). Como integrou o pretor esta lacuna? Não podendo elaborar uma norma (civil) que tratasse o  *bonorum possessor* como verdadeiro herdeiro, o pretor ordenava ao  *iudex* que condenasse os devedores do  *de cuius* a satisfazerem as suas dívidas ao  *bonorum possessor* (ou vice-versa), como se este fosse herdeiro (civil).

A  *actio* concedida ao  *bonorum possessor* era a  *actio civilis* de que o  *de cuius* fora titular; simplesmente, aquele surgia não como

<sup>3</sup> Cfr. D. 1,1,7,1. No mesmo sentido, PUGLIATTI (o.c. 675) diz-nos que a ideia geral de ficção germina no terreno das concepções dualistas que pressupõem dogmaticamente um terreno fixo, dado como realidade.

*bonorum possessor*, mas como herdeiro (fictício). Vemos, assim, que o pretor tinha presente duas realidades jurídicas: uma, a verdadeira, era a situação do *bonorum possessor*; a outra, a falsa, a do herdeiro fingido. Deste modo, não se tratando do verdadeiro, mas do herdeiro fingido, a realidade jurídica prevista pelo «direito civil» é deturpada: as suas normas, criadas para disciplinar uma certa realidade (jurídica) são aplicadas a uma realidade (igualmente jurídica) diferente.

Porém, as normas *civis* conservam-se imutáveis: continuam a disciplinar a *hereditas* e não a *bonorum possessio*; a prever o *heres* e não o *bonorum possessor*.

Pois bem: se a ficção as alterasse, introduzindo novas normas ou estendendo abertamente as já existentes, a *fictio*, em rigor, não teria lugar. As novas normas seriam tão jurídicas e fictícias como as velhas; e, se houvesse alguma incompatibilidade, teríamos, decerto, uma ab-rogação ou derrogação das velhas pelas novas normas e não propriamente uma *fictio*.

Mas, porque assim não é; porque o «direito civil» conserva a sua imutabilidade formal perante uma dinâmica que opera de fora, nos factos (jurídicos) e não nas normas, a *fictio* encontra toda a sua oportunidade: contraria a realidade jurídica prevista pelo «direito civil», sem ab-rogar ou derrogar as suas normas.

É, portanto, um expediente *adversus veritatem iuridicam* (*iuris civilis*).

§ 3.6 Todavia, a *fictio* é um instrumento do pretor, sabiamente utilizado para que o *ius civile* se aplique, apesar de formalmente imutável, às novas situações jurídicas não previstas nas suas normas.

Na verdade, sendo o pretor a *viva vox iuris romani*, era o porta-voz dos valores ético-jurídicos reinantes na comunidade romana; por isso, facilmente se compreende ser o *ius praetorium* um depósito desses valores jurídicos que o pretor ia aplicando casuisticamente e transmitiam às suas decisões a marca de uma *iustitia* cuja actualidade se revela na integração e correcção do velho *ius civile*.

Não era por arbítrio que, utilizando os seus poderes de administrador da justiça, outorgava, a quem o *ius civile* excluía, as

acções de uma herança; não era por despostismo que dava ao *accipiens* de uma *res mancipi* a *rei vindicatio* que o *ius civile* só dava ao *dominus*; não era prepotente a sua decisão de outorgar a um credor a acção civil extinta em virtude de uma *capitis deminutio* sofrida pelo seu devedor. Bem ao contrário, estas soluções eram a expressão perfeita dos novos valores de justiça que passaram a orientar a vida jurídica romana e, dados os condicionalismos justificativos do imobilismo do *ius civile*<sup>1</sup>, encontravam acolhimento no *ius praetorium*.

Deste modo, as novas soluções constituíam a nova realidade jurídica romana<sup>2</sup>; e a  *fictio*, porque instrumento ao serviço da sua aplicação, afirmou-se como *secundum veritatem iuris praetorium*, verdade esta que, substancialmente, se identificava com a *veritas iuris romani*.

Por isso, compreendemos certos AA. que negam deliberadamente à  *fictio* o carácter de expediente *adversus veritatem* sem, todavia, esclarecerem a função *secundum veritatem* que desempenhou no *Ius Romanum*.

Já BARTOLO diz ser a  *fictio* a «*assumptio contra veritatem pro veritate*»<sup>3</sup>, embora não justifique esta aparente contradição. Recentemente, porém, BONILLA Y SAN MARTIN entende que a ficção, embora «*se muestre contraria à la verdad, engendra, sin embargo, una especie de verdad jurídica, más positiva y menos discutible que la verdad verdadera*»<sup>4</sup>.

LEGAZ Y LACAMBRA vê na  *fictio* não uma mentira; sê-lo-ia, caso expressasse um juízo de existência sobre os factos naturais e

<sup>1</sup> Vid. *infra* § 8(1-4).

<sup>2</sup> Esta nova realidade jurídica é bem pressentida por FERRINI que, a propósito da ficção e dos seus efeitos, escreveu: «*Ognuno però vede che tutto ciò è mera apparenza e che la conseguenza è propria di quel fatto, che in realtà ha avuto luogo*». E continua: «*Se il' bonorum possessor' può esigere i crediti ereditarii mediante la finzione di essere erede e così pel senatoconsulto Trebelliano il fedecommissario universale, ciò significa solo, che essi sono ormai sostanzialmente veri successori universali del defunto*». Vid. FERRINI, C., *Manuale di Pandette*<sup>3</sup> (Milão 1908) 140.

<sup>3</sup> Cfr. *supra* § 3.1.

<sup>4</sup> Vid. BONILLA Y SAN MARTIN, A., *La Ficción en el Derecho* (Madrid 1912) 19.

não um juízo de valor<sup>5</sup>. DEL VECCHIO observa que as ficções jurídicas não visam enganar e não ofendem, por isso, senão em sentido relativo, a verdade<sup>6</sup>. PÉREZ SERRANO vê na ficção uma mentira inocente que ninguém pretende enganar e entende que a ficção deve imitar a verdade, desempenhando, no Direito, um papel semelhante ao das hipóteses nas ciências positivas e exactas<sup>7</sup>. ESSER é da opinião, relativamente à  *fictio legis Corneliae*, que esta lei «*keine Verdrehung der Wirklichkeit, sondern nur deren Neuregelung im Wege der Verweisung ausgedrückt*» e sustenta que «*die Rechtsfiktion geschichtlich nie die Bedeutung einer Vergewaltigung der Wirklichkeit, sondern nur die der Verweisung in bestimmten Formen und Greuzen hatte*»<sup>8</sup>. SCIALOJA contesta a opinião dos AA. que vêem nas ficções «mentiras legais», «*perchè la finzione anzi è genuina espressione della verità legale*»<sup>9</sup>. MACCHIARELLI vê na  *fictio* uma imagem da verdade<sup>10</sup>. E DEMOGUE considera a ficção o primeiro modo «*d'apparition d'une vérité*»<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> LEGAZ Y LACAMBRA (*Filosofia*, cit. 73-74) chega mesmo a afirmar que «*es desnaturalizar la esencia del pensamiento jurídico científico interpretar la ficción como una pura simulación o mentira*». Vid. ainda ALVAREZ RIVERA, F. A., *apud* BONILLA Y SAN MARTIN, *o.c.* 71.

<sup>6</sup> DEL VECCHIO diz-nos, a propósito, que também os espectáculos cénicos, as batalhas fingidas das manobras militares, etc. não ofendem a verdade. Vid. DEL VECCHIO, G., *La Verità nella Morale e nel Diritto* (Roma 1951) 36-40.

<sup>7</sup> No mesmo sentido, RENARD vê na ficção jurídica uma mentira inocente, um artifício para conservar o vinho novo nos odres velhos e distingue-a da ficção política que entende ser «*un mensonge cynique, par lequel on colore d'une apparence de correction juridique quelque action inavouable*». Vid. RENARD, G., *Le Droit, la Justice et la Volonté* (Paris 1924) 138<sup>2</sup>. Vid. ainda PÉREZ SERRANO, N., *Las Ficciones en el Derecho Constitucional* (Madrid 1948) 11-15 e 30. Relativamente à ficção e à hipótese, cfr. BUND, E., *Untersuchungen zur Methode Julians* (Colónia 1965) 125, para quem a  *fictio* se manifesta «como se...»; e a equiparação hipotética, «o que seria se...».

<sup>8</sup> Vid. ESSER, *o.c.* 25.

<sup>9</sup> Vid. SCIALOJA, V., *Procedura Civile Romana* (Roma 1936) 335.

<sup>10</sup> Vid. MACCHIARELLI, *o.c.* 557.

<sup>11</sup> Vid. DEMOGUE *apud* LECOCQ, *o.c.* 246.

Todavia, ninguém explicou (e harmonizou) a natureza simultaneamente *adversus veritatem* e *pro veritate* da ficção romana.

A *fictionis iuris* não é uma mentira: o pretor ninguém desejava enganar, mas aplicar a nova realidade jurídica de que os novos valores eram expressão. Simplesmente, não sendo fonte do *ius civile*, não podia alterar e transformar a verdade (antiquada) deste *ius*; só lhe restava torná-la inerte e substituí-la pela (nova) verdade do *Ius Romanum* acolhida no seu *ius praetorium*.

**Numa palavra:** a *fictionis iuris* é *adversus veritatem* (*ius civile*) por contrariar a realidade jurídica civil, permitindo que o *ius civile* se aplique a uma realidade jurídica diferente da prevista nas suas *actiones*. Mas é, ao mesmo tempo, *pro veritate* (*ius romani* em geral e *ius praetorium* em particular), por tornar possível o advento e a consolidação de novas normas jurídicas, inspiradas em novos e actuais valores ético-jurídicos: veicula a nova realidade jurídica.

#### § 4. A ficção e a doutrina

§ 4.1 DEMELIUS foi, depois dos antigos Doutores, quem primeiro estudou monograficamente a *fictionis iuris*.

Na sua opinião, tudo terá começado nos sacrifícios oferecidos aos deuses com a substituição dos homens por animais e destes por imagens<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> V. g. os bodes eram sacrificados em vez de crianças e as cabras, de rapazes. Também a flagelação podia satisfazer os deuses, como sucedia com os rapazes espartanos no altar de Artenis.

Nem sempre, ao que parece, os deuses ficavam satisfeitos. Numa fábula de Esopo, um pobre doente promete à divindade 100 vacas pela sua cura; obtida esta, substituiu-as por reproduções em cera. Os deuses fingem aceitar e, no sono, dizem ao homem onde irá encontrar 1000 dracmas. Acaba, todavia, por cair na mão dos bandidos que o vendem por esta quantia.

Posteriormente, depois da expulsão dos reis, as ofertas teriam sido substituídas por imitações (v. g. em vez de pessoas sacrificavam-se cabeças de cebola e de papoila), tornando-se a *fictionis* do objecto do sacrifício uma

Do *ius sacrum*, a *fictio* teria transitado para o Direito profano, tendo actuado tanto no *ius estatal* como no *ius privatum*: «Die Fiktion des 'ius sacrum' und die der Gesetze und Klagformeln sind in der Hauptsache Eins», pois «der Zweck der Anwendung hat sich verändert, das Mittel blieb dasselbe»<sup>2</sup>.

Segundo DEMELIUS, a *fictio* é «die Gleichsetzung eines noch nicht juristisch bezeichneten Rechtsverhältnisses in seinen Wirkungen mit einem dem Rechte schon bekannten und von ihm schon beherrschten und construirten»<sup>3</sup>. Todavia, além desta «geschichtliche Funktion», DEMELIUS observa que há «auch zugleich ihre dogmatische»<sup>4</sup>. Isto é, a *fictio* desempenharia, simultaneamente, as funções histórica e dogmática.

Quanto à natureza da *actio ficticia*, DEMELIUS entende que tais *actiones* «in Bezug auf die processualische Consumption den 'actiones in ius conceptae' gleichgestanden haben» de modo que uma *condictio* dada contra um *capitis deminutus* ou um *bonorum possessor* «durch Litiscontestation 'ipso iure' consumiert wurde»<sup>5</sup>.

Ainda em relação às *actiones ficticiae*, DEMELIUS nota que «gar nichts anderes waren, als 'actiones in factum conceptae'» nas quais somente o «Rechtsbegriff», que dá o teor a uma *intentio in ius concepta*, apresenta uma «Bezeichnung» curta e precisa dum complexo de «entscheidenden Thatsachen». Na verdade, o que há de específico na *actio in factum concepta* — a «Condemnationsbefehl» não depende dum «meum esse», «dare oportere», «damnum decidere oportere» — também encontramos totalmente «bei den 'actiones ficticiae'»<sup>6</sup>.

Finalmente, DEMELIUS adere à opinião de KÖPPEN segundo a qual as *fictiones* «nichts sein können, als ein technischer Ausdruck für positive Rechtssätze»<sup>7</sup>.

---

verdadeira instituição: *in sacris simulata pro veris accipiuntur*. Vid. DEMELIUS, G., *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung. Eine juristische Untersuchung* (Weimar 1858) 1-15.

<sup>2</sup> Vid. DEMELIUS, o.c. 20-42, máxime 39.

<sup>3</sup> Vid. DEMELIUS, o.c. 86.

<sup>4</sup> Vid. DEMELIUS, o.c. 86.

<sup>5</sup> Vid. DEMELIUS, o.c. 68.

<sup>6</sup> Vid. DEMELIUS, o.c. 67.

<sup>7</sup> Vid. DEMELIUS, o.c. 79-80.

Que havemos de dizer da opinião de DEMELIUS?

Tudo é controverso. Na verdade, a origem da *fictio* no *ius sacrum* foi vivamente contestada por IHERING, para quem as ficções (como os actos aparentes) são formas de progresso «particulières à une certaine époque de la civilisation» e ninguém «niera que le droit profane ne fut plus accessible au progrès que le droit ecclésiastique»; e «si l'un des deux a la premier perfectionné ses formes propres, ce ne peut avoir été que le droit profane»<sup>8</sup>.

DEKKERS confessa não saber «quelle est la pensée définitive de l'auteur sur le rôle de la fiction»<sup>9</sup>. ROBBE rejeita que a *fictio* seja apenas uma forma especial de exprimir a equiparação jurídica e o tratamento igual de relações em si diferentes, pois «racchiudono precisamente una invenzione e innovano necessariamente il diritto, lo trasformano e lo fanno progredire»<sup>10</sup>. E GARCIA GARRIDO observa que o ensaio de DEMELIUS de deduzir um conceito de ficção das fontes romanas «no puede considerarse satisfactorio, ya que no logra diferenciarla con claridad de otros medios técnico-jurídicos»<sup>11</sup>.

Efectivamente, DEMELIUS não determinou os caracteres específicos da *fictio iuris* que fazem dela um expediente jurídico *sui generis* de integração do *ius civile*; e, por isso, confundi-a ora com a *fictio* dogmática ora com a *actio in factum* sem notar que estas duas figuras são bem diferentes tanto entre si como em relação à *actio ficticia*<sup>12</sup>. Também não foi feliz na selecção dos exemplos de *fictiones* que são, na sua maioria, meros actos aparentes como ROBBE acertadamente observou<sup>13</sup>; e mesmo as pretensas ficções

<sup>8</sup> Vid. IHERING, *o.c.* IV, 280. Esta opinião foi acolhida por LECOCQ (*o.c.* 212), MACCHIARELLI (*o.c.* 542) e ROBBE (*o.c.* 636-638). A favor de DEMELIUS, vid. HACKL, *o.c.* 248.

<sup>9</sup> Vid. DEKKERS, *o.c.* 91.

<sup>10</sup> Vid. ROBBE, *o.c.* 662.

<sup>11</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, M. J., *Casuismo y Jurisprudencia Romana* (Madrid 1976) 99.

<sup>12</sup> Vid. *infra* § 10.3(1-2) a *fictio* e a *actio in factum concepta*; e § 15.3(1-2) as ficções histórica e dogmática.

<sup>13</sup> É o caso, *v. g.* da *adrogatio*. Vid. ROBBE, *o.c.* 637. Cfr. *infra* § 12.1.4.3.



do *ius sacrum* não terão sido primitivamente mais do que simples actos simbólicos<sup>14</sup>.

**Numa palavra:** o estudo de DEMELIUS não passou de um primeiro ensaio cuja utilidade se traduziu — é o seu mérito — em ter despertado o interesse pela *fictio iuris*.

§ 4.2 Se DEMELIUS foi quem primeiramente estudou a *fictio iuris* nos tempos mais próximos, a sua verdadeira caracterização pertenceu, todavia, a IHERING cuja doutrina é, ainda hoje, um ponto de referência e constitui um apoio firme<sup>1</sup>.

<sup>14</sup> Vid. ESSER, *o.c.* 21. A *fictio*, enquanto expediente técnico-jurídico de integração do *ius civile*, difere profundamente dos actos simbólicos em particular e dos símbolos em geral. Aqueles pertencem ao formalismo exigido pelo *ius civile* para validar os actos jurídicos das partes (*v. g.* a pesagem simbólica do cobre nos negócios *per aes et libram*); estes são «a linguagem acessível do difícil ou até do incompreensível» que «a todos fala; mas a cada um, segundo a sua capacidade», ensina Sebastião CRUZ (*Ius. Directum, Directum* (Coimbra 1974) 22-23).

Além do símbolo do Direito — constituído por uma balança de dois pratos com o fiel perfeitamente apumado (*directum*) e pela deusa *Iustitia* que, de olhos vendados, a segura com as duas mãos —, Roma teve outros símbolos: *v. g.* a lança, a *festuca*, o fuso e a roca, e a *manus* simbolizavam, respectivamente, a masculinidade, o domínio quirritário, a feminilidade e o poder marital.

Cfr. ainda: DEKKERS, *o.c.* 91; MACCHIARELLI, *o.c.* 539-546; PRINGSHEIM, F., *Symbol und Fiktion in antiken Rechten em Studi De Francisci IV* (1956) 211-213; GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 308-309; e HACKL, *o.c.* 249-250.

<sup>1</sup> Na verdade, IHERING é, hoje, praticamente seguido, em especial pela doutrina romanista. Permitimo-nos destacar: ACCARDI-PASQUALINO (para quem a *fictio iuris* consiste em representar, numa certa relação digna de protecção jurídica, a existência de pressupostos de Direito ou de facto ou, respectivamente, a sua inexistência, a fim de se produzirem os efeitos jurídicos que, doutro modo, não se produziriam. Trata-se de um meio artificial e indirecto, permanecendo a norma imutável e firme na sua formulação originária, apenas se alargando a sua esfera de aplicação com a transfiguração do caso, fingindo-se existentes ou inexistentes determinados requisitos que o parificam ao caso a que a regra normalmente se aplica); ARANGIO-RUIZ (que vê uma *fictio iuris* quando a norma não considera directamente um dado facto como pressuposto da sua actuação,

Mestre de inquestionável *auctoritas*, IHERING começa por referir SAVIGNY que, na sua opinião, disse tudo para caracterizar a verdadeira natureza das ficções: «*S'il nait une forme juridique nouvelle, elle est aussitôt rattachée à une forme antérieure, et elle participe ainsi à sa précision et à son perfectionnement*»<sup>2</sup>.

Porém, IHERING destaca a necessidade de estudar a *factio* para realçar as suas características e, deste modo, determinar a sua individualidade.

Foi o que IHERING fez e com o maior êxito.

Partindo das fontes extrajurídicas (sobretudo CICERO — *Verrem* II 2,12) e jurídicas (com evidência para GAIUS), IHERING notou, imediatamente, que se finge para remover um obstáculo

---

mas chega ao resultado imaginando que, em vez do facto realmente ocorrido, se verificou um outro já previsto numa norma precedente, pelo que esta se lhe aplica automaticamente); KOSCHAKER (que entende por ficção uma norma jurídica através da qual se ligam a um determinado facto — base da ficção — os mesmos efeitos jurídicos que um outro facto — *Tatbestand* fingindo — tem); e UNGER (que distingue as ficções em teóricas e práticas e entende que estas têm «*vim legis*»; e que, em vez de dizerem que as regras jurídicas que valem *a* devem valer também *b*, dizem que *b* deve ser considerado e tratado como se fosse *a*).

Entre os AA. não-romanistas, salientamos: DABIN (que, a propósito da ficção que incide sobre as condições de aplicação das regras, refere que, por uma espécie de violência intelectual praticada sobre as realidades que representam a hipótese da decisão legal, o Direito existente é subvertido, pois a conclusão deixou de corresponder às suas premissas; e que a fachada se mantém intacta e, na aparência, nem o número nem o conteúdo das regras variou porque, graças à ficção, as hipóteses novas tomam lugar sob as categorias antigas); ANGELESCO (que, citando UNGER, refere que o Direito faz ficções para não aceitar noções em contradição com as suas regras fundamentais; e que, por este meio, o Direito curva o facto sob a sua regra em vez de se curvar sob os factos); LARENZ (para quem, em vez de ordenar que as consequências jurídicas de F<sup>1</sup> vigoram também em F<sup>2</sup>, a lei «finge» que F<sup>2</sup> é um caso de F<sup>1</sup>); e ESSER (que vê a tarefa jurídica específica da ficção no rompimento duma premissa antiga, aparentemente de pé). Vid. ACCARDI-PASQUALINO, *o.c.* 1104; ARANGIO-RUIZ, *o.c.* 20<sup>1</sup>; KOSCHAKER, P., *Literatur. Aus römischen und bürgerlichen Recht*, em SZ 29 (1908) 506; UNGER, *o.c.* 11; DABIN, *o.c.* 330-331; ANGELESCO, A. C., *La Technique Législative en Matière de Codification Civile. Étude de Droit Comparé* (Paris 1930) 689<sup>2</sup>; LARENZ, *o.c.* 240-241; e ESSER, *o.c.* 22-23.

<sup>2</sup> Vid. IHERING, *o.c.* 293.

doutro modo insuperável; que, formalmente, o antigo Direito permanece imutável; que se trata de uma assimilação *sui generis*: «*Au lieu d'élargir la règle du droit, de manière à lui faire embrasser le rapport auquel elle doit être étendue, c'est ce rapport, au contraire, qui est, de force, enserré dans la règle*»<sup>3</sup>.

Trata-se, entende IHERING, de uma «*solution scientifiquement imparfaite d'un problème*» que *mérite (...) d'être nommée un mensonge technique consacré par la nécessité*, mas que «*offre un moyen plus facile et plus commode d'arriver au même but pratique*» e que «*facilite le progrès et le rend possible à une époque ou les forces feraient encore défaut à la science pour donner au problème sa véritable solution*»<sup>4</sup>.

Ainda segundo IHERING, as ficções são como «*béquilles*» onde a ciência jurídica se apoia e refere que «*mieux vaut encore que la science marche à l'aide de ces béquilles, que de succomber sans cet appui*»; todavia, sendo uma instituição ligada a uma certa fase do desenvolvimento intelectual, «*à la période d'enfance*» da ciência, reveste um carácter transitório, mas não deixa de advertir «*la science d'avoir à rechercher le plus rapidement possible un moyen plus parfait*»<sup>5</sup>.

Comparando as situações decorrentes da aplicação da  *fictio* (a que chama «*histórica*») com a resultante da  *arrogatio* de uma criança ( *sui iuris*) a quem a  *lex de arrogatione* atribui «*la position d'enfant naturel*», o ilustre romanista pergunta se, também neste caso, há

<sup>3</sup> Vid. IHERING, *o.c.* 297.

<sup>4</sup> Vid. IHERING, *o.c.* 295-296. IHERING esclarece a oportunidade da  *fictio* com um exemplo aliciente: por esquecimento ou ignorância, um determinado produto não é referido numa fórmula mandada imprimir por uma administração de caminhos de ferro ou por um cobrador de impostos. Para não terem de reimprimir todas as fórmulas, opta-se pela inscrição desse produto numa das colunas da fórmula, *v. g.* os linhetos serão inscritos na coluna dos carvões. Isto mesmo teria feito o pretor quando, estendendo acções a novas relações, conservou, sem mudar, as fórmulas antigas, limitando-se a dizer ao juiz que devia considerar a nova relação como se pertencesse à categoria da antiga. Vid. IHERING, *o.c.* IV, 294.

<sup>5</sup> Vid. IHERING, *o.c.* IV, 296-297. O próprio IHERING ilustra a transitoriedade da  *fictio* com a  *actio Publiciana* que, originariamente, era fictícia e, hoje, não. E também refere a  *acceptilatio* e a  *novatio* que foram pagamentos fictícios e deixaram de o ser, valendo «*sua vi ac potestate*». Cfr. IHERING, *o.c.* IV, 298<sup>469</sup>.

uma *fictio* e responde: «*Certes non; c'était une assimilation*». E conclui: «*Au lieu de déterminer d'une manière précise et détaillée la position juridique que l'enfant arrogé occupet désormais, on se borne à se référer à la position de l'enfant naturel. Les principes à appliquer sont résumés d'un seul mot; c'est un renvoi, ce n'est pas une fiction*»<sup>6</sup>.

**Numa palavra:** a ficção histórica é um expediente de integração e de correcção do *ius(civile)* e, portanto, um instrumento de criação do Direito cujas normas, formalmente imutáveis, passam a disciplinar novos factos nelas não previstos; por isso, IHERING diz-nos que tal ficção liga «*les rapports nouveaux aux institutions antiques*» e, destarte, «*facillite le progrès*», pois «*sans les fictions, maintes innovations pleines d'importance du droit romain, ne se seraient probablement produites que bien plus tard*»<sup>7</sup>.

Ora, no caso da *adrogatio*, nenhuma ficção permite obter os efeitos jurídicos assinalados que resultam, antes, da prática de um acto oferecido aos interessados pelo próprio *ius civile*. Só depois de produzidos esses efeitos, e como simples forma de expressão, se diz que o ad-rogado é «como se» fosse filho natural do ad-rogante, evitando, assim, a descrição alongada dos direitos e dos deveres caracterizadores da sua posição jurídica. E isto só é possível porque tais direitos e deveres são praticamente os mesmos. Há, deste modo, uma comparação de efeitos jurídicos já produzidos e a ela se reduz a outra figura de *fictio* a que IHERING chamou «dogmática»<sup>8</sup>.

Eis o contributo inestimável dado por IHERING à doutrina da *fictio* romana em particular e da *fictio* em geral. Pena foi que não tratasse, com o desenvolvimento necessário, da ficção dogmática cujo exame «*nous n'avons point à entrer ici*», porque «*notre cadre ne le comporte point*»<sup>9</sup>. Todavia, as dúvidas que actualmente dividem a doutrina são devidas, em boa parte, à omissão de IHERING e

<sup>6</sup> Vid. IHERING, o.c. 297-298.

<sup>7</sup> Vid. IHERING, o.c. 296-297.

<sup>8</sup> Vid. IHERING, o.c. 299.

<sup>9</sup> Vid. IHERING, o.c. 299.

tanto basta para nos convenceremos da excelência da sua *auctoritas*<sup>10</sup>.

§ 4.3 A doutrina da *fictio iuris* de IHERING foi acolhida na Itália, merecendo relevo DE RUGGIERO para quem a *fictio* é o procedimento da lei ou da jurisprudência, através do qual se apresenta como existente o que não existe ou não-existente o que existe para ligar ao que se finge determinados efeitos jurídicos.

Na opinião de DE RUGGIERO, há determinados factos jurídicos que, sendo diferentes dos previstos nas normas do Direito, não podem ser por estas disciplinados. Todavia, é certo que a rigidez dessas normas depressa as torna ultrapassadas em face do desenvolvimento das ideias jurídicas accionado pelo progresso da vida sócio-económica; e os novos factos exigem a indispensável protecção jurídica.

Nessas hipóteses, quando as normas jurídicas não se podem alargar e modificar directamente de modo a preverem os novos factos, recorre-se à ficção, graças à qual, em vez de se modificar abertamente a norma, deturpa-se o facto jurídico fingindo-se

---

<sup>10</sup> Não referimos, no texto, a opinião de IHERING (contrária à de DEMELIUS) sobre a origem (religiosa ou não) da *fictio*.

Na verdade, enquanto DEMELIUS vê a origem da *fictio (iuris)* no culto religioso e no Direito canónico, donde passou para o Direito profano, IHERING entende que os argumentos de DEMELIUS somente provam que a ficção foi usada, ao mesmo tempo, nos Direitos eclesiástico e profano; e, como instrumento de progresso, a ficção teria encontrado no Direito profano (mais acessível ao progresso) um terreno mais favorável ao seu desenvolvimento. Desta opinião é igualmente MACCHIARELLI (que vê em DEMELIUS muitas inexactidões históricas) e ROBBE (que entende fantástica a opinião de DEMELIUS cujos exemplos citados são, na sua maioria, actos aparentes e não ficções).

A favor da tese de DEMELIUS pronunciaram-se HACKL (para quem DEMELIUS demonstrou, numa análise profunda, que o arquétipo da ficção jurídica se encontra no conceito de ficção da disciplina sacra dos romanos) e, ao que parece, ESSER (para quem o significado primitivo da ficção deve ter consistido no facto de, com o desenvolvimento progressivo do ser sagrado, as vítimas serem substituídas por animais e, depois, por ofertas simuladas pouco valiosas). Vid. IHERING, *o.c.* IV, 279-280; MACCHIARELLI, *o.c.* 539; ROBBE, *o.c.* 636-638; e ESSER, *o.c.* 21-22.

existentes (se não existirem) ou não-existentes (se existirem) os elementos que o diferenciam (do facto previsto na hipótese da norma) e impedem a aplicação da norma.

Este resultado a que a *fictio* permite chegar é, segundo DE RUGGIERO, idêntico ao que teríamos se a norma fosse modificada aberta e claramente; porém, a modificação realiza-se de modo indirecto, seguindo uma via oblíqua e permanecendo a norma formalmente imutável ao longo dos tempos, com a sua primitiva formulação.

DE RUGGIERO refere ser costume exprimir o fenómeno dizendo que, nestes casos, o Direito atribui os efeitos jurídicos, mais do que ao próprio facto, a um facto (positivo ou negativo) que, na realidade, não existe, mas se considera existente. Todavia, esta opinião é mera aparência, porque os efeitos jurídicos procedem do primeiro facto (a disciplinar) que, mediante a ficção, foi inserido sob a norma.

A ficção é, no seu entendimento, um meio utilizado geralmente pelos Direitos em formação e já não pelos Direitos «definitivamente» desenvolvidos. Esta opinião é fundamentada na precedência cronológica da via indirecta relativamente à via directa.

Tratando-se de um expediente utilizado para modernizar o Direito vigente, o seu uso pertence não ao simples intérprete, mas aos órgãos criadores do Direito, com realce para o pretor cujos poderes lhe permitiam não só «*adiuvare et supplere*», mas também «*corrigere*» o *ius civile*. Nesta óptica, DE RUGGIERO entende que a função das *fictiones* não é a de simples alargamento dum preceito que se poderia obter através da *interpretatio*, mas a de uma verdadeira modificação que substancialmente cria um preceito novo. Porém, não deixa de ver na *fictio* uma outra (grande) utilidade: a de consagrar a unidade sistemática de todo o Direito.

Na esteira de IHERING, DE RUGGIERO julga necessário distinguir as ficções legais (decerto históricas) das ficções dogmáticas: as primeiras visam o desenvolvimento das normas jurídicas, através da sua aplicação a casos novos não previstos; as segundas, um reagrupamento orgânico das várias concepções jurídicas numa unidade sistemática e a compreensão de conceitos e fenómenos complexos, mediante a assimilação a conceitos e

fenómenos já conhecidos ou mais simples. Todavia, entende que a linha de separação, teoricamente nítida, é difícil quando urge aplicá-la aos casos singulares, divergindo a doutrina na determinação da *factio* dogmática.

Estas divergências explicam-se, entende DE RUGGIERO, se reflectirmos que as construções dogmáticas sempre influíram e provocaram, mais ou menos directamente, modificações no Direito positivo de modo que nem sempre pode dizer-se onde é que a ficção desempenhou simplesmente uma função dogmática ou teve uma eficácia prática sobre as normas jurídicas.

Ainda em matéria de tipologia, DE RUGGIERO julga possível uma distinção entre as ficções (legais) limitadas e ilimitadas: nas primeiras, o facto fingido só provocava alguns efeitos; nas segundas, esse facto produzia todos (e não apenas alguns) efeitos jurídicos. No entanto, considera difícil estabelecer quando uma *factio* é ilimitada, pois exige a prova da eficácia de todos os possíveis efeitos jurídicos, tarefa que, além de árdua, é impossível; por isso, retira o valor à distinção.

Seguidamente, contemplando as ficções da lei, DE RUGGIERO transmite-nos uma divergência na doutrina que vê, nas mesmas situações jurídicas, ora uma *factio* ora uma assimilação; e refere que não pode, certamente, falar-se de *factio* quando nada se finge, pois nem toda a equiparação é uma *factio*.

Por último, referindo-se à lei, mostra a ambiguidade em que a doutrina recente se encontra: AA. há que vêem a *factio* na disciplina da relação *A* como se fosse *B*, o que permite dizer que os códigos modernos utilizaram as ficções em larguíssima medida; mas também os há que têm uma visão mais restrita, reduzindo historicamente a *factio* à formação de institutos<sup>1</sup>.

Que dizer do pensamento de DE RUGGIERO?

A sua doutrina é, substancialmente, a de IHERING. Mas DE RUGGIERO foi além e, pelo menos em relação ao Mestre tedesco, inovou.

Assim, vendo na *factio* um procedimento da lei ou da jurisprudência, dá a entender, pelo menos, alguns órgãos que a

<sup>1</sup> Vid. DE RUGGIERO, *o.c.* 184-187.

utilizaram: o legislador e a jurisprudência. E se nos diz, depois, que o seu uso não pertence ao simples intérprete, mas aos órgãos criadores do Direito, não retira (pelo menos expressamente) à jurisprudência o poder de criar ficções, certo terem alguns (e não poucos) *iurisprudentes* gozado do *ius publice respondendi ex auctoritate principis* e ter sido reconhecida à *iurisprudentia* (embora só com Adriano) a dignidade de *fons iuris civilis*<sup>2</sup>.

Também em relação às ficções dogmáticas assinaladas por IHERING, ao lado da função de «renvoi»<sup>3</sup>, DE RUGGIERO atribui-lhes, ainda, um papel técnico de construção orgânico-sistemática: permitindo reagrupar organicamente as várias concepções jurídicas, a *fictio* (dogmática) é, ainda, um instrumento utilizável pelo jurista para construir um sistema jurídico. Só que esta função não a desempenhou, decerto, no Direito Romano clássico, tão distante estava destas preocupações científicas.

DE RUGGIERO viu a *fictio* (dogmática) no Direito Romano com os olhos do jurista recente que deseja dar uma arrumação coerente às normas e aos princípios jurídicos, se é que não pensou, igualmente, no jurista preocupado em reduzir o Direito a uma ciência que opera com essas normas e princípios, para construir um sistema logicamente perfeito e acabado. Seja como for, os juriconsultos romanos não sentiram estas preocupações.

Quanto à distinção entre as ficções limitadas e ilimitadas, trata-se, ainda, de uma inovação (relativamente a IHERING) mais importante do que DE RUGGIERO sustenta. Na verdade, a *fictio* romana tinha um carácter limitado, como bem esclareceu DEKKERS<sup>4</sup>: ao fingir *civis Romanus* um peregrino era, tão-só, para poder ser demandado ou demandar com a *actio furti*. À parte esta situação de legitimidade processual, o peregrino mantinha o seu *status* de estrangeiro perfeitamente inalterado. Aproximadamente ilimitada será a ficção dogmática na função assinalada

<sup>2</sup> Vid. *infra* § 7.2(1-3).

<sup>3</sup> Vid. *supra* § 4.2.

<sup>4</sup> Vid. *infra* § 4.4.



por IHERING. Deste modo, a classificação de DE RUGGIERO vem a reduzir-se à de IHERING de histórica e dogmática: limitadas são as primeiras; ilimitadas (aproximadamente), as segundas.

Relativamente à *fictio legis*, a ambiguidade referida por DE RUGGIERO tem a sede na doutrina actual e tanto basta para a não estudarmos, pelo menos neste momento<sup>5</sup>.

§ 4.4 Sem ter abandonado a doutrina de IHERING, DEKKERS procurou dar uma explicação mais pormenorizada e chegou a uma posição verdadeiramente própria da *fictio iuris*.

DEKKERS começou por ver na *fictio* um método jurídico, um expediente intelectual destinado a assegurar a aplicação do Direito e caracterizou-o como sendo uma assimilação conscientemente inexacta, necessária e limitada. Consciente, porque quem finge não se engana e ninguém deseja enganar; inexacta, porque falsa em Direito do ponto de vista das qualificações jurídicas<sup>1</sup>; necessária, porque, sem ela o efeito jurídico em vista não se produziria; e limitada, porque só determinados efeitos se produzem<sup>2</sup>.

Em consequência, define a *fictio* como «*un procédé technique qui consiste à placer par la pensée un fait, une chose ou une personne dans une catégorie juridique sciemment impropre, pour la faire bénéficier, par voie de conséquence, de telle solution pratique, propre à cette catégorie*»<sup>3</sup>.

Segundo DEKKERS, o pensamento jurídico utiliza a *fictio* para superar um obstáculo que tanto pode ser um elemento de Direito

<sup>5</sup> Vid., todavia, a *fictio legis*, *infra* § 6(1-5).

<sup>1</sup> Segundo DEKKERS, a assimilação exacta parte de uma certa identidade de efeitos jurídicos para aproximar as instituições donde procedem; pelo contrário, a assimilação falsa consiste em confundir deliberadamente duas instituições para atingir uma certa identidade de efeitos jurídicos.

Diremos nós, nesta óptica, que a primeira assimilação está depois; a segunda, antes da produção dos efeitos. A primeira compara e a segunda cria. Vid. DEKKERS, *o.c.* 39-44 e 85.

<sup>2</sup> É o caso, *v. g.* da ficção *si civis Romanus esset*, em que um peregrino é assimilado a um cidadão romano, mas somente para efeitos da *actio furti*. Vid. DEKKERS, *o.c.* 47, 75 e 85-86.

<sup>3</sup> Vid. DEKKERS, *o.c.* 86.

(v. g. a *capitis deminutio* do devedor) como uma circunstância de facto (v. g. a posse durante um ano para efeitos da *usucapio* fingida na *actio Publiciana*); e, vendo na  *fictio* um expediente do desenvolvimento do Direito, entende que «son role est dans l'évolution des idées» e que «le terrain où nous la verrons opérer est l'application extensive des règles de droit»<sup>4</sup>.

DEKKERS entende que os *responsa prudentium* tinham força de lei, especialmente os dos juristas que gozavam do *ius publice respondendi ex auctoritate principis*; e, destarte, reconhece a possibilidade de ficções jurisprudenciais que chega a ver na herança jacente, na extensão da *actio institoria*, na capacidade de o *filius familias* se obrigar *ex contractu*, na regra *nasciturus pro nato habetur, cum ipsius iure quaeritur* e na inoficiosidade dos testamentos<sup>5</sup>.

Quanto à ficção dogmática (na terminologia de IHERING), igualmente chamada «ficção-comparação» e «ficção teórica», DEKKERS entende que «notre malheureuse fiction verbale est superflue», pois não é mais do que uma maneira lacónica de formular, inútil e mesmo prejudicial à análise jurídica. DEKKERS não lhe reconhece nenhum sentido jurídico, atribui-a a assimilações gratuitas, considera-a estorvo supérfluo ao pensamento e entende que «les accepter, c'est ouvrir la porte au verbiage et aux flottements»<sup>6</sup>.

Que dizer da doutrina de DEKKERS?

Parece-nos acertada quando nos diz que a *fictio iuris* é uma assimilação conscientemente inexacta: é um expediente inte-

<sup>4</sup> Vid. DEKKERS, o.c. 11, 12, 38, 39, 86 e 87.

<sup>5</sup> Vid. DEKKERS, o.c. 194-195. Também em matéria de interpretação DEKKERS pergunta se a *fictio*, sendo uma assimilação falsa e limitada, só permite uma «*interpretation stricte*». E, seguindo a opinião de VANDER EYCKEN (para quem o Direito não está na técnica, mas nas vontades e é o objectivo que dirige a interpretação porque governa a criação das disposições legais), responde negativamente, sustentando uma interpretação não restrita sempre que o objectivo perseguido pela ficção seja mais amplo do que a *fictio* respectiva. DEKKERS apoia-se, de resto, na célebre história da *fictio legis Corneliae* cujo «*bénéfice fut lentement étendu par la jurisprudence à toutes les 'partes iuris'*». Vid. DEKKERS, o.c. 83-84.

<sup>6</sup> Vid. DEKKERS, o.c. 88-89.

lectual que permite atribuir efeitos jurídicos a um facto jurídico diferente, mas semelhante daquele para que foram pensados. É, na verdade, um método jurídico que, em face da semelhança (que exige e justifica um tratamento jurídico igual) entre dois factos, permite vencer intelectualmente o obstáculo da diferença (que afasta a sua perfeita identidade): se há algo a mais, finge-se que não existe; se há algo a menos, finge-se que existe. E, sendo o seu objectivo transparente e a sua necessidade evidente, pode dizer-se que a *fictio* ninguém engana nem surpreende.

Como assimilação inexacta, DEKKERS distingue-a da assimilação exacta que, segundo refere, consiste «à *rapprocher certains effets semblables d'institutions au demeurant autonomes*» e exemplifica através das máximas «*dolus pro possessione est*» e «*in iure confessi pro iudicatis habentur*» que traduzem a semelhança das consequências legais de instituições que se mantêm independentes. Isto é, uma assimilação exacta distingue-se por, observando uma certa identidade de efeitos, aproximar os institutos que os produzem. Compara os efeitos jurídicos (já produzidos) e, vendo-os quase idênticos, aproxima as figuras donde provêm: o dolo (de quem deixou de possuir), da posse; e a confissão, da sentença (de condenação). Segundo DEKKERS, a aproximação num determinado sentido — o dolo, da posse; a confissão, da sentença — justifica-se, pois «*le terme traité (dol, aveu) est moins évocateur dans la matière que le terme rapproché (possession, jugement)*» e o sentido pode ser alterado sem inconveniente jurídico; por isso, esta assimilação (exacta) torna-se desnecessária<sup>7</sup>.

*Em conclusão:* esta assimilação (exacta) jurídica é uma *fictio* puramente verbal, não necessária à produção dos efeitos jurídicos; deste modo, DEKKERS não reconhece a *fictio* dogmática (de IHERING) que tem esta característica.

No entanto, se o contributo de DEKKERS é, neste aspecto, a simples concretização da doutrina de IHERING, há-de reconhecer-se-lhe um certo mérito na caracterização da *fictio* como instrumento necessário e limitado nos seus efeitos. Na verdade,

<sup>7</sup> Vid. DEKKERS, *o.c.* 40-44.

DEKKERS viu bem que a necessidade da  *fictio*  deriva das características do  *ius civile*  que o afastam da realidade litigiosa<sup>8</sup>; e teve em atenção os limites dos efeitos jurídicos, para transmitir ao expediente uma individualidade própria distinta da de outras figuras que têm de comum a dinamização substancial de um «direito civil» formalmente insensível ao progresso.

Simplesmente, a doutrina de DEKKERS não é insusceptível de críticas.

É certo que nem todas se nos afiguram pertinentes. Destacamos a de CIFUENTES, para quem DEKKERS, ao dirigir a  *fictio*  romana não às realidades físicas, mas às categorias jurídicas, confunde as ficções actual e romana<sup>9</sup>. Ora, como vimos<sup>10</sup>, é jurídica e não física a realidade romana fingida, o que nos permite afirmar, neste aspecto, o acerto de DEKKERS em relação à  *veritas*  fingida. Do mesmo modo, não merece acolhimento a censura de GARCIA GARRIDO que rejeita a existência de ficções jurisprudenciais admitidas (na nossa opinião mui justamente) por DEKKERS<sup>11</sup>.

Porém, independentemente da falta de uma resposta clara à pergunta «*Pourquoi ne pas aller droit au but?*», a subsunção a categorias jurídicas parece-nos tão actual como estranha à  *iurisprudentia*  romana:  *v. g.*  não se vê claramente a categoria jurídica a que devia subsumir-se um gesto, um simples rito, uma palavra solene exigidas por uma  *legis actio*  e cuja prática se fingia<sup>12</sup>.

Também a distinção entre a circunstância de facto e um elemento jurídico — obstáculos vencidos pela  *fictio*  — não deixa de sugerir, embora não lhe reconheça relevo jurídico, que DEKKERS não compreendeu a verdadeira realidade jurídica — partilhando da mesma incompreensão assinalada a DABIN e a

<sup>8</sup> Cfr.  *infra*  § 8(1-4).

<sup>9</sup> Vid. CIFUENTES,  *o.c.*  83 e 168.

<sup>10</sup> Cfr.  *supra*  §§ 3.5 e 3.6.

<sup>11</sup> Vid.  *infra*  § 4.5.

<sup>12</sup> Vid.  *supra*  § 2.1. No II vol. deste estudo trataremos das  *fisiones*  utilizadas na passagem do antigo sistema das  *legis actiones*  para o (novo)  *agere per formulas* .

CIFUENTES<sup>13</sup> — como vemos na sua configuração fáctica do decurso do prazo necessário à *usucapio*.

Mas onde a doutrina de DEKKERS se afigura verdadeiramente insustentável é quando vê «dans cette extension analogique le rôle propre de la fiction»<sup>14</sup>, esquecendo ser a *fiction* um instrumento claramente alógico cujo mecanismo difere inequivocamente do *modus operandi* da lógica. E devido a esta confusão, é incapaz de distinguir a *fiction* de outros institutos com objectivo afim, mas que seguem uma via diferente: a da integração por analogia, veiculada pela *actiones utiles* não-fictícias<sup>15</sup>.

Quanto às ficções jurisprudenciais, cuja possibilidade DEKKERS admite (e pensamos com justeza), não foi inteiramente feliz nos exemplos que oferece, pois tanto a *hereditas iacens* como a regra *nasciturus pro nato habetur, cum de ipsius iure quaeritur* e na *querela inofficiosi testamenti*, a ficção jurisprudencial não pode relacionar-se com a *fiction* legal (histórica), mas com a *fiction* dogmática, a mesma que entende inútil, supérflua e prejudicial<sup>16</sup>.

§ 4.5 Também GARCIA GARRIDO estudou a *fiction iuris*, procurando um critério firme, susceptível de permitir determinar as suas características essenciais.

O ilustre romanista de Espanha começou por se dar conta da ausência de um conceito unânime e pacífico de *fiction iuris* na doutrina actual; e julga muito imprecisa a tese mais difundida que vê nela um meio técnico-jurídico através do qual se expressa a equivalência jurídica de duas hipóteses de facto, pois há «otros medios técnico-jurídicos, que se basan en semejanzas y con los que se pretenden equivalencias de hechos, como son la analogía y la interpretación extensiva»<sup>1</sup>. Longe de ajudar, a terminologia tem

<sup>13</sup> Vid. *supra* §§ 3.2 e 3.3.

<sup>14</sup> Vid. DEKKERS, *o.c.* 92.

<sup>15</sup> Vid. *infra* § 9(3-6); e GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 306-307.

<sup>16</sup> Vid. DEKKERS, *o.c.* 194-195; e *infra* § 15(1-3).

<sup>1</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 305-306 e *Casuísmo*, 99.

confundido a doutrina que vê ficções em certos vocábulos e expressões próprias da extensão analógica como *ac si*, *perinde ac* ou *atque*, *quasi* e *loco esse*; daí, ter GARCIA GARRIDO visto nos termos *fictio* e  *fingere*, utilizados nas obras dos juristas, um critério mais preciso e seguro, susceptível de nos permitir caracterizar a *fictio iuris*.

À luz deste critério, GARCIA GARRIDO viu na ficção jurídica uma invenção, uma criação que rompe com os cânones da lógica e tende a corrigir uma realidade concreta no sentido de tornar possível a aplicação duma norma a um caso a que, em princípio, não é aplicável.

Por outro lado, GARCIA GARRIDO entende ser tarefa do *iudex*, não arbitrária, mas imposta, a correcção da realidade ou a remoção do obstáculo legal que a *fictio* permite justamente realizar. E escreve: «*Supuesto que el Derecho dimana o de un acto de voluntad, que actúa el legislador o el magistrado, en virtud de su 'imperium', o de una actividad lógica, que caracteriza la 'interpretatio' jurisprudencial, la ficción debe proceder de un acto imperativo y no de una actividad lógica*»<sup>2</sup>.

Em consequência, GARCIA GARRIDO reveste o conceito de ficção de três caracteres essenciais: 1) correcção de uma realidade jurídica concreta; 2) feita pelo juiz; 3) e imposta «*en vía de imperio o autoridad*». E define a *fictio* como «*el procedimiento técnico-jurídico da remoción imperativa de un impedimento de hecho o de derecho que se opogna a la aplicación por el juez de un principio jurídico*»<sup>3</sup>.

De harmonia com estes caracteres e esta definição, sustenta a existência de ficções do pretor (em virtude da sua *potestas imperandi*) e de ficções legais (que entende serem recursos destinados a eliminar um impedimento ou obstáculo oposto à aplicação dum princípio jurídico) e nega a possibilidade de ficções jurisprudenciais propriamente ditas: «*La jurisprudencia,*

<sup>2</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 309-310 e *Casuísmo*, cit. 101-102.

<sup>3</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 311 e *Casuísmo*, cit. 102.

que actúa em vía lógica e interpretativa, puede formar nuevo Derecho mediante extensiones y equiparaciones analógicas, pero no puede imponer la ficción, que es un recurso alógico, y de carácter imperativo (...). Los jurisconsultos romanos (...) inspiraban al pretor ou al legislador la introducción o aplicación de determinadas ficciones, pero nunca las aplicaban directamente, porque la ficción aparece como atributo de un acto de autoridad al que no era posible llegar en vía de 'interpretatio'. Por ello, en las elaboraciones jurisprudenciales, la ficción se traduce en una asimilación de supuestos o circunstancias»<sup>4</sup>.

A doutrina de GARCIA GARRIDO, que mereceu o inteiro acolhimento de D'ORS<sup>5</sup> e de Sebastião CRUZ<sup>6</sup>, é louvável no esforço que desenvolveu no sentido de clarificar uma figura jurídica tão mal tratada pela doutrina.

Sobretudo, merece relevo a preocupação de a distinguir da analogia (enquanto *modus* de integração do Direito) e da interpretação extensiva, alertando para o uso de vocábulos e expressões incaracterísticas, susceptíveis de obscurecerem em vez de clarificarem.

Por isso, procurou no verbo *fungere*, utilizado pelos jurisprudentes, um ensinamento mais firme; e notou ser a *fictio* uma invenção alógica que, no Direito, permite aplicar uma norma a um caso não previsto.

Observou, ainda, ser a correcção da realidade jurídica uma tarefa do *iudex*, não arbitrária, mas imposta pelos criadores do Direito: o legislador ou o magistrado. Por isso, reconhece as ficções legais e pretórias e exclui as ficções jurisprudenciais, pois os *iuris prudentes*, que interpretam, não gozam do *imperium* em que a *fictio* se fundamenta.

<sup>4</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 323-324 e *Casuísmo*, cit. 102.

<sup>5</sup> Na verdade, também D'ORS observa que «la Jurisprudencia no puede ordenar ficciones, pues carece de «imperium» para ello». Vid. D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*<sup>3</sup> (Pamplona 1977) 83 i).

<sup>6</sup> Efectivamente, sustenta o nosso Mestre que «a ficção supõe e provém dum 'imperium' e não da doutrina» que «pode sugerir ficções, mas não criar». Vid. CRUZ, *Direito*, cit. 337.

Que dizer desta doutrina?

Exposta com a elegância e a clareza própria de um grande Mestre, é sobretudo notável pelo contributo dado à caracterização da *fictio iuris* e, deste modo, à sua autonomia como figura jurídica distinta de outras que prosseguem objectivos afins, mas por vias diferentes. Muito especialmente, merece destaque a diferença assinalada entre a *fictio iuris* e os expedientes de extensão analógica com relevo para a *actio utilis* não-fictícia<sup>7</sup>.

Porém, entendemos que GARCIA GARRIDO, certamente traído pelo método utilizado, excluiu, sem razão, a *fictio* jurisprudencial. Com efeito, a animosidade de Justiniano em relação à *fictio* não podia apagar, de todo, as soluções obtidas e cujos traços se manifestam em certas locuções e expressões verbais, como *proinde atque, perinde atque, ac si, velut, quasi, utilis* (que adjectiva uma *actio*), etc<sup>8</sup>. A *fictio* foi substituída pelo instituto jurídico a que deu vida e a sua expressão originária — o verbo  *fingere* — surge interpolada no *Corpus Iuris Civilis*. Ao mesmo tempo, o seu *modus operandi* sofreu uma inversão — a dinâmica metodológica passou dos factos jurídicos para as normas do Direito —, recorrendo-se à analogia para integrar as lacunas. Todavia, se a eliminação dos textos foi a sorte das *fictiones iuris*, é óbvio que a *fictio* jurisprudencial não podia ter um tratamento diferente; por isso, havemos de questionar a sua existência clássica.

<sup>7</sup> Vid. *infra* § 9(1-6).

<sup>8</sup> GARCIA GARRIDO partiu da análise de  *fingere* nas obras da jurisprudência; e, como era de esperar, não encontrou este verbo, no sentido de *fictio iuris*, nos textos recolhidos no Digesto.

Na verdade, é hoje pacífico que Justiniano não simpatizava com a *fictio* e a ele se deve ter esta figura desaparecido (excepção feita, parece-nos, ao D. 38,1,39pr.) no seu *Corpus Iuris Civilis*.

Porém, como RICCOBONO (*o.c.* 220-221) refere, as *formulae ficticiae* foram retiradas, mas nem por isso desapareceram todos os traços das *fictiones* que figuram nos textos antigos, manifestando-se a função da *fictio* nas locuções *proinde atque, perinde atque, ac si, velut, quasi, utilis* (que adjectiva a *actio*), etc. Ora, prisioneiro do seu método, GARCIA GARRIDO não questionou, tão-pouco, a hipótese de estas locuções terem interpolado  *fingere*, como parece sustentável em face da atitude negativa de Justiniano. Vid. ainda: DEKKERS, *o.c.* 196; e IHERING, *o.c.* IV, 300.



Que nem só o verbo  *fingere*  expressava o expediente da  *fictio iuris*  é o que observamos em GAIUS, nos mesmos textos utilizados por GARCIA GARRIDO:

3,56: «...postea vero per legem Iuniam eos omnes, quos praetor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse et appellatos esse Latinos Iunianos: Latinos ideo, quia lex eos liberos perinde esse voluit, atque si essent cives Romani ingenui (...) Legis itaque Iuniae lator cum intellexeret futurum, ut ea fictione res latinorum defunctorum ad patronos pertinere desinerent (...) necessarium existimavit (...) ut bona eorum proinde ad maquamssores pertinerent, ac si lex lata non esset...».

4,36: «...Nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit...».

No primeiro texto, GAIUS diz-nos que os Latinos Iunianos se chamam Latinos porque a lei ( *Iunia* ) os quis livres como se fossem ( *perinde... atque si* ) Romanos ingénuos; e porque, devido a esta  *fictio* , os bens dos Latinos falecidos não pertencem aos seus patronos, o legislador julgou necessário que lhes pertencessem, como se ( *proinde ... ac si* ) a lei não existisse<sup>9</sup>.

E, no segundo texto, refere que se finge a usucapião e redige-se a  *intentio*  como se ( *quasi* ) fosse  *dominus ex iure Quiritium* .

Se, no plano filológico, é errada a rejeição destes vocábulos e locuções susceptíveis de expressarem a  *fictio iuris* , também, quanto à legitimidade, é um absurdo recusar à jurisprudência a faculdade de criar ficções. Haja em vista, efectivamente, que alguns (e não poucos)  *iuris prudentes*  gozaram do  *ius publice respondendi ex auctoritate principis* ; e foi, mais tarde, oficialmente reconhecida à  *iurisprudencia*  a sua função de  *fons iuris civilis* <sup>10</sup>.

Não lhes faltando, portanto, o « *imperio o autoridade* », não entendemos o reconhecimento, ao legislador e ao magistrado, do

<sup>9</sup> Vid.  *supra*  § 2.1, máxime a nota 2.

<sup>10</sup> Vid.  *infra*  § 7.2(1-3).

poder de criar e impor ficções e a sua exclusão a quem gozou dos mesmos poderes.

Eis por que, nesta matéria, divergimos de GARCIA GARRIDO<sup>11</sup>.

§ 4.6 É tempo de extrairmos algumas conclusões acerca da natureza da *fictio iuris* romana.

E a primeira conclusão extraiu-a LECOCQ a propósito da doutrina no Direito actual, inteiramente válida na doutrina romanista: «*Il n'est pas un cas de fiction qui n'ait été contesté, soit dans la fiction même, soit dans l'institution que cette fiction prétend rendre possible*»<sup>1</sup>.

Efectivamente, também em relação à *fictio* no Direito Romano não há unanimidade. É possível que estes desentendimentos sejam devidos à circunstância de a *fictio* romana ser vista com os olhos de hoje e a *fictio* moderna com os de ontem, perspectivando-se naquela os caracteres desta e nesta os daquela<sup>2</sup>.

Nem por isso nos dispensamos de percorrer esse caminho árduo sem nos quedarmos, todavia, na atitude extremamente exagerada de BAYART que prefere «*adopter un critère linguistique*» e chama ficção a «*tout principe juridique que l'on est spontanément porté à exprimer par une phrase du genre qui voici: 'il faut faire comme si...'*»<sup>3</sup>; e sem nos aquietar um método firme, mas insuficiente e restritivo como o de GARCIA GARRIDO.

<sup>11</sup> Vid. *infra* §§ 7(1,3,4), a ficção jurisprudencial.

<sup>1</sup> LECOCQ (o.c. 208-215) diz-nos que a extensão do domínio da ficção jurídica varia com a mentalidade de cada jurista e cita LAURENT (que admite uma ficção na *actio Pauliana*) e ALTESERRA (que via uma ficção na escravatura). Ainda segundo LECOCQ, há quem ponha em dúvida se a legislação romana contém ficções, havendo quem veja e quem negue uma *fictio* no *postliminium* e na *lex Cornelia de captivis*. Vid. ESSER (o.c. 15-17) sobre a divergência da doutrina não-romanista.

<sup>2</sup> A propósito dos actos aparentes, refere DEKKERS (o.c. 111): «*Il faut se garder de juger les détournements juridique d'après des idées trop modernes. Ce qui est une comédie à nos yeux pouvait paraître aux anciens la chose plus naturelle du monde*».

<sup>3</sup> Vid. BAYART, A., *Peut-on Éliminer les Fictions du Discours Juridique?* em *Les Présomptions et les Fictions en Droit* (Bruxelas 1974) 29.

Socorremo-nos da filologia que nos mostra expressar  *fingere* uma actividade que tanto pode ser material (inventar, modelar) como intelectual (imaginar — supor ou exemplificar —, disfarçar e mentir). Pondo de lado a primeira, e analisando os textos que nos revelam a  *fictio* (como figura jurídica), depreendemos as suas características e definimo-la como um expediente técnico-jurídico através do qual o pretor, com fundamento na sua  *iurisdictio* ou no cumprimento de uma disposição legal ou jurisprudencial, ordena ao juiz que repute existente (ou inexistente) uma qualidade (jurídica) ou um facto jurídico realmente não existente (ou existente) para que uma determinada relação jurídica beneficie da protecção dispensada pelo  *ius civile*<sup>4</sup>.

Debruçámo-nos sobre a realidade fingida e notámos a inexactidão de certos AA. (sobretudo não-romanistas) que vêem na realidade fingida uma realidade natural, ajurídica. Sustentámos, então, ser a  *fictio* (romana) um instrumento  *adversus veritatem iuris civilis* para afirmar a actual  *veritas* acolhida no  *ius praetorium*.

E, após termos estudado alguns dos AA. mais representativos na doutrina romanista, chegámos a esta conclusão: a  *fictio* romana, tal como a caracterizámos e definimos, é correcta.

Por isso a utilizaremos como guia neste trabalho árduo que nos propusemos.

## b) Tipologia

### § 5. A ficção do pretor

#### α) a *actio ficticia*

§ 5.1 Como instrumento utilizado pelo pretor com fundamento na sua  *iurisdictio* ou em cumprimento de uma disposição legal ou jurisprudencial, a  *fictio iuris* tem na  *actio ficticia* a sua expressão requintada.

<sup>4</sup> Vid.  *supra* § 2.4.

Mostrámos que a *fictio* é um expediente que permite aplicar o *ius civile*. Simplesmente, isto pressupõe que a *actio ficticia* é uma *actio in ius concepta*.

Será?

Basta-nos analisar dois textos de GAIUS, considerado por RICCOBONO «il nostro maestro e il nostro autore» e, por isso, utilizado como «ausiliario prezioso (...) la cui opera non è stata per nulla menomata dalla critica frettolosa degli ultimi anni»<sup>1</sup>:

4.34: «Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, veluti cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit. Cum enim praetorio iure non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id quod defuncti fuit potest intendere suum esse neque id quod ei debebatur potest intendere <dari> sibi oportere; itaque ficto se herede intendit velut hoc modo iudex esto. Si A. Agerius (id est si ipse actor) L. Titio heres esset, tum <si eum> fundum de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret; <et si qua debeatur pecunia>, praeposita simili fictione heredis ita subicitur tum si pareret N. Negidium <A.> Agerio sestertium x milia dare oportere».

GAIUS diz-nos que há um outro género de ficções e refere, a título exemplificativo, o *bonorum possessor* que age como herdeiro (fictício).

Na verdade, sucedendo *ex iure praetorio*, o *bonorum possessor* não é herdeiro (*ex iure civili*) e, portanto, não tem as *actiones* da *hereditas* nem pode reivindicar os restantes bens que pertenceram ao *de cuius*; por isso, age como herdeiro (fictício), demandando exactamente com as mesmas *actiones* (em via fictícia) que o causante teria podido instaurar se fosse vivo. E GAIUS é inequívoco: «*ex iure Quiritium eius esse oporteret*» e «*x milia dare oportere*» não suscitam dúvidas acerca da natureza civil das respectivas pretensões<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Vid. RICCOBONO, o.c. 223.

<sup>2</sup> Que *oportere* significa uma dívida civil é opinião praticamente unânime da doutrina. Vid. CRUZ, *Direito*, cit. 334<sup>407</sup> e 335.

Não podemos, destarte, aceitar a doutrina praticamente isolada de SCHULZ<sup>3</sup> que, a pretexto de a *condemnatio* estar subordinada a «un derecho o pretensión hipotéticos del actor» e porque «un derecho hipotético no es un derecho actual», entende ser a fórmula substancialmente *in factum concepta*<sup>4</sup>. Simplesmente, considerando hipotético e não actual o direito do *bonorum possessor*, SCHULZ ignora que o *ius praetorium* é um verdadeiro Direito que de hipotético nada tem; e esquece ser baseado nele que o *bonorum possessor* é tratado como se fosse *heres*, para obter do *ius civile* a necessária protecção.

4.36: «〈Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana〉 vocatur. Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit, veluti hoc modo iudex esto. Si quem hominem A. Agerius emit 〈et〉 is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret et reliqua».

O jurista começa por falar, também, de uma  *fictio*  de usucapião na  *actio Publiciana*  e explica: esta  *actio*  é outorgada a quem ainda não usucapiu a  *res (mancipi)*  que lhe foi simplesmente entregue com justa causa e cuja posse perdeu. Não podendo o  *accipiens*  invocar o  *dominium*  da  *res (ex iure Quiritium)*  — e não podendo, assim, instaurar a  *rei vindicatio*  respectiva —, finge-se

<sup>3</sup> A doutrina de SCHULZ já fora sustentada por DEMELIUS e — depois — por POKROWSKY que, vendo na ficção apenas o meio de evitar a enumeração de factos isolados, reduzem as  *actiones ficticiae*  a  *actiones in factum* . Vid. DEMELIUS, o.c. 61-67; e POKROWSKY, J., Die «Actiones in Factum» des klassischen Rechts em SZ 16(1895) 69-79.  *Infra* , § 10.2.1, estudaremos esta doutrina.

<sup>4</sup> Vid. SCHULZ, F.,  *Derecho Romano Clásico* , trad. de J. Santa Cruz Teigeiro (Barcelona 1960) 29.

que usucapiu e, por isso, a *intentio* é redigida como se fosse *dominus ex iure Quiritium*.

Também este texto não pode suscitar fundadas dúvidas acerca da natureza *in ius concepta* da *actio* outorgada, graças à ficção da *usucapio*: a *rei vindicatio* é, com efeito, uma acção civil e a *fictio* tão-só a permite instaurar a quem, não sendo realmente *dominus*, se finge sê-lo<sup>5</sup>.

Deste modo, podemos acolher a doutrina dominante cuja autoria é atribuída a KELLER<sup>6</sup> e tem sido quase pacificamente seguida pelos AA. romanistas que vêem na *actio ficticia* uma *actio in ius concepta* porque *ius legitimum imitatur*<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> A mesma conclusão extraímos em GAIUS (4,37), onde o peregrino se finge *civis Romanus* para poder demandar e ser demandado pela *actio furti* que reprime um delito civil. E também em GAIUS (4,111): «*Aliquando tamen <et perpetuo eas dat, veluti quibus> imitatur ius legitimum: quales sunt eae, quas bonorum possessoribus ceterisque qui heredis loco sunt accommodat...*».

<sup>6</sup> Segundo KELLER, «*wenn sich nun unter den Gebilden des Verkehres ein ähnliches Verhältniss darstellt, welches zwar der Regel des 'Ius Civile' nicht vollständig genügt, weil ihm etwa eine einzelne jener Bedingungen fehlt, welches aber unter allen oder doch unter gewissen Umständen desselben Schutzes und ganz in derselben Art wie jenes würdig zu sein scheint; so kann der Pretor die für jenes bestimmte 'Formula' zum Schutze von diesem ertheile...*». Vid. KELLER, F. L., *Der römische Civilprocess und die Actionen*<sup>6</sup> (Lipsia 1883) 145.

<sup>7</sup> Vid. DEKKERS, o.c. 117; CIFUENTES, o.c. 49; HACKL, o.c. 252; RICCOBONO, o.c. 211-213; ARANGIO-RUIZ, o.c. 20; BURDESE, A., *Manuale di Diritto Privato Romano*<sup>2</sup> (Turim 1964) 114; BATIZA, R., *Notas Sobre la Naturaleza de las Ficciones Legales en los Derechos Romano e Inglés* em BIDCM 49(1964) 10; VOCI, P., *Istituzioni di Diritto Romano*<sup>3</sup> (Milão 1954) 627; SOHM, R., *Instituciones de Derecho Privado Romano*<sup>17</sup>, trad. de W. Roces (Madrid 1928) 631-632; D'ORS, o.c. 119; IGLESIAS, J., *Derecho Romano*<sup>6</sup> (Barcelona 1972) 204-205; BETTI, E., *Diritto Romano I* (Pádua 1935) 511 e 519 e *Istituzioni di Diritto Romano I*<sup>2</sup> (Pádua 1942) 286-288; BIONDI, B., *Istituzioni di Diritto Romano*<sup>4</sup> (Milão 1972) 22; MELE, A., *Dizionario di Definizioni Giuridiche. Parte Generale. Diritto Romano I* (S. Maria C. V. 1918) 93; LEONHARD, R., *Fictio* em PW 6(1909) 2269-2270; GIOFFREDI, o.c. 111; PEROZZI, S., *Istituzioni di Diritto Romano II* (Firenze 1908) 62; GUARINO, A., *Storia del Diritto Romano*<sup>6</sup> (Nápoles 1981) 280; WENGER, L., *Istituzioni di Procedura Civile Romana* (Milão 1938) 154-158; GIFFARD, M. A., *Répétitions Écrites de Droit Romain* (Paris 1931-32) 191; COSTA, E., *Profilo Storico del Processo Civile Romano* (Roma 1918) 50; e GUZMÁN

Na verdade, a acção que a *fictio* permite aplicar — vencendo o obstáculo que se lhe depara — é a mesma *actio* concedida pelo *ius civile*. Apenas a sua fórmula sofre uma leve alteração: o aditamento da ordem dada pelo *praetor* ao *iudex* para considerar existente (se não existe) ou inexistente (se existe) um determinado elemento que, diferenciando a situação *sub iudice* da tipificada na fórmula civil, torna inaplicável a *actio civilis*. Afastado esse obstáculo, atinge-se a identidade de situações (a *sub iudice* e a prevista no *ius civile*) e, por isso, a *actio civilis* aplica-se sem mais alteração.

Diremos, portanto, que a *actio ficticia* é, substancialmente, uma acção civil (= *in ius concepta*) porque *civile* é o *ius* que se aplica<sup>8</sup>; e, porque outorgada pelo pretor que manda fingir e

---

BRITO, A., *Sobre el Objeto de las Ficciones Pretorias* em *REHJV* 3(1978) 64-65.

Não referem expressa, mas implicitamente, a natureza «*in ius*» das *actiones ficticiae*: BERGER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Filadélfia 1953) 470; e GRASSERIE, R., *Les Principes Sociologiques du Droit Civil* (Paris 1906) 404.

Em KASER vemos, porventura, uma certa imprecisão no seu *Das römische Zivilprozessrecht* («Eine Gruppe innerhalb der 'actiones utiles' bilden die Klagen, bei denen der Prätor eine ediktale — zivile oder honorarische — Formel durch die Fiktion eines Tatbestandselements abwandelt, das er hinzufügt oder wegnimmt — 'formulae ficticiae'»), mas os exemplos que refere apontam para a característica *in ius concepta* da *actio ficticia*; característica esta bem notória na tradução italiana de *Römische Rechtsgeschichte* e em *Das römische Privatrecht* («Die honorarrechtlichen Formeln Sagegen die der Prätor aus eigener Macht schafft, lehnen sich zum Teil als 'actiones ficticiae' an die zivilen an, indem sie einzelne oder alle ihre Voraussetzungen als gegeben unterstellen...»). Vid. KASER, M., *Das römische Privatrecht I* (Munique 1955) 198, *Storia del Diritto Romano* (Milão 1981) 149-150 e *Das römische Zivilprozessrecht* (Munique 1966) 253.

Quanto à doutrina portuguesa, CABRAL DE MONCADA e Sebastião CRUZ não qualificam expressamente de *in ius concepta* a *actio ficticia*, embora os elementos apresentados indicem essa característica bem notória em BRAGA DA CRUZ e ALMEIDA COSTA. Vid. CABRAL DE MONCADA, L., *Elementos de História do Direito Romano II* (Coimbra 1924) 347-348; CRUZ, *Direito*, cit. 337-338; e BRAGA DA CRUZ, G. e ALMEIDA COSTA, M. J., *Lições de Direito Romano* (Coimbra 1958) 209<sup>2</sup>.

<sup>8</sup> Neste sentido, também GIOFFREDI entende que *in ius* alude aos termos jurídicos tradicionais do *ius civile* contidos nas relativas acções e

estabelece o objecto da ficção, (só) formalmente é uma *actio praetoria*<sup>9</sup>.

§ 5.2 Sendo uma *actio in ius concepta* ligeiramente alterada com a inserção de uma ordem dirigida pelo *praetor* ao *iudex* para considerar existente (se não existe) ou inexistente (se existe) um determinado elemento cuja inexistência ou existência impede a aplicação do *ius civile*, importa estudar a estrutura da sua fórmula,

não, decerto, a uma situação jurídica, ao direito subjectivo, a contrapor ao puro *facto* das acções pretórias. Vid. GIOFRREDI, *o.c.* 111<sup>194</sup>.

<sup>9</sup> SCIALOJA vê nas *actiones ficticiae* uma figura intermédia entre as acções do 'direito civil' e as acções do direito honorário e entende que esta «*apparente contraddizione (delle azioni onorarie concepite 'in ius') ha portato perfino alcuni autori a negare che vi fossero azioni onorarie 'in ius conceptae'*».

Segundo SCIALOJA, «*le azioni onorarie concepite 'in ius' sono le 'formulae' fittizie, e la finzione è quella, la quale toglie di mezzo quella apparente contraddizione, perchè in queste formule il pretore ordina al giudice di trattare quel determinato rapporto (...) in modo simile ad un altro rapporto che è di diritto civile*».

E acrescenta: «*Il rapporto che è difeso con quella 'formula' non appartiene al diritto civile (...). Il pretore ordina al giudice di condannare nel caso che, aggiungendo agli elementi realmente esistenti altri fittizi, o detraendo per finzione alcuni degli elementi esistenti, che per diritto civile impedirebbero la condanna, secondo il diritto si avrebbe un rapporto inducente la necessità della condanna*».

SCIALOJA tem presente o direito pretório (a que a *actio ficticia* pertence) e nega, por isso, que a relação assim protegida pertença ao «direito civil»; mas, vendo que se fingem os elementos que impedem a condenação segundo o «direito civil», não encontra outra saída que a de afirmar ser a *actio ficticia* uma «*figura intermedia fra le azioni di diritto civile e le azioni di diritto onorario*». Ora, na *actio ficticia* finge-se a existência (ou a inexistência) de «*elementi*» para, vencendo esse obstáculo, se poder aplicar o *ius civile*; por isso, a *actio ficticia* é, substancialmente, *in ius concepta*. Todavia, porque se trata de um expediente do *ius praetorium* e, como tal, outorgado pelo pretor, é (ao mesmo tempo) formalmente uma *actio praetoria*. Isto é: a *actio ficticia* é uma *actio praetoria* que aplica o *ius civile*.

Mais cauto nos parece BROGGINI que, após observar a referência das cláusulas fictícias a situações civis, afirma que o expediente da *fictio* mantém, no maior grau possível, a ligação entre o *ius civile* e o poder de iniciativa do magistrado.

Vid. SCIALOJA, V., *Procedura Civile Romana* (Roma 1936) 335; e BROGGINI, G., *Fictio Civitatis Strumento dell'Arbitrio Giurisdizionale de Verre?* em *Coniectanea Studi di Diritto Romano* (Milão 1966) 338.



para melhor compreendermos o seu mecanismo e a sua natureza *in ius*.

Como sabemos, a *actio certae creditae pecuniae* tinha a seguinte fórmula:

*Titius iudex esto.*

*Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium x milia dare oportere, iudex Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium x milia condemnato; si non paret absolvito*<sup>1</sup>.

Sabemos, também, que o pretor outorgava esta *actio* — cujo titular (activo) era o *de cuius* — ao *bonorum possessor*, mediante a ficção *si heres esset*; isto é, ordenava ao juiz que, provada a existência da dívida, condenasse o devedor a pagar ao demandante, como se este fosse herdeiro do credor falecido.

Seguindo LENEL<sup>2</sup>, esta *actio ficticia* apresentava a seguinte fórmula:

*Caius iudex esto.*

*Si As. As. L. Titio heres esset, tum si pareret Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium x milia dare oportere, iudex Nm. Nm. Ao. Ao. x milia dare condemnato; si non paret, absolvito.*

Comparando ambas as fórmulas, notamos imediatamente que a fórmula fictícia apenas difere da outra por conter, no início, a posição jurídica fictícia do autor que o juiz deve reputar dado adquirido e inquestionável<sup>3</sup>: se *Aulus Agerius* (o *bonorum possessor*) fosse herdeiro de *Lucius Titius*. Quanto ao resto, a fórmula fictícia repete a fórmula não-fictícia cuja redacção introduz com o advérbio *tum*.

<sup>1</sup> Vid. LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*<sup>3</sup> (Lípsia 1927) 237.

<sup>2</sup> Vid. LENEL, *o.c.* 183; e GAIUS 4,34.

<sup>3</sup> Como refere BETHMANN-HOLLWEG, saber se o autor tinha ou não direito à *bonorum possessio*, à *bonorum venditio*, à restituição da *hereditas fideicommissaria*, etc., era averiguado num *praeiudicium*. Vid. BETHMANN-HOLLWEG, M. A., *Der römische Civilprozess II* (Bona 1865) 311<sup>38</sup>.

Portanto, é fácil assinalar estruturalmente (além da usual nomeação do *iudex*) três partes nesta fórmula fictícia concedida ao *bonorum possessor* para obter a condenação dos devedores do *de cuius*: 1.<sup>a</sup> — a hipótese fictícia (o *bonorum possessor* é reputado como se fosse *heres* do autor da herança); 2.<sup>a</sup> — a hipótese real introduzida por *tum* (a relação jurídica que o *iudex* deve provar); 3.<sup>a</sup> — a ordem de condenação ou absolvição no caso de ser ou não provada a existência do débito do demandado.

No fundo, temos a *intentio* — que encerra a hipótese fictícia (que o *iudex* terá como certa) e a hipótese real (àquela ligada pelo advérbio ou partícula de ligação *tum* e que traduz a pretensão do demandante) — e a *condemnatio*, ou seja, as duas partes ordinárias da fórmula processual<sup>4</sup>.

Também conhecemos a fórmula da *rei vindicatio*<sup>5</sup>:

*Iudex esto.*

*Si paret rem de qua agitur ex iure Quiritium Ai. Ai. esse neque ea res arbitrio iudicis Ao. Ao. restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito.*

O pretor, que dava esta *actio* ao *bonorum possessor* fingindo-o *heres* do *de cuius*, elaborava a seguinte fórmula (fictícia):

*Iudex esto.*

*Si As. As. L. Titio esset, tum si paret eum fundum de quo agitur ex iure Quiritium eius esse (oporteret), si is fundus arbitrato tuo Ao. Ao. non restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito*<sup>6</sup>.

Cotejando as duas fórmulas, vemos que a da *actio ficticia* tem, a mais, a parte introduzida pela ficção *si Aulus Agerius Lucio Titio*

<sup>4</sup> Vid. GAIUS 4,39-43; CRUZ, *Direito*, cit. 334-335; e RICCOBONO, *o.c.* 67-71.

<sup>5</sup> Vid. LENEL, *o.c.* 185-186; e GAIUS 4,34.

<sup>6</sup> Vid. LENEL, *o.c.* 183.

*heres esset*; quanto ao resto, repete, praticamente, a fórmula não-fictícia cujos dizeres introduz com o advérbio *tum*<sup>7</sup>.

Estruturalmente temos, assim, nesta fórmula fictícia, as mesmas partes e composição assinaladas na fórmula fictícia da *actio certae creditae pecuniae* e que se reduzem à *intentio* — constituída pela hipótese fictícia (o *bonorum possessor* é considerado como se fosse *heres* do *de cuius*) e pela hipótese real introduzida por *tum* (o objecto litigioso, cujo domínio, invocado pelo autor, deve ser provado) — e à *condemnatio*.

Relativamente à *actio Publiciana* dada ao *accipiens* com a ficção de ter usucapido (e, portanto, de ser *dominus ex iure Quiritium*), a sua fórmula era a seguinte<sup>8</sup>:

*Iudex esto.*

*Si quem hominem As. As. bona fidei emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret, si is homo arbitrio iudicis Ao. Ao. non restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito.*

Facilmente observamos que apenas difere da *rei vindicatio* ordinária por ter a mais a parte introduzida pela ficção *si quem hominem ... possedisset*. À parte esta disposição fictícia, tudo é igual: a *intentio*, a *condemnatio* e a cláusula *si is homo ... non restituetur*.

**Em conclusão:** a fórmula duma *actio ficticia* tem o seu modelo perfeito na fórmula da *actio civilis*, cujo *ius* permite aplicar; por isso, trata-se duma *actio* que, na feliz expressão de GAIUS, imita o *ius legitimum*<sup>9</sup>.

Estruturalmente, tal fórmula só difere da fórmula civil na parte introdutória: exactamente a que tem a ficção iniciada com a

<sup>7</sup> O emprego de *oporteret* na fórmula de LENEL parece-nos desnecessário; e a proposição «*si is fundus arbitrato tuo Ao. Ao. non restituetur*» equivale a «*neque ea res arbitrio iudicis Ao. Ao. restituetur*».

<sup>8</sup> Vid. LENEL, o.c. 171; e GUARINO, o.c. 280.

<sup>9</sup> Vid. GAIUS 4,111.

conjunção *si* e terminada quando surge a hipótese real — constituída pelos factos a provar —, introduzida pela partícula de ligação *tum*. O objecto da ficção localiza-se, portanto, entre *si ... e tum* e a hipótese fingida não é mais do que uma informação dada imperativamente ao juiz para reputar verificado(s) o(s) facto(s) fingido(s) e dirigir a sua actividade probatória tão-só para os factos constitutivos da hipótese real<sup>10</sup>.

β) a *exceptio ficticia*

§ 5.3 Se a *fictio* afasta um obstáculo à outorga de uma *actio civilis*, perguntar-se-á: afastá-lo-á, também, à concessão duma *exceptio civilis*?

Isto é: a *fictio*, que vimos funcionar em via de acção, actuará, igualmente, em via de excepção? Numa palavra: haverá *exceptiones ficticiae*?

A resposta, parece-nos, não deixará de ser negativa.

<sup>10</sup> BETHMANN-HOLLWEG (o.c. 311-312) distingue quatro partes na fórmula fictícia: a primeira refere o facto em que a *actio utilis* se fundamenta no caso de ser necessária a sua prova em juízo; a segunda contém a hipótese jurídica ou fáctica fingida; a terceira apresenta a consequência jurídica hipotética inerente à *intentio* da *actio directa*; e a quarta tem a habitual condenação. Na sua doutrina, a fórmula contém duas afirmações do demandante a provar pelo *iudex*: a primeira dirige-se a um facto e é a verdadeira *intentio*; a segunda, a um direito e é a *intentio* plagiada da *actio directa* civil. Por isso, BETHMANN-HOLLWEG entende ser *in factum concepta* a primeira *intentio* e *in ius concepta*, a segunda.

A construção deste A. é desnecessariamente complexa e confusa: inverte a ordem das hipóteses — primeiro, a real; depois, a fingida —; constrói uma terceira parte de todo inútil; e vê duas *intentiones* — e para mais opostas — quando se trata, apenas, de duas hipóteses de uma única *intentio*.

Parece-nos muito mais certa a opinião de BROGGINI (o.c. 335) que nos fala de duas hipóteses formulares ligadas pelo advérbio *tum*: a primeira, a hipótese fictícia (v. g. *si Aulus Agerius ... Lucio titio heres esset*); a segunda, a hipótese real (v. g. *tum, si fundum ... ex iure Quiritium eius esse oporteret*), embora não as diga constitutivas da mesma *intentio*.

Antes de mais, urge ter em conta a função duma *exceptio*: «ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est», como nos diz ULPIANUS<sup>1</sup>.

Ora, assim como os factos referidos na hipótese real da *intentio* e na *demonstratio* não se fingem — porque da sua prova depende a *condemnatio* do demandado —, também os factos da *exceptio* não se podem fingir porque da sua averiguação depende a *absolutio* do réu.

Se o *praetor* não tivesse dúvidas acerca da pretensão do demandado, não concederia uma *exceptio*, mas, desde logo, uma *denegatio actionis*.

Na verdade, a hipótese fictícia é, como vimos<sup>2</sup>, uma parte da fórmula simplesmente introdutória, cuja tarefa é, tão-somente, a de remover as dificuldades à concessão duma *actio civilis*; mas a hipótese real — os factos a provar — subsiste tal como é. E a *exceptio* não cumpre a tarefa de remover essas dificuldades: não contesta a hipótese fictícia, mas só a hipótese real.

E, se algum obstáculo se deparasse à *exceptio (civilis)*, já o teria afastado a hipótese fictícia, parte da *intentio*: *v. g.* a condição de *non-civis* do demandado, obstáculo à sua *exceptio*, já a afastou a hipótese fictícia (*si civis Romanus esset*) constante da *intentio*.

A *exceptio* foi, no processo formular clássico, um expediente formal e substancialmente pretório e, se o pretor — e a jurisprudência — individualizou algumas *exceptiones* referindo-as a alguma *lex* ou *senatusconsultum*, nem por isso lhes retirou essa dupla natureza pretória<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Vid. D. 44,1,2pr.

<sup>2</sup> Vid. *supra* § 5.2.

<sup>3</sup> Estudaremos *infra*, em sede própria, as *exceptiones utiles*: § 9.5.1-3.

## § 6. A ficção da lei

### § 6.1 A *lex Cornelia de captivis*

§ 6.1.1 Além do pretor, a quem se deve a criação de algumas *fictiones iuris* e a execução de todas as ficções através da *actio ficticia*, também o legislador recorreu a este expediente na formulação de algumas *leges*, como os exemplos aqui apresentados revelam inequivocamente.

Segundo o *ius civile*, só podia testar quem gozasse da *testamenti factio* (activa) ininterruptamente desde a feitura do testamento até à morte<sup>1</sup>. Ora, sendo a *libertas* o primeiro e o fundamental requisito da capacidade testamentária<sup>2</sup>, é evidente que o cidadão romano aprisionado pelo inimigo e falecido *apud hostes*, tendo perdido a *libertas*, perdeu, em consequência, a *testamenti factio*: era livre quando redigiu o testamento, mas *servus hostis* ao falecer.

Porém, a invalidade dos testamentos (fruto da situação servil em que os romanos aprisionados pelos inimigos se encontravam quando faleciam *apud hostes*) traduzia uma flagrante injustiça, sobretudo em relação aos *milites* capturados ao serviço de Roma. Impunha-se fazer justiça.

§ 6.1.2 Foi, então, promulgada a *lex Cornelia* (provavelmente no ano 81 a.C.) que validou o testamento dos romanos falecidos *apud hostes* através da ficção de que o testador «*in hostium potestate non pervenisset*», ou seja, faleceu no momento em que foi capturado pelo inimigo e, portanto, quando ainda era livre.

É o que nos diz IULIANUS:

D. 28,1,12: «*Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmantur, ac si hi*

<sup>1</sup> Vid. ARANGIO-RUIZ, o.c. 532; e BIONDI, B., *Successione Testamentaria. Donazione* (Milão 1943) 100.

<sup>2</sup> Vid. FADDA, C., *Concetti Fondamentali del Diritto Ereditario Romano I* (Nápoles 1900) 114-117.

qui ea fecissent in hostium potestatem non pervenissent, et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet. quare servus heres scriptus ab eo, qui in hostium potestate decesserit, liber et heres erit seu velit seu nolit, licet minus proprie necessarius heres dicantur: nam et filius eius, qui in hostium potestate decessit, invitus hereditati obligatur, quamvis suus heres dici non possit, qui in potestate morientis non fuit».

O notável jurista romano diz-nos que os testamentos dos que tinham falecido no cativo são confirmados pela *lex Cornelia*, como se («perinde ... ac si») não tivessem sido aprisionados e, deste modo, a sua *hereditas* pertence ao *heres*; por isso, o *servus* instituído herdeiro por quem tenha falecido *apud hostes* será livre e herdará queira ou não queira, embora não se trate propriamente de um *heres necessarius*, pois também o *filius* do *captivus* morto no cativo é obrigado a adquirir a herança, ainda que, não estando sob a *potestas* do *pater* falecido, não seja um *suus heres*.

Este fragmento, cujo genuinidade não está em dúvida<sup>1</sup>, mostra-nos, na opinião de BUND, o teor e o alcance da *factio* introduzida pela *lex Cornelia*<sup>2</sup> que pretendeu suprimir o obstáculo ou o impedimento à validade dos testamentos feitos por romanos entretanto falecidos *apud hostes* — o testador deve ter, ininterruptamente, a *testamenti factio* ou seja, desde o momento da redacção do testamento até ao da sua morte —, em vez de abertamente o sacrificar<sup>3</sup>: a *lex* preferiu alterar os factos em vez de modificar o Direito.

Com a ficção («perinde ... ac si») de o testador ter falecido sem chegar a estar *in potestate hostium* e, portanto, sem ter perdido a

<sup>1</sup> BESELER entende interpolada a proposição [*et hereditas ... pertinet*], o que não infirma o teor e o alcance da *factio* no início do texto. GARCIA GARRIDO (*Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 20-21) defende a genuinidade da decisão de IULIANUS.

<sup>2</sup> Vid. BUND, *o.c.* 129.

<sup>3</sup> Veremos, *infra* § 8.2, as razões que explicam a utilização desta via indirecta pela *lex*: referir-nos-emos aos motivos gerais. Cfr., entretanto, BUND, *o.c.* 130.

sua *libertas*, o testamento é perfeitamente válido, pois o testador em momento nenhum perdeu a sua *testamenti factio*; e, sendo válido, falar-se-á duma *hereditas testata* que produz todos os seus efeitos jurídicos<sup>4</sup>.

Por isso, o *heres* testamentário pode demandar os devedores hereditários com as mesmas *actiones* do *de cuius*; somente o pretor manda fingir, por determinação ou sugestão legal, que o testador não faleceu *in potestate hostium* e, em consequência, o *heres* instituído é o verdadeiro titular dos créditos (e das dívidas) *ex iure civili*.

Deste modo, num eventual conflito entre o herdeiro testamentário (*Aulus Agerius*) e um filho (*Numerius Negidius*) devidamente deserddado pelo testador *captivus*, a fórmula da *actio ficticia*, através da qual o *heres* pede a herança cujos bens o *filius* detém, teria por modelo a da *hereditatis petitio*<sup>5</sup>:

*Iudex esto.*

*Si L. Titius in potestatem hostium non pervenisset, tum si paret hereditatem L. Ti. ex iure Quiritium Ai. Ai. esse, si arbitrato tuo res Ag. Ao. non restituetur, quanti ea res est tantam pecuniam Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito.*

Trata-se de uma *fictio* utilizada por uma *lex* e, no seu cumprimento, o pretor limita-se a ordenar ao juiz que repete o testador falecido «*si in potestatem hostium non pervenisset*». Estamos, assim, perante uma *fictio legis*.

É óbvio que, graças a esta *fictio*, se conciliaram duas exigências opostas: por um lado, fez-se justiça e quem falecia *apud hostes* e manifestara a *voluntas* de o seu património ter um certo titular; por outro, manteve-se (formalmente) sólido o princípio jurídico de que a perda da *libertas* (provocada pelo

<sup>4</sup> Faremos no II vol.º deste trabalho um estudo mais pormenorizado da *fictio legis Cornelia* e do *postliminium*. Cfr., entretanto, PUGLIATTI, o.c. 662; HUMBERT, G., *Fictio em DAGR II — 2.º partie (F-G)* (1896) 1112; DE RUGGIERO, o.c. 186; ARANGIO-RUIZ, o.c. 51; HACKL, o.c. 253-254; e GUARINO, A., *Diritto Privato Romano*<sup>6</sup> (Nápoles 1981) 263.

<sup>5</sup> Vid. LENEL, o.c. 177.



aprisionamento dum *civis Romanus*) motivava a incapacidade de testar e, conseqüentemente, a invalidade dos testamentos mesmo feitos antes da captura pelos inimigos.

Numa palavra: salvou-se um princípio jurídico fundamental intimamente ligado ao conceito de cidadania sem prejuízo dos novos valores ético-jurídicos, segundo os quais os testamentos, feitos pelos romanos capturados pelos inimigos do *Populus Romanus*, deviam ser válidos.

Poderia a *lex* ter sido mais ousada e decretar directa e abertamente a validade dos testamentos de romanos falecidos *apud hostes*?

Se actuasse desse modo, poria em causa o conceito de cidadania, pois deixaria de apoiar-se na *libertas* considerada em Roma uma *res inaestimabilis*. E o próprio ordenamento jurídico ficaria seriamente abalado nos seus alicerces mais profundos.

Por estas razões e, decerto, igualmente orientada pelo espírito conservador da *iurisprudencia* em particular e do *populus Romanus* em geral, a *lex Cornelia* utilizou uma via fictícia, graças à qual se obteve uma verdadeira transacção entre o Direito existente e os novos valores ético-jurídicos. Transacção meramente formal, pois, no aspecto material ou substantivo, estes valores impuseram-se irreversivelmente, criando uma nova disciplina jurídica.

## § 6.2 A *lex Iunia Norbana*

§ 6.2.1 Também a *lex Iunia Norbana*<sup>1</sup> recorreu — e por duas vezes — à *fictio iuris*, através da qual veio a elaborar-se a categoria dos *Latini Iuniani* inferior à dos *Latini Prisci* e à dos *Latini Coloniarii*.

Interessa, para melhor a compreendermos, referir os seus antecedentes.

<sup>1</sup> A expressão *Iunia Norbana* só aparece nas *Institutiones* de Justiniano (I. 1,5,3). Os restantes textos, que se lhe referem, chamam-lhe, apenas, *Iunia*. Esta curiosidade foi notada por GIRARD, P. F., *Manuel Élémentaire de Droit Romain*<sup>8</sup> (Paris 1929) 138.

Na *Respublica* romana permaneceu imutável a concepção segundo a qual o *Populus Romanus Quiritium* era exclusivamente constituído por *cives*, sendo estranhos os *Latini*, os *barbari* e os *peregrini*. Esta concepção exclusivista não se alterou na época clássica; apenas mudaram «*sempre più sensibilmente i criteri di ammissione alla cittadinanza romana dei non romani*», como refere GUARINO<sup>2</sup>.

Porém, Roma não vivia isolada do mundo e bem cedo estabeleceu relações com os povos vizinhos do *Latium*, chegando mesmo a federar-se com eles. Daí, a frequência das relações entre *cives romani* e *Latini* (chamados *prisci* ou *veteres*, a quem o *Ius Romanum proprium Quiritium* reconheceu o *ius suffragii*, o *ius commercii* e o *ius conubii*<sup>3</sup>.

Ao lado destes *Latini prisci* (ou *veteres*) — que, depois da guerra latina de 338 a.C., se constituíram em municípios romanos —, aparece a categoria dos *Latini coloniarii*, que eram os membros de colónias fundadas pela *civitas* de Roma e aos quais foi outorgada quase a mesma condição jurídica dos antigos *Latini*: gozavam do *ius commercii*, mas nem sempre do *conubium* com *cives romani*<sup>4</sup>.

Havia, portanto, além dos *cives romani*, outras categorias de indivíduos a quem o *Ius Romanum* reconhecia determinados direitos de carácter público e privado, quando a *lex Iunia Norbana* surgiu, provavelmente no ano 19<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Vid. GUARINO, *Storia*, cit. 335.

<sup>3</sup> Como refere CUQ, os *Latini* sempre foram, entre os povos estrangeiros, os mais favorecidos: além do *commercium agrorum* (podiam mancipar, obrigar-se por *nexum*, testar, legar e ser instituídos herdeiros e legatários), adquiriam a cidadania romana de pleno direito sob certas condições: bastava aos *Latini veteres* residir em Roma. Vid. CUQ, E., *Les Institutions Juridiques des Romains* (Paris 1891) 707-708; FUENTESECA, P., *Derecho Privado Romano* (Madrid 1978) 76; ARANGIO-RUIZ, o.c. 54; e KASER, M., *Das römische Privatrecht*<sup>4</sup> (Munique 1965) 22.

<sup>4</sup> Vid. FUENTESECA, o.c. 7 e 76. Segundo CUQ (o.c. 708), o *conubium* terá sido concedido individualmente ou através de tratados especiais com esta ou aquela cidade.

<sup>5</sup> É uma data praticamente assente, apesar de algumas dúvidas. V. g. STEINWENTER situa-a entre 710 e 727 (de Roma) e D'ORS aceita a data de

E surgiu para quê?

Já na época republicana generalizou-se a prática de formas irregulares de *manumissio* de *servi*: em vez de recorrerem às *manumissiones vindicta, censu aut testamento*, previstas no *ius civile*, os *domini* dispensavam as suas formalidades, manumitindo os escravos através duma simples declaração de vontade.

Aos indivíduos assim manumitidos, os *domini* não exigiam serviços e, segundo STEINWENTER, nem sequer tomavam, para si, as aquisições daqueles a quem atribuíam, de facto, uma verdadeira *libertas*<sup>6</sup>. Porém, não tendo esta *libertas* valor jurídico (em face do *ius civile*), alguns *domini* ter-se-iam arrependido, faltando, assim, à sua palavra.

A opinião pública censurou tais atitudes que manifestavam uma intolerável falta de carácter e de respeito pela palavra e, a fim de pôr termo a tais abusos, interveio o pretor reconhecendo essas formas irregulares de *manumissio* (chamadas *manumissio inter amicos, per convivii adhibitionem* ou *per mensam* e *per epistulam*<sup>7</sup>). A *vindicatio in servitute* foi rejeitada e assegurou-se, deste modo, o gozo duma espécie de liberdade de facto.

Todavia, porque tais manumitidos continuavam *servi* nos termos do *ius civile*, a nova situação de facto (protegida, embora debilmente, pelo pretor) entrava em litúgio com a situação jurídica civil e tornou-se necessário alterar esta para se ajustar àquela: impunha-se uma medida legislativa.

GIRARD de 44 a 27 a. C. Vid. STEINWENTER, A., *Latini Iuniani* em *PW* 12 (1925) 912; D'ORS, A., *Estudios Sobre la «Constitutio Antoniniana»* em *AHDE* 15(1944) 177<sup>2</sup>; GIRARD, *o.c.* 138; e GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 326.

<sup>6</sup> Vid. STEINWENTER, *o.c.* 911.

<sup>7</sup> Segundo WLISSAK, a lei só refere a *manumissio inter amicos*, talvez por ser a única reconhecida pelo pretor ou por ser a modalidade mais usada. Necessária era, no Direito clássico, uma declaração de vontade dirigida à libertação. Vid. WLISSAK, M., *Die prätorischen Freilassung* em *SZ* 26(1905) 377-380; e SANTOS JUSTO, A., *A Situação Jurídica dos Escravos em Roma*, sep. do *BFDC* 59(1983) 20-21. Cfr. ainda KASER, *Das römische Privatrecht*, cit. 69.

§ 6.2.2 É, então, que surge a *lex Iunia Norbana* referida por GAIUS:

3,56: «*Quae pars iuris ut manifestior fiat, admonendi sumus id, quod alio loco diximus, eos qui nunc Latini Iuniani dicuntur olim ex iure Quiritium servos fuisse, sed auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos; unde etiam res eorum peculii iure ad patronos pertinere solita est; postea vero per legem Iuniam eos omnes, quos praetor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse et appellatos esse Latinos Iunianos: Latinos ideo, quia lex eos liberos perinde esse voluit atque si essent cives Romani ingenui qui ex urbe Roma in Latinas colonias deducti Latini coloniari esse coeperunt; Iunianos ideo, quia per legem Iuniam liberi facti sunt, etiamsi non essent cives Romani. Legis itaque Iuniae lator cum intellexeret futurum, ut ea fictione res Latinorum defunctorum ad patronos pertinere desinerent, quia scilicet neque ut servi decederent, ut possent iure peculii res eorum ad patronos pertinere, neque liberti Latini hominis bona possent manumissionis iure ad patronos pertinere, necessarium existimavit, ne beneficium istis datum in iniuriam patronorum converteretur, cavere voluit, ut bona eorum proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset; itaque iure quodammodo peculii bona Latinorum ad manumissores ea lege pertinent».*

GAIUS diz-nos que os *Latini Iuniani*, outrora escravos, gozavam de uma liberdade aparente devido à acção do pretor; e os seus bens pertenciam aos patronos<sup>1</sup> *ex iure peculii*.

Surgiu, então, a *lex Iunia* a reconhecer-lhes a *libertas* (civil), passando a chamar-se *Latini Iuniani*: *Latini*, por a lei os ter querido livres como se («*perinde ... atque si*») fossem cidadãos romanos ingénuos que, levados para as colónias latinas, passaram

<sup>1</sup> Segundo SOLAZZI, a locução *ad patronos* é censurável porque os bens pertencem, *iure peculii*, ao *dominus* e não ao *patronus*. Mas já é familiar a GAIUS a locução *proinde ... atque si esset*. Vid. SOLAZZI, S., *Notae* (Gai 3,56) em SDHI 3(1937) 145-149.

a ser *Latini coloniarii*; *Iuniani*, por a *lex Iunia* lhes ter reconhecido essa *libertas*.

Porém, como os bens desses *Latini* deixariam de pertencer, à sua morte, aos respectivos patronos (afastados pelos *liberi* que estavam no 1.º grupo *iure civili et praetorio*), a lei, para os não prejudicar, dispôs que tais bens pertenceriam aos manumissores, como se («*proinde ... ac si*») não existisse.

A *lex Iunia* equiparou aos *Latini coloniarii* os manumitidos sem a observância das solenidades exigidas pelo *ius civile*, mas protegidos pelo pretor; contudo, a fim de não prejudicar os manumissores, finge que não existe e, portanto, morrendo escravos, os seus bens pertencerão, *iure peculii*, os (ex)-*domini*.

Deste modo, surgiu uma nova categoria de *Latini* — a dos *Latini Iuniani*<sup>2</sup> — com uma situação jurídica *sui generis*, inferior à dos restantes *Latini*: gozavam do *ius commercii inter vivos*<sup>3</sup>, mas não *mortis causa*. Por se fingir que morriam escravos, não tinham a *testamenti factio* activa e passiva; destarte, não podiam fazer testamento, ser instituídos herdeiros nem beneficiar de legados<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Note-se que os *servi* manumitidos por quem só dispunha da propriedade bonitária não podiam ser civilmente manumitidos; por isso, tornavam-se também *Latini Iuniani* em virtude da *lex Iunia Norbana*. Passaram a ser igualmente *Latini Iuniani*: em virtude da *lex Aelia Sentia*, o escravo menor de 30 anos não liberto pela *manumissio vindicta*; o escravo tornado livre por ter sido abandonado velho e doente pelo seu *dominus*, segundo um *edictum* de Cláudio; e, mais tarde, em virtude duma *constitutio* de Constantino, o escravo denunciador dum crime de rapto. Vid. GIRARD, o.c. 138-139. Cfr., sobre a *lex Aelia Sentia*, *infra* § 6.3(1-2).

<sup>3</sup> Segundo STEINWENTER (o.c. 918), os *Latini Iuniani* não tinham direitos políticos, mas podiam adquirir, em condições não muito difíceis, o direito de cidadania: v. g. pelo casamento e por fecundidade; em virtude de serviços prestados à administração, sobretudo em matéria de polícia (segundo a *lex Visellia de libertinis* do ano 24), de alimentação, de limpeza; por um privilégio imperial; etc.

<sup>4</sup> A *lex Iunia* não permitia *capere hereditatem*, mas, devido a interpretação restritiva, a jurisprudência excluiu o fideicomisso. Também a proibição do testamento militar estava excluída. Cfr. GAIUS 1,24; 2,101; 2,275. Vid. BIONDI, *Successione*, cit. 294; FUENTESECA, o.c. 7 e 11; GARCIA GARRIDO, M. J., *Derecho Privado Romano. I Instituciones*<sup>2</sup> (Madrid 1984) 447; ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano I*<sup>16</sup> (Madrid 1981) 67, 75 e 76; e D'ORS, *Derecho*, cit. 273, 274 e 329.

Numa palavra: ocupavam uma posição híbrida entre a liberdade e a escravidão, bem vista pela doutrina ao referir que «*vivant scilicet quasi ingenui et moriantur ut servi*»<sup>5</sup>.

Acabamos de ver — e é opinião unânime — que a *lex Iunia Norbana* utilizou duas ficções: a de considerar *Latini coloniarii* os escravos manumitidos sem a prática das solenidades civilmente exigidas; e a de a própria *lex* se considerar inexistente. Através da primeira, é reconhecida ao *Latinus Iunianus* o *ius commercii inter vivos*; graças à segunda, é-lhe negada a *testamenti factio* activa e passiva.

Servindo-se da primeira *fictio*, a *lex Iunia Norbana* atingiu os efeitos desejados sem abalar formalmente o rígido sistema oferecido às *manumissiones servorum* pelo *ius civile*; recorrendo à segunda, assegurou aos *ex-domini* direitos dificilmente reconhecíveis doutro modo, sem abalar a coerência do sistema jurídico: o *ius manumissionis* só raramente — na ausência de *liberi* — funcionaria; e o *ius peculii* nunca se aplicaria. Agora, o *dominus* tem o *ius peculii* e não o precário *ius manumissionis*.

Imaginemos uma situação de conflito entre o *ex-dominus* que reivindica uma *res* do seu liberto (*Latinus Iunianus*) e um descendente deste que a detém. A fórmula da respectiva *actio ficticia* seria a seguinte:

*Iudex esto.*

*Si lex Iunia Norbana non esset, tum si pareret res, de qua agitur, ex iure peculii Ai. Ai esse, si arbitrato tuo res Ao.*

<sup>5</sup> As proibições da *lex Iunia Norbana* foram sucessivamente revogadas. No ano 42, o *sc. Largianum* estabelece que, depois do patrono, recebem os bens do *Latinus Iunianus* os *liberi* deste; a seguir, o parente mais próximo; e, finalmente, os herdeiros do patrono. Também chegou a admitir-se que os *Latini Iuniani* podiam ser instituídos herdeiros, embora só pudessem adquirir se, no momento da morte do testador ou dentro de 100 dias após a *delatio*, se tornassem *cives romani*. Finalmente, Justiniano aboliu a *lex Iunia Norbana*, equiparando os *Latini Iuniani* aos civilmente manumitidos: C. 7,6,1,1. Vid. GUARINO, *Storia*, cit. 336; BURDESE, *o.c.* 176, 753 e 787; e VOLTERRA, E., *Istituzioni di Diritto Privato Romano* (Roma 1961) 72, 708, 710, 714 e 798.

*Ao. non restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. condemnato; si non paret, absolvito.*

Com fundamento na *lex Iunia Norbana*, o pretor ordena ao juiz que, fingindo-a inexistente, condene o descendente do *Latinus Iunianus* (*Numerius Negidius*) a restituir a *res* que pertence ao *ex-dominus* (*Aulus Agerius*) *ex iure peculii* ou a pagar a *pecunia* a determinar.

Podemos imaginar, igualmente, um confito entre o adquirente de uma *res*, por *mancipatio*, a um *Latinus Iunianus* e o *ex-dominus* deste que a detém, após a sua morte. A fórmula da *actio ficticia*, modelada na *rei vindicatio*, seria:

*Iudex esto.*

*Si lege Iunia Norbana L. Titius Latinus coloniarius esset, tum si paret eum fundum, de quo agitur, ex iure Quiritium Ai. Ai. esset, si is fundus arbitrato tuo Ao. Ao. non restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito.*

O pretor ordena ao juiz que finja (assim o determina a *lex Norbana*) o *mancipans* (*Lucius Titius*) *Latinus coloniarius*; e, sendo-o, ordena-lhe que prove se houve *mancipatio* e, portanto, se o *fundus* pertence (*ex iure Quiritium*) ao adquirente (*Aulus Agerius*). Provada a *mancipatio*, o *ex-dominus* (*Numerius Negidius*) será condenado se não restituir o *fundus*.

Em ambas as hipóteses, o pretor mandava fingir porque assim o determinava a *lex Iunia Norbana*.

Estamos, também aqui, perante duas *fictiones legis*.

### § 6.3 A *lex Aelia Sentia*

§ 6.3.1 Outra *lex*, que parece ter utilizado uma *fictio*, é a *lex Aelia Sentia* cujo estudo exige, também, a abordagem prévia da situação que veio disciplinar.

Apesar das várias obrigações que oneravam os libertos a favor dos patronos e se podem reconduzir ao *obsequium*, às *operae* e aos *bona*<sup>1</sup>, decerto muito do agrado dos *cives Romani*, o excessivo número de libertos em Roma reduziu-os a uma classe medíocre, turbulenta e socialmente perigosa, situação agravada pela abundância de manumissões ditadas, as mais das vezes, por sentimentos de pura vanidade e desejos de ostentação. Penetrava, assim, na cidadania romana, uma mistura de raças (grega, síria, fenícia, judia, africana, etc.) que debilitava os *mores* e ofendia o velho orgulho de um *populus* que se julgava superior<sup>2</sup>.

Impunha-se terminar com a anarquia, ripristinar os velhos costumes e repor o verdadeiro sentido nacional.

<sup>1</sup> O *obsequium* (*reverentia, honor*) é o dever de respeito que o liberto deve ao patrono e aos seus descendentes. Este dever justifica a impossibilidade de o liberto demandar o seu patrono sem autorização do magistrado e a limitação da *condemnatio* pelo valor dos seus bens: GAIUS 4,46: I. 4,6,38. As *operae* consistem na obrigação de o liberto prestar serviços ao patrono depois da sua *manumissio*. Era um simples dever moral e, como tal, insusceptível de ser questionado em juízo. Porém, ordinariamente, o patrono fazia que o liberto lhe promettesse — num juramento antes da *manumissio* e renovado depois (*iusiurandum liberti*) — a prestação desses serviços, surgindo, então, uma *actio* (*iudicium operarum*). Refira-se, todavia, a intervenção do pretor que, no seu edicto, declarava inexecutórias certas convenções ofensivas de uma verdadeira *libertas*: D. 38,2,1pr.; -38,2,1,2; -44,5,1,5. Os *bona* traduzem-se numa obrigação alimentar recíproca entre o liberto e o patrono (e seus descendentes) e justificavam o direito de tutela sobre o liberto impúbere ou sobre a liberta e, quando o liberto morria sem descendentes, um direito de sucessão *ab intestato* a favor do patrono.

Estas diferentes obrigações do liberto cessavam para penalizar o patrono que: «*libertum capitis accusaverit aut in servitutum petierit*» (D. 38,2,14pr.); lhe recusasse alimentos (D. 37,14,5,1); tivesse locado as *operae* (*locatio conductio operarum*); e cessavam, também, em virtude da concessão ao liberto da *restitutio natalium* que o assimilava a um ingénuo (D. 40, 11, 2).

Vid. GIRARD, *o.c.* 135-138; e D'ORS, *Derecho*, cit. 274 e 549-550.

<sup>2</sup> Vid. FUENTESECA, *o.c.* 11; KASER, *Römisches Privatrecht*<sup>4</sup>, cit. 69-70; e GUARINO, *Storia*, cit. 396.



§ 6.3.2 Tal foi o objectivo de duas *leges* de Augusto: a *lex Fufia Canina*, do ano 2, que obrigou os testadores a mencionarem os nomes dos escravos manumitidos e introduziu um limite progressivo às manumissões, segundo o número de escravos possuídos; e a *lex Aelia Sentia*, do ano 4, que estabeleceu o seguinte:

- a) não podem manumitir os *domini* que sejam menores de 20 anos, nem ser manumitidos escravos menores de 30 anos, excepto na *manumissio vindicta* e (mesmo nesta) sede houver *iusta causa*<sup>1</sup> a provar («*causae adprobatio*»), em Roma, perante um *consilium* de 5 senadores e 5 cavaleiros; e, nas províncias, perante 20 *recuperatores*<sup>2</sup>;
- b) não podem manumitir os *domini in fraudem creditorum*, sendo nulas estas *manumissiones*<sup>3</sup>;

<sup>1</sup> Cfr. GAIUS 1,19. Excepções à proibição de manumitir, que funcionam como *iusta causa*, são, v. g.: a *manumissio matrimonii causa* se o matrimónio se realizar dentro de 6 meses e o liberto não se divorciar por sua iniciativa (D. 23,2,51pr.); e o parentesco em linha directa com o escravo.

HERNÁNDEZ TEJERO refere um contraste entre GAIUS e ULPIANUS acerca da situação jurídica do escravo menor de 30 anos manumitido — *per vindictam* — *sine iusta causa*: GAIUS (1,17) refere que será *Latinus*, enquanto ULPIANUS (1,12) diz que é *servus* de César. O romanista espanhol inclina-se para a doutrina de ULPIANUS cujo texto julga mais preciso em comparação com o de GAIUS que lhe parece glosado. Vid. HERNÁNDEZ TEJERO, F., *Varia Romana III* em *AHDE* 15(1944) 676-681. Cfr. ainda: VOLTERRA, o.c. 654<sup>2</sup>; e GIRARD, o.c. 133-134.

<sup>2</sup> Cfr. GAIUS, 1,19-20 e 1,39. Vid. STEINWENTER, o.c. 911.

<sup>3</sup> Era, todavia, permitida a *manumissio* no caso de o liberto ser o único *heres*, para evitar a nulidade do testamento e a *proscriptio bonorum* em nome do defunto: D. 28,5,58(57).

A proibição da *manumissio in fraudem creditorum* foi estendida aos proprietários peregrinos por um *sc. de manumissionibus in fraudem creditorum* emitido no tempo de Adriano: GAIUS 1,47.

Vid. D'ORS, *Derecho Privado*, cit. 213<sup>4</sup> e 315; GUARINO, *Storia*, cit. 397; e XAVIER D'ORS, *La Ley «Aelia Sentia» y las «Manumissiones Testamentarias»* (Una *Exégesis* de D. 40,9,5,2 e D. 40,1,21) em *SDHI* 40(1974) 429.

c) são *peregrini dediticii* os manumitidos que, sendo escravos, sofreram penas infamantes<sup>4</sup>; não podem residir num círculo a menos de 100 milhas de Roma<sup>5</sup>; e não têm a *testamenti factio* activa e passiva.

Todos os *servi* manumitidos *contra legem Aeliam Sentiam* — e cujas manumissões não estavam previstas nas suas *exceptiones* — passaram a ter, portanto, dois estatutos: o dos *liberti aeliani* e o dos *dediticii aeliani*. Os primeiros eram latinos; os segundos eram equiparados aos peregrinos deditícios. Aqueles, não sendo *cives Romani*, podiam, todavia, obter a *civitas* com alguma facilidade<sup>6</sup>; estes, embora livres, eram *nullius certae civitatis*: não pertenciam a nenhuma comunidade política juridicamente organizada e nem podiam obter a *civitas* romana<sup>7</sup>.

Feita esta breve resenha, urge, agora, analisar a *factio* (ao que se diz) utilizada pela *lex Aelia Sentia*.

<sup>4</sup> Cfr. GAIUS 1,13. Sendo *dediticii (aeliani)*, não tinham acesso à *civitas*: eram equiparados aos inimigos sem cidadania. Como sabemos, eram duas as categorias de *peregrini*: os *peregrini alicuius civitatis* pertenciam a uma cidade voluntariamente submetida a Roma que deixou intacta a sua organização; e os *peregrini dediticii*, os povos que, em guerra com Roma, se renderam ou não estavam organizados em cidade.

A *lex Aelia Sentia*, ao considerar deditícios os *servi* manumitidos que tinham sofrido penas infamantes, permitiu formar a categoria dos *dediticii aeliani*.

Vid. D'ORS, *Derecho Privado*, cit. 274; GARCIA GARRIDO, *Derecho*, cit. 44; KASER, *Römisches Privatrecht*<sup>4</sup>, cit. 22; e VOLTERRA, *o.c.* 65.

<sup>5</sup> Cfr. GAIUS 1,27. Se residissem dentro de um raio de 100 milhas de Roma, seriam recolocados *in perpetuo* em servidão e vendidos em hasta pública com a proibição de serem manumitidos. Vid. VOLTERRA, *o.c.* 61 e 73.

<sup>6</sup> Cfr. GAIUS 1,28-35. Vid. VOLTERRA, *o.c.* 66; GUARINO, *Storia*, cit. 336 e 397; e GIRARD, *o.c.* 139.

<sup>7</sup> Cfr. GAIUS 1,15. Só Justiniano aboliu a categoria dos *dediticii aeliani* e, das disposições da *lex Aelia Sentia*, apenas manteve em vigor as referentes às *manumissiones in fraudem creditorum* e as realizadas por menores de 20 anos. Vid. VOLTERRA, *o.c.* 73; FUENTESECA, *o.c.* 11; BURDESE, *o.c.* 178; e D'ORS, *Estudios*, cit. 171.

Sobre a incapacidade de *conubium* e de *commercium mortis causa*, vid. FREZZA, P., *Le Forme Federative e la Struttura dei Rapporti Internazionali nell' Antico Diritto Romano* em SDHI 4(1938) 419-420.

A doutrina, pacífica ao reconhecer uma *factio*, discorda, todavia, quanto ao seu objecto; impõe-se, deste modo, recorrer às fontes e, sobretudo, a GAIUS:

1,13: «*Lege itaque Aelia Sentia cavetur ut qui servi a dominis poenae nomine vincti sint (...) et postea vel ab eodem domino vel ab alio manumissi, eiusdem condicionis liberi fiant, cuius condicionis sunt peregrini dediticii*».

GAIUS diz-nos que os *servi*, que sofreram penas infamantes e foram, posteriormente, manumitidos, tornam-se livres, mas ficam na condição dos peregrinos deditícios. Estes libertos «*numquam aut cives Romanos aut Latinos fieri dicemus*», refere, ainda, GAIUS (1,15).

1,16: «*Si vero in nulla tali turpitudine sit servus, manumissum modo civem Romanum modo Latinum fieri dicemus*».

Neste fragmento, GAIUS refere que o *servus* não-torpe se torna, após a sua manumissão, *civis Romanus aut Latinus*: se a manumissio não contrariou a *lex Aelia Sentia*, o liberto será cidadão romano; se foi *contra legem*, tornar-se-á latino, como esclarece em:

1,17: «*Nam in cuius persona tria haec concurrunt, ut maior sit annorum triginta, et ex iure Quiritium domini, et iusta ac legitima manumissione liberetur, id est vindicta aut censu aut testamento, is civis Romanus fit; sin vero aliquid eorum deerit, Latinus erit*».

Seguidamente, e a propósito dos *Latini Iuniani*, GAIUS diz:

1,23: «*Non tamen illis permittit lex Iunia vel ipsi testamentum facere, vel ex testamento alieno capere...*».

A *lex Iunia* (Norbana) retira aos *Latini Iuniani* a *testamenti factio*, embora «*alioquin per fideicommissum capere possunt*»,

acrescenta GAIUS (1,24). Mas, relativamente aos deditícios, o jurisconsulto refere:

1,25: «*Hi vero qui dediticiorum numero sunt, nullo modo ex testamento capere possunt (...), nec ipsi testamentum facere possunt secundum id quod magis placuit.*»

Os deditícios também não têm capacidade testamentária (activa e passiva) e nem sequer podem receber fideicomissos: a sua posição jurídica é, neste aspecto, pior que a dos *Latini Iuniani*, como o próprio GAIUS refere:

1,26: «*Pessima itaque libertas eorum est qui dediticiorum numero sunt; nec ulla lege (...) aditus illis ad civitatem Romanam datur.*»

**Em conclusão:** segundo a *lex Aelia Sentia*, podemos indicar três categorias de libertos: 1.<sup>a</sup> — a dos *Cives romani* (escravos manumitidos *secundum legem Aeliam Sentiam*); 2.<sup>a</sup> — a dos *Latini Aeliani* (escravos que não sofreram penas infamantes, mas foram manumitidos *contra legem Aeliam Sentiam*); 3.<sup>a</sup> — a dos *Dediticii Aeliani* (escravos libertados que tinham sofrido penas infamantes).

Classificadas estas situações, impõe-se estudar, agora, a *fictio legis Aeliae Sentiae*. É ainda GAIUS que nos diz:

3,74: «*Eorum autem, quos lex Aelia Sentia dediticiorum numero facit, bona modo quasi civium Romanorum libertorum, modo quasi Latinorum ad patronos pertinent.*»

3,75: «*Nam eorum bona qui, si in aliquo vitio non essent, manumissi cives Romani futuri essent, quasi civium Romanorum patronis eadem lege tribuuntur. Non tamen hi habent etiam testamenti factionem; nam id plerisque placuit, nec inmerito: nam incredibile videbatur pessimae condicionis hominibus voluisse legis latorem testamenti faciendi ius concedere.*»

3,76: «*Eorum vero bona qui, si non in aliquo vitio essent, manumissi futuri Latini essent, proinde tribuuntur patronis, ac si Latini decessissent. Nec me praeterit non satis in ea re legis latorem voluntatem suam verbis expressisse*».

GAIUS começa por nos referir que os bens dos *dediticii aeliani* pertencem aos seus patronos, como se esses bens fossem de libertos que se tornaram *cives Romani* ou *Latini*. E explica: se não tivessem cometido crime algum («*si in aliquo vitio non essent*») seriam libertos com o *status* de *cives Romani* (3,75); ou seriam *Latini* (3,76). E bem se compreende: não sendo *deditícios*, seriam *cives romani* no caso de uma *manumissio secundum legem* (*Aeliam Sentiam*) ou *Latini* se, porventura, a sua libertação fosse *contra eandem legem*.

Sabemos que, *ex iure patronatus*, os bens dos *liberti* — sejam *cives Romani* ou *Latini* — pertencem (*iure civili aut iure praetorio*) aos patronos que estão no 2.º grupo da ordem sucessória, logo após o dos *liberi* (dos libertos)<sup>8</sup>; mas parece haver dúvidas quanto aos bens do *dediticius aelianus*: sendo colocado numa situação especial (de verdadeiro apátrida), a quem pertencerão os seus bens, após a sua morte?

Chegados aqui, deparamos com a doutrina dividida.

D'ORS entende que a *lex Aelia Sentia* não se expressou claramente acerca da sucessão do *deditício*, dando oportunidade a várias soluções como a de GAIUS, segundo a qual se finge que o *deditício* eliano não é *deditício*, exclusivamente para efeitos da sucessão nos seus bens pelo patrono: «*si in aliquo vitio non essent*». Julga, porém, que essa doutrina se relaciona confusamente com a falta da *testamenti factio*. Segundo D'ORS, a *lex Aelia Sentia* não proíbe expressamente a *testamenti factio*, diferentemente da *lex Iunia Norbana*; mas, limitando-se a assimilar os libertos (que sofreram penas infamantes) aos *deditícios*, supunha, implicitamente, a carência da *testamenti factio* que é, aliás, um resultado da falta de uma determinada cidadania. E, quanto à posição dos patronos, entende que o «nosso» GAIUS utiliza a ficção «*si non in*

<sup>8</sup> Vid., v. g. IGLESIAS, o.c. 763-764.

*aliquo vitio esset*», de modo que, falecendo o deditício eliano como se fosse *civis Romanus* ou *Latinus*, o seu manumissor herdaria *iure patronatus*<sup>9</sup>.

Esta interpretação choca, como D'ORS bem observou, com a de BESELER para quem os textos de GAIUS (3,74-76) são um produto da fantasia dum ignorante que, não conhecendo o texto da *lex Aelia Sentia*, interpretou insensata e arbitrariamente. Segundo BESELER, esta *lex* instrói o pretor a fingir não que o deditício seja um liberto romano ou latino, mas que «*dediticiorum numero factus non est*»: que é *servus* e, portanto, a herança (melhor seria: os *bona*) pertence, *iure peculii*, ao patrono (melhor, ao *dominus*). E, para melhor fundamentar a sua doutrina — segundo a qual é ainda anacrónico julgar como se o deditício tivesse morrido na condição de latino —, BESELER entende bastante interpolados os textos de GAIUS, como as expressões *in aliquo vitio*, *incredibile*, *legis actor*, etc.<sup>10</sup>.

À doutrina de BESELER opõe-se a clareza do discurso de GAIUS cujo obstáculo elimina considerando interpolados os respectivos textos. É, todavia, uma solução demasiado simplista e frágil a que se opõem quantos, como D'ORS, julgam que o texto (3,75), embora contendo algo de espúrio, não oferece motivos para adoptar a solução de BESELER.

De resto, neste fragmento e no imediatamente a seguir, GAIUS dá-nos uma justificação do que afirmou antes (3,74), pelo que as interpolações assinaladas por BESELER não podem merecer grande crédito<sup>11</sup>.

Sem nos aquietar a advertência de KRÜGER, segundo a qual é esforço vão querer investigar o teor da controvérsia a partir das escassas palavras do texto<sup>12</sup>, é ponto assente que, se não fossem deditícios, os libertos *contra legem Aeliam Sentiam seriam Latini*;

<sup>9</sup> Vid. D'ORS, *Estudios*, cit. 177-184.

<sup>10</sup> Vid. BESELER, *Miszellen* em SZ 47(1927) 356-357.

<sup>11</sup> As críticas de SOLAZZI a GAIUS (3,75) segundo as quais «*la frase 'nam incredibile ... concedere'*» é *indegna di un giurista romano*» não afastam, substancialmente, a genuinidade da decisão (quanto à  *fictio*) de GAIUS. Vid. SOLAZZI, S., *Glose a Gaio* em *Studi Riccobono* I (1936) 104-114.

<sup>12</sup> Vid. KRÜGER, P., *Die berliner Fragmente vorjustinianischer Rechtsquellen* em SZ 1(1880) 99.

e *cives Romani*, os manumitidos *secundum eandem legem*. Por isso, não referindo explicitamente os direitos dos seus patronos, a doutrina provavelmente integrou a lacuna sugerindo ao pretor a ficção «*si non in aliquo vitio essent*»; ou seja, como se os deditícios fossem libertos *cives Romani* ou *Latini*, o que implica o reconhecimento do *ius patronatus* aos respectivos patronos.

É esta a doutrina — sustentada por D'ORS e também por FREZZA<sup>13</sup> — que nos parece de seguir. Porém, não se trata, propriamente, de uma  *fictio*  da lei, mas da jurisprudência que, assim, integrava uma lacuna da *lex Aelia Sentia*.

Na verdade, enquanto na *lex Iunia Norbana* se finge que o *libertus* é *servus* — e, portanto, os seus bens pertencem, *iure peculii*, ao seu (ex)-*dominus* —, a *lex Aelia Sentia* nada refere, limitando-se a equiparar os escravos manumitidos (sem terem sofrido penas infamantes) aos *peregrini dediticii*. Coube à *iuris prudentia* resolver a questão acerca dos direitos dos patronos, tendo GAIUS recorrido à ficção de que os deditícios elianos eram *cives Romani* ou *Latini*, consoante a sua *manumissio* fosse *secundum* ou *contra legem Aeliam Sentiam*<sup>14</sup>.

Deste modo, à morte de um *dediticius aelianus* sem ter deixado *liberi*, o *patronus* suceder-lhe-ia *iure patronatus*. Podemos, assim, imaginar uma situação litigiosa em que o patrono (*Aulus Agerius*) reivindicava uma *hereditas* dum *dediticius aelianus* (*Lucius Titius*) em poder dum cognado (*Numerius Negidius*).

A fórmula fictícia poderia ser:

*Iudex esto.*

*Si Lucius Titius libertus civis Romanus Latinusve esset, tum si paret hereditatem Li. Ti. ex iure Quiritium Ai. Ai. esse, si arbitrato tuo res, de qua agitur, Ao. Ao. non*

<sup>13</sup> Vid. FREZZA, o.c. 421-423.

<sup>14</sup> GARCIA GARRIDO, que não admite, como vimos, as ficções jurisprudenciais, vê nesta *fictio* uma ficção da lei. Porém, como D'ORS escreve, a *lex Aelia Sentia* não se referiu claramente à sucessão do deditício, dando, assim, lugar à interpretação e à possibilidade de soluções várias, entre as quais a de GAIUS que apresenta a ficção de o deditício ser *civis Romanus*. Vid. GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 327-328; e D'ORS, *Estudios*, cit. 178-184.

*restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito.*

Trata-se de uma fórmula modelada na da *hereditatis petitio*<sup>15</sup>, em que o pretor ordena ao juiz que, fingindo ser cidadão romano ou latino o *dediticius aelianus*, averigüe se a herança pertence ao patrono (isto é, se não há *liberi*) e, em consequência, condene o cognado (visto pertencer ao 3.º grupo *iure praetorio*) a favor do patrono (que está no 2.º grupo *iure civili*).

§ 6.3.3 Todavia, encontramos uma verdadeira  *fictio legis*  numa *constitutio* de Trajano como GAIUS sugere:

3,72: «*Aliquando tamen civis romanus libertus tamquam Latinus moritur, velut si Latinus salvo iure patroni ab imperatore ius Quiritium consecutus fuerit. Nam, ut divus Traianus constituit, si Latinus invito vel ignorante patrono ius Quiritium ab imperatore consecutus sit, [quibus casibus] dum vivit iste libertus, ceteris civibus Romanis libertis similis est et iustos liberos procreat, moritur autem Latini iure, nec ei liberi eius heredes esse possunt; et in hoc tantum habet testamenti factionem, ut patronum heredem instituat eique, si heres esse noluerit, alium substituere possit.*»

GAIUS diz-nos que, por vezes, o libertus *civis Romanus* morre como se fosse latino; e dá-nos, como exemplo, um latino que, por decisão do imperador, obteve o *ius Quiritium* contra a vontade ou na ignorância do patrono. Este libertus terá, em vida, os mesmos direitos dos outros libertos que se tornam *cives Romani*; mas, apesar de morrerem como *Latinus*, os *liberi* não podem herdar porque ao seu *ius successionis* foi preferido, neste caso específico, o *ius patronatus*: «*salvo iure patroni*».

Esta situação compreende-se: o *libertus* obteve a liberdade do imperador contra a vontade ou mesmo na ignorância do *dominus*; sendo injusto privá-lo dos bens que, à morte do *libertus*, seriam herdados pelos seus *liberi*, Trajano decidiu que morria

<sup>15</sup> Vid. LENEL, *o.c.* 177.



*servus* para, deste modo, o *dominus* ser titular dos *bona iure peculii*<sup>1</sup>. Há, portanto, uma solução de compromisso: libertavam-se os escravos a fim de premiar determinados comportamentos; e assegurava-se aos *domini* a titularidade dos seus bens.

Deparamo-nos, nesta *constitutio* de Traiano, com a mesma *ratio* da *lex Iunia Norbana*: acautelar os interesses dos *ex-domini*, privilegiando-os em relação aos *liberi libertorum*. E, assim como esta *lex* recorreu a uma *fictio* para não abalar o regime jurídico da *successio* dos libertos e seus princípios inspiradores, também a *constitutio* de Traiano a deve ter utilizado. A mesma *ratio* e os mesmos obstáculos justificam e (decerto) impunham a mesma via (*ficticia*).

Estamos, portanto — tudo leva a crer —, em face de uma verdadeira *fictio legis*.

Simplemente, a axiologia jurídica não se fixa ahistoricamente à volta de certos valores ético-jurídicos, antes se renova constantemente para responder às novas necessidades que a vida transmite; e muitas soluções, no passado justas, tornam-se injustas à luz dos valores surgidos posteriormente. O equilíbrio assinalado rompeu-se e a nova *iustitia* reclamava a tutela dos *liberi* (e já não dos patronos) desses libertos.

Interveio, então, um *senatusconsultum* proposto por Adriano e referido por GAIUS:

3,73: «*Et quia hac constitutione videbatur effectum, ut ne unquam isti homines tamquam cives romani morerentur, quamvis eo iure postea usi essent, quo vel ex lege Aelia Sentia vel ex senatusconsulto cives Romani essent, divus Hadrianus iniquitate rei motus auctor fuit senatusconsulti faciendi, ut qui ignorante vel recusante patrono ab immeratore ius Quiritium consecuti essent, si eo iure postea usi essent, quo ex lege Aelia Sentia vel ex senatusconsulto, si Latini mansissent, civitatem Romanam consequerentur, proinde ipsi haberentur ac si lege Aelia Sentia vel senatusconsulto ad civitatem Romanam pervenissent*».

<sup>1</sup> Neste caso, *ius patroni* (em GAIUS 3,72) significa *ius peculii*.

Na opinião de GAIUS, estes libertos, que morrem como *servi*, não podiam gozer do benefício da *lex Aelia Sentia*, segundo a qual os manumitidos — sem terem sofrido penas infamantes — *secundum e contra eandem legem*, são, respectivamente, *cives Romani* e *Latini liberti* tanto em vida como na morte; por isso, morrendo escravos, os seus bens não constituem uma *hereditas* e pertencem, *iure peculii*, ao manumissor.

Era uma injustiça para os *liberi*, perpetuada pela circunstância de esses *liberti*, exactamente por o serem, não poderem gozar do benefício da *lex Aelia Sentia* e dum *senatusconsultum* que, dando-lhes a *civitas romana*, tão-só atribuíam aos patronos um *ius successionis* na ausência de *liberi*. Ora, para obterem a cidadania romana segundo a *lex Aelia Sentia* e esse *senatusconsultum*, era necessário que não fossem *liberi*, mas *servi*: era preciso fingir.

E foi o que fez o *senatusconsultum* proposto por Adriano que, nas palavras de GARCIA GARRIDO, «finge (...) que los latinos no habían adquirido anteriormente la ciudadanía en esas circunstancias de ignorancia o voluntad contraria del patrono para aplicarles sin reservas el beneficio de la ciudadanía. Se prescinde con ello de un impedimento de derecho que nos muestra estamos en presencia de una verdadera ficción»<sup>2</sup>.

**Numa palavra:** finge-se que os *liberti* não obtiveram a *libertas* por decisão do imperador — contra a vontade ou na ignorância dos *domini* — e, continuando *servi*, estava eliminado o obstáculo ao acesso à *civitas romana* nos termos da *lex Aelia Sentia* e do *senatusconsultum*. Por isso, falecendo *cives Romani*, os seus bens seriam herdados pelos *liberi*.

É óbvio que, sendo a nova situação jurídica criada por uma disposição legal — a *lex Aelia Sentia* ou um *senatusconsultum* — sem ter recorrido à *fictione*, a eventual *reivindicatio* da *hereditas* pelos *liberi* não precisava de ser fingida: aplicar-se-ia a normal *hereditatis petitio*<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 331. Cfr. ainda COLACINO, o.c. 271.

<sup>3</sup> A expressão «proinde (...) ac si (...) pervenissent» poderá fazer pensar que se finge a *civitas romana* nos termos da *lex Aelia Sentia* vel

## § 6.4 O sc. Neronianum

§ 6.4.1 Outra *fictio* (*legis*) utilizou-a o sc. Neronianum cuja proposta Nero formulou ao Senado, talvez no ano 60<sup>1</sup>.

Para bem entendermos a oportunidade e o objectivo desta *fictio*, é necessário fazer uma breve referência aos diversos tipos de legados da época clássica.

*senatusconsultum*. Parece-nos, todavia, que os *servi* (que o eram ficticiamente, segundo o *senatusconsultum* proposto por Adriano) recorriam à *lex Aelia Sentia* ou ao *senatusconsultum* — assim nos fazem pensar as palavras de GAIUS «*quamvis eo iure postea usi essent, quo vel ex lege Aelia Sentia vel ex senatusconsulto cives romnani essent*» e «*si eo iure postea usi essent, quo ex lege Aelia Sentia vel ex senatusconsulto, si Latini mansissent*» — e, como não há *fictio* nestas disposições legais, a nova situação jurídica era obtida sem *fictio*.

Afigura-se-nos, agora, fácil compreender as diferentes classes de Latini a quem o *Ius Romanum* reconhecia direitos: 1.ª — *Latini prisci* ou *veteres* (os homens da antiga liga criada pelo *foedus Cassianum* em 493 a.C. e dissolvida por Roma em 338 a.C. Não eram considerados estrangeiros, pertencendo à mesma comunidade nacional e jurídica. Gozavam do *ius commercii*, do *ius conubii*, do *ius suffragii*, tinham a *testamenti factio* e podiam ser tutores e pupilos); 2.ª — *Latini coloniarii* (os habitantes das colónias fundadas pela *civitas* de Roma e dum território favorecido com o *ius Latii*. Possuíam o *ius suffragii* quando se encontravam em Roma e gozavam do *ius commercii*. Não tinham o *ius conubii* com *cives Romani*, excepto se outorgado expressamente); 3.ª — *Latini aeliani* (os indivíduos manumitidos *contra legem Aeliam Sentiam*, que não tinham sofrido, enquanto *servi*, penas infamantes. Tinham o estatuto jurídico de *liberti* e, por isso, estavam sujeitos aos vários deveres para com o patrono (*obsequium, operae, bona*) que herdava, ainda, *ex iure patronatus*); 4.ª — *Latini iuniani* (os indivíduos manumitidos sem o cumprimento das solenidades exigidas pelo *ius civile* e que, segundo a *lex Iunia Norbana*, viviam como livres e morriam como *servi*; por isso, estavam sujeitos, em vida, aos deveres (*obsequium, operae, bona*) para com o patrono que, à sua morte, recebia os bens *iure peculii*); 5.ª — *Latini ex senatusconsulto rogato ab Traiano* (os indivíduos manumitidos pelo imperador sem ou contra a vontade dos *domini*. Viviam como livres e morriam como *servi*. A partir de um *senatusconsultum* rogado por Adriano, morrem também livres, podendo o patrono recolher os seus bens *iure patronatus* (na ausência de *liberi*) e não *iure peculii*). Vid. *supra* § 6(2-3.1 e 2) e especialmente § 6.3.1<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Vid. CRUZ, *Direito*, cit. 249.

Seguindo a tipologia de GAIUS (2,201-223), encontramos os seguintes legados —

- a) *Per vindicationem*: é um legado translativo de propriedade ou constitutivo de direitos reais. A propriedade (ou outro direito real — *v. g.* um direito de servidão e um usufruto — transfere-se imediatamente para o legatário após a aceitação da *hereditas*, dispondo o legatário, como verdadeiro *dominus ex iure Quiritium*, da *rei vindicatio*. Será válido *iure civili* se, além da utilização, pelo testador, da fórmula correcta<sup>2</sup>, o objecto legado pertencer ao testador «*utroque tempore, id est et quo faceret testamentum et quo moreretur*» tratando-se de *res* não-fungível e *mortis tempore* no caso de *res* fungível.
- b) *Per damnationem*: é um legado em que o testador impõe ao *heres* a obrigação de prestar algo ao legatário. Porque só gera uma *obligatio* e nenhum direito real se transmite, o objecto (*certum* ou *incertum*, *facere* ou *non-facere*, presente ou futuro) tanto podia pertencer ao testador como ao herdeiro e até mesmo a um terceiro<sup>3</sup>. A sua fórmula típica era «*heres meus Stichum servum meum dare damnas esto*», mas podia utilizar-se, também, *dato*<sup>4</sup>. O legatário goza, contra o *heres*, de uma *actio* (*personalis ex testamento*).
- c) *Sinendi modo*: é um legado em que o testador impõe ao *heres* a obrigação de cumprir uma prestação negativa: deve tolerar ou permitir que o legatário se apodere da coisa legada ou utilize a faculdade desejada pelo disponente. Tinha a fórmula «*heres meus damnas esto*

<sup>2</sup> A fórmula primeiramente referida por GAIUS é: «*Titio hominem Stichum do lego*». Mas poder-se-ia utilizar um dos verbos — *do aut lego* — ou, ainda, *sumito, sibi habeto, capito*. Cfr. GAIUS 2,193.

<sup>3</sup> Cfr. GAIUS 2,202-3; e BIONDI, *Successione*, cit. 272-273.

<sup>4</sup> Cfr. GAIUS 2,201.

sinere *L. Titium hominem Stichum sumere sibi que habere* e o seu objecto tanto podia pertencer ao testador como ao herdeiro. O legatário tem uma *actio (personalis) ex testamento* contra o herdeiro<sup>5</sup>.

- d) *Per praeceptionem*: é um letgado em que o testador ordena que o legatário terá preferência sobre a coisa legada, que devia fazer parte da *hereditas*. Tinha a fórmula «*L. Titius hominem Stichum praecipito*» e, enquanto os sabinianos entendiam só poder constituir-se a favor de um co-herdeiro, os proculeianos consideravam poder dispor-se a favor de qualquer pessoa. Deste modo, para os sabinianos, o legatário (e co-herdeiro) dispunha da *actio familiae erciscundae*; segundo os proculeianos, pertencia-lhe a *rei vindicatio*<sup>6</sup>.

Dado que havia, em cada um destes *genera legatorum*<sup>7</sup>, uma fórmula típica, cuja violação implicava a sua nulidade *ex iure civili*, intensificou-se a prática da *repetitio*: o testador redigia um legado em várias formas, ficando certo de que, pelo menos em relação a uma delas, o legado seria válido.

Simplesmente, pairava a incerteza acerca do tipo de legado que valeria e urgia pôr-lhe termo.

<sup>5</sup> Cfr. GAIUS 2,209. Segundo RICCOBONO (o.c. 545), este legado teria criado, originariamente, mais um estado de facto e, por isso, o legatário não dispunha duma *actio* contra o herdeiro. Tal estado de facto foi, todavia, superado na época clássica.

<sup>6</sup> Cfr. GAIUS 2,216-7; 2,219-222. A doutrina proculeiana foi confirmada por Adriano que permitiu a assimilação deste legado ao legado *per vindicationem*. Vid. BIONDI, *Successione*, cit. 274-275.

<sup>7</sup> D'ORS apresenta-nos outros legados ao lado das formas mais importantes (a *per vindicationem* e a *per damnationem*): os legados *per praeceptionem*, *per optionem servi* (que tinha por objecto um escravo da herança e foi assimilado pela jurisprudência a um legado *per vindicationem*), *sinendi modo* (assimilado ao legado *per damnationem* quando a jurisprudência permitiu ter um *facere* positivo como objecto) e *partitio* (que tinha por objecto a *datio* duma cota hereditária e não bens determinados e que a jurisprudência assimilou ao legado *per damnationem*). Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 357-358.

É neste ambiente, em que a larga difusão da *repetitio* a terá transformado numa cláusula de estilo<sup>8</sup>, que se insere o *sc. Neronianum* cujas disposições, gravemente incertas, têm desorientado a doutrina que não encontra, nas reduzidas fontes, uma base sólida e, por isso, elabora hipóteses destinadas a responder sobretudo a três questões principais:

O *sc. Neronianum* converte ou confirma?

Que tipo ou tipos (e em que tipo ou tipos) de legados?

Nulos, *iure civili*, por que vícios?

§ 6.4.2 BIONDI entende que este *sc.* «*intese provvedere alla nullità del legato derivante 'verborum vitio'*» e cita, a propósito, GAIUS e ULPIANUS<sup>1</sup>. As palavras, ao tempo do *sc. Neronianum*, já não eram sacramentais, como uma série de termos revela (*do, lego, sumito, sibi habeto, capito*: GAIUS 2,193). Deste modo, o '*vitium verborum*' não deve referir-se ao carácter sacramental da palavra, mas à relação entre a fórmula utilizada e o resultado visado pelo testador: se este empregou a fórmula *per vindicationem* em vez de *per damnationem* — *v. g.* se, querendo legar uma *res aliena*, disse «*do lego*» —, usou *verba minus apta*, inidóneos à obtenção do fim desejado. Ora, considerando ter o testador procurado fazer um legado e vendo nos *verba*, tão-só, um meio para obter esse escopo, o *sc. Neronianum* estabeleceu que o legado é eficaz segundo o tipo em que a disposição podia valer, independentemente da fórmula utilizada. Isto é, seguindo o

<sup>8</sup> Naturalmente, a *repetitio* não foi utilizada só para transmitir a um legado (embora de espécie diferente) a validade que lhe faltava, como legado dum certo tipo. A necessidade de *repetitiones*, clara na sua diversidade — a *repetitio generalis*, a *repetitio a substituto*, a *repetitio sub condicione* e a *repetitio hoc amplius* — justificava a sua prática mesmo depois do *sc. Neronianum*. Vid. BIONDI, *Successione*, cit. 282; e VOCI, P., *Diritto Ereditario Romano II*<sup>2</sup> (Milão 1963) 247-250.

<sup>1</sup> «GAIUS (2,218) *premeso che 'senatus consulto ea tantum confirmatur, quae verborum vitio iure civili non valent'*, soggiunge: '*Ex verbis etiam hoc casu accidere, ut iure civili inutile sit legatum, inde manifestum esse, quod eidem aliis verbis recte legatur*'. E «ULPIANUS (Tit. 21 11a): '*Quo cautam est, ut quod minus aptis a partis verbis legatum est, perinde sit ac si optimo iure legatum esse*'. Cfr. BIONDI, *Successione*, cit. 283-284.

nosso exemplo, a fórmula «do lego» não releva; o legado de *res aliena*, sendo inválido como legado *per vindicationem*, seria, não obstante, válido como legado *per damnationem*. Vale *ex sc. Neroniano* como legado damnatório porque só como legado deste tipo o poderia ter desejado o testador. Afinal, o *sc. Neronianum* poupou ao testador a redacção da *repetitio legatorum*.

Sendo assim, BIONDI sustenta que o *sc. Neronianum* não converteu o legado *per vindicationem* em legado *per damnationem*, mas limitou-se a atribuir eficácia ao legado segundo o tipo por que podia valer, seja este *per damnationem* ou não<sup>2</sup>. «Oramai, escreve BIONDI, *quello che conta, non è la formula, ma la volontà del testatore di fare un legato, e gli effetti giuridici si raccolgono alla volontà ed al contenuto obbiettivo della disposizione piuttosto che alla formula. Il legato è valido non per quello che enuncia la formula, ma per lo scopo che il disponente intende conseguire*»<sup>3</sup>.

§ 6.4.3 Num estudo extenso e bem elaborado que publicou nos *Studi in Onore di Pietro Bonfante*<sup>1</sup>, CIAPESSONI formula uma doutrina que, embora geralmente criticada, não deixa de ser importante pela opinião que expressa e pelo «notevole contributo»<sup>2</sup> oferecido à compreensão do *sc. Neroniano* e da sua *fictio*.

Merece, por isso, uma referência algo pormenorizada. Segundo CIAPESSONI, a doutrina moderna não é exacta em qualquer das suas três versões<sup>3</sup> acerca do verdadeiro alcance do

<sup>2</sup> «Naturalmente, diz BIONDI, quando il legato 'sinendi modo' si viene ad identificare con quello 'per damnationem', ed il legato 'per praeceptionem' è assorbito in quello 'per vindicationem', la questione pratica che si prospetta è di considerare il legato 'per vindicationem' come se fosse 'per damnationem', e non viceversa, giacchè è difficile rintracciare qualche caso in cui il legato nullo 'per damnationem' potesse essere valido 'per vindicationem'. Vid. BIONDI, *Successione*, cit. 285-286.

<sup>3</sup> Vid. BIONDI, *Successione*, cit. 286.

<sup>1</sup> Vid. *Studi Bonfante* III (1930) 649-727.

<sup>2</sup> Assim refere GROSSO nas suas *Recensioni* em AG 23-24(1932) 108.

<sup>3</sup> CIAPESSONI (o.c. 652-653) distingue três orientações na doutrina hodierna: uma ensina que, por efeito do *sc. Neroniano*, um legado de *res aliena* valia sempre como legado damnatório, embora disposto como

*senatusconsultum* que não é o de converter em legado damnatório um legado nulo *iure civili*, mas de confirmar *ex iure praetorio*, mantendo-se inválido em face do *ius civile*.

Em apoio desta crítica refere: 1.º — segundo GAIUS (2,196-7), o sc. Neroniano teria previsto, especificamente, a confirmação dum legado *per vindicationem* de *res aliena*; e ULPIANUS (XXIV, 11a) vê nessa confirmação um efeito da aplicação da norma geral a um caso em relação ao «*quod minus aptis verbis legatum esset*», norma que, todavia, também surge em GAIUS (2,218); 2.º — é arbitrário e contraria os testemunhos de GAIUS fazer-lhe dizer que um acto jurídico inválido segundo o *ius civile* é convertido num acto jurídico válido perante o novo *ius civile*; 3.º — o ensinamento extraído de «*optimum autem ius est per damnationem legati*» (GAIUS 2,197) e de «*optimum autem ius legati per damnationem est*» (ULPIANUS, XXIV 11a) é obscuro e desconcertante (por que motivo definiram os clássicos, como *optimum ius*, o legado *per damnationem*? Cada tipo de legado corresponde a um fim determinado, não podendo falar-se de legados melhores e piores) e essas expressões são espúrias, verdadeiras glosas pós-clássicas; *optimo iure* é frequentemente usada na literatura jurídica e extrajurídica e sempre com o significado «com a plena observância das normas vigentes»; 4.º — entre as *iustae causae usucapionis* figura o título *pro legato* que não pode referir-se ao legado de obrigação e só tem sentido enquanto referido ao legado *per vindicationem inutile iure civili*, mas válido *iure praetorio ex sc. Neroniano*; 5.º — sanar o negócio nulo mediante conversão noutra negócio do *ius civile* só pode admitir-se quando os institutos dos «direito civil» e pretório se tornam equivalentes; 6.º — é vã a conversão do legado *per*

---

legado de propriedade; outra, a mais repetida, entende considerar-se sempre válido como legado de obrigação um legado inválido por uso de palavras não apropriadas; e uma outra, a eclética e bastante difundida, entende que o sc. Neroniano sanava, como legado *per damnationem*, um legado *per vindicationem* de *res aliena*, tendo, depois, a jurisprudência dilatado a sua aplicação por *interpretatio* a ponto de chegar a formular a norma geral de que todos os legados inválidos por vício de forma seriam sanados como legado de obrigação.



*vindicationem* em legado *per damnationem* porque a validade deste pode ser frustrada por uma *exceptio doli mali*; contrariamente à doutrina dominante, o *sc. Neroniano* não eliminou as diferenças entre os vários tipos de legados nem deu o golpe mortal no *legatum per vindicationem*, pois essas diferenças mantiveram-se rigorosas até PAULUS e ULPIANUS e ainda no tempo de Diocleciano a integridade clássica dos legados estava em vigor; 7.º — se o *sc. Neronianum* convertesse em «*per damnationem*» qualquer legado nulo *verborum vitio*, não se justificaria o recurso à *repetitio* ainda em uso; 8.º — é errado afirmar (a partir da ideia de que, por efeito do *sc. Neronianum*, qualquer legado, nulo *iure civili*, pode converter-se em *per damnationem*) que o legatário podia escolher, já na época clássica, entre a *actio in rem* e a *actio in personam*, pois o legatário *per vindicationem* confirmado *ex sc. Neroniano* só goza da *utilis rei vindicatio*, não podendo falar-se de *actio* dupla, real e pessoal, só possível no Direito justinianeu em virtude da natureza única do novo legado; 9.º — um testador, que dispõe, por legado «*per vindicationem*», de coisas que nem *mortis tempore* lhe pertenceram, atribui a outrem um direito que não tem nem chegou a ter, de modo que a sua *voluntas* não pode ser juridicamente tutelada; 10.º — a conversão em *per damnationem* dum legado *per vindicationem* é uma inovação pós-clássica.

Repudiada, assim, a doutrina dominante, CIAPESSONI passa a formular a sua teoria cujas linhas fundamentais são: a) no primeiro período da época imperial, o poder legislativo dos comícios passa, lentamente, para o Senado; mas, nesse período, o *senatusconsultum* só vincula enquanto o pretor o insere no seu edicto; deste modo, até Adriano, o *senatusconsultum* impõe-se em virtude do *imperium* do pretor<sup>4</sup>; b) tal como sucedeu no *sc. Juncianum* (do ano 127) que se refere ao pretor<sup>5</sup>, e no *sc.*

<sup>4</sup> Segundo CIAPESSONI (*o.c.* 690), depois do *Edictum Perpetuum*, o Senado abandonou a linguagem consultiva e passou a ordenar nos termos imperativos da *lex*; doravante, o pretor não pode criar Direito e, daí, ser natural que o Senado deixasse de sugerir essa criação. Nesta perspectiva, só depois de Adriano o Senado se tornou, verdadeiramente, fonte de *ius civile*.

<sup>5</sup> Que o *sc. Juncianum* se dirige ao pretor, vemos em: D. 40,5,28,4 («*Si quis servum non hereditarium rogatus manumittere latitet, factum est senatus*

*Trebellianum* (coetâneo *sc. Neronianum* e movido pelos mesmos propósitos)<sup>6</sup>, em que o pretor executava o parecer do Senado propondo no seu *Album* a correspondente *utilis actio* ou *exceptio*, também o *sc. Neronianum* se dirigia ao pretor que *utilem actionem legatario confirmato ex Neroniano dare coepit*; c) esta *utilis actio* era *in rem* se em causa estivesse a confirmação do legado de propriedade; *in personam*, se fosse confirmado um legado *damnatório*; e *familiae erciscundae*, se a confirmação incidisse sobre um legado *per praeceptionem*; d) deste modo, o *sc. Neronianum* não converteu nenhum legado em *damnatório*, mas confirmou, fora da eficácia do *ius civile*, qualquer legado inválido por mero vício de forma: o legado é e continua inválido *iure civili* e adquire validade *iure praetorio*, não por conversão, mas por confirmação (vale *ex iure praetorio* no mesmo tipo); e) operando a *confirmatio* no âmbito do *ius praetorium*, o legatário não adquire, sobre a *res legata*, o *dominium quiritário*, mas a propriedade bonitária protegida pelos expedientes do pretor, com especial relevo para a *actio ficticia*<sup>7</sup>; f) todavia, o legado *per vindicationem* nunca é sanável se a *res legata* não pertenceu, *mortis tempore*, ao domínio quiritário do testador: na época clássica, o *sc. Neronianum* apenas sanava o *legatum per*

*consultum Aemilio Iunco et Iulio Severo consulibus in haec verba: '...praetor cognoscat et, si in ea causa esse videbitur, ut, si praesens esset, manumittere cogi deberet, id ita esse pronuntiet: cumque ita pronuntiasset, idem iuris erit, quod esset, si ita, ut ex fideicommissis manumitti debuisset, manumissus esset'*); -40,5,30,9 («*Sed et si quis sine herede vel alio successore decesserit qui fideicommissam libertatem praestare debebat, adito praetore libertatem praestandam esse censuit senatus*»); -40,5,51,8 («*Sed si non hereditarium servum quis rogatus fuerit manumittere, sed proprium, ex senatus consulto Iunciano post pronuntiationem pervenit ad libertatem*»). Vid. CIAPESSONI, *o.c.* 685.

<sup>6</sup> Cfr. GAUUS 2,253. Vid. CIAPESSONI, *o.c.* 659<sup>31</sup> e 684.

<sup>7</sup> Assim acontece no legado *per vindicationem* confirmado *ex sc. Neroniano*, para cuja protecção o pretor outorgava uma *utilis rei vindicatio*; no legado *sinendi modo* que é tratado como *per damnationem* e que, sendo inválido *iure civili*, é confirmado (o pretor dá ao legatário uma *utilis actio ex testamento*); e no legado *per praeceptionem* que, confirmado *ex sc. Neroniano*, é protegido pelo pretor com a outorga da *utilis rei vindicatio* ou da *utilis actio familiae erciscundae* se o legatário for, respectivamente, um terceiro (segundo a doutrina *proculeiana*) ou um co-herdeiro (na doutrina *sabiniana*). Vid. CIAPESSONI, *o.c.* 695-696.

*vindicationem* de *res* que só *testamenti faciendi tempore* não pertencia ao *dominium* do testador; g) quanto à *fictio*, num legado nulo *iure civili* e confirmado *ex. sc. Neroniano* o pretor mandava fingir que foram observadas as normas do *ius civile*, ou seja, *optimo iure*. Assim, no caso de um legado *per vindicationem*, o pretor concedia uma *actio ficticia* (= *utilis rei vindicatio*), fingindo-se que, também no momento da feitura do testamento, a *res legata* pertencia ao domínio quirritário do testador: «*si legatarius per vindicationem esset*»<sup>8</sup>.

Em apoio da sua doutrina, CIAPESSONI refere que nenhum dos textos autoriza a pensar em conversão, pois todos falam expressamente de *confirmatio*<sup>9</sup>; há um paralelismo com a *manumissio testamentaria*, em muitos aspectos análoga ao *legatum per vindicationem*. Também naquela se exigia que o *servus* fosse, *utroque tempore*, propriedade do testador; de contrário, seria inútil *iure civili*, mas sanável *tuitione praetoria* se o escravo pertencesse ao testador *mortis tempore*<sup>10</sup>. Não há uma derrogação, mas uma evidente aplicação da *regula Catoniana*, o que mostra estar o *sc. Neronianum* em perfeita harmonia com o desenvolvimento dos institutos romanos na época clássica<sup>11</sup>. A repetição da glosa «*optimum autem ... apparebit*» em GAIUS (2,197) e de «*optimum... est*» em ULPIANUS (XXIV 11a) compreende-se por se tratar de textos alterados em diferentes épocas. Surprenderia, sim, que uma alteração no primeiro não fosse repetida no segundo<sup>12</sup>. O difícil texto dos *Fragmenta Vaticana* (85), que rejeita o *ius adcrendi* no legado *per damnationem* (que parece resultar da conversão dum legado *per vindicationem*), apresenta, todavia, um raciocínio inequívoco: o legado *per vindicationem* confirmado *ex*

<sup>8</sup> Segundo CIAPESSONI (o.c. 666, 687 e 689) é muito provável que o pretor tenha proposto no *Album* as *formulae ficticiae ex Neroniano*, respectivamente sob as rubricas «*Si singulae res petantur*», «*Si ex testamento agatur*», «*Si de familiae erciscundae iudicium postuletur*» e não sob o título «*De legatis*».

<sup>9</sup> Cfr. GAIUS 2,198; 2,218; 2,220; e ULPIANUS, XXIV 11a. Vid. ainda, *FV* 85.

<sup>10</sup> Vid. D. 40,4,35; -40,4,58.

<sup>11</sup> Vid. CIAPESSONI, o.c. 721.

<sup>12</sup> Vid. CIAPESSONI, o.c. 669-670.

Neroniano não atribui o *dominium ex iure Quiritium* aos co-legatários e, portanto, não há, entre eles, o *ius adcrendi*<sup>13</sup>; e, porque não se trata deste *dominium*, justifica-se perfeitamente que o legado inválido *iure civili* seja um título de usucapião<sup>14</sup>. Finalmente, quanto à  *fictio*, trata-se da categoria mais importante das *actiones utiles* e encontra nas *heredis institutiones ex re et excepta* a mesma função de *confirmatio*<sup>15</sup>.

§ 6.4.4 Entre nós, Raul VENTURA estudou os efeitos do *sc. Neronianum* a propósito da conversão dos actos jurídicos no Direito Romano<sup>1</sup>; por isso, achamos por bem referir a sua doutrina.

Também Raul VENTURA entende que a mesma necessidade justificativa do uso de «fórmulas complexas» em que os dois tipos de legados se cumulavam<sup>2</sup> — evitar que o uso duma fórmula imprópria inutilizasse o legado — deve ter determinado o *sc. Neronianum*.

Como pressuposto da aplicação do *sc. Neronianum*, os textos contém hipóteses de nulidade de legados, sendo ilegítimo ultrapassar este limite; e não se compreende a possibilidade de se cumularem os efeitos de dois tipos de legados, escolhendo o legatário o que preferir: «Se o testador escolheu certo tipo de legado como mais conveniente aos seus propósitos e a inserção do acto nesse tipo não acarretava a sua nulidade, não há motivo para, arbitrariamente, o deslocar para qualquer outro»<sup>3</sup>.

<sup>13</sup> Através deste raciocínio de a *confirmatio* operar no âmbito do *ius praetorium* e não do *ius civile* e, portanto, de o legatário obter a propriedade bonitária e não o *dominium ex iure Quiritium*, CIAPESSONI (o.c. 697-698) explica a ausência do *ius adcrendi*.

<sup>14</sup> Segundo CIAPESSONI (o.c. 692-694), a *iusta causa* é constituída pelo legado *per vindicationem inutile iure civili*, mas sanado *ex Neroniano*.

<sup>15</sup> Vid. D. 28,5,10; -28,5,75(74); -28,6,41,8. Cfr. CIAPESSONI o.c. 722-723; e *supra* § 9.4.5.

<sup>1</sup> Vid. Raul VENTURA, *A Conversão dos Actos Jurídicos no Direito Romano* (Lisboa 1947).

<sup>2</sup> V. g. «*quisquis mihi heres erit, do lego dammasque esto dare*. Vid. RAUL VENTURA, o.c. 86.

<sup>3</sup> Vid. Raul VENTURA, o.c. 89.

Segundo Raul VENTURA, deduz-se, de modo claro, dos exemplos textualmente apresentados que o *verborum vitium*, causa da invalidade dum legado, reside na «falta de correspondência entre a fórmula empregada e o objecto ou sujeito do legado»<sup>4</sup>; e entende ter GAIUS afirmado que o legado nulo *per vindicationem* vale, por efeito do *sc. Neroniano*, como se tivesse respeitado plenamente a lei: «Como, pelo facto de a coisa não pertencer ao testador, o respeito pleno da lei impõe um certo tipo de legado — ‘*per damnationem*’ —, o ‘*optimum ius*’ (é), naquele caso, o legado ‘*damnationem*’»<sup>5</sup>. Esta solução, que não é de estranhar por ser este legado mais maleável quanto aos requisitos objectivos, mostra que estamos perante o sistema da conversão.

De facto, sustenta Raul VENTURA, «nada permite afirmar que o legado ‘*per vindicationem*’ nulo como tal, actua por uma ‘*reivindicatio utilis*’», como entende CIAPESSONI, pois «os textos falam expressamente em validade como legado ‘*per damnationem*’» e «o legado nulo ‘*per vindicationem*’ por a coisa não pertencer ‘*ex iure Quiritium*’ ao testador ‘*utroque tempore*’ não pode, logicamente, valer como legado ‘*per vindicationem*’, mesmo através duma ‘*actio utilis*’. Se a coisa não pertence ao testador — ‘*eius numquam fuerit*’ — e se o *sc. Neroniano* não pode fazer com que lhe pertença, só tem possibilidade de o declarar válido de forma a que não se constitua propriedade imediata do legatário sobre ela, isto é, como legado ‘*per damnationem*’»<sup>6</sup>.

Em apoio da sua doutrina, Raul VENTURA preocupou-se, fundamentalmente, em censurar a tese de CIAPESSONI e, vendo que teria grande interesse um texto donde se deduzisse o carácter civil das acções resultantes do *sc. Neronianum*, procurou interpretar o D. 30,39,2 que tem, segundo expressamente referiu, «forma justinianeia» e «não pode explicar-se na base da autenticidade»<sup>7</sup>.

Por fim, enfrentando a dificuldade da *actio utilis* nos *Fragmenta Vaticana* (85) que garante ao legatário o direito de

<sup>4</sup> Vid. Raul VENTURA, *o.c.* 91.

<sup>5</sup> Vid. Raul VENTURA, *o.c.* 94-95.

<sup>6</sup> Vid. Raul VENTURA, *o.c.* 98-99.

<sup>7</sup> Vid. Raul VENTURA, *o.c.* 99 e 101.

acrescer, entende que se trata de uma alteração jurisprudencial do puro sistema do «direito civil» e considera preferível a sua natureza pessoal<sup>8</sup>.

§ 6.4.5 Um breve relance à doutrina da conversão dum legado nulo *iure civili* no legado *per damnationem* a que pertence, de resto, o pensamento de Raul VENTURA, mostra-nos um verdadeiro caos só justificado pela escassez e falta de clareza das fontes.

Assim, há quem sustente (v. g. D'ORS, GARCIA GARRIDO, KASER, COLACINO e FERRINI) que o *sc. Neronianum* utilizou a ficção de considerar o legado *per vindicationem* de coisa alheia como se fosse *per damnationem*, gozando o legatário da respectiva *actio ex testamento*<sup>1</sup>. Outros (v. g. GIRARD, BURDESE, FUENTESECA, RICCOBONO e MASCHI), sem referirem expressamente a  *fictio*, entendem que o *sc. Neronianum* converteu qualquer legado nulo *iure civili* em virtude dum *verborum vitium*<sup>2</sup>. GIUFFRÈ insiste que o *sc. Neronianum* deu lugar a uma das primeiras aplicações «*del mezzo conservativo della conversione*»<sup>3</sup> que, na opinião de RICCOBONO, opera *iure civili*<sup>4</sup>; segundo BURDESE tem lugar *ipso iure*<sup>5</sup> e, para SCHULZ, ocorria *iure praetorio* por ordem do Senado, subsistindo a nulidade *iure civili* do legado<sup>6</sup>.

Opinião algo diferente é a de Sebastião CRUZ que nos fala da conversão em legado *per damnationem*, tão-só, do legado *per vindicationem* nulo «em virtude de a coisa legada não pertencer ao

<sup>8</sup> Vid. Raul VENTURA, o.c. 104.

<sup>1</sup> Vid. D'ORS, *Derecho*, cit., 360; GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 332; KASER, *Römisches Privatrecht*, cit. 288; COLACINO, o.c. 271; e FERRINI, o.c. 808.

<sup>2</sup> Vid. GIRARD, o.c. 973; BURDESE, o.c. 827; FUENTESECA, o.c. 496-497; RICCOBONO, o.c. 544; e MASCHI, C. A., *Il Diritto Romano I*<sup>2</sup> (Milão 1966) 229-233 e 722-723.

<sup>3</sup> O A. entende que esta técnica foi elaborada e generalizada por PAPINIANUS, PAULUS e ULPIANUS. Vid. GIUFFRÈ, V., *Convalescere in Gai* 2,218 em *Syntelesia V. Arangio-Ruiz* (Nápoles 1964) 627<sup>17</sup>.

<sup>4</sup> Vid. RICCOBONO, o.c. 544.

<sup>5</sup> Vid. BURDESE, o.c. 827.

<sup>6</sup> Vid. SCHULZ, o.c. 306.

testador quando devia», portanto, nulo «por um vício referente à matéria e nunca por vício de fórmula»<sup>7</sup>.

§ 6.4.6 Perante tantas divergências e outras respostas às questões atrás enunciadas<sup>1</sup>, impõe-se estudar as fontes na expectativa de, embora escassas e (ao que parece) nem sempre claras, determinarmos a nossa posição.

Vejamos GAIUS:

2,196: «*Eae autem solae res per vindicationem legantur recte, quae ex iure Quiritium ipsius testatoris sunt. Sed eas quidem res, quae pondere numero mensura constant placuit sufficere, si mortis tempore sint ex iure Quiritium testatoris, veluti vinum oleum frumentum pecuniam numeratam. Ceteras res vero placuit utroque tempore testatoris ex iure Quiritium esse debere, id est et quo faceret testamentum et quo moreretur: alioquin inutile est legatum*».

Após ter referido a existência de *quattuor genera legatorum* (2,192) e falar do legado *per vindicationem* (2,193-5), GAIUS ocupa-se, no texto em análise, das suas condições de validade: 1.<sup>a</sup> — só podem ser legadas *per vindicationem res* que, *ex iure Quiritium*, pertençam ao testador; 2.<sup>a</sup> — as *res fungíveis* devem pertencer-lhe, pelo menos, no momento da sua morte e as outras (não-fungíveis) devem estar no seu *dominium utroque tempore*, ou seja, nos momentos da feitura do testamento e da morte do testador; de contrário, este legado *per vindicationem* é inútil.

Seguidamente, escreve:

2,197: «*Sed sane hoc ita est iure civili. Postea vero auctore Nerone Caesare senatusconsultum factum est, quo cautum*

<sup>7</sup> Segundo Sebastião CRUZ (*Direito*, cit. 249-257), só mais tarde, provavelmente cerca do ano 100, a *iurisprudencia* ampliou a disposição do sc. Neroniano que passou a admitir a conversão de qualquer legado nulo; e nulo em virtude dum vício de forma, incluindo o de fórmula. Cfr. ainda VOLTERRA, o.c. 765.

<sup>1</sup> Vid. *supra* § 6.4.1.

est, ut si eam rem quisque legaverit quae eius numquam fuerit, proinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset; optimum autem ius est per damnationem legati, quo genere etiam aliena res legari potest, sicut apparebit inferius».

A inutilidade referida na conclusão do texto anterior, diz-nos agora GAIUS, é *iure civili*. E justifica: foi redigido um *senatusconsultum* (*Neronianum*) dispondo que se alguém tiver legado uma coisa que jamais lhe pertenceu, seja útil como se fosse deixado *optimo iure*, ou seja, *per damnationem*, género por que pode ser legada também uma *res aliena*, como a seguirse verá.

GAIUS reafirma a invalidade dum legado *per vindicationem* de uma *res* que nunca pertenceu ao *dominium testatoris*; mas observa que, depois do *sc. Neronianum*, esse legado é útil (válido) como se a *res* fosse legada segundo «*optimo iure*», o que implica ser o legado *damnatório*.

2,198: «*Sed si quis rem suam legaverit, deinde post testamentum factum eam alienaverit, plerique putant non solum iure civili inutile esse legatum, sed nec ex senatusconsulto confirmari. Quo ideo dictum est, quia et si per damnationem aliquis rem suam legaverit eamque postea alienaverit, plerique putant, licet ipso iure debeat legatum, tamen legatarium petentem posse per exceptionem doli mali repelli, quasi contra voluntatem defuncti petat.*».

No texto, GAIUS refere-nos uma situação em que o *sc. Neronianum* não se aplica, segundo a maioria dos juriconsultos: quando o testador alienou a *res*, depois de legada. E fundamenta esta doutrina na vontade do *de cuius*, pois, também no legado *damnatório*, se o testador alienou a *res* depois de legada, pode opor-se uma *exceptio doli mali* à *actio* do *legatarius*. Isto é, o *sc. Neronianum* nem sempre se aplica: um legado de uma *res* posteriormente alienada pelo testador — portanto, que lhe pertenceu *testamenti tempore*, mas já não *mortis tempore* — é inútil e não é susceptível de adquirir utilidade como legado *damnatório*, pois também este legado (se o testador o tivesse



disposto) seria paralisado com uma *exceptio doli mali*. A referência comparativa ao legado *per damnationem* vem na sequência lógica da conversão do legado *per vindicationem*.

Quanto ao legado *sinendi modo*, cuja referência GAIUS inicia em 2,209, é particularmente importante o que nos diz em:

2,212: «*Quodsi post mortem testatoris ea res heredis esse coeperit, quaeritur an utile sit legatum. Et plerique putant inutile est. Quid ergo est? Licet aliquis eam rem legaverit, quae neque eius umquam fuerit neque postea heredis eius umquam esse coeperit, ex senatusconsulto Neroniano proinde videtur, ac si per damnationem relicta esset*».

Depois de informar que o testador pode legar uma *res* que pertence a ele ou ao herdeiro e basta pertencer *mortis tempore* para o legado ser válido, GAIUS põe-nos em face duma situação em que intervém o *sc. Neronianum: mortis tempore testatoris*, a *res* não é do testador nem do seu herdeiro; logo, o legado é inválido *iure civili*. No entanto, *ex sc. Neroniano*, o legado entende-se como *per damnationem*. Isto é: não é só o legado *per vindicationem* considerado, *ex sc. Neroniano*, como *per damnationem*; também um legado *sinendi modo* inválido pelo mesmo vício — a não pertença ao *dominium testatoris aut heredis* — é susceptível de produzir efeitos como legado *damnatório*.

Referido o legado *sinendi modo*, GAIUS passa a falar do legado *per praeceptionem* (2,216) e escreve:

2,218: «*Ideoque si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum; adeo ut Sabinus existimaverit ne quidem ex <senatus> consulto Neroniano posse convalescere: nam eo, inquit, senatusconsulto ea tantum confirmantur, quae verborum vitio iure civili non valent, non quae propter ipsam personam legatarii non deberentur. Sed Iuliano et Sexto placuit etiam hoc casu ex senatusconsulto confirmari legatum: nam ex verbis etiam hoc casu accidere, ut iure civili inutile sit legatum, inde manifestum esse, quod eidem aliis verbis recte legatur, veluti per vindicationem, per damnationem, sinendi modo...*».

Após ter informado que, num legado *per praeceptionem*, só pode ser legatário um dos co-herdeiros (2,217), GAIUS diz-nos, no texto em análise, que este legado, feito a um estranho (= não herdeiro), é inútil. E refere que, na opinião de SABINUS, este legado (inútil) nem sequer pode convalescer em virtude do *sc. Neronianum* — tão-só aplicável aos legados que, *verborum vitio*, não valem *iure civili* —, continuando inúteis os legados deixados a quem não pode ser legatário. Porém, a IULIANUS e a SEXTUS agrada que, neste último caso (em que o legatário é um não-herdeiro), o *sc. Neronianum* seja aplicado, pois, embora inválido *iure civili* por *verborum vitium*, pode ser evidente, através de outras palavras, que o objecto seja validamente legado *per vindicationem*, *per damnationem* ou *sinendi modo*.

Sabemos que o *sc. Neronianum* somente se applicava, na opinião de SABINUS, a legados — veja-se o plural: *ea (...) quae (...) non valent* — inválidos *iure civili* em virtude dum vício de palavras, ou seja de fórmula<sup>2</sup>. Porém, como os legados *per vindicationem* e *sinendi modo* (inválidos, *iure civili*, em virtude de a *res* legada não pertencer a quem devia no momento estabelecido) eram considerados válidos como legados *per damnationem ex sc. Neroniano*, é fácil harmonizar: se uma *res aliena* foi legada *per vindicationem*, ou seja, com a fórmula «*Titio hominem Stichum do lego*», quando só podia ser legada *per damnationem*, ou seja, com a fórmula «*Heres meus Stichum servum meum dare damnas esto*», é evidente que há um vício de forma (a *res* é *aliena*) e um correspondente vício de fórmula.

E o mesmo raciocínio vale para o legado *sinendi modo* inválido *iure civili* por a *res legata* não pertencer ao testador ou ao *heres*: não podendo legar-se *sinendi modo*, poder-se-ia ter legado *per damnationem*; assim, em vez da fórmula «*Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibi qui habere*», dever-se-ia ter escrito «*Heres meus Stichum servum meum dare damnas esto*». Há, também aqui, um vício de forma (a *res* legada não pertence a quem devia) e um correspondente vício de fórmula.

Sendo assim, poder-se-á, destarte, afirmar que o *sc. Neronianum* só previu os legados — *per vindicationem* e *sinendi*

<sup>2</sup> Sobre a fórmula e forma jurídicas, vid. CRUZ, *Direito*, cit. 251.

*modo* — inválidos (*iure civili*) *verborum vitio* ou — é o mesmo — só validou, como legados *damnatórios*, aqueles legados inválidos *iure civili* por vício de forma<sup>3</sup>.

Harmonizados, deste modo, os textos de GAIUS (2,196; 2,197; 2,212; 2,218) sobre os *legatorum vitia* susceptíveis de conversão, vemos ainda no nosso texto (2,218), que IULIANUS e SEXTUS estendem o *sc. Neronianum* a um legado *per praeceptionem* deixado a um não-herdeiro se resultar, de outros *verba*, que o testador quis um outro tipo de legado: *per vindicationem, per damnationem aut sinendi modo*.

Assim, pelo menos a partir de IULIANUS, a conversão ampliou-se: deixou de restringir-se a um tipo determinado (*per damnationem*) para poder, segundo a *voluntas testatoris*, produzir os efeitos próprios do tipo desejado. Parece tratar-se, portanto, de uma extensão feita pela *iurisprudencia* para, destarte, satisfazer a vontade real do testador deficientemente manifestada<sup>4</sup>.

É evidente que esta opinião de IULIANUS e de SEXTUS e o pensamento de SABINUS só têm sentido na perspectiva da doutrina da escola sabiniana, visto que os *proculeianos* julgavam possível legar-se *per praeceptionem* a um estranho<sup>5</sup>; todavia,

<sup>3</sup> Assim confluem as doutrinas que entendem o *vitium legatorum* (susceptível de sanção *ex sc. Neroniano*) como sendo apenas de forma ou de fórmula. Subsiste, porém, um certo afastamento se o vício de fórmula for intrínseco: *sc. v. g.* no legado *per vindicationem*, a *res* pertencer ao testador *utroque tempore*, mas foi omitido algum vocábulo em «*Titio hominem Stichum do lego*». É esta a opinião de Sebastião CRUZ (*Direito*, cit. 256) cuja doutrina permanece, neste aspecto, inconfundível e irredutível à perspectiva que julgamos ser a de SABINUS.

<sup>4</sup> Em sentido algo diferente se pronuncia Sebastião CRUZ (*Direito*, cit. 256-257) quando ensina que, a partir de IULIANUS, todo e qualquer legado nulo (em virtude de forma e de fórmula) passou a converter-se em legado *damnatório*. Parece-nos, todavia, que já eram convertíveis todos os tipos de legados por efeito do *sc. Neroniano*; apenas, em vez de se converterem só em legados *damnatórios*, foi agora possível a sua conversão noutras figuras, segundo a *voluntas testatoris*.

<sup>5</sup> Bastava retirar o prefixo *prae* para construir a fórmula «*Titius hominem Stichum capito*». Deste modo, porém, o legado *per praeceptionem* era assimilado ao legado *per vindicationem*, vindo a perder a sua autonomia. Vid. GAIUS 2,221; e BIONDI, *Successione*, cit. 274-275.

interessando-nos estudar o conteúdo do *sc. Neronianum*, é na doutrina sabiniana que nos devemos situar.

**Em conclusão:** segundo esclarece GAIUS, o *sc. Neronianum* converteu em legado damnatório um legado *per vindicationem* e um legado *sinendi modo*, nulos *iure civili* em virtude dum *verborum vitium* (ou um vício de forma: a *res* não pertencia a quem devia pertencer no(s) momento(s) exigido(s) pelo *ius civile*); e, pelo menos a partir de IULIANUS, também o legado *per praeceptionem* pôde valer como legado *per vindicationem*, *per damnationem* ou *sinendi modo*. É de supor, em face do respeito devido à verdadeira *voluntas testatoris*, que todos os tipos de legados fossem, doravante, convertíveis nos tipos queridos pelos testadores.

Além de GAIUS, também ULPIANUS se ocupou do *sc. Neronianum* no *liber singularis regularum*:

XXIV 11a: «*Si ea res, quae non fuerit utroque tempore testatoris ex iure Quiritium, per vindicationem legata sit, licet iure civili non valeat legatum, tamen senatus consulto Neroniano firmatur, quo cautum est, ut quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit, ac si optimo iure legatum esset: optimum autem ius legati per damnationem est.*»

O texto está de harmonia com a doutrina de GAIUS<sup>6</sup>: para ser válido, *iure civili*, um legado *per vindicationem*, a *res legata* devia pertencer, *ex iure Quiritium*, ao testador *utroque tempore*; todavia, segundo o *sc. Neronianum*, porque tal legado foi deixado com *minus aptis verbis*, ou seja, *verborum vitio*, vale como legado damnatório. É digno de destaque o paralelismo entre a não pertença da *res legata* ao testador *utroque tempore* (vício de forma) e o *verborum vitium* (vício de fórmula), como anverso e reverso da mesma realidade.

<sup>6</sup> Esta consonância não surpreende, pois é, quiçá, uma síntese de um texto não original das *Institutiones* de GAIUS. Vid. CRUZ, *Direito*, cit. 434.

Finalmente, encontramos nos *Fragmenta Vaticana* um texto sobre esta matéria:

85: «*Si tamen per damnationem usus fructus legetur, eius adcrendi cessat non inmerito, quoniam damnatio partes facit. Proinde si rei alienae usus fructus legetur et ex Neroniano confirmetur legatum, sine dubio dicendum est ius adcrendi cessare, si modo post constitutum usum fructum fuerit amissus. Quod si ante et socius amittat, erit danda totius petitio. Idemque et si sinendi modo fuerit legatus usus fructus. An tamen in Neroniano, quoniam exemplum vindicationis sequimur, debeat dici utilem actionem amisso usu fructu ab altero alteri dandam, quaeri potest: et puto secundum Naratium admittendum. In fideicommisso autem id sequimur quod in damnationes.*»

Neste fragmento, provavelmente de um autor clássico<sup>7</sup>, recusa-se o *ius adcrendi* no legado *per damnationem* de usufruto, o que bem se compreende dada a natureza pessoal da *actio ex testamento* outorgada ao legatário. E a mesma recusa tem lugar se o usufruto de *res aliena* foi legado *per vindicationem* e *ex sc. Neroniano confirmetur*. Outra não podia ser a solução: o legado *per vindicationem* é, enquanto tal, inválido e o legado *damnatório*, em que se converte, não produz efeitos reais, mas pessoais; funda uma *actio in personam*, não *in rem*.

Até aqui o texto não suscita dúvidas.

Porém, se a recusa do *ius adcrendi* tem lugar no caso de um dos beneficiados com o usufruto renunciar antes da sua constituição, o texto diz-nos que deve ser dada *totius petitio*.

Decerto, o jurista entendeu que, antes da constituição do usufruto — da morte do testador —, já um dos contemplados tinha renunciado a um direito que ainda não tinha. Neste caso, uma vez que o renunciante não chegou a ser usufrutuário e co-legatário, o não-renunciante surge, antes mesmo da morte do testador, como o único *legatarius* e, portanto, futuro titular dum

<sup>7</sup> Vid. CRUZ, *Direito*, cit. 427-428.

usufruto total não revogado pelo *de cuius*, certamente por corresponder à sua vontade. E, afim de poder exigir esse usufruto, é defendida a concessão de uma *actio utilis* porque «*exemplum vindicationis sequimur*».

Esta parte do texto deixou perplexa alguma doutrina e serviu de apoio a outra — *v. g.* a de CIAPESSONI — que vê não uma conversão, mas uma confirmação operada pelo *sc. Neronianum*. Na verdade, para aquela, nunca um legado damnatório justificaria uma acção real<sup>8</sup>; para esta, da confirmação dum legado *per vindicationem* (neste mesmo *genus legatorum*) só poderia resultar a *actio in rem* já outorgada pelo legado confirmado.

Estamos, todavia, perante um texto duma colectânea de *ius* e de *leges* dos séculos IV-V<sup>9</sup> e, portanto, numa época em que a opinião de IULIANUS e de SEXTUS (referida por GAIUS 2,218) seria pacífica. Não surpreende, assim, que a *voluntas testatoris* de deixar um usufruto a um só legatário (em virtude da renúncia, antes da sua morte, do outro co-legatário que não o chegou a ser) fundamente a confirmação do legado *per vindicationem* inválido *iure civili* (por incidir sobre uma *res aliena*) como legado ainda *per vindicationem*, mas eficaz *iure praetorio*. Não se trataria de uma conversão, mas de uma confirmação sugerida pela *iurisprudencia* e recebida pelo pretor que protegia o legatário com uma *actio utilis*, decerto fingindo ser a *res legata* do testador *utroque tempore*<sup>10</sup>.

§ 6.4.7 Estamos, agora, em condições de poder avaliar o acerto das várias doutrinas que estudaram o *sc. Neronianum*.

<sup>8</sup> Assim, Raul VENTURA (*o.c.* 104) julga «preferível considerá-la de natureza pessoal».

<sup>9</sup> Sebastião CRUZ (*Direito*, cit. 427) situa-a entre 372 e 438.

<sup>10</sup> É evidente que esta interpretação só vale se o usufruto legado for constituído sobre uma *res* que, não sendo do testador no momento da feitura do testamento, lhe pertencia *mortis tempore*. De contrário, o legado *per vindicationem* não podia ser confirmado; quando muito, seria convertível em legado damnatório, gozando o legatário não de uma *actio in rem*, mas *in personam*. Vid. GROSSO, *o.c.* 105.

BIONDI sustenta que os *verba* deixaram de ser sacramentais, sendo válido o legado segundo o tipo por que podia valer; e não há conversão, mas atribuição de eficácia segundo a *voluntas testatoris*. É, na nossa opinião, uma doutrina ahistórica que explica não os efeitos originariamente produzidos pelo *sc. Neronianum*, mas, tão-só, os obtidos pela *iurisprudentia*, sobretudo a partir de IULIANUS. Tem razão em desvalorizar os *verba*, mas não esclarece como essa desvalorização ocorreu: se no âmbito do *ius civile* ou do *ius praetorium*. Deixa, todavia, pressupor que teve lugar no seio do próprio *ius civile*, o que lhe terá valido a crítica pertinente de GARCIA GARRIDO, segundo a qual «*es poco probable que este S.C. haya tenido el alcance que le atribuye Biondi que afirma que el S.C. (...) declaraba válido el legado en consideración de la voluntad del testador y no de las palabras del legado*»<sup>1</sup>.

Na verdade, BIONDI não teve em atenção que os *senatusconsultos* nem sempre foram *fons iuris civilis*: não o foram, enquanto simples conselhos do Senado dirigidos ao pretor para realizar as suas disposições, como terá sucedido nos *scs. Neronianum, Juncianum e Trebellianum*<sup>2</sup>; e, por isso, considera as transformações no seio do *ius civile*, ignorando os mecanismos da actuação dispostos pelo pretor com realce para a *fictio*.

<sup>1</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 332<sup>71</sup>.

<sup>2</sup> Segundo GIRARD, o Senado «*est arrivé à s'arroger le pouvoir de faire et de défaire positivement du droit civil, de remplacer exactement la loi comitiale*» e «*ce pouvoir strictement législatif du Sénat est attesté dès le temps d'Antonin le Pieux*». E continua: «*A notre sens, la première preuve certaine s'en trouve dans un sénatus-consulte du temps d'Hadrien, le sénatus-consulte Tertullien sur le droit successoral de la mère; et il est fort possible que le Sénat soit arrivé jusque-là à réaliser ses réformes législatives par voie d'injonction aux magistrats. Cela s'accorde parfaitement avec la langue consultive et non pas impérative qu'il continue à employer et surtout avec l'effet simplement prétorien des trois sénatusconsultes relatifs au droit privé les plus importants de cette période: sc. Velleiano, sc. Trebelliano e sc. Macedoniano*». Trata-se de *scs. coetâneos* — *datam*, respectivamente, de 58 (?), 56 (?) e 75 (?) — do *sc. Neroniano* que terá, decerto, revestido o mesmo carácter de simples conselho dirigido ao pretor para concretizar as suas disposições. Vid. GIRARD, *o.c.* 62; D'ORS, *Derecho*, cit. 70; DEKKERS, *o.c.* 194; SOLAZZI, S., *Glosse a Gaio em Studi Riccobono I* (1936) 78-80; e *supra* § 6.4.4, máxime as notas 4 e 5.

Rejeita a conversão e prefere falar de «*efficacia*» (atribuída pelo *sc. Neronianum*) *al legato per quel tipo per cui può valere*<sup>3</sup>. Mas que figura jurídica é esta? Talvez uma *confirmatio* que BIONDI se absteve de dizer, quiçá por relutância.

Numa palavra: BIONDI não apreendeu o conteúdo (originário) do *sc. Neronianum*.

Bastante polémica tem sido a tese apresentada por CIAPESSONI, considerada por SOLAZZI convincente<sup>4</sup>; censurada por Raul VENTURA, para quem os seus argumentos são improcedentes<sup>5</sup>; e julgada inaceitável por GROSSO, embora lhe reconheça um enorme contributo<sup>6</sup>.

Não aderimos inteiramente à doutrina de CIAPESSONI a quem reconhecemos, todavia, o grande mérito de ter abalado a doutrina tradicional e aberto o campo a novas opiniões.

Efectivamente, contra CIAPESSONI entendemos, na esteira da doutrina dominante, que o *sc. Neronianum* permitiu a conversão em legados *damnatórios* dos legados *per vindicationem* e *sinendi modo*, inválidos *iure civili* por *verborum vitium*<sup>7</sup>; e pensamos que, sobretudo a partir de IULIANUS, passaram a ser convertíveis, por obra da *iurisprudencia*, todos os tipos de legados no legado realmente querido pelo testador.

Porém, como CIAPESSONI, julgamos que foram confirmados, também, os legados nulos *iure civili* pelos mesmos vícios. Assim, *v. g.* um legado *per vindicationem*, nulo *iure civili* por a *res legata* só não pertencer ao testador no momento da feitura do testamento, podia valer como legado do mesmo tipo<sup>8</sup>. Só que — e voltamos a afastar-nos de CIAPESSONI — esta *confirmatio*

<sup>3</sup> Vid. BIONDI, *Successione*, cit. 285.

<sup>4</sup> Vid. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, cit. 80<sup>21</sup>.

<sup>5</sup> Vid. Raul VENTURA, *o.c.* 96.

<sup>6</sup> Vid. GROSSO, *Recensioni*, cit. 108. Também BIONDI teceu uma série de críticas, nas suas *Successione*, cit. 283. E ARANGIO-RUIZ (*Istituzioni*, cit. 567<sup>1</sup>) apenas está com CIAPESSONI no seu entendimento de que o *sc. Neroniano* não modificou o *ius civile*, mas foi concretizado pelos expedientes do pretor.

<sup>7</sup> Vid. *supra* § 6.4.6.

<sup>8</sup> Vid. *infra* § 6.4.9.



deve-se não ao Senado, mas à *iurisprudencia* que estendeu, umas boas décadas depois, o alcance do *sc. Neronianum*.

Estamos, de novo, com CIAPESSONI no seu entendimento de que a sanção ocorreu, não *iure civili* — em face do qual os legados continuavam inválidos —, mas *iure praetorio*, graças aos expedientes do pretor, com evidência para a sua *actio ficticia*.

E, porque julgamos que o *sc. Neronianum* converteu os legados (*per vindicationem* e *sinendi modo*), nulos *iure civili*, em legados damnatórios, as expressões «*optinum... apparebit*» (em GAIUS 2,197) e «*optinum... est*» (em ULPIANUS XXIV 11a) não passam de simples glosas decerto de quem, atento ao conteúdo originário do *sc. Neronianum*, não compreendeu o seu alargamento jurisprudencial, aliás evidente nos *Fragmenta Vaticana* (85).

Tem razão CIAPESSONI em referir a propriedade bonitária que justifica perfeitamente a possibilidade da *usucapio* segundo o título *pro legato*<sup>9</sup>; mas não viu que o legado *per vindicationem* só é confirmável — quando o for — depois de IULIANUS e que, até lá, somente era convertível em legado damnatório insusceptível de fazer adquirir o domínio quirritário pela via da *usucapio*.

*Em conclusão*: a tese de CIAPESSONI peca por falta de sentido histórico, pois viu no ano 60 (?) o que só foi possível — e nem sempre — 60 anos depois, pelo menos. Deste modo, há uma mistura da verdade e de falsidade nos seus argumentos.

Na doutrina de Raul VENTURA vemos, também, algo de exacto e de rejeitável. Exacta é a sua opinião de que o *sc. Neronianum* tem como pressuposto a hipótese de nulidade dos legados, sendo ilegítimo ultrapassar este limite; e também é certa, no nosso entendimento, a sua caracterização do *verborum vitium* como falta de correspondência entre a fórmula e o objecto (ou o sujeito) do legado.

Porém, julgamos rejeitável a sua tese de que «o legado '*per vindicationem*', nulo por a coisa não pertencer '*ex iure Quiritium*' ao testador '*utroque tempore*', não pode, logicamente, valer como legado

---

<sup>9</sup> Vid. também BONFANTE, P., *Scritti Giuridici Varii* II (Turim 1918) 611-613.

'per vindicationem' mesmo através duma 'actio utilis', pois «se a coisa nunca pertenceu ao testador e se o 'sc. Neronianum' não pode fazer que lhe pertença, só tem a possibilidade de o declarar válido (...) como legado 'per damnationem'»<sup>10</sup>. Não é que seja inexacta neste aspecto de a *res legata* nunca ter pertencido ao testador; simplesmente, Raul VENTURA não entendeu que, a partir de IULIANUS, o legado *per vindicationem* de uma *res* adquirida pelo testador só depois da feitura do testamento, é confirmável, embora *iure praetorio*, no mesmo tipo de legado e, portanto, não convertível em legado damnatório.

Não teve em atenção a actividade desenvolvida pela *iurisprudencia* clássica; nem viu que, na época do *sc. Neronianum*, o Senado actuava por intermédio do pretor<sup>11</sup>; deste modo, pôs a conversão *ex sc. Neroniano* no seio do *ius civile* sem notar que provocaria um choque violento e uma ruptura insuportável no sistema rigidamente formalista dos *verba*. Procurou, em apoio da *actio civilis*, um texto (D. 30,39,2) que ele próprio reconhece bastante interpolado; e não compreendeu a *actio utilis* referida nos *Fragmenta Vaticana* (85).

#### § 6.4.8 É tempo de concluir.

Vimos que o *sc. Neronianum* permitiu a conversão de legados (*per vindicationem* e *sinendi modo*) nulos *iure civili* por *verborum vitium* em legados damnatórios válidos *iure praetorio*; e que, sobretudo a partir de IULIANUS, todos os legados nulos pelos mesmos *vitia* passaram a ser confirmados ou convertíveis, *iure praetorio*, no tipo querido pelo testador<sup>1</sup>.

Deste modo, antes de IULIANUS — atendendo estritamente ao conteúdo do *sc. Neronianum* — várias soluções (*v. g.* em relação ao legado *per vindicationem* de uma *res* não-fungível) eram possíveis —

- a) Titius legou Stichus a Paulus, que jamais lhe pertenceu: o legado era nulo *iure civili* por *verborum vitium* (ou por a

<sup>10</sup> Vid. Raul VENTURA, *o.c.* 98.

<sup>11</sup> Vid. *supra*, neste parágrafo, a nota 2.

<sup>1</sup> Vid. *supra* § 6.4.7.

res não pertencer ao testador); todavia, por efeito do *sc. Neronianum*, era convertível em legado *per damnationem*, gozando *Paulus* de uma *actio ex testamento (personalis)* contra o *heres*: *GAIUS* 2,197; e *ULPIANUS*, XXIV 11a).

b) *Titius* legou *Stichus* a *Paulus* e alienou-o depois de ter feito o testamento: o legado era nulo *iure civili* por *verborum vitium* (ou por a *res* não pertencer ao testador *mortis tempore*); segundo o *sc. Neronianum*, era convertível em legado *per damnationem* (*GAIUS* 2,197); porém, à *actio ex testamento* do legatário o *heres* oporia a *exceptio doli mali* (*GAIUS* 2,198).

c) *Titius* legou *Stichus* a *Paulus*, adquirido já depois de ter feito o testamento: o legado, nulo *iure civili* por *verborum vitium* (ou por a *res* não pertencer ao testador quando fez testamento), era convertível em legado damnatório por efeito do *sc. Neronianum*; o legatário gozava, pois, da *actio ex testamento (personalis)*: *GAIUS* 2,197; e *ULPIANUS* (XXIV 11a)).

Comparemos estas soluções com as que julgamos terem sido dadas a partir de *IULIANUS*:

a) a solução era exactamente a mesma. Não pertencendo a *res legata* ao testador, o legado não podia ser confirmado, mas somente convertido em legado *per damnationem*;

b) a solução é, também, igual<sup>2</sup>;

c) a nova solução consiste em ser confirmado o legado *per vindicationem*, nulo *iure civili*, em legado *per*

<sup>2</sup> Todavia, é pensável, pelo menos como hipótese, que o *sc. Neroniano* não excluiu, neste caso, a conversão em legado damnatório; e tê-la-ia afastado a jurisprudência posterior, quiçá a partir de *IULIANUS*. A ser assim, a diferença reside em, antes de *IULIANUS*, haver conversão e depois, ser excluída. As palavras de *GAIUS* (2,198) «*plerique putant ... nec ex senatusconsulto confirmari*» não afastam esta hipótese.

*vindicationem*, válido *iure praetorio*. O legatário gozaria de uma *rei vindicatio utilis*: GAIVS 2,218 e *FV*. 85.

Notamos, destarte, em sede do legado *per vindicationem*<sup>3</sup>, hipóteses em que: 1.º — só pode ser convertido antes e depois de IULIANUS; 2.º — é convertível antes e confirmável depois de IULIANUS<sup>4</sup>.

Ora, o *sc. Neronianum* produzia os seus efeitos através do pretor a quem se dirigia<sup>5</sup>; deste modo, só podiam ser tutelados com os expedientes do *ius praetorium*, sobretudo através de *actiones ficticiae*.

Quais?

Antes de IULIANUS, a *actio* referida em a) e em c) seria uma *actio ficticia ex testamento* contendo, decerto, a ficção: «*si legatum per damnationem esset*»<sup>6</sup>; depois, a *rei vindicatio utilis* (descrita

<sup>3</sup> *Mutatis mutandis*, dir-se-á o mesmo em relação ao legado *sinendi modo* e, depois de IULIANUS, a todos os *genera legatorum*.

<sup>4</sup> Sobre os significados de *convalescere*, *convertere* e *confirmare*, vid. GIUFFRÈ, *o.c.* 625-638; e BETTI, E., *Convalescenza del Negozio Giuridico (Diritto Romano)* em *NNDI* 4 (1959) 788-789.

No caso do legado *per vindicationem* que passa a valer como legado *damnatório*, BETTI (*Istituzioni*, cit. 187-190) entende que não há uma verdadeira conversão, pois o negócio não muda de valoração jurídica, mas é considerado firme no que é. Parece-nos, ao invés, que o legado muda de valoração jurídica: de dispositivo ou de propriedade passa a valer como obrigacional. Também CABRAL DE MONCADA (*Elementos II*, cit. 330) entende que a doutrina da conversão dos negócios jurídicos «é mais um produto da ciência romanística do que outra coisa, pois a verdade é que nas fontes romanas não se conhece um único exemplo de conversão propriamente dita do negócio jurídico». Sobre a conversão dos negócios jurídicos na doutrina em geral e no Direito português em especial, vid. Eduardo CORREIA, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Ineficazes* no *BFDC* 24(1948) 360-389; Rui de ALARCÃO, *Invalidez dos Negócios Jurídicos. Anteprojecto para o Novo Código Civil* no *BMJ* 89(1959) 260-267; Manuel de ANDRADE, *o.c.* 432-437; e MOTA PINTO, *o.c.* 630-635.

<sup>5</sup> Vid. *supra* § 6.4.7, máxime a nota 2; SCHULZ, *o. c.* 306; e KASER, *Römisches*, cit. 288.

<sup>6</sup> Neste sentido, vid. COLACINO, *o.c.* 271; ARANGIO-RUIZ, *o.c.* 567<sup>1</sup>; GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 332; e D'ORS, *Derecho*, cit. 360.

em c)) seria também *ficticia*, com a ficção: «*si legatum per vindicationem esset*»<sup>7</sup>.

É-nos, agora, possível imaginar a fórmula de uma *actio ficticia* concedida a um legatário (*Aulus Agerius*) para reivindicar uma *res* legada (*fundus Cornelianus*) por um testador (*L. Titius*) que a obteve após a feitura do testamento e cuja entrega o *heres* (*Numerius Negidius*) recusa:

*Iudex esto.*

*Si legatum per vindicationem esset, tum si paret fundum Cornelianum Li. Ti. ex iure Quiritium Ai. Ai. esset, si arbitrato tuo res, de qua agitur, Ao. Ao. non restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito.*

O pretor ordenava ao juiz que fingisse ser o legado em questão *per vindicationem*, afastando as dúvidas sobre a sua validade; e, se provasse que o *fundus* do testador era, *iure Quiritium*, do legatário (o *iudex* devia verificar se, efectivamente, aquela *res* tinha sido legada ao legatário), condenava o *heres* a restituir-lhe o *fundus* ou a pagar (se recusasse) o seu valor.

Também antes de JULIANUS, a fórmula da *actio ficticia ex testamento* outorgada ao legatário contra o *heres* podia ter a seguinte redacção:

*Iudex esto.*

*Si legatum per damnationem esset, tum si paret Nm. Nm. (heredem Li. Ti.) Ao. Ao. fundum Cornelianum non dare, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito.*

O pretor impunha ao juiz que fingisse ser o legado (*sub iudice*) *per damnationem* e, como tal o entendesse válido. E determinava-lhe que provasse se o *heres* não dá, como o obrigou o testador, o *fundus Cornelianus*, cuja propriedade não reivindica

<sup>7</sup> Além de CIAPESSONI, também FERRINI sustenta esta hipótese. Vid. CIAPESSONI, *o.c.* 688; e FERRINI, *o.c.* 808. Cfr. igualmente *FV.* 85.

em virtude de poder ser, inclusivamente, dum terceiro. No caso de o *heres* não *dare*, o juiz condená-lo-á a pagar o seu valor ao legatário.

Enquanto na primeira fórmula — que tem por modelo a *rei vindicatio* — o *iudex* deve ordenar a restituição da *res legata* e, só havendo recusa, o *heres* será condenado (em virtude do carácter pecuniário da *condemnatio*) a pagar um valor decerto elevado (para o pressionar a *dare* a *res*); na segunda, o *iudex* não condena o *heres* a *dare*, mas a pagar o valor da *res* se a não quiser (ou puder) *dare* ao legatário. No primeiro caso, a fórmula fictícia é de uma *actio in rem*; no segundo, de uma *actio in personam*.

Estamos, portanto, em face de duas ficções: a ficção «*si legatum per vindicationem esset*» e a ficção «*si legatum per damnationem esset*»<sup>8</sup>; tendo em atenção que a primeira é devida à *iurisprudencia* posterior a IULIANUS, fica-nos a segunda como *fictio senatusconsulti Neroniani*.

Trata-se, deste modo, de uma *fictio legis*, embora esta *lex* — o *sc. Neronianum* — não fosse, ainda, uma verdadeira lei.

### § 6.5 O *sc. Trebellianum*

§ 6.5.1 Também o *sc. Trebellianum* recorreu a uma *fictio*, segundo a opinião comum.

Urge, portanto, estudá-lo.

Simplemente, porque a sua regulamentação incide sobre a *hereditas fideicommissaria*, devemos fazer-lhe uma breve referência para melhor compreendermos este *senatusconsultum*.

Como a palavra sugere, *fideicommissum* é um acto que, não tendo originariamente valor jurídico, envolve uma ligação íntima à deusa *fides*, encarregada de velar pelo seu cumprimento; deste modo, na crença de o destinatário o satisfazer para não

<sup>8</sup> São estas as *fictiones* dos exemplos apresentados. Como, depois de IULIANUS, a *confirmatio* não se restringiu ao legado *per vindicationem*, outras *fictiones* de outros legados terão surgido igualmente.

incorrer na ira divina, a sua prática, frequente em Roma, foi, no dizer de BETTI, «*un prodotto genuino (...) che il diritto non prese sotto la sua protezione se non assai tardi*»<sup>1</sup>.

Esta prática traduzia-se, fundamentalmente, num pedido que o disponente dirigia a alguém (*fiduciarius*) para transmitir a um terceiro (*fideicommissarius*) a totalidade ou uma parte dos seus bens. Originariamente, este pedido criava, tão-só, um vínculo moral e social baseado na *fides*. Porém, quando, «*rilassatosi il costume sociale con la cresciuta frequenza dei casi d'inosservanza, il vincolo si dimostrò insufficiente*», foi necessário pensar, juridicamente, um meio de tutela «*più energica*»<sup>2</sup>, talvez introduzido no tempo de Augusto, nos casos de violação flagrante e estendido, pouco depois, às restantes situações.

Na opinião de BIONDI, a *hereditas fideicommissaria* terá nascido como disposição (fideicomissária) a título particular, em nada diferindo este instituto de qualquer outro fideicomisso; veio a revestir, porém, uma fisionomia própria, deixando de ser uma disposição a título particular, semelhante ao legado, para se tornar um «*disposizione ereditaria e precisamente di eredità successiva*» que, «*ad incominciare dalla metà del I sec. dell' Impero (...), produce gli effetti propri dell' eredità e non del legato*»<sup>3</sup>.

Este instituto, de que habitualmente se diz «*comincia come legato e termina come successione ereditaria*»<sup>4</sup>, caracteriza-se por ser uma disposição *mortis causa* na qual o *heres* (*fiduciarius*)<sup>5</sup> é onerado

<sup>1</sup> Vid. BETTI, *Istituzioni*, cit. 96.

<sup>2</sup> Vid. BETTI, *Istituzioni*, cit. 96.

<sup>3</sup> Vid. BIONDI, *Successione*, cit. 479. Sobre a diferença entre a herança fideicomissária e o legado, cfr. GAIUS 2,268-271.

<sup>4</sup> Assim, DERNBURG citado por BIONDI, *Successione*, cit. 479-480. Segundo ARANGIO-RUIZ (o.c. 573-574), «*è probabile che ai fedecommissi si facesse ricorso, nell'ultima epoca repubblicana alla quale risalgono le prime notizie, per raggiungere in via di favore risultati che non si sarebbero potuti raggiungere coi mezzi legali dell'istituzione di erede e dei legati*». Na verdade, «*permetteva di onorare con quote del patrimonio non soltanto le donne (senza i limiti della 'lex Voconia') e i 'furiosi', ma anche i 'Latini' e le persone non ancora nate nè concepite*». Cfr. GAIUS 2,274; 2,275.

<sup>5</sup> Não só o *heres*, mas também um *legatarius* podia ser onerado com um fideicomisso, como GAIUS (2,261) claramente informa: «*Item potest*

com o fideicomisso de restituir a herança, total ou parcialmente, a um terceiro (*fideicommissarius*).

É, portanto, uma herança dupla e sucessivamente disposta: primeiro, a favor do *heres*; depois, a favor do *fideicommissarius*.

Tê-lo-á acolhido e protegido o *ius civile*?

Não!

Como referiu SCHULZ, «una solución sencilla y clara hubiera sido conceder al testador la facultad de instituir a H como heredero suyo durante tres años y a F como heredero sucesivo un vez hubiese transcurrido dicho plazo. Pero esta solución habría pugnado con la máxima 'semel heres, semper heres'»<sup>6</sup>. Na verdade, o *heres* era, no âmbito do *ius civile*, titular duma posição intransmissível<sup>7</sup>; por isso, como era impossível transferir para o fideicomissário o título de *heres*, o herdeiro não podia fazer passar a *hereditas* duma só vez e num só acto. Todavia, logo a *iurisprudencia* romana pensou uma série de expedientes que, protegendo os interessados (o *fiduciarius* e o *fideicommissarius*), tornaram possível a afirmação da herança fideicomissária: a *hereditas* cindia-se nos seus elementos individuais que o *heres* transferia, isoladamente, através de actos *iure civili* idóneos.

Assim, para transferir *res Mancipi*, o *heres-fiduciarius* e o *fideicommissarius* deviam celebrar *mancipationes* ou *in iure cessiones* e recorrer à *traditio* no caso de uma *res nec Mancipi*<sup>8</sup>. Quanto aos

*non solum propria testatoris res per fideicommissum relinqui, sed etiam heredis aut legatarii aut cuiuslibet alterius. Itaque et legatarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat quae ei legata sit, sed etiam de alia, sive ipsius legatarii sive aliena sit...». Porém, tratamos, aqui, da herança fideicomissária, não nos interessando a hipótese do *legatarius-fiduciarius*.*

<sup>6</sup> Vid. SCHULZ, o.c. 316.

<sup>7</sup> Que a posição do *heres* era civilmente intransmissível, mostra o expediente da *in iure hereditatis cessio*: só o agnado podia transmitir a *hereditas* e antes de a aceitar. Neste instrumento processual, o cessionário afirmava ser *heres (ex iure civili)* e, perante o silêncio do *cedens*, o *praetor* reconhecia *heres* aquele e não este. Assim, a célebre máxima *semel heres, semper heres* manteve-se formalmente inviolada. Vid. FUENTESSECA, o.c. 524; e MASCHI, *Il Diritto Romano*, cit. 240.

<sup>8</sup> GAJUS (2,252) escreve: «...Tunc enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire...». Segundo BIONDI, «l'attestazione non è chiara» e prefere entender «venire» não «nel senso letterale



débitos e créditos, sendo conceitualmente impossível a sua transmissão, restava-lhes a *stipulatio*: o *heres* obrigava-se a transferir para o *fideicommissarius* o que recebesse dos devedores e a permitir que este instaurasse, na qualidade de *cognitor* ou de *procurator in rem suam*, as respectivas *actiones* contra os devedores que não satisfizessem os seus débitos. Ao mesmo tempo, o fideicomissário obrigava-se a indemnizar o herdeiro de quanto tivesse pago aos credores hereditários e a defendê-lo, como *cognitor* ou *procurator in rem suam*, nos *iudicia* instaurados pelos credores<sup>9</sup>.

Porém, este sistema, em que o fideicomissário é dito *loco emptoris*, tinha três inconvenientes: complicava as transferências des *res corpóreas* e des obrigações; expunha o *heres* a ter que

di 'vendere', mas «nel senso di 'mancipio dare»; porém, «con ciò la difficoltà non è superata, giacchè mediante 'mancipatio' si potevano trasferire singole cose ma non l'hereditas».

Julgamos pertinente a crítica de BIONDI, embora tenha, talvez, confundido 'venire' com 'vendere'. GAIUS terá querido dizer, com «nummo uno eam hereditatem dicis causa venire», que as *res corpóreas* pertencentes à *hereditas* são transferidas através dos chamados negócios *dicis causa* (que estudaremos *infra* § 12.1(1-4)).

Não nos parece exacta a doutrina de D'ORS, segundo a qual «quando el fideicomiso es (...) de la herencia entera, entonces la herencia se traspasa al fideicomisario por una 'mancipatio nummo uno'».

BARTOSEK entende que «nei primi tempi si attuava il modo più semplice, trasferimento cioè delle singole cose ereditarie e cessione dei singoli crediti» e que «più tardi — già secondo Gai II, 252 — prevalse e si affermò l'uso della vendita fittizia dell'eredità (venditio hereditatis nummo uno), a cui dovevano ugualmente seguire altri singoli atti di trasferimento». Simplesmente, além de GAIUS falar de «venire» e não de «vendere» (venditio), a necessidade, aliás reconhecida, de «altri singoli atti di trasferimento», não oferece base sólida à doutrina de BARTOSEK.

Vid. BIONDI, *Successione*, cit. 481; D'ORS, *Derecho*, cit. 328 d); e BARTOSEK, M., *Il Senato Consulto Trebelliano em Scritti Ferrini III* (1948) 309.

<sup>9</sup> Eram utilizadas *stipulationes partis e pro parte*, no caso de um fideicomisso parcial; e *stipulationes ad exemplum emptae et venditae hereditatis*, no caso de fideicomisso universal. Vid. GAIUS, 2,252. Cfr. ARANGIO-RUIZ, *o.c.* 575; GIRARD, *o.c.* 989; BURDESE, *o.c.* 843-844; e VOLTERRA, *o.c.* 780.

suportar a insolvência do fideicomissário e vice-versa; e permitia ao *heres* fazer cair o fideicomisso, não aceitando a *hereditas*.

Impunha-se um sistema mais fácil e seguro: que evitasse o recurso às *stipulationes* recíprocas e às transferências singulares das *res hereditariae*.

§ 6.5.2 Esta, a tarefa confiada ao *sc. Trebellianum* proposto ao Senado pelos cônsules *Trebellius Maximus* e *Annaeus Seneca* e votado, provavelmente, no ano 56 <sup>1</sup>.

Sobre ele, escreveu GAIUS:

2,253: «...*sentusconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones quae iure civili heredi et in heredem competere, <ei> et in eum darentur, cui ex fideicommissio restituta esset hereditas (...). Praetor enim utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur.*»

Quando a *hereditas* tivesse sido restituída, as acções hereditárias, que pertencem, *iure civili*, ao (e contra o) herdeiro, seriam dadas ao fideicomissário. Na verdade, o pretor começou a

<sup>1</sup> Dos inconvenientes assinalados, o *sc. Trebellianum* só não eliminou o último, afastado pelo *sc. Pegasianum*, feito entre 69 e 79 (quando eram cônsules *Pegasus* e *Pusio* — GAIUS 2,254), que: 1.º — outorgou ao *heres* o direito a 1/4 da herança (*quarta Pegasiana*); 2.º — facultou ao fideicomissário o poder de dirigir-se ao magistrado para obrigar o *heres* a aceitar a herança; 3.º — nesta hipótese, retirou ao herdeiro a *quarta Pegasiana*. Instituiu, contudo, um regime complexo, onde o fideicomissário aparece ora *legatarii loco* ora *heredis loco*.

Sobre este *senatusconsultum*, vid.: DEKKERS, *o.c.* 104-105; BIONDI, *Successione*, cit. 483-485 e 493-496; ARANGIO-RUIZ, *o.c.* 575; SCHULZ, *o.c.* 315; GIRARD, *o.c.* 980; ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, *o.c.* 823; KASER, *Römisches Privatrecht*<sup>3</sup>, cit. 294; VOLTERRA, *o.c.* 781; FUENTESECA, *o.c.* 525-528; D'ORS, *Derecho*, cit. 329; SCIALOJA, *Studi Giuridici*, cit. 295-298; BARTOSEK, *Il Senato*, cit. 310, 313-315, 319 e 321; e SOLAZZI, *Bonorum Possessio ex Sc. Pegasiano* em *RISG III* (1949) 30-38. Cfr. GAIUS 2,253; I. 2,23,4; e D. 36,1,1,1.

outorgar (a favor e contra) *actiones utiles*, como se (*quasi*) as outorgasse ao (e contra o) herdeiro<sup>2</sup>.

Também a propósito da não aplicação da *lex Falcidia*, ULPIANUS terá dito:

XXV 14: «...*ex Trebelliano senatus consulto restituit, ut ei et in eum dentur actiones, cui restituta est hereditas...*».

Uma vez restituída a herança, ao fideicomissário eram outorgadas as *actiones* (hereditárias).

Todavia, o texto, que parece transcrever o próprio *sc. Trebellianum*, é um fragmento de ULPIANUS:

D. 36,1,1,2: «...*placet, ut actiones, quae in heredem hereditibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sic, uti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates*».

Segundo ULPIANUS, as acções pertencentes ao (e contra o) herdeiro não costumam ser outorgadas (nem a favor nem contra) aos herdeiros que tivessem restituído a herança-fideicomisso, mas a favor e contra os fideicomissários. E fundamenta com as *defunctorum voluntates*.

Portanto, os textos dizem-nos que, após a *hereditatis restitutio*, as *actiones hereditariae* são dadas ao (e contra o) fideicomissário em via útil, o que pressupõe duas condições: 1.<sup>a</sup> — a *hereditatis aditio* da parte do herdeiro; 2.<sup>a</sup> — a *hereditatis restitutio*. Não oferecendo dúvidas a primeira, importa determinar a segunda: que é a *hereditatis restitutio*?

GIRARD diz-nos ser «*la simple convention de restitution intervenue entre el fiduciaire et lui (o fideicomissário) que aurait pour résultat de faire passer 'iure praetorio' sur sa tête (...) tant la propriété de choses corporelles que les créances et les dettes*»<sup>3</sup>. Segundo BIONDI,

<sup>2</sup> O texto foi acolhido por Justiniano nas suas I. 2,23,4.

<sup>3</sup> Vid. GIRARD, o.c. 989.

a *restitutio* — que tem a função assaz importante de assinalar a passagem da *hereditas* do fiduciário para o fideicomissário, já que produz, em relação a este, os mesmos efeitos que a *hereditatis delatio* provoca no herdeiro — é um «atto bilateral che interessa tanto il fiduciario che il fedecommissario»; é «sempre necessaria (...) affinché si faccia luogo al passaggio delle 'actiones' secondo il Trebelliano» e «solo in taluni casi (morte o contumacia del fiduciario) si verifica il passaggio delle azioni anche senza 'restitutio'»<sup>4</sup>. Para BARTOSEK, «*restitutio hereditatis ex sc. Trebelliano*» é un nuovo concetto tecnico, che designa un atto giuridico bilaterale, avente per tutte le cose ereditarie diretto effetto giuridico senza riguardo al destino reale dell'eredità trasferita, vale a dire alla restituzione effettiva delle cose ereditarie. É um «atto» que «doveva essere dunque un negozio, a cui consentivano tutte e due le parti», «aveva natura di contratto extintivo» e «dopo una restituzione ereditarie di tale genere segue il trapasso di tutte le azioni ereditarie dal fdc. al fcm. quali 'actiones utiles'»<sup>5</sup>.

Accepta a herança pelo herdeiro e acordada a *restitutio* entre o *heres* e o *fideicommissarius*, imediatamente o *sc. Trebellianum* produzia os seus efeitos nas esferas patrimoniais de ambos.

Quanto ao *heres* (*fiduciarius*), gozava de uma *denegatio* ou de uma *exceptio restitutae hereditatis* destinadas a paralisar qualquer *actio*, pessoal ou real, instaurada contra ele em virtude da *hereditas*; e de igual protecção gozavam os devedores da herança se o *heres* os demandasse<sup>6</sup>. Deste modo, a posição do *heres* reduzia-se à de um simples, embora necessário, intermediário entre o testador e o fideicomissário: «*egli rimane erede soltanto de nome*», refere PARTOSEK<sup>7</sup>; ou «*lo era sólo 'iure civili', de un modo casi puramente nominal*», escrevem ARIAS RAMOS e ARIAS BONET<sup>8</sup>.

Relativamente ao fideicomissário, tornava-se proprietário bonitário da *hereditas*<sup>9</sup>: tanto das *res corpóreas* como dos créditos

<sup>4</sup> Vid. BIONDI, *Successione*, cit. 488-489.

<sup>5</sup> Vid. BARTOSEK, *Il Senato*, cit. 311.

<sup>6</sup> Vid. D. 36,1,1,4.

<sup>7</sup> Vid. BARTOSEK, *Il Senato*, cit. 314.

<sup>8</sup> Vid. ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, *o.c.* 823.

<sup>9</sup> Por isso, o fideicomissário não adquiria quanto o *heres* recebera *condicionis implendae causa* (D. 35,1,44,4; -35,1,44,5) nem os *iura*

e dos débitos que lhe eram transferidos através da *restitutio* reconhecida pelo *sc. Trebellianum*<sup>10</sup>. A seu favor e contra os devedores hereditários (e vice-versa) eram concedidas *actiones utiles*<sup>11</sup>. E, quanto aos direitos reais, gozava da *hereditatis petitio utilis* chamada *hereditatis petitio fideicommissaria*, análoga à *hereditatis petitio* do herdeiro civil (D. 5,6,1;-5,6,2); e da *actio familiae erciscundae utilis* (análoga à correspondente acção civil) instaurável entre fideicomissários ou entre o fideicomissário e o *heres* no caso de o fideicomisso ser parcial (D. 10,2,24,1;-10,2,40). Assim, o fideicomissário que, antes do *sc. Trebellianum*, estava na situação de *emptoris loco* (adquirente do herdeiro), ocupa, agora, a posição de sucessor do defundo: *heredis loco*.

Porque esta seria, embora *iure praetorio*, a sua futura situação jurídica, interessava acautelá-la no presente: a *iurisprudencia* fez reviver os créditos da herança que se tinham extinguido por confusão — aceitando a *hereditas*, o herdeiro-devedor tornava-se credor de si próprio —, dando ao fideicomissário a respectiva *actio* contra o *heres*-devedor<sup>12</sup>; e procurou salvaguardar os

*sepulchrorum* (D. 36,1,43(42),1) que não estavam compreendidos na *hereditas*.

Um regime especial tinham os frutos: os colhidos antes da *hereditatis delatio* pertenciam à herança e, portanto, deviam ser restituídos ao fideicomissário (D. 36,1,28(27),1; -36,1,65(63),4); mas os colhidos após a *delatio* pertenciam ao *heres* (D. 36,1,60(58),2; -36,1,46(44),1). Todavia, estando em mora, o *heres* era obrigado a restituí-los (GAIUS 2, 280). Vid. BIONDI, *Successione*, cit. 491-492; e BARTOSEK, *Il Senato*, cit. 312.

<sup>10</sup> FUENTESECA (o.c. 525 e 527) refere que «el senadoconsulto Trebelliano (...) admitió el traspaso en bloque del patrimonio de parte del heredero fiduciario al fideicomisario en un acto único de transmisión» e diz-nos que «no se trata de un acto del 'ius civile' porque únicamente tiene efectos en el ámbito del 'ius honorarium' en cuanto crea una propiedad bonitaria a favor del fideicomisario y este por 'usucapio' se convertirá en 'dominus' civil de las cosas y utilizará como 'utiles' las 'actiones' del heredero». No mesmo sentido, cfr. ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, o.c. 822.

<sup>11</sup> Cfr. GAIUS 2,253; e I. 2,23,4. Vid. BIONDI, *Successione*, cit. 482; GUARINO, *Storia*, cit. 416; ARANGIO-RUIZ, o.c. 575; VOLTERRA, o.c. 780; MASCHI, *Il Diritto*, cit. 241; e SCIALOJA, V., *Studi Giuridici I* (Pádua 1933) 294.

<sup>12</sup> Vid. D. 36,1,28(27),11; -36,1,75(73),1. Segundo D'ORS (*Derecho*, cit. 329<sup>2</sup>), «la extinción de derechos por confusión con el fiduciario se salvaba

direitos do fideicomissário, tendo em conta a boa fé, a vontade do defunto e o interesse objectivo da herança nos actos de disposição do herdeiro<sup>13</sup>.

§ 6.5.3 Resta saber qual a natureza da *exceptio* concedida a favor do *heres* a fim de paralisar as *actiones* instauráveis pelos credores da herança após a sua restituição ao fideicomissário; e a das *actiones utiles* outorgadas a favor e contra (o fideicomissário) em relação aos créditos e às dívidas da *hereditas fideicommissaria*.

Quanto à *exceptio*, ULPIANUS refere:

D. 36,1,1,4: «*Quamquam autem senatus subventum voluit heredibus, subvenit tamen et fideicommissario: nam in eo, quod heredes, si conveniantur, exceptione uti possunt, heredibus subventum est: in eo vero, quod, si agant heredes, repelluntur per exceptionem quodque agendi facultas fideicommissariis competit, procul dubio consultum est fideicommissariis*».

Segundo ULPIANUS, embora o *sc. Trabellianum* desejasse proteger os herdeiros, socorre, todavia, o fideicomissário. E esclarece: a protecção dos herdeiros traduz-se na concessão de uma *exceptio* quando demandados; mas, se forem estes os demandantes, serão repelidos (também) por *exceptio* se a *actio* pertencer ao fideicomissário. A mesma *exceptio*, que os herdeiros opõem aos credores da *hereditas* (naturalmente, depois da

---

también mediante acciones ficticias». Vid. ainda BIONDI, *Successione*, cit. 490 e BURDESE, *o.c.* 845.

<sup>13</sup> Segundo BIONDI (*Successione*, cit. 497), «in linea di massima, la giurisprudenza si pone dal punto di vista della responsabilità, per cui l'atto è valido, salvo la responsabilità verso il fedecommissario, a meno che intervenga in consenso di questi» (D. 30,120,1). Assim «è valida la vendita fatta per necessità, como ad es. per soddisfare i creditori ereditari, o la costituzione di pegno per liberare cosa già pignorata dal 'de cuius' (D. 32,38pr.); può dare a mutuo somme ereditarie o fare un'constitutum', ma suo periculo (D. 13,5,22; -36,1,46(44),1); però, dopo la restituzione, le relative azioni si accordano al fedecommissario (D. 13,5,22; -36,1,75(73)pr.). La manomissione è efficace 'favore literatis', ma il fiduciario deve restituire il 'pretium' dello schiavo manomesso (D. 36,1,26 (25),2)». Vid. ainda BARTOSEK, *Il Senato*, cit. 314.

*restitutio*), podem os devedores da herança utilizar para afastar a pretensão do *heres* cujos direitos haja restituído ao fideicomissário.

Simplemente, ULPIANUS não refere a natureza desta *exceptio* a que, juntamente com PAULUS, chama «*exceptio Trebelliani*»<sup>1</sup>.

KASER fala de *exceptio doli*<sup>2</sup>, mas a sua natureza *in factum* não oferece, como julgamos<sup>3</sup>, fundadas dúvidas.

Em relação à *actio utilis* que se funda no *sc. Trebellianum*, a sua natureza fictícia é, hoje, quase unanimemente reconhecida pela doutrina: as *actiones utiles* referidas por GAIUS (2,253) e por Justiniano (I. 2,23,4) são *actiones ficticiae* em que o fideicomissário se finge «*si heres esset*»<sup>4</sup>. E esta doutrina tem um apoio sólido não apenas em GAIUS (2,253) que refere «*actiones quae iure civili heredi et in heredem competere, <ei> et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas*» e «*Praetor enim utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit*»; mas, sobretudo, em ULPIANUS (D. 26,1,1,2) para quem «*actiones, quae in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sic, uti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset*».

Não há dúvida, as mesmas acções que pertenciam ao *fiduciarius* enquanto *heres*, pertencem, após a *hereditatis restitutio*, ao fideicomissário. Só um obstáculo se oporia à sua instauração: a falta do título *heres (ex iure civili)* que, sendo intransmissível, continua a pertencer ao *fiduciarius*. Exactamente, o motivo que terá justificado a ficção *si heres esset* e as respectivas *actiones ficticiae*.

Deste modo, julgamos ainda exacta a opinião de BONFANTE para quem «*il 'bonorum possessor' agisce 'ficto se herede', cioè con un'altra finzione, similmente il 'bonorum emptor', e dobbiamo*

<sup>1</sup> Vid. D. 5,1,28,1; -15,2,1,8.

<sup>2</sup> Vid. KASER, *Römisches Privatrecht*<sup>4</sup>, cit. 294.

<sup>3</sup> Cfr. *supra* § 5.3 e *infra* § 9.5(1-3).

<sup>4</sup> Vid. BETTI, *Diritto Romano*, cit. 520; BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.* 311<sup>35</sup>; FERRINI, *o.c.* 810; D'ORS, *Derecho*, cit. 376; e GUZMÁN BRITO, *o.c.* 53-54.

suporre che si possa agire con la stessa 'formula' anche nella 'restitutio ex Trebelliano', e nell' 'addictio bonorum', istituti assimilati alla 'bonorum possessio'<sup>5</sup>; e igualmente se nos afigura correcto o novo pensamento de LENEL que, após ter admitido a natureza 'in factum' das respectivas fórmulas, terminou por reconhecer: «Gegen diese sei es auch an sich plausible Vermutung und für fiktizische Fassung entscheidet das Zeugnis des Theophilus zu Inst. II, 23 § 4, auf das Ferrini aufmerksam gemacht hat»; e por entender que «stimmte die Formulierung der 'actiones fideicommissariae', was ja auch sehr wohl zu verstehen ist, ganz mit der der 'possessoriae actiones' überein»<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Vid. BONFANTE, o.c. 376.

<sup>6</sup> Vid. LENEL, o.c. 184-185. Também COLLINET entende que o modelo da acção do fideicomissário é, em THEOPHILUS (*Paraph. Inst.* 2,23,4), retirado da fórmula concedida ao 'bonorum possessor' referida por GAIUS (4,34), como facilmente observamos: THEOPHILUS («Si heres essem, tum si hunc dare oportere»); GAIUS («Si A. Agerius L. Titio heres esset, tum si pareret N. Negidium A. Agerio ... dare oportere»). Vid. COLLINET, P., *La Nature des Actions, des Interdits et des Exceptions dans l'Oeuvre de Justinien* (Paris 1947) 437.

Uma posição algo curiosa é a de BARTOSEK (*Il Senato*, cit. 318). Segundo este A., «uno studio più minuto della base processuale della posizione del fcn. (...) ci porta alla conclusione che la posizione posttrebelliana del fcn. sia stata creata analogamente alla posizione del 'bonorum possessor', e rispettivamente del 'bonorum emptor'. Deste modo, «spetterebbero adunque al fcn. dopo la pubblicazione del sc. T., per quanto riguarda l'eredità restituita, le 'actiones utiles', la cui 'formula' poteva essere verosimilmente tanto la 'Serviana', che la 'Rutiliana'. Entende BARTOSEK que, «a differenza delle opinioni (...) secondo le quali le 'actiones utiles' do fcn. erano formulate o fittiziamente oppure con trasposizione di soggetti, entrambi erano questi modi possibili ed ammissibili». A escolha desta ou daquela fórmula terá sido feita «probabilmente per ragioni pratiche secondo il carattere dell'azione, lo stadio processuale, le persone partecipanti ecc.». E este «punto de vista» permite explicar facilmente «la nota di Teofilo delle Inst. II,23,4, cosicché (...) le 'actiones utiles', nelle quali era contenuta la formula fittizia, divennero col passare del tempo regola (...) mentre le azioni con trasposizione di soggetti finirono per essere adoperate relativamente di rado». Ainda segundo BARTOSEK, «la trasposizione di persone dovea aver luogo solamente nei processi che nell'epoca della restituzione erano già in corso; al contrario nei casi in cui le controversie sorgevano più tardi, doveva valere una formula più semplice con funzione, la quale aveva ancora il vantaggio di essere, in quanto alla sua portata, più chiara, e di potere così anticipatamente dissuadere taluno dal processo».



Portanto, terão sido fictícias todas as *actiones* concedidas ao fideicomissário, segundo o *sc. Trebellianum*.

E que acções?

As mesmas que, *iure civili*, pertenciam ao *heres* e em cuja fórmula se punha a ficção *si heres esset*.

Se em causa estivesse a *hereditatis fideicommissaria petitio*, teria a seguinte fórmula, análoga à do *bonorum possessor*<sup>7</sup>:

*Iudex esto.*

*Si As. As. L. Titio heres esset, tum si paret hereditatem Li. Ti. ex iure Quiritium eius esse oporteret, si ea res arbitrato tuo res, de qua agitur, Ao. Ao. non restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito.*

O *iudex* dava como assente a condição de *heres* do fideicomissário (*Aulus Agerius*) e, se o fiduciário (*Numerius Negidius*) não lhe restituísse a *hereditas*, seria condenado a pagar um valor estimado.

Do mesmo modo, se um devedor do *de cuius* não satisfizesse o débito, o fideicomissário demandá-lo-ia com uma *actio ficticia* cuja fórmula, redigida a partir da *actio certae creditae pecuniae*<sup>8</sup>, seria:

*Iudex esto.*

*Si As. As. L. Titio heres esset, tum si paret Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium x milia dare oportere, iudex Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium x milia condemnato; si non paret, absolvito.*

Em todas as *actiones* em que ao fideicomissário fosse necessário assumir a posição de *heres* para realizar os direitos estabelecidos pelo *ius civile*, sempre a ficção *si heres esset* aparece. Tal só foi possível a partir do *sc. Trebellianum* «*per quod senatusconsultum desierunt illae cautiones (as stipulationes inter*

<sup>7</sup> Vid. LENEL, o.c. 183.

<sup>8</sup> Vid. LENEL, o.c. 237.

*venditorem hereditatis et emptorem) in usu haberi», como informa GAIUS<sup>9</sup>.*

Acolhendo o parecer do Senado<sup>10</sup>, o pretor apresentou, no seu edito, as *actiones ficticiae* adequadas às várias situações litigiosas<sup>11</sup>. Eram, na verdade, *actiones praetoriae* porque outorgadas pelo pretor; todavia, pertencendo ao Senado a iniciativa da sua concessão, estas ficções, que se fundam no *sc. Trebellianum*, são *fictiones legis*, embora este *senatusconsultum* não fosse (ainda) uma verdadeira *lex*<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Vid. GAIUS 2,253.

<sup>10</sup> Vid. *supra* § 6.4.7, máxime a nota 2.

<sup>11</sup> Só a título exemplificativo referimos as *actiones ficticiae* outorgadas contra o *fiduciarius* e contra um devedor da herança para o fideicomissário obter, respectivamente, a restituição da *hereditas* e a condenação de um devedor. Por isso, não ignoramos a possibilidade de outros *iudicia*, sobretudo tendo em atenção que o fideicomisso podia incidir sobre uma parte da herança (GAIUS 2,259) e até sobre *res singulae* (GAIUS 2,260).

<sup>12</sup> Há, ainda, *fictiones* em algumas (outras) *leges*. É o caso, *v. g.* da *lex Salpensana* (de 84 a 81 a.C.) que tem duas ficções: a de manter a *potestas*, a *manus* e o *mancipium* como se não tivesse ocorrido a mudança de *status* permitida por aquela *lex* («*si civitate Romana mutatis mutata non essent*»); e a de assegurar à viúva a *tutoris optio* como se tivesse nascido cidadã e não tivesse mudado de condição («*si a cive Romano ortus orta neque civitate mutatus mutata esset*»). Vid. GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 328-329; CIFUENTES, *o.c.* 61; e D'ORS, *Epigrafía Jurídica de la España Romana* (Madrid 1953) 286-289.

Também o *sc. Dasumianum*, do ano 119, contém uma ficção, segundo nos informa MARCIANUS (D. 40,5,51,4): «*Senatus consulto Dasumiano cautum est, ut, si ex iusta causa absit qui fideicommissam libertatem debet et hoc pronuntiatum fuerit, perinde libertas competat, atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset*». Se alguém, por fideicomisso, deve libertar um *servus* e está ausente *ex iusta causa*, o *servus* é considerado liberto como se tivesse sido manumitido. Como refere GARCIA GARRIDO (*Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 332), «*la disposición senatorial, por razones de equidad, prescinde aquí de un requisito legal como era la manumisión por parte del fideicomisario, considerándola como realizada*». No mesmo sentido, vid. KASER, *Das römisches Zivilprozessrecht* (Munique 1966) 355 e 379.

Sobre o *sc. Dasumianum*, vid. FUENTESSECA, *o.c.* 530; GUARINO, *Storia*, cit. 416; e D'ORS, *Derecho*, cit. 156.

Também a *lex Rubria* contém uma *fictio*, como veremos *infra* § 13.1.4<sup>13</sup>.

## § 7. A ficção da jurisprudência

### § 7.1 O problema:

a (im)possibilidade de a jurisprudência criar ficções

§ 7.1.1 A possibilidade da ficção jurisprudencial no Direito hodierno é um ponto de discórdia entre os juristas que vêem na *lex* a única *fons iuris* e os que persistem em a considerar, tão-só, uma (eventualmente predominante) entre as outras *fontes iuris*.

Esta controvérsia não surpreende, tendo em atenção que a *factio* é, enquanto instrumento técnico, um expediente utilizado para integrar e corrigir, ou seja, criar *ius*.

Na verdade, porque não admite à *iurisprudencia* o poder de criar *ius*, o jurista-legalista — para quem a *lex* e o *ius* se confundem — nega a possibilidade de utilizar *fictiones* que reduz a simples expediente legal; de contrário, abalaria os pressupostos que apoiam a sua concepção positivista. O Direito é, tão-só, dado pelo legislador que, intérprete da *volonté générale*, apresenta *leges* sempre justas — ninguém será injusto para consigo próprio — e cuja «justiça» ou «injustiça» não pertence ao jurista (que não é um representante do povo, mas, unicamente, dum particular *sapere*) indagar: «O juiz tem a obrigação profissional de fazer valer a vontade de validade da lei, sacrificar o próprio sentimento jurídico perante a ordem autoritária do Direito, perguntar unicamente o que é o Direito e nunca se também é justo», disse RADBRUCH<sup>1</sup>.

Porque assim é, sendo «as intenções axiológico-normativas da exclusiva responsabilidade do legislador», e pertencendo «ao jurista uma intenção simplesmente científica perante esse direito politicamente legislado», como observa CASTANHEIRA NEVES<sup>2</sup>, bem se compreende a rejeição de corrigir a lei, tarefa para a qual a ficção está também vocacionada.

<sup>1</sup> Vid. RADBRUCH, G., *Cinco Minutos de Filosofia do Direito*, apêndice II a *Filosofia do Direito*, trad. de L. Cabral de Moncada II (Coimbra 1961) 211.

<sup>2</sup> Vid. CASTANHEIRA NEVES, *Introdução*, cit. 67-68. Vid. ainda, do mesmo A., *Questão-de-Facto*, cit. 589-598.

Com toda a fidelidade a este pensar o Direito, afirma-se o princípio «*nulla fictio sine lege*», do qual se deduzem duas proibições igualmente importantes: a de a doutrina e a jurisprudência criar ficções; e a de as estender a matérias vizinhas — só toleram, nas palavras de GÉNY<sup>3</sup>, uma «*interprétation stricte*».

Não falta, todavia, quem rebata energeticamente este pensamento.

GÉNY refere que esta doutrina reduz, até aniquilar, todo o esforço da interpretação jurídica não só perante as ficções difusamente esboçadas na fórmula dos textos, mas também — e ainda mais — em relação às que é necessário descobrir. Aponta a estranha singularidade dum sistema que pretende monopolizar, na esfera legislativa, o emprego da ficção. E afirma ser a *fictio* indispensável em todo o domínio da realização do Direito positivo, devendo ser afastada, como simples preconceito desprovido de todo o fundamento sério, a ideia de que a lei seria a única fonte autorizada das ficções de Direito<sup>4</sup>.

LECOCQ pergunta por que há-de ser a *fictio* susceptível, apenas, de interpretação restrita e observa: «*C'est ce que nul n'a dit, et pour cause*». No seu entendimento, «*il faut interpréter les fictions restrictivement, c'est déjà un grief considérable à leur endroit*». E transcreve uma interrogação de HENRY: «*...le législateur, en consacrant une fiction, a donc toujours en vue un but de justice et*

<sup>3</sup> Vid. GÉNY (*Science*, cit. 420) que nos informa ser este o pensamento, v.g. de MERLIN e de LAURENT. LECOCQ (*o.c.* 250) transcreve mesmo LAURENT: «*... en étendant la fiction ou la créerait, et l'interprète n'a pas ce droit*». No mesmo sentido, cfr. ainda: ANGELESCO, *La Technique*, cit. 314; e GUYOT, M., *Fiction em Répertoire Universel et Raisonné de Jurisprudence VI*<sup>5</sup> (Paris 1830) 671.

<sup>4</sup> Vid. GÉNY, *o.c.* 422-425. Da mesma opinião é DELGADO-OCANDO para quem a concepção positivista, ao identificar Direito e lei, depara com dificuldades inultrapassáveis à descrição correcta do processo de criação e de aplicação das normas jurídicas, dificuldades essas provenientes dos princípios ideológicos consagrados pelas constituições liberal-democráticas, segundo as quais o poder legislativo é o único poder criador das normas. Vid. DELGADO-OCANDO, J. M., *La Fiction Juridique dans le Code Civil Vénézuélien avec Quelques Références à la Législation Comparée em Études Publiées par Ch. Perelman et P. Foirers* (Bruxelas 1974) 77-78.

*d'équité; pourquoi l'interprète ne pourrait-il pas a son tour s'inspirer des mêmes pensées de justice et d'équité, pour consacrer, dans des hypothèses analogues à celles de la loi, des fictions nouvelles?»*<sup>5</sup>.

Também DEMOGUE refere não estar convencido da justeza do «método» que rejeita a interpretação extensiva nas ficções, pois, sendo a *fictio* inspirada por certas necessidades práticas, estas exigem uma *interpretatio* extensiva. Urge aplicar sempre o mesmo critério: interpretar a norma de harmonia com a sua *ratio* e aplicá-la na sua plenitude, ultrapassando ou permanecendo aquém dos *verba* se daquela divergirem por defeito ou por excesso<sup>6</sup>.

É óbvio que, negando à lei o monopólio das *fontes iuris* e vendo no jurista, não um simples técnico (que passivamente trabalha um dado acabada e perfeitamente fornecido), mas um agente da justiça (que, «*assumindo a intenção de Direito, colabora no acto do seu histórico constituir-se*»<sup>7</sup>), não há motivo para recusar, mas sugerir à jurisprudência o uso de ficções<sup>8</sup>.

Sabemos que à *iurisprudencia* (clássica) — sobretudo importante na função doutrinal de *respondere* — não corresponde a jurisprudência hodierna que desempenha tarefas confiadas, na *ordo iudiciorum privatorum* clássica, ao *praetor* e ao *iudex*.

Porém, valendo esta polémica também na doutrina, urge ver se a ela foi ou não estranha a *iurisprudencia* clássica.

§ 7.1.2 Entretanto, uma coisa se nos afigura certa: utilizando o ponto de vista da teoria moderna que rejeita a ficção jurisprudencial, não podemos chegar à mesma conclusão relativamente à *iurisprudencia* romana.

Na verdade, já HACKL advertiu que a «*teoria moderna non consente conclusione sulle decisioni dei giuristi romani e sulle loro argomentazioni, in quanto assume come premessa la divisione dei poteri*

<sup>5</sup> Vid. LECOCQ, *o.c.* 244-250.

<sup>6</sup> Vid. DEMOGUE, R., *Les Notions Fondamentales du Droit Privé. Essai Critique* (Paris 1911) 246, 248 e 250. No mesmo sentido, vid. ISSA-SAYEGH, *o.c.* 108-109.

<sup>7</sup> Vid. CASTANHEIRA NEVES, *Introdução*, cit. 18.

<sup>8</sup> Vid. GÉNY, *o.c.* 432-436.

legislativo e giurisdizionale, da cui, pero, l'antica amministrazione della giustizia era ben lontana»<sup>1</sup>.

Todavia, alguns romanistas, quizá influenciados pelos princípios em que a teoria moderna assenta, refutam a possibilidade de *ficiones* na *iurisprudencia* romana. GARCIA GARRIDO argumenta que «la ficción debe proceder de un acto imperativo y no de una actividad lógica» e sustenta que «la jurisprudencia, que actúa en vía lógica e interpretativa, puede formar nuevo derecho mediante extensiones y equiparaciones analógicas, pero no puede imponer la ficción, que es un recurso alógico y de carácter imperativo»<sup>2</sup>.

Porém, HACKL diz-nos que esta doutrina «non valuta in modo giusto la posizione dell'*iuris consultus*' nella creazione del diritto casistico in generale e il valore delle '*sententiae*' ed '*opiniones*' nei responsi dei giuristi romani in particolare». E entende que «possiamo, in armonia con le più recenti ricerche di Kaser, Horak e Bund, rispondere affermativamente alla domanda se i giuristi romani hanno adoperato la finzione come strumento interpretativo»<sup>3</sup>.

Também DEKKERS entende que se pode «rattacher aux *ficiones légales les fictions jurisprudenciales*», pois «les '*responsa prudentium*' avaient par eux-mêmes force de loi» e «spécialement les *jurisconsultes diplomés, ceux qui obtenaient de l'empereur le 'ius publice respondendi', disaient directement le droit 'ex auctoritate principis'*», recebendo «une sorte de délégation du pouvoir législatif»<sup>4</sup>.

Embora não tenha sido feliz na selecção dos exemplos de ficções jurisprudenciais<sup>5</sup>, DEKKERS tem o mérito de invocar a

<sup>1</sup> Vid. HACKL, *o.c.* 254 e 262-263.

<sup>2</sup> Esta doutrina foi acolhida por D'ORS, *Derecho*, cit. 83; e, entre nós, por Sebastião CRUZ, *Direito*, cit. 337. Em Itália, vemo-la, pelo menos, em COLACINO, *o.c.* 269-271.

<sup>3</sup> Ainda segundo HACKL (*o.c.* 254-256), só quem espera dos juristas romanos exclusivamente argumentações de tipo cognitivo, como dedução lógica ou, talvez, também conclusões de probabilidade, excluirá as avaliações orientadas do resultado para a justiça.

<sup>4</sup> Vid. DEKKERS, *o.c.* 194.

<sup>5</sup> Com efeito, DEKKERS (*o.c.* 194-195) refere a *hereditas iacens*, a extensão da *actio institoria* ao mandato, a ficção da capacidade de o *filius familias* se obrigar *ex contractu*, a regra *nasciturus pro nato habetur, quum de*

situação privilegiada de alguns juristas que, detentores do *ius respondendi ex auctoritate principis*, estavam, decerto, em boas condições para criar e impor *fictiones*, segundo a doutrina de GARCIA GARRIDO.

Urge, portanto, estudar aquele *privilegium* ou *beneficium* para, só depois, manifestarmos a nossa opinião.

## § 7.2 O *ius publice respondendi ex auctoritate principis*

§ 7.2.1 Ainda aqui, os textos são escassos e a sua interpretação tem suscitado opiniões extremamente desencontradas. Por isso, havemos de estudar as fontes.

Vejamos POMPONIUS:

D. 1,2,2,48: «... *Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit: posteaque hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesare hoc tamen illi concessum erat*».

D. 1,2,2,49: «*Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet*».

D. 1,2,2,50: «*Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet...*».

*ipsius iure quaeritur* e a ficção na doutrina da inoficiosidade dos testamentos. Confunde as ficções histórica e dogmática, como sucede, v. g. na *hereditas iacens* e na regra *nasciturus* ... que *infra* (§ 15.2.1(1 e 3)) estudaremos.

No primeiro texto, POMPONIUS informa-nos ter sido SABINUS — que pertenceu à ordem equestre — o primeiro a responder oficialmente<sup>1</sup>; posteriormente, este *beneficium* principiou a ser dado; e refere, finalmente, que Tibério o concedera a SABINUS.

No segundo texto, diz-nos que, antes de Augusto, os príncipes não davam o *ius respondendi* oficialmente, respondendo os juristas, que obtiveram a confiança dos seus estudos (isto é, uma *auctoritas* própria), a quem os consultava. Em seguida, refere que os *responsa* não eram selados, sendo frequentemente escritos aos juízes ou testemunhados pelos consulentes. Augusto foi o primeiro a constituir<sup>2</sup> que respondessem segundo a *auctoritas principis* para que maior fosse a *iuris auctoritas*. A partir de então, o *ius respondendi* começou a ser pedido como benefício; por isso, em virtude de alguns *viri praetorii* lhe pedirem autorização para *respondere*, Adriano disse-lhes que tal não se pede, mas era hábito ser concedido. Deste modo, se alguém tinha confiança em si próprio, o imperador ficava satisfeito por se habilitar para *respondere* ao povo.

E, no último texto, POMPONIUS reafirma ter sido Tibério quem autorizou SABINUS a *respondere* ao povo.

Sem entrarmos, por ora, na questão de eventuais interpolações, e atendendo à composição dos textos, POMPONIUS refere que, antes de Augusto, os príncipes<sup>3</sup> não concediam o *ius*

<sup>1</sup> O advérbio *publice* só tardiamente adquiriu o significado de «publicamente», «abertamente», «diante de todos». Na época clássica, significava «em nome do 'Estado'», «à custa do 'Estado'», «por deliberação pública», «oficialmente». Este mesmo significado tinham o adjetivo *publicus* («o que respeita ao povo ou 'Estado'») e os substantivos *publicus* («servidor do 'Estado'») e *publicum* («domínio público»). Vid. ERNOUT e MEILLET, *Dict. Étym.*, cit. 820.

<sup>2</sup> Note-se a utilização do verbo *constituere* a que, decerto, não é indiferente o significado profundamente jurídico, evidente na expressão de GAIUS (1,3): «*Lex est quod populus iubet atque constituit*». Vid. CRUZ, *Direito*, cit. 203<sup>232</sup>.

<sup>3</sup> A expressão *a principibus* (D. 1,2,2,49), mais do que a uma interpolação, será, porventura, devida a uma ligeireza de POMPONIUS que, tendo vivido na época clássica central, provavelmente no tempo de Antonino Pio e de Marco Aurélio — e, portanto, quando já 14



*respondendi* oficialmente (= em nome da *civitas*), apoiando-se os *responsa* da *iurisprudencia* na *fiducia* (= *auctoritas*) dos respectivos *iuris prudentes*. Augusto criou (*constituit*) esse direito para reforçar tal *auctoritas*: os juristas contemplados responderiam com a *auctoritas principis*. Dado o elevado prestígio que o imperador então gozava, facilmente se compreendem a posição privilegiada que os juristas beneficiados viriam a ter e a conseqüente prática, nessa época iniciada, de os juristas pedirem ao imperador a concessão desse *ius*.

Na verdade, só quem gozasse do *ius de publice respondere* poderia aspirar a que os seus *responsa* fossem observados por magistrados e juizes nos mesmos termos em que o eram as decisões do *princeps*; deste modo, para não ficarem em situação não-privilegiada, ou seja, para os seus *responsa* gozarem da *auctoritas principis*, os jurisconsultos deveriam dirigir-se ao imperador, solicitando-lhe a concessão desse *ius publice respondendi*.

Perguntar-se-ia, agora, pelos requisitos exigidos ou critérios utilizados pelo imperador na concessão da sua *auctoritas principis* se POMPONIUS não tivesse o cuidado de no-los referir, embora indirectamente: em face de um pedido dirigido por alguns *virii praetorii* no sentido de serem autorizados (*liceret*) a *respondere*, Adriano disse que não era hábito ser pedido, mas dado. Os interessados deviam habilitar-se para *respondere* ao povo, o que agradaria ao imperador. Afirmando, no seu *rescriptum*, que «*hoc non peti, sed praestari solere*», Adriano pretende dizer que não basta pedir; é necessário, fundamentalmente, obter uma boa formação jurídica cuja avaliação — a fazer nos seus *responsa* — permitia ao imperador conceder o *ius publice respondendi*. Primeiro, urge mostrar a *iuris scientia* que o *princeps* avaliará; depois, se a julgar importante, o pedido desse *ius* será dispensado: apercebendo-se da sua valia, o imperador concedê-lo-á espontaneamente.

imperadores tinham dirigido Roma —, não se apercebeu de que só a partir de Augusto é pertinente falar de *princeps*.

DE VISSCHER entende que «*les mots 'a principibus' sont absurdes en tant qu'ils se réfèrent à l'époque républicaine*». Vid. DE VISSCHER, F., *Le 'Ius Publice Respondendi'* em RHD 15(1936) 618.

Todavia, se foi Augusto quem, primeiramente, constituiu o *ius publice respondendi ex auctoritate principis*, como justificar tenha sido SABINUS o jurista que «*publice primus respondit*»? Não é verdade que foi Tibério e não Augusto quem lhe outorgou esse benefício?

É de todo improvável que Augusto se tenha limitado a instituir o *ius publice respondendi ex auctoritate principis* (dada a existência de juristas de elevada qualidade, como LABEO, CAPITO, PROCULUS e, talvez já, SABINUS); por isso, ao referir ter sido Tibério quem iniciou a sua concessão, POMPONIUS indicia, com a referência de SABINUS ter pertencido à ordem equestre (D. 1,2,2,48), e de «*in equestri ordine iam grandis natu et fere annorum quinquaginta receptus est*» (D. 1,2,2,50), que foi SABINUS não o primeiro jurisconsulto a gozar do benefício de *ius publice respondere*, mas o primeiro jurista da ordem equestre agraciado. Augusto terá conedido esse *beneficium* a juristas da classe senatorial e foi Tibério quem o deu, pela primeira vez, a um jurista da ordem equestre.

De resto, SABINUS — que terá nascido nos primeiros anos do Principado e falecido no ano 48<sup>4</sup> — foi contemporâneo de Augusto, de Tibério e de Nero. Se era ainda jovem no tempo de Augusto (e, assim, pode explicar-se a não-concessão, por Augusto, do *ius publice respondendi*), desenvolveu plenamente a sua actividade de jurisconsulto em toda a época de Tibério. Perguntar-se-á, agora: porque não concedeu Tibério (imperador de Roma durante 23 anos) o *ius respondendi* mais cedo a SABINUS? Por que esperou pela idade avançada do jurista? Numa palavra: por que não privilegiou SABINUS quando a sua *iuris scientia* atingiu o apogeu?

Talvez por não pertencer, ainda, à ordem equestre.

Desta maneira, a dificuldade está vencida: Augusto só contemplou juristas da classe senatorial e foi Tibério quem, pela primeira vez, concedeu o *ius publice respondendi ex auctoritate principis* a um membro da ordem equestre — a SABINUS.

<sup>4</sup> Vid. CRUZ, *Direito*, cit. 390.

Todavia, a concessão deste *beneficium*, que se traduzia, decerto, na vinculação de facto de magistrados e juizes aos *responsa* dos juristas privilegiados, como o advérbio *publice* deixa supor, não significou a proibição de os juristas não-contemplados responderem, pois, como o *rescriptum* de Adriano refere, estes deviam *respondere* (não vinculativamente, é óbvio) para mostrarem a qualidade da sua *ius scientia*.

Podemos, destarte, extrair as seguintes conclusões dos textos de POMPONIUS tal como chegaram até nós:

- 1.<sup>a</sup> — Augusto instituiu o *ius publice respondendi ex auctoritate principis*, mas somente a favor de jurisconsultos da classe senatorial;
- 2.<sup>a</sup> — Os *responsa* dos juristas privilegiados impunham-se de facto a magistrados e juizes a quem se dirigiam, nos mesmos termos em que as decisões do imperador eram acatadas;
- 3.<sup>a</sup> — Os juristas não-contemplados podiam (e deviam) dar *responsa* que não tinham nenhuma eficácia vinculativa (nem de direito nem de facto), mas a sua qualidade científica oferecia ao imperador um critério para outorgar ou não o *ius publice respondendi*;
- 4.<sup>a</sup> — Tibério concedeu, pela primeira vez, este benefício a um elemento da ordem equestre — a SABINUS;
- 5.<sup>a</sup> — Adriano nada inovou.

Todavia, POMPONIUS não está só. Também GAIUS escreve a propósito do *ius publice respondendi ex auctoritate principis*:

1,7: «*Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur.*»

Após ter incluído entre as *fontes iuris civilis* os *responsa prudentium*<sup>5</sup>, GAIUS diz-nos que tais *responsa* são as sentenças e as opiniões dos juristas a quem foi permitido *iura condere*. E precisa: Se houver unanimidade, a *sententia* tem *legis vicem*; de contrário, é permitido ao juiz seguir a *sententia* que entender, segundo dispôs Adriano num *rescriptum*.

Parece evidente uma contradição entre POMPONIUS (D. 1,2,2,49 *in fine*) e GAIUS: no primeiro texto, ao imperador Adriano agrada que os juristas se preparem para *respondere*, decerto, para, avaliando o mérito dos seus *responsa*, poder decidir sobre a concessão do *ius publice respondendi*. No segundo, os *responsa* são, apenas, os dos jurisconsultos autorizados a *iura condere*.

Simplesmente, uma breve reflexão leva-nos a eliminar o contraste perspectivado. Em POMPONIUS os *responsa* dos juristas, que não obtiveram ainda o *ius publice respondendi*, não se impunham a magistrados e juizes que eram, portanto, livres de os seguir ou não; por isso, não eram, em boa verdade, *fontes iuris (civilis)*, mas simples sugestões. Quanto aos *responsa* dos juristas que gozam da *auctoritas principis*, hão-de impor-se exactamente como as decisões do imperador. Porque Augusto não hostilizou frontalmente as instituições republicanas e, portanto, não se autoproclamou *fons iuris civilis*, as suas decisões só tinham valor (e não pouco) de ordem prática: eram acatadas, não por vincularem juridicamente, mas «porque (...) são decisões do imperador»<sup>6</sup>. Tendo os *responsa* dos juristas privilegiados a *auctoritas principis*, é evidente que só podiam gozar daquela eficácia prática.

Todavia, o poder e a *auctoritas principis* não cessaram de crescer e, já no séc. II, têm força de lei, podendo considerar-se verdadeiras *fontes iuris*. Do mesmo modo, valendo os *responsa* dos juristas privilegiados como se fossem decisões do imperador, passaram a vincular, juridicamente também, magistrados e juizes e, assim, tornaram-se igualmente *fons iuris*. É o que nos diz GAIUS (1,7): «*Legis vicem optinet*».

<sup>5</sup> Vid. GAIUS 1,2.

<sup>6</sup> Vid. CRUZ, *Direito*, cit. 270.

Simplemente, porque os *responsa* foram incluídos por GAIUS (1,2) no catálogo das *fontes iuris civilis*, teve necessidade de explicitar quais eram: as sentenças e as opiniões daqueles a quem foi outorgado o *ius publice respondendi ex auctoritate principis*.

Não há, portanto, contradição alguma<sup>7</sup>. Apenas as conclusões extraídas dos textos de POMPONIUS se alteraram posteriormente num aspecto: os *responsa* dos juristas privilegiados com o *ius respondendi ex auctoritate principis* deixaram de ter valor meramente prático para, tal como as *constitutiones*, passarem a vincular juridicamente, tornando-se verdadeiras *fontes iuris civilis*, provavelmente no séc. II<sup>8</sup>.

§ 7.2.2 Na doutrina porventura dominante, WENGER entende que o *ius publice respondendi* ofereceu a Augusto o caminho para atrair ao seu campo o poder influente da *iurisprudencia*, tornando-a politicamente servil. Tal *ius*, que não afastava a possibilidade de os outros *iuris consulti* responderem, conferiu aos *responsa* dos juristas privilegiados uma eficácia simplesmente de facto, mas tão importante, que os juristas ter-se-iam dividido em «privilegiados pelo imperador» e «vulgares» («pobres», «sem título»). Para WENGER, Augusto somente concedeu, em situações concretas e a juristas isolados, o *ius respondendi ex auctoritate principis*; e, só mais tarde, Tibério o atribuiu como *beneficium* geral. Um jurista só alcançava o *ius respondendi* com base em *praxis* reconhecida, mas, uma vez obtido, podia escrever *ad libitum*: toda a literatura, que dele partisse, trazia a marca da *maior iuris auctoritas*<sup>1</sup>.

GUARINO principia por questionar a autenticidade do *liber singularis enchiridii* de POMPONIUS e afasta a *ratio dubitandi*: «Il' liber

<sup>7</sup> Idêntico ao texto de GAIUS (1,7) é o das *Institutiones* de Justiniano (I. 1,2,8) que explicitamente refere serem os juristas, autores de *responsa*, aqueles a quem «a *Caesare ius respondendi datum est*» e que «*iurisconsulti appellabantur*».

<sup>8</sup> Deve assinalar-se, igualmente, a clarificação feita por um *rescriptum* de Adriano no caso de *responsa* (vinculativos) discordantes.

<sup>1</sup> Vid. WENGER, L., *Die Quellen des römischen Rechts* (Viena 1953) 489-491, máxime 491.

*singularis enchiridii, non è una falsificazione nè una epitome postclassica, ma tutt' al più un estratto di opera classica*, pelo que «non vi è motivo per sospettare 'a priori', genericamente, come troppo spesso si suole, delle sue dichiarazioni»<sup>2</sup>. Em seguida, apoiando-se sempre em POMPONIUS (D. 1,2,2,48;-1,2,2,49), sustenta que: a) antes de Augusto, o *ius publice respondendi* não existia (o sistema consistia em o jurista, que se julgasse capaz, dar indistintamente *responsa* a quem solicitasse); b) para reforçar a diminuída *auctoritas* dos jurisconsultos do seu tempo e torná-los mais fiéis, Augusto estabeleceu que dessem *responsa ex auctoritate sua* e, depois, o *respondere ex auctoritate principis* começou a ser pedido pelos juristas a título de privilégio. Trata-se, porém, de uma alta distinção de valor meramente social, a «*di dare 'responsa' come suoi amici*»<sup>3</sup>, que não traduz um *privilegium* ou *beneficium*, isto é, não reveste uma obrigatoriedade jurídica para os juizes; c) Tibério concedeu, pela primeira vez, a SABINUS, a faculdade de *respondere publice* (ou *populo*), ou seja, com efeito vinculativo para todo o *populus Romanus*. Depois, este privilégio foi dado a outros juristas; d) Adriano, em cuja época o instituto está vivo, terá concedido o *ius publice respondendi* menos frequentemente e nada inovou, tanto mais que a disciplina da actuação dos juizes perante *responsa* desconformes já imperava na época de Antonino Pio<sup>4</sup>.

VON LÜBTOW entende que Augusto não surgiria como «*echter Römer*» se regulamentasse a actividade de *respondere* dos juristas e tutelasse com «*polizeilichem Zwange*». Não queria prejudicar a *auctoritas* da *iurisprudencia* que se apoiava numa tradição longa, venerável e firmemente enraizada, mas, tão-só, aumentá-la através da distinção de «*besonders bedeutender Rechtskundiger*», com a intenção subordinada de ganhar estes *prudentes* privilegiados para a sua «*Staatsform*». VON LÜBTOW vê um erro em *publice respondere*, porque a «*Gutachtertätigkeit*» dos juristas realiza-se, no tempo da República, com toda a

<sup>2</sup> Vid. GUARINO, A., *Il 'Ius Publice Respondendi'* em RIDA 2(1949), 403-404.

<sup>3</sup> Vid. GUARINO, *Il 'Ius Publice'*, cit. 411-415.

<sup>4</sup> Vid. GUARINO, *Il 'Ius Publice'*, cit. 416-419; e *l'Ordinamento Giuridico Romano*<sup>2</sup> (Nápoles 1956) 192-198.

publicidade; e pensa que SABINUS foi o primeiro jurista, admitido na categoria de cavaleiro, a gozar do *ius respondendi*. Na sua opinião, a frase «*ut maior iuris (consultorum) auctoritas heberetur*» não significa «permissão», pois Augusto veio aumentar e reforçar a autoridade dos juristas pertencentes à categoria dos Senadores: ao parecer de um jurista privilegiado não foi atribuída força de lei nem força vinculativa no caso concreto, mas devia adquirir uma força tão decisiva como se o próprio Augusto o tivesse emitido. O texto de POMPONIUS foi alterado na época pós-clássica, passando a reflectir o novo entendimento do *ius respondendi*: o direito de dar pareceres públicos é, agora, somente exercido com a permissão do imperador<sup>5</sup>.

Quanto ao texto de GAIUS (1,7) VON LÜBTOW entende que, na redacção originária, estava, não «*responsis*» (que é um glosema pós-clássico), mas *auctoritate prudentium*, pois os *responsa* eram, no direito clássico, não a opinião comum dos juristas respondentes, mas «*einzelnen Rechtsgutachten*». É que, já no tempo da República, todos os juristas possuíam *auctoritas*, valendo a sua opinião unânime como parte integrante do *ius civile*, situação que se manteve no Principado<sup>6</sup>.

Finalmente, VON LÜBTOW considera impossível ter GAIUS (1,7) escrito «*quam velit sententiam sequi*», por a limitação da liberdade do juiz não corresponder, na época clássica, à «*Hochkultur des Rechts*»: nesta época, o juiz podia formar a sua opinião segundo a cuidadosa ponderação do «*Für und Wider*»<sup>7</sup>.

DE VISSCHER apresenta, no seu estudo sobre o *ius publice respondendi*<sup>8</sup>, as seguintes fases: 1.<sup>a</sup> — antes de Augusto, não existia o *ius publice respondendi*, exercendo cada jurista a sua actividade segundo a confiança que tinha nas suas capacidades; 2.<sup>a</sup> — para meter um freio nas controvérsias excessivas e guiar a evolução da *iurisprudencia*, Augusto instituiu o sistema dos *responsa ex auctoritate principis*: qualquer *responsum*, para vincular

<sup>5</sup> Vid. VON LÜBTOW, U., *Miscellanea em Studi Arangio-Ruiz II* (Nápoles ?) 368-374.

<sup>6</sup> Vid. VON LÜBTOW, o.c. 374-375.

<sup>7</sup> Vid. VON LÜBTOW, o.c. 377.

<sup>8</sup> Vid. DE VISSCHER, o.c. 615-650.

juridicamente, devia ser revestido da *auctoritas* do imperador, ou seja, duma ratificação cuja forma se ignora (não se trata de um privilégio pessoal concedido pelo príncipe a este ou àquele jurista); 3.<sup>a</sup> — incapaz de assegurar um controlo pessoal em todos os *responsa* apresentados, Tibério libertou-se desse encargo, concedendo a alguns juristas o direito de dar *responsa* investidos da *auctoritas principis* (surge, nesta fase, um verdadeiro privilégio ou benefício caracterizador do *ius publice respondendi* no sentido que lhe é próprio); 4.<sup>a</sup> — colocado perante as contradições flagrantes da *iurisprudencia* oficial que irremediavelmente comprometiam a unidade e a estabilidade da doutrina, Adriano limitou a força vinculativa dos *responsa* ao caso de haver unanimidade. Quanto aos juristas não-beneficiados, nada impediria que dessem *responsa*, mas encontravam-se numa posição de desfavor exactamente a partir da reforma de Tibério.

Importa, agora, referir a doutrina defendida por KUNKEL, a que aderiram, sucessivamente, MAGDELAIN e HORVAT.

Segundo KUNKEL, o *ius respondendi* deve ter sido reservado aos juristas da classe senatorial e só lentamente ter-se-á estendido aos cavaleiros, de modo que os juristas não pertencentes a esta classe jamais o obtiveram. O *ius respondendi* não foi uma distinção que reforçou o prestígio do jurista respondente, mas uma «*Patent*» de cuja posse dependia a autoridade de dar *responsa*. Neste sentido técnico, *responsa* eram somente os pareceres vinculativos do juiz. Quem não possuísse o *ius respondendi*, podia dar conselhos e informações jurídicas, mas não tinha autoridade alguma no julgamento e, por isso, não eram *responsa* em sentido técnico.

Deste modo, KUNKEL distingue, nos jurisconsultos e a partir de Augusto, um pequeno grupo de «*autoritativen Gutachten*» fortemente delimitado pela «*kaiserliche Patent*»: eram os homens a quem, como GAIUS (1,7) expressamente refere, era permitida a «*Rechtsschöpfung*»; só eles tinham, manifestamente, a designação de *iuris consulti*<sup>9</sup>. Concedido, em regra, só aos juristas senadores,

<sup>9</sup> Vid. KUNKEL, W., *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (Weimar 1952) 281-283.



KUNKEL sugere que o *ius respondendi* desempenhou, talvez, a função de restituir à nobreza do Senado a sua posição dominante na *iurisprudencia* e, se Augusto procurou levantar a categoria dos cavaleiros e reorganizar o Senado, tudo parece sugerir que a instituição do *ius respondendi* se relaciona com a renovada ligação da *iurisprudencia* à «*aristokratischen Standesmoral des Senatsadels*»<sup>10</sup>.

A concessão excepcional a não-senadores deve ter ocorrido isoladamente; apenas se conhece o caso de SABINUS, visto como algo de «*ganz Ungewöhnliches*» em POMPONIUS (D. 1,2,2,48). Todavia, KUNKEL entende que diminuíram o número e a importância dos juristas senadores, pois os «*grossen juristischen Talente*» — como MAECIANUS (no séc. II), SCAEVOLA, PAPIANUS, PAULUS, ULPIANUS e MODESTINUS — seguiram a carreira de cavaleiro<sup>11</sup>.

MAGDELAIN entende que Augusto não correu os riscos da aventura de César — que imaginou elaborar uma vasta codificação do Direito Romano, projecto prematuro e demasiado ambicioso —, preferindo utilizar dois métodos que lhe asseguraram uma posição central na formação do Direito: a) o método do silêncio ou da preterição (que eliminou o pretor da corrente reformadora, sem o imperador se manifestar oficialmente), traduzido numa hostilidade fria utilizada como arma que desvitalizava as instituições republicanas; b) o método da criação do *ius respondendi* que atirou os *prudentes* para a órbita imperial<sup>12</sup>.

Na opinião de MAGDELAIN, GAIUS (1,7) liga «*iura condere*» a «*permissum est*», pelo que os *prudentes*, a fim de poderem criar Direito com os seus *responsa*, deviam estar munidos de uma autorização. GAIUS só fala dos juristas privilegiados, não define um regime dualista, mas rigorosamente unitário: é um regime de autorização prévia.

MAGDELAIN entende que reduzir o *ius respondendi* a uma recomendação moral é dar às palavras «*ex auctoritate principis*» um

<sup>10</sup> Vid. KUNKEL, *o.c.* 284-287, máxime 287.

<sup>11</sup> Vid. KUNKEL, *o.c.* 288, 289, 302 e 303.

<sup>12</sup> Vid. MAGDELAIN, A., *Le 'Ius Respondendi'* em RHD 28 (1950) 1-3.

alcance não atestado em parte alguma. E observa que a linguagem oficial chama *auctoritas principis* ora ao poder regulamentar e legislativo do imperador ora a um acto de alcance limitado: a uma ordem, a uma autorização.

Segundo MAGDELAIN, em parte nenhuma a fórmula «*ex auctoritate principis*» exprime a ideia de representação, sendo gratuito invocá-la para dizer que os juristas privilegiados respondiam em nome do príncipe. O que há é um sistema unitário em que todos os juristas estão sujeitos «à l'obligation d'être dotés d'une autorisation impériale»<sup>13</sup>. Tibério não alterou esta forma, utilizada pelos imperadores seguintes como instrumento terrível de opressão e aceita por Adriano com simpatia. A liberdade jurisprudencial cessou com a instituição do *ius respondendi*, como o silêncio de GAIUS mostra, devendo os juristas não-privilegiados satisfazerem-se modestamente com o ensino e a composição de tratados<sup>14</sup>.

Há, todavia, em POMPONIUS, uma contradição «*sans pudeur*»: o novo regime aplicou-se «*sous le règne de son fondateur*» (D. 1,2,2,49) e «*cependant le § 48 fait commencer seulement sous Tibère l'application de la réforme jurisprudentielle*»; esta «*contradiction (...)* n'est certainement pas imputable à Pomponius», mas «*est le résultat d'une interpolation*» dos compiladores que interpretaram a prioridade reconhecida a SABINUS («*publice primum respondit*»), vendo nele o primeiro beneficiário do *ius respondendi*. Foi, diz MAGDELAIN, «*une erreur des Byzantins*» e o mais grave é ter «*charrié jusqu'à present une conception insoutenable du 'ius respondendi'*»: ter-se acreditado serem os «*juristes brevetés des interprètes officiels du droit*»<sup>15</sup>.

HORVAT contesta a «opinião dominante» segundo a qual o *ius respondendi* foi outorgado como privilégio por Augusto (ou somente por Tibério) a alguns jurisprudentes da ordem senatorial e por Tibério aos da ordem equestre, gozando os seus *responsa* de uma particular *auctoritas* vinculativa para os juízes; e os outros

<sup>13</sup> Vid. MAGDELAIN, *o.c.* 4-13, máxime 13.

<sup>14</sup> Vid. MAGDELAIN, *o.c.* 14-22.

<sup>15</sup> Vid. MAGDELAIN, *o.c.* 180-181.

juristas não-privilegiados podiam continuar a sua actividade respondente, embora o juiz não estivesse obrigado a segui-los.

Segundo HORVAT, os resultados da exegese e da interpretação dos textos de POMPONIUS e de GAIUS (1,7) devem ser verificados no quadro da evolução histórica geral, da situação económico-política e social do tempo e das tendências das classes governantes e governadas. Nesta perspectiva, POMPONIUS (D. 1,2,2,48) descreveria a origem e a história, não muito afastadas, do seu tempo. Na sua opinião, o texto não está interpolado, «tanto più che non si vedono le ragioni che avrebbero dovuto spingere i compilatori giustiniani a manipolare ed interpolare la descrizione della storia di un istituto da lungo tempo ormai desueti»<sup>16</sup>.

Entende que o texto, examinado sem preconceitos, tem necessidade, apenas, de correcções mínimas, provenientes de erro do copista; e sustenta que o vocábulo *tamen* alude a algo de novo: à concessão do *ius respondendi*, a partir de Tibério, igualmente a juristas da ordem equestre. POMPONIUS acentuaria o contraste entre a situação *ante tempora Augusti* e depois de Augusto: antes, todos aqueles «*qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant*». Daqui, entende HORVAT, pode deduzir-se que, depois de Augusto, só «*fiducia studiorum suorum*» não bastava para poder «*consulentibus respondere*», de modo que só os *responsa* podiam ser dados *ex auctoritate eius (principis)*.

Numa palavra: com a introdução do *ius respondendi*, somente os juristas, que tinham obtido do príncipe o reconhecimento oficial de «jurista respondente», estavam habilitados a *respondere*, devendo os restantes limitar-se a desempenhar uma actividade diferente, *v. g.* o estudo científico do Direito, a publicação de obras e o ensino. Com esta interpretação, harmonizar-se-ia o texto de GAIUS (1,7) no qual a expressão «*quibus permissum est iura condere*» alude à concessão imperial do *ius respondendi*. A força vinculativa da *communis opinio prudentium* na época republicana (onde era considerada fonte do *ius civile*) foi reduzida aos *responsa* e talvez a outras

---

<sup>16</sup> Vid. HORVAT, M., *Note Intorno allo 'Ius Respondendi'* em *Synthese V. Arangio-Ruiz* (Nápoles 1964) 710-712, máxime 712.

opiniões de juristas agraciados com o *ius respondendi*. Deste modo, a reforma de Augusto e a prática dos seus sucessores foi «molto più radicale» o que não surpreende, pois o Principado de Augusto «fu già una dittatura militare», não existindo «fra il 'principato' ed il 'dominato' differenze notevoli: tutte le fonti preesistenti del diritto fuorono presto sopresse». Com o *ius respondendi*, conclui HORVAT, «Augusto ridusse i giuristi in uno stato di dipendenza»<sup>17</sup>.

Também ROBLEDA entende que o texto de POMPONIUS (D. 1,2,2,48) permite afirmar que só Tibério concedeu, pela primeira vez, privilégios pessoais, limitando-se Augusto a dotar, com a sua *auctoritas*, os *responsa* concretos.

Na sua opinião, o valor jurídico (vinculativo) dado aos *responsa* não existe em nenhum texto e, relativamente aos juristas não-privilegiados, não conservaram a faculdade de dar *responsa*, segundo deduzimos de GAIUS (1,2): se os jurisprudentes gozavam «già al tempo della Repubblica, como attesta Cicerone (De Orat. 1,49,212)» do «ufficio specifico di 'respondere'» e «ora si ammette che a certuni si permette o è stato concesso di 'ius condere' o di 'respondere', ne consegue che gli altri non possono più fare ciò». Não é obstáculo o vocábulo 'publice' utilizado por POMPONIUS, já que «la si intende più ovviamente nel senso di 'respondere coram populo' piuttosto che nel senso della maniera ufficiale o col peso dell' 'auctoritas' del 'Princeps'»<sup>18</sup>.

Para ROBLEDA, aos jurisprudentes não-privilegiados foi retirado «il credito ufficialmente ovvero la rappresentanza presso il popolo nel campo del diritto per una maggiori sicurezza e valore dei responsi», pelo que nenhuma eficácia tinham junto do pretor ou do juiz. Por outro lado, os *responsa* dos jurisconsultos privilegiados, embora tivessem «moralmente più efficacia che per il passato, precisamente per il fatto che erano stati dati (...) con il sigillo del principe (...), tuttavia dal punto dei vista giuridico sembra che non abbiano avuto efficacia più oltre, poichè non erano stati dati in alcun modo sulla rappresentanza o delegazione del principe, ma in nome soltanto degli stessi giurisperiti — sebbene privilegiati — che li

<sup>17</sup> Vid. HORVAT, *o.c.* 714-716.

<sup>18</sup> Vid. ROBLEDA, S. J. O., *Introduzione allo Studio del Diritto Privato Romano*<sup>2</sup> (Roma 1979) 113-121, máxime 121.

davano. Erano infatti responsi degli stessi prudentes, non già del Princeps». Deste modo, «nessuna forza di legge prima di Adriano tali responsi dovettero avere, a meno che la 'communis opinio' non se formasse tra quei giurisperiti privilegiati»<sup>19</sup>. Porém, depois de Adriano, os responsa dos jurisperitos privilegiados tinham força de lei quando estivessem de acordo, segundo informa GAIUS (1,7); o que parece confirmar que, antes, não tinham força vinculativa<sup>20</sup>.

Finalmente (entre os AA. que seleccionámos), Raul VENTURA oferece-nos uma «explicação mais simples, relacionando o § 48 com o § 47». Na sua opinião, POMPONIUS fala, em D. 1,2,2,47, da origem e do desenvolvimento das escolas proculeiana e sabiniana, inserindo, a propósito, a referência ao *ius publice respondendi*. Nesta perspectiva, Raul VENTURA entende que SABINUS «é mencionado (em D. 1,2,2,48) não por ter gozado desse 'ius', mas por ser o sucessor de Capito na respectiva escola». E explica: «O 'ius publice respondendi' de Sabinus, com carácter prioritário, aparece no texto como um título de um dos jurisperitos de certa escola». Portanto, «no § 48 o que está em causa é a relação entre Sabino, de uma certa escola, e Nerva, da outra, e Pompónio explica que aquele teve primeiro o 'ius publice respondendi', apesar de Nerva ser 'familiarissimus' do imperador».

Quanto à eficácia dos responsa dos juristas privilegiados com o *ius publice respondendi*, Raul VENTURA entende que a sua «natureza inicial (...) não permite pensar numa vinculação jurídica do juiz», pois a «'auctoritas' não é um poder que se imponha directamente ao juiz». Simplesmente, «como Augusto goza em tudo dessa posição especial é natural que as respostas fundadas na sua 'auctoritas' também obtenham especial favor dos juizes».

Finalmente, estudando o *rescriptum* de Adriano, julga «mais provável que só tivesse em vista aquelas respostas que fossem dadas para o caso específico 'sub iudice'». «Com efeito, escreve Raul VENTURA, se se admitisse o valor genérico das respostas, ou ficaria o juiz limitado pelas respostas antigas ou presentes que as partes lhe fornecessem, de

<sup>19</sup> Vid. ROBLEDA, o.c. 122-123.

<sup>20</sup> Vid. ROBLEDA, o.c. 124.

modo que a unanimidade criadora da vinculação dependeria da facilidade que as partes tivessem de conhecer respostas dadas para outros casos, ou o juiz officiosamente deveria procurar todas as opiniões existentes sobre o caso, o que suporia uma facilidade de averiguar todas as respostas dadas desde há séculos para outros casos concretos». «Além disso, conclui Raul VENTURA, não se compreenderia como funcionaria praticamente um sistema em que bastaria a um jurisconsulto actual dar uma resposta contrária à opinião unânime de todos quantos até aí se tivessem pronunciado sobre casos idênticos, para a opinião até aí unânime deixar de o ser e, portanto, perder a força vinculativa, como (...) perderia todo o interesse consultar um jurisconsulto, para quem tivesse a seu favor a 'communis opinio'»<sup>21</sup>.

### § 7.2.3 É tempo de concluir.

Todavia, para podermos extrair uma conclusão susceptível de nos habilitar a diagnosticar o poder vinculativo (ou não) da *iurisprudencia* romana na época clássica e, destarte, avaliar a susceptibilidade de impor — e não simplesmente criar — *fictiones*, urge dispensar, ainda, um juízo crítico às doutrinas sucintamente expostas.

A opinião de WENGER parece correcta à luz da leitura que fizemos dos textos — como nos foram transmitidos —; apenas tem o senão de, no seu entendimento, Augusto haver concedido, somente em casos isolados, o *ius respondendi ex auctoritate principis*, só mais tarde outorgado por Tibério como um benefício geral.

Na verdade, os textos não permitem pensar que assim tenha sido; e nem a impraticabilidade que, decerto, o sistema (de um controlo casuístico) revelaria nem a política hábil de Augusto — orientada para o controlo da *iurisprudencia* e, sobretudo para a atracção dos melhores jurisprudentes à sua causa — apoiam a doutrina de WENGER.

GUARINO entende ter sido Tibério quem, pela primeira vez, concedeu a SABINUS o *ius respondendi* com efeito vinculativo, precisamente porque *publice* ou *populo*; até então, Augusto tê-lo-

<sup>21</sup> Vid. Raul VENTURA, *Manual de Direito Romano I* (Lisboa 1964) 84, 88 e 99.

-ia concedido sem efeito juridicamente vinculativo. Mas também os textos, cujas interpolações afasta, não apoiam esta leitura. Que, no tempo de Augusto, o *ius respondendi* ainda não tivesse efeito jurídico vinculativo, parece-nos exacto: seria impossível ao príncipe (ainda não-legislador) outorgar o que não podia. Gozava de uma grande *auctoritas* de facto e só esta lhe era possível transmitir.

E que já Tibério tivesse concedido a faculdade de *respondere* vinculativamente, julgamos ser ainda demasiado cedo — note-se que Tibério sucedeu a Augusto e governou desde 14 a 37 —; e os textos não indiciam minimamente que assim (na opinião de GUARINO) tenha sido: o aditamento, que POMPONIUS efectuou do advérbio *publice* e do substantivo *populo* ao *ius respondendi* concedido por Tibério (a SABINUS), e as suas omissões no *ius respondendi* instituído por Augusto podem nada querer significar. *Publice* significa oficialmente; também Augusto, ao concedê-lo, actuava oficialmente reforçando a *auctoritas* do jurisprudente com a sua *auctoritas* pública; e *populo* é o destinatário, decerto o mesmo dos *responsa* dos juristas privilegiados por Augusto, pelo que uma coisa é actuar oficialmente (*publice*) e outra, dirigir-se ao povo (*populo*). *Publice* e *populo* não têm, portanto, o mesmo significado atribuído por GUARINO<sup>1</sup>. Nem Augusto nem os jurisconsultos privilegiados agiam menos oficialmente nem os seus *responsa* se limitavam, certamente, a destinatários individualmente pré-considerados para só aí serem válidos e eficazes.

VON LÜBTOW justifica correctamente, parece-nos, a introdução, por Augusto, do *ius respondendi* se considerarmos o sentido que norteou a sua política hábil. Porém, ao confundir *publice* e publicidade, ignora o verdadeiro significado daquele advérbio: oficialmente.

Julga também alterado o texto de POMPONIUS (D. 1,2,2,49) na época pós-clássica, onde *auctoritas* adquiriu o sentido de «permissão». Mas não explicou a «*Anderung der Rechtslage*» que o

<sup>1</sup> No mesmo sentido vemos ROBLEDA (o.c. 121<sup>243</sup>) criticar MAGDELAIN por dizer, sem razão, que *publice* significava, no início do Principado, «*respondere in publico*», isto é, «*per tutti o a tutti*».

«nachklassische Bearbeiter des *enchriridium*» realizou no «Originaltext»; e, limitando-se a referir um «*Sinnwandel*» que a palavra *auctoritas* sofreu — passou a significar «permissão» —, não clarificou ser o de «vincular juridicamente» e não o de «responder». Trata-se da «permissão» que elevou os *responsa* dos jurisconsultos privilegiados a fonte *iuris civilis* e, destarte, justificou a afirmação gaiana de que nem todos os *responsa* são fonte do «direito civil», mas somente os «*responsa (...) eorum, quibus permissum est iura condere*» (GAIUS 1,7)

Quanto a este escrito, VON LÜBTOW entende-o interpolado: originariamente, conteria *auctoritate prudentium* e não *responsis*. E justifica o seu pensamento, referindo que, já no tempo da República, fonte do «direito civil» era a opinião unânime dos juristas (todos tinham *auctoritas*) e não os seus *responsa* que eram, tão-só, pareceres jurídicos isolados.

A ser verdade, deduzir-se-á logicamente que Augusto se limitou a conferir a sua *auctoritas* a *responsa* isolados que não espelhavam a *opinio communis*, continuando tais *responsa* sem poder juridicamente vinculativo. Ora, sendo *fons iuris* a *communis opinio iurisconsultorum*, a esta caberia solucionar os casos litigiosos e só as lacunas justificariam *responsa* isolados. Augusto reforçaria, com a sua, a *auctoritas* dos juristas, apenas enquanto tais *responsa* não se convertessem em opinião comum: o *ius respondendi*, se bem interpretamos o pensamento de VON LÜBTOW, teria uma função simplesmente instrumental e efêmera — a de contribuir, facticamente, para a obediência a *responsa* dados em situações lacunosas e, deste modo, para a formação de uma opinião comum (verdadeira *fons iuris civilis*) de modo que, obtida esta, aquela função extinguir-se-ia.

Só que teríamos, nesta perspectiva, um *ius respondendi* casuisticamente outorgado e jamais um *privilegium* ou *beneficium* pessoal; e não vemos como pudesse cumprir o objectivo de Augusto, assinalado por VON LÜBTOW: o de ganhar os jurisprudentes privilegiados para a sua «*Staatsform*».

Também os textos de POMPONIUS não permitem atribuir uma natureza casuística ou impessoal ao *ius respondendi*. E, à afirmação de ser a *opinio communis* (ou a *auctoritas prudentium*) uma *fons iuris civilis* já na época da República, opõe-se a doutrina



dominante para quem a *iurisprudentia* foi considerada oficialmente fonte (imediate) do «direito civil» só no Principado e a partir do séc. II<sup>2</sup>.

Finalmente, VON LÜBTOW julga impossível a expressão gaiana (1,7) «*quam velit sententiam sequi*», por ser incompatível com a liberdade de o juiz formar a sua opinião segundo a cuidadosa ponderação do «*Für und Wider*»: no caso de «*Meinungsverschiedenheiten*», ao juiz só é dada a escolha («*quam velit*») entre as *sententiae* apresentadas e está dispensado de um «*eigenen Nachdenkens*». Ora, uma coisa é o *ius* que lhe é dado aplicar; outra, os factos a provar. Se o *ius* lhe é dado unanimemente nas *sententiae* dos jurisconsultos, cabe-lhe fazer livremente a prova dos factos; se as «*sententiae dissentiunt*», é igualmente livre de aplicar a «*sententiam quam velit*». De resto, não se vê que seja sacrificada a «*Hochkultur des Rechts*» na ausência de unanimidade nas *sententiae* e já o não seja quando esta se verifica.

DE VISSCHER vê uma «contradição» entre o § 48 e o § 49 — aquele refere que SABINUS foi o primeiro jurisconsulto a *respondere publice*, segundo determinou Tibério; este diz que foi Augusto quem instituiu o *ius respondendi ex auctoritate principis* — e julga resolvê-la, afirmando que Augusto ratificou casuisticamente os *responsa* que lhe eram apresentados; e Tibério concedeu um verdadeiro *beneficium* a determinados juristas cuja ratificação dispensava. No entanto, como salientou GUARINO, o texto de POMPONIUS não autoriza esta interpretação e não é

<sup>2</sup> Com fundamento em CICERO (*Topica* 5,28: «*Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum, aliae divisionum; partitionum, cum res ea, quae proposita est, quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse, quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iurisprutorum auctoritate, edictis magistratum, more aequitate consistat*») tem-se afirmado ser a *iurisprudentia*, na época da República, *fons iuris civilis*. Porém, CICERO não se preocupou em transmitir, nos seus *Topica*, um catálogo das fontes do «direito civil», mas tão-só em oferecer um exemplo de *definitio* que, antes (*Topica*, 5,27), refere ser «*oratio quae id quod definitur explicat quid sit*». De resto, que as *res iudicatae*, os *edicta magistratum*, os *mores aequitates* não são fonte do *ius civile* — os *edicta magistratum* são *fons iuris honorarii* —, mostra-o PAPIANUS (D. 1,1,7pr.). Vid. CRUZ, *Direito*, cit. 292-295 e 297-299.

possível que Augusto pensasse controlar seriamente o mérito de cada *responsum*<sup>3</sup>.

KUNKEL esforçou-se por mostrar que Augusto concedeu o *ius respondendi* só a jurisconsultos da classe senatorial, estendendo-o Tibério a juristas da ordem equestre. Não rejeitou a possibilidade de os jurisprudentes não-privilegiados darem *responsa* não-vinculativos: e sustenta que foram chamados *iuris consulti* tão-só os juristas privilegiados: os autores de *responsa* vinculativos. Nada temos a opor-lhe, excepto em ter considerado, *ab initio* (desde Augusto), o efeito vinculativo dos *responsa* dos jurisconsultos privilegiados, ignorando que a *auctoritas principis* não permitia a Augusto *iura condere* e, portanto, transmitir eficácia juridicamente vinculativa aos *responsa* dos jurisconsultos privilegiados com o *ius respondendi*.

MAGDELAIN seguiu a doutrina de KUNKEL e, portanto, o seu regime de «autorização prévia» é susceptível da mesma crítica. Parece-nos ainda pouco correcto o seu pensamento que atribui aos juristas não-privilegiados uma função secundária: ensinar e compor tratados. Ignora que a sua actividade de *respondere* (embora juridicamente não-vinculativa) era necessária (D. 1,2,2,49) para o imperador decidir sobre a atribuição do *ius respondendi* como privilégio pessoal. E vê nos textos de POMPONIUS (D. 1,2,2,48;-1,2,2,49) uma contradição devida aos compiladores que interpretaram «*publice primum respondit*» no sentido de que foi SABINUS o primeiro que beneficiou do *ius respondendi*. Não teve em atenção, neste aspecto, a doutrina de KUNKEL que nos parece de aceitar, em virtude do relevo dado por POMPONIUS à ordem equestre a que SABINUS pertenceu em idade já avançada (D. 1,2,2,50).

HORVAT rejeita as interpolações assinaladas por alguma doutrina e também nós não entendemos o interesse de os compiladores alterarem textos que relatam, simplesmente, a história de um instituto há muito extinto. Dir-se-á, acaso, serem antejustinianeias, mas continuamos a não ver a sua *ratio* justificativa. Não nos parece necessário corrigir levemente o

<sup>3</sup> Vid. GUARINO, *L'Ordinamento*, cit. 196.

texto com a eliminação de [*fuit et*] e a transformação de [*posteaque*] em <*postea quam*>, para lhe fazer dizer o que já diz: SABINUS foi o primeiro da ordem equestre a *respondere* oficialmente. Reafirma a doutrina de KUNKEL e de MAGDELAIN, sendo, portanto, susceptível das mesmas críticas; e, entendendo que a *communis opinio prudentium* foi uma fonte de «direito civil» já na época republicana, sofre do mesmo reparo que nos mereceu VON LÜBTOW. Finalmente, parece-nos exagerada a sua opinião de que o Principado de Augusto foi uma «*dittatura militare*», tanto mais que as diversas *fontes iuris* se mantiveram ainda durante muito tempo.

Quanto a ROBLEDA, diremos que os textos de POMPONIUS não apoiam a sua doutrina segundo a qual foi Tibério quem, pela primeira vez, concedeu privilégios pessoais. E nem a política hábil de Augusto nem a impraticabilidade de ratificações casuísticas ou pontuais fazem pensar que Augusto se tenha limitado a reforçar, com a sua *auctoritas*, *responsa* concretos. Sobre a proibição de *respondere* relativamente aos jurisconsultos não-privilegiados, a sua dedução a partir do confronto dos textos de CICERO (*De Orat.* 1,49,212) e de GAIUS (1,7) está afastada em POMPONIUS (D. 1,2,2,49) que abertamente pressupõe o *respondere* para a eventual concessão do privilégio de *ius respondere*. E relativamente ao significado de *publice*, entendemos justamente o contrário: tem o valor de oficial e não de «*coram populo*». Por fim, afirmar que os *responsa* dos juristas beneficiados só vincularam juridicamente a partir de Adriano, é cometer, julgamos, a ousadia de formular uma hipótese que tem, na determinação de uma data ou momento histórico, a *fragilitas* que a evolução sucessiva dos factos<sup>4</sup> alimenta.

Resta-nos a doutrina de Raul VENTURA.

É certo, há explicações que, por serem tão simples, a doutrina não compreendeu. No entanto, julgamos não ser o caso

---

<sup>4</sup> Neste sentido, escreve PROVERA que «*il responso del giureconsulto autorizzato finì (è difficile precisare in quale momento) per essere considerato quale fonte di interpretazione autentica*». Vid. PROVERA, G., *Notae. Ancora sul «Ius Respondendi» em SDHI 28(1962) 348.*

da isolada «*explicação mais simples*» de Raul VENTURA. É verdade que POMPONIUS (D. 1,2,2,47) fala das escolas sabiniana e proculeiana e opõe SABINUS a NERVA: o primeiro, discípulo de CAPITO; o segundo, de LABEO. Porém, seguindo Raul VENTURA, se, com alguma dificuldade, se compreende a alusão ao *ius publice respondendi* atribuído não pela primeira vez a SABINUS, mas primeiro a este do que a NERVA seu contemporâneo da escola proculeiana, não entendemos a não-referência à concessão a CAPITO (fundador da escola sabiniana) e não ao seu rival LABEO (fundador da escola proculeiana); e aos jurisconsultos que, depois de SABINUS e NERVA, mantiveram operantes as duas escolas. Por outro lado, a referência à ordem equestre seria despropositada se POMPONIUS a não relacionasse com o *ius publice respondendi*. Quanto ao poder vinculativo dos juristas privilegiados, julgamos certa a doutrina de Raul VENTURA, mas só enquanto o *princeps* não se afirmou *fons iuris (civilis)*. E quanto ao *rescriptum* de Adriano, não vemos carácter anedótico algum nem perfilhamos das preocupações que levaram Raul VENTURA a inclinar-se para a sua eficácia *in concreto*. Haja em vista que o *ius dicere* pertencia ao *praetor* — sempre ajudado pela *iusprudentia* — e não ao *iudex*; a circunstância de o *ius respondendi* não ser outorgado a qualquer jurista, mas somente a quem mostrasse uma verdadeira *ius scientia*; e o facto de o progresso jurídico romper, por vezes, com as soluções do passado.

O estudo da doutrina seleccionada, que tratou, em pormenor, do *ius publice respondendi ex auctoritate principis*, só uma conclusão pacífica deixa retirar: no tempo de Adriano, os *responsa* dos jurisconsultos privilegiados vinculavam juridicamente se houvesse unanimidade.

Em tudo o mais, perguntar por que e como nasceu e evoluiu, é dar azo a respostas diferentes, algumas das quais apenas sustentáveis graças ao uso exacerbado do expediente das interpolações que, explicando tudo, nada justifica.

Na nossa opinião, Augusto instituiu o *ius publice respondendi ex auctoritate principis*, quiçá instrumento jurídico da sua política hábil de tudo querer sem nada pedir. É provável que, sentindo a necessidade de «*porre un agine ad una situazione di disordine*

*della giurisprudenza*<sup>5</sup>, acaso vulgarizada pelo afluxo de juristas vindos da ordem equestre no último século antes de Cristo, Augusto aproveitasse a oportunidade para, transmitindo maior força (fáctica) aos *responsa*, atrair os bons juristas à «defesa da sua política»<sup>6</sup>. Simplesmente, esses bons juristas terão sido apenas os da classe senatorial, como, decerto, conviria à política do *princeps senatus*, orientada para fazer do Senado o órgão legislativo por excelência.

Porém, não se incluía na política de Augusto — que rejeitou a existência de um império ou, pelo menos, de um imperador, e a concessão de títulos especiais e de poderes extraordinários; entregou ao Senado todos os títulos, cargos e poderes que nele se tinham acumulado; e proclamou a restauração da República que, formalmente, continuou a viver com todas as (várias) formas exteriores transmitidas pelos *mores maiorum*, pelos costumes e pelas tradições dos antepassados (embora se tratasse, na realidade, de uma República guiada pelo príncipe com mão firme, recebendo as velhas formas novos conteúdos)<sup>7</sup> — a reivindicação de poderes legislativos e, destarte, o *princeps* não chegou a ser *fons iuris civilis*.

Por isso, transmitindo aos *responsa* de alguns jurisconsultos a grandeza e o prestígio da sua *auctoritas*, Augusto não pôde, na concessão do *ius respondendi*, dar-lhes eficácia jurídica vinculativa, mas, tão-só, social ou de facto: não tinham poder juridicamente vinculativo, mas de facto eram observados por magistrados e juizes que raramente ousariam desobedecer ao enorme (e crescente) poder da *auctoritas principis*. Por outro lado, não pondo directa ou frontalmente em causa uma instituição bem republicana como a *iuris prudentia*, a selecção de alguns *iuris prudentes* não terá traduzido a proibição de os não-privilegiados darem *responsa*: a sua actividade de *respondere* terá continuado,

<sup>5</sup> Notemos as palavras de CICERO (*Pro Murena*, 28): «*Triduo me jurisconsultum esse profitebor*». Vid. GUARINO, *Storia*, cit. 387; e MAGDELAIN, o.c. 160-161.

<sup>6</sup> Vid. CRUZ, *Direito*, cit. 75 e 293. No mesmo sentido, cfr. BURDESE, o.c. 40.

<sup>7</sup> Vid. BOSISIO, A., *Os Romanos* (Lisboa 1982) 62-63.

embora a sua *auctoritas* fosse inferior, perdida que fora a autoridade social de carácter aristocrático<sup>8</sup>.

Tibério concedeu, pela primeira vez, a um elemento da ordem equestre (a SABINUS) o *ius respondendi* e, no séc. II, no tempo de GAIUS, os *responsa* dos jurisconsultos privilegiados com o *ius publice respondendi* são fonte de «direito civil» tal como as *constitutiones principum*<sup>9</sup>.

Todavia, como eram possíveis contradições entre juristas igualmente privilegiados, Adriano dispôs que, havendo divergências, o *iudex* escolheria a decisão que entendesse.

Perguntar-se-á: quem não gozou do *ius publice respondendi ex auctoritate principis*?

Segundo a doutrina praticamente incontroversa, não foi outorgado a LABEO, a GAIUS, a POMPONIUS, a MARCIANUS, a FLORENTINUS, a PLAUTIUS e a ARISTO<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Assim também entende KASER, *Storia*, cit. 191. Vid. ainda: VOCI, o.c. 35; SOHM, o.c. 82-83; e GIRARD, o.c. 76.

Contra, D'ORS (*Derecho*, cit. 42) entende — seguindo a doutrina de MAGDELAIN, de HORVAT e de ROBLEDA — que «debían quedar excluidos de esta actividad (responder) aquéllos a los que él (Augusto) no otorgara el derecho de dar respuestas» e refere que «fue Tiberio quien puso en práctica el nuevo régimen de control jurisprudencial, y Sabino el primer jurista titulado».

<sup>9</sup> Neste sentido, além da doutrina examinada, vid.: VOLTERRA, o.c. 26; CRUZ, *Direito*, cit. 293-295; KASER, *Storia*, cit. 192; e PROVERA, o.c. 348-350.

Contra, sustentando que no início do Império a *iurisprudentia* se tornou uma fonte directa e independente do Direito, vid. CORNIL, G., *Droit Romain* (Bruxelas 1921) 109; e ARANGIO-RUIZ, *Storia*, cit. 271.

<sup>10</sup> É evidente que, sendo anteriores a Augusto, os jurisconsultos da República não puderam gozar do *ius publice respondendi*, apesar de, contrariando a constituição *Deo auctore* (que limitava a comissão a coligir os melhores fragmentos das obras dos juristas detentores do *ius respondendi*), os compiladores terem utilizado obras de juristas republicanos, como v. g. Quintus Mucius SCAEVOLA, Alfenus VARUS e Aelius GALLUS.

Também alguns jurisconsultos (da época imperial) não-privilegiados têm fragmentos de obras no Digesto. Assim, v. g. GAIUS POMPONIUS, etc. Vid. VOLTERRA, o.c. 16; KASER, *Storia*, cit. 201 e 270; CRUZ, *Direito*, cit. 394, 424<sup>574</sup> e 457; MAGDELAIN, o.c. 5<sup>3</sup> e 170; WENGER, o.c. 587<sup>91</sup>; e KUNKEL, o.c. 321.

E quem gozou?

Sustentando que o título de *iurisconsultus* foi reservado aos juristas privilegiados (como se verifica em I. 1,2,8) e recorrendo à literatura e à linguagem epigráficas, MAGDELAIN entende que gozaram do *ius publice respondendi*, entre outros, os seguintes jurisconsultos: SABINUS, NERVA (pai e filho), CELSUS (pai), LONGINUS, MAECIANUS SCAEVOLA, CELSUS (filho), IULIANUS, NERATIUS, ULPIANUS, MODESTINUS, CAPITO e CLEMENS<sup>11</sup> a que devemos acrescentar, pelo menos, PAPINIANUS, PAULUS, RUFINUS e INNOCENTIUS<sup>12</sup>.

Estamos, finalmente, em condições de manifestar a nossa opinião: pelo menos no séc. II, os *responsa* dos jurisconsultos mais notáveis vinculavam juridicamente. Eram, portanto, fonte de «direito civil». Deste modo, mesmo que aceitássemos a doutrina de GARCIA GARRIDO, não poderíamos rejeitar, pelo menos teoricamente, a possibilidade de a *iurisprudencia* clássica ter utilizado a *fictio* na sua tarefa de criar *ius civile*.

Tê-la-á, verdadeiramente, aplicado?

Eis o que nos propomos saber.

<sup>11</sup> Igualmente, KUNKEL entende que *iurisconsultus* se refere a quem possuiu o *ius respondendi* e aceita o critério assinalado a MAGDELAIN com uma reserva: a possibilidade de um emprego não-técnico de *respondere* e de *responsum*.

Todavia, CICERO (*De Orat.* 1,49,212: «*Sin autem queraetur quisnam iuris consultus vere nominaretur, eum dicerem qui legum et consuetudinis eius, qua privati in civitate uterentur et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset, et ex eo genere Sex. Aelium, M. Manilium, P. Mucium nominare*») diz-nos que o jurisconsulto não se limita *ad respondendum*; também desempenha as funções de *agere* e *cavere*.

Ainda segundo MAGDELAIN, é duvidoso que tenham gozado do *ius publice respondendi*: TRYPHONINUS, VALENS, VERUS, MENANDER e POMPONIUS.

Vid. KUNKEL *o.c.* 284<sup>601</sup> e <sup>604</sup> e 303<sup>644</sup>; MAGDELAIN, *o.c.* 5 e 18-21; e CRUZ, *Direito*, cit. 291-292.

<sup>12</sup> Vid. CRUZ, *Direito*, cit. 390 e 424<sup>574</sup>; ARANGIO-RUIZ, *o.c.* 496; DE VISSCHER, *o.c.* 648; e KUNKEL, *o.c.* 303.

### § 7.3 Exemplos de ficções jurisprudenciais

#### § 7.3.1. A *heredis institutio detracta re* ou *ex certa re*

§ 7.3.1.1 Como é sabido, *heres* tem, no *ius civile*, um significado preciso e inequívoco: é o sucessor no lugar (*in locum*) e nos direitos (*in universum ius*) do *de cuius*; portanto, é o sucessor universal, a quem pertencerá a totalidade ou uma cota da *hereditas*.

Para que um testamento fosse válido, seria necessária, antes de tudo — enquanto verdadeiro *caput et fundamentum totius testamenti* —, a *heredis institutio* que se fazia de modo solene e cuja fórmula típica («*Titius heres esto*») devia, nos primeiros tempos, preceder as restantes disposições testamentárias<sup>1</sup>.

Ora, o conceito de *heres* como sucessor de uma soberania patriarcal tornava impossível a existência de um herdeiro numa parte determinada ou temporariamente limitado («*semel heres, semper heres*»); e a preeminência da *heredis institutio*, cuja *ratio* parece enraizar-se na própria história do *testamentum* — que surgiu como acto solene de designação de um *heres* (*in calatis comitiis*) quando o *pater* carecia de sucessores naturais legítimos<sup>2</sup> —, justificava que o destino da *hereditas* não pudesse reger-se em parte *ex voluntate legis* e em parte *ex voluntate testatoris* («*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*»).

É, pois, neste ambiente jurídico de verdadeira impossibilidade que os juristas romanos enfrentaram os graves problemas da *heredis institutio detracta re* e da *heredis institutio ex*

<sup>1</sup> Vid. GAIUS 2,116; 2,117; 2,229. Já na época clássica, porém, LABEO considerou válida a manumissão de um escravo disposta antes da instituição de herdeiro e ULPIANUS aceitou esta doutrina. GAIUS (2,186) refere-nos duas possibilidades: «*Stichus servus meus liber heresque esto, vel heres liberque esto*»; e informa que LABEO e PROCULUS admitiram a validade da *tutoris datio* antes da *heredis institutio* porque «*nihil ex hereditate erogatur tutoris datione*» (2,231). Vid. FUENTESECA, o.c. 481-482; BIONDI, *Successione*, cit. 227; e PALMIERI, E., *Istituzione di Erede (Diritto Romano)* em *NNDI* 9 (1963) 269.

<sup>2</sup> Vid. D'ORS, *Derecho Romano, separata da NEJ* 1(1949) 23; e FUENTESECA, o.c. 481-482.



*certa re*: na primeira, o testador nomeia um ou mais herdeiros, dispondo que receba(m) a *hereditas* com exceção de uma *res* ou de um conjunto determinado de bens; na segunda, o herdeiro (ou herdeiros) é nomeado, mas o testador estabelece que apenas lhe pertencerá uma coisa determinada ou um conjunto de coisas que não formam uma cota parte da *hereditas*<sup>3</sup>.

Na verdade, em face do conceito de *heres* sucessor universal do *de cuius* e segundo o princípio civil «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*», tais *heredis institutiones* (*detracta re* e *ex certa re*) não podiam ser admitidas e, deste modo, os respectivos testamentos seriam inválidos. Com efeito, não se podia dizer que o testador quis a *successio in locum et ius* porque o aditamento «*certa res*» desmentia esta consequência. Nem podia atribuir-se eficácia alguma à disposição relativa a *certa res*, considerando-a legado, por carência de forma (do legado) e a atribuição do título *heres* excluir o legado. De resto, tratando-se de um único «herdeiro», nunca essa *dispositio* podia valer como legado, pois, faltando a *heredis institutio*, não podia ter eficácia. E não se podia atribuir ao herdeiro legítimo a *detracta re*, dada a impossibilidade de as sucessões legítima e testamentária se cumularesem.

§ 7.3.1.2 Tratava-se, porém, de uma solução radical e pouco satisfatória que desde cedo fez surgir na *iurisprudencia* a preocupação de a repensar.

Terá sido, ainda na época republicana, Aquilius GALLUS quem, na perspectiva de favorecer os testamentos (*favor testamenti*), defendeu a validade da instituição de herdeiro *detracta re* — como nos informa Licinius RUFINUS (D. 28,5,75(74) —, sustentando que a referência *detracta re* devia julgar-se como não

<sup>3</sup> Assim, v. g. um *fundus* (D. 28,5,1,4), os *praedia urbana* ou *rustica* (D. 29,1,17pr.), os *bona castrensia* (D. 10,2,25,1) ou *paterna* (D. 29,1,11,2).

Segundo BIONDI, as características da instituição de herdeiro *ex certa re* são: a) atribuição do título de *heres*; b) chamada, não numa cota, mas em coisas singulares ou complexos patrimoniais. Vid. BIONDI, *Successione*, cit. 226-227; e SCIASCIA, G., *Um Aspecto da Nomeação de herdeiro em Objecto Determinado Segundo o Direito Romano* em REDSP 47(1952) 334<sup>2</sup>.

feita pelo testador. Deste modo, separando o útil do inútil, a *heredis institutio* tornava-se uma instituição normal<sup>1</sup>.

E, algum tempo depois, já no Principado, SABINUS considerou igualmente válida a instituição de herdeiro *ex certa re*, inspirando-se também no *favor testamenti*: o testamento é válido como se o testador não tivesse feito a disposição *ex certa re*.

Em consequência, algumas hipóteses podiam verificar-se:

- a) se Caius e Marcus foram instituídos herdeiros, respectivamente *ex fundo Corneliano* e *ex fundo Semproniano*, considera-se não escrita a referência aos dois fundos, recebendo cada herdeiro metade do património hereditário;
- b) se Caius e Marcus foram instituídos herdeiros, respectivamente *ex parte tertia fundi Corneliani* e *ex besse eiusdem fundi*, as referências às cotas desaparecem e a *hereditas* é dividida em duas partes;
- c) se Caius e Marcus foram conjuntamente instituídos herdeiros *ex fundo Corneliano* e *Maevius* foi nomeado herdeiro *ex fundo Semproniano*, Caius e Marcus recebem metade da herança e *Maevius* a outra metade<sup>2</sup>.

Numa palavra: embora instituído *ex certa re*, o *heres* adquire a totalidade ou uma cota da *hereditas*, em homenagem ao *favor testamenti*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Vid. FUENTESECA, o.c. 485-486; BIONDI, *Successione*, cit. 230 e *Istituzioni*, cit. 689; VOCI, o.c. 143; SCHULZ, o.c. 245-246; GARCIA GARRIDO, *Derecho*, cit. 560; VOLTERRA, o.c. 754; BURDESE, o.c. 763; CIAPESSONI, o.c. 722; e PEROZZI, *Istituzioni*, cit. 441<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> No caso de serem instituídos alguns herdeiros *ex certa re* e outros regularmente, parece que todos os herdeiros eram considerados *sine parte*. Vid. PEROZZI, o.c. 552; FUENTESECA, o.c. 485; BIONDI, *Successione*, cit. 232 e *Istituzioni*, cit. 689; e VOCI, o.c. 143-144.

<sup>3</sup> Como se pretende favorecer as *heredis institutiones* e não as *exheredationes*, a solução de considerar não escrita a disposição *detracta re* ou *ex certa re* não se aplica no caso de uma *exhereditio ex certa re*. Na verdade, a eliminação *ex certa re* implicaria a total *exhereditio* que a jurisprudência,

Todavia, a solução de Aquilius GALLUS e de SABINUS não respeitava a *voluntas testatoris* e o problema continuou a preocupar a *iurisprudentia* clássica.

Sensível ao movimento dirigido a valorizar a vontade do testador e a evitar a aplicação rigorosa dos princípios consagrados por SABINUS, PAPIANUS terá combinado a *heredis institutio* com a *praeceptio*<sup>4</sup>: a *heredis institutio ex certa re* continuava a ser válida, mas, agora, o *arbiter* devia atribuir ao *heres*, no *iudicium familiae erciscundae*, tão-só a *certa res*<sup>5</sup>. Esta solução, que revela o carácter híbrido do *heres* de coisa certa, foi acolhida posteriormente, determinando Justiniano que tais *heredes* se equiparassem a *legatarii*, embora não perfeitamente<sup>6</sup>.

animada dum espírito contrário, não favoreceu. Por isso, no caso de a *exhereditatio ex certa re* ser inválida, o testamento seria nulo (D. 28,2,19). Cfr. BIONDI, *Successione*, cit. 229; e CIAPESSONI, o.c. 722<sup>267</sup>.

<sup>4</sup> A *praeceptio* tem, como sabemos, a função de atribuir coisas determinadas da *hereditas* aos herdeiros regularmente instituídos. Vid. GAIUS 2,217. Cfr. FUENTESECA, o.c. 486; BIONDI, *Successione*, cit. 221 e 236; e VOCI, o.c. 149.

<sup>5</sup> Vid. D. 28,5,35pr.; -28,5,79(78)pr. Quanto à repartição dos créditos e dos débitos, que estão subtraídos à acção divisória, PAULUS diz-nos que é feita como se não houvesse referência a *certa res* (D. 28,5,10). Neste sentido pronunciaram-se igualmente PAPIANUS e ULPIANUS (D. 28,5,35,1): a cada *heres* são, portanto, conferidas, mediante *adiudicatio*, as *certae res*, mas os débitos e créditos são atribuídos aos *heredes* em partes iguais.

Porém, este resultado, iníquo no momento em que o valor das *certae res* fosse diferente, veio a ser corrigido no caso de as *certae res* serem complexos patrimoniais. PAPIANUS admite, nestes casos, a prestação recíproca de *cautiones* entre os co-herdeiros de modo a cada co-herdeiro receber somente os créditos e responder pelos débitos inseridos no complexo patrimonial que lhe foi adjudicado (D. 28,5,79(78)pr.).

Tratando-se, contudo, de *res* singulares e não de complexos patrimoniais, a repartição de débitos e créditos não se faz proporcionalmente, mas em partes iguais.

Quanto à *lex Falcidia*, PAPIANUS tê-la-á aplicado, embora não saibamos em que sentido.

Vid. FUENTESECA, o.c. 486; BIONDI, *Successione*, cit. 233-238; CIAPESSONI, o.c. 342 e 353-354; VOCI, o.c. 147-153; GARCIA GARRIDO, *Derecho*, cit. 561; e ARANGIO-RUIZ, o.c. 528.

<sup>6</sup> Como refere BIONDI, era fácil considerar abertamente o herdeiro como legatário, pois, quando a qualidade de herdeiro «*si desume non dal*

§ 7.3.1.3 Examinadas as soluções dadas pelos juristas Aquilus GALLUS e SABINUS e posteriormente (com PAPINIANUS) adaptadas à nova consciência ético-jurídica que exigia um maior respeito pela *voluntas testatoris*, mas sem as (novas) soluções sacrificarem, formalmente, a validade da *heredis institutio detracta re e ex certa re* — graças ao expediente de considerar regularmente instituídos os herdeiros como se tais disposições (*detracta re e ex certa re*) não as tivesse escrito o testador —, urge, agora, verificar se a  *fictio* interveio nesta tarefa de validação.

Para o efeito, impõe-se analisar as fontes.

São três os fragmentos que indiciam, porventura, a existência duma *fictio*.

No primeiro, PAULUS escreveu:

D. 28,5,10: «*Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitur, quasi non adiectis partibus heredes scripti essent: nec enim facile ex diversitate pretium portiones inveniuntur: ergo expeditus est quod Sabinus scribit, perinde habendum, ac si nec fundum nec partes nominasset*».

PAULUS refere a hipótese de um testador que instituiu dois herdeiros em partes de dois fundos e decide que deve entender-se como se (*quasi*) os herdeiros tivessem sido instituídos sem a atribuição das partes. Seguidamente, justifica a solução por ser difícil determinar as porções em virtude da diversidade dos seus valores. E conclui, afirmando ser mais simples o que SABINUS

*titolo attribuito dal disponente ma dalla sostanza della disposizione, fu agevole, procedendo da quegli spunti classici, considerare come legatario colui che il testatore aveva dichiarato 'heres'».*

Urge, porém, distinguir: se todos os herdeiros são instituídos *ex re*, adquirem todos a *hereditas* como verdadeiros herdeiros; se o herdeiro *ex re* concorre com herdeiros regularmente instituídos, então aquele só adquire a *res* atribuída, podendo considerar-se legatário.

Enquanto *legatarius*, o *heres ex certa re* não responde pelas dívidas nem pode exigir os créditos da herança. É-lhe aplicada, como legatário, a *Falcidia*. Cfr. C. 6, 24,13. Vid. FUENTESECA, *o.c.* 486; BIONDI, *Successione*, cit. 238-240; e CIAPESSONI, *o.c.* 345 e 355.

escreve: deve julgar-se como se (*perinde ... ac si*) o testador não tivesse nomeado o fundo nem as partes.

O vocábulo *quasi* e a locução *perinde ... ac si* tanto indiciam uma *factio* como uma assimilação de natureza diferente (lógica); por isso, não nos devemos tranquilizar e observar, sem mais, a existência de uma ficção.

Urge, portanto, indagar outros elementos susceptíveis de apoiarem solidamente uma conclusão.

BESELER entende que a solução de SABINUS é «*richtig*» quer por ser cómoda quer por ser «*rechtslogisch*»<sup>1</sup> o que traduz, implicitamente, o reconhecimento da autenticidade da frase «*perinde ... nominasset*».

Também CIAPESSONI a considera genuína e vê nela a expressão de uma *factio*, graças à qual o pretor «*rimediava ancora al rigore del 'ius civile'*»<sup>2</sup>.

BIONDI parece recusar a *factio* ao julgar ser «*infondata l'affermazione del Ciapessoni che il geniale espediente di Sabino abbia avuto attuazione solo 'iure praetorio'*»<sup>3</sup>.

GARCIA GARRIDO rejeita «*que se trate en este caso de ficciones*»<sup>4</sup>.

E referindo, a propósito da instituição de herdeiro em coisa determinada, que «*la interpretación debe rectificar a veces una declaración del testador incompatible con las exigencias del 'ius'*»<sup>5</sup>, D'ORS parece igualmente excluir a ficção.

Estarão certas estas opiniões que entroncam na mesma doutrina?

Pensamos que não.

Na verdade, já GARCIA GARRIDO afirmou que o pretor «*sólo recurre a la ficción cuando se presentaba un impedimento a la aplicación de la acción útil*»<sup>6</sup>. Porém, se um «*impedimento*» forçava o pretor a recorrer à ficção, decerto não obrigaria menos a *iurisprudencia* (privilegiada com o *ius publice respondendi*) a utilizá-la.

<sup>1</sup> Vid. BESELER, G., *Miszellen* em SZ 43(1922) 547.

<sup>2</sup> Vid. CIAPESSONI, *o.c.* 722 e 723.

<sup>3</sup> Vid. BIONDI, *Successione*, cit. 229<sup>1</sup>.

<sup>4</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *Derecho*, cit. 561<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 282.

<sup>6</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 322.

Resta, portanto, determinar se algum impedimento houve, e qual a sua natureza.

ARANGIO-RUIZ diz-nos que «a più dura prova la finezza dei giuristi e la resistenza dei principii fondamentali furono messe ove il testatore avesse instituito uno o più eredi 'ex re certa'»<sup>7</sup>. E KASER, a propósito das normas do direito sucessório romano que, à primeira vista, parecem absurdas, entende que, posteriormente, perderam a sua razão de ser; mas o Direito clássico manteve-as, graças ao recurso a subterfúgios para iludir o seu cumprimento<sup>8</sup>.

Efectivamente, um grave obstáculo se opunha, no âmbito do *ius civile*, à criação ou extensão duma norma que validasse as *heredis institutiones detracta re* ou *ex certa re*: o conceito de *heres*, firmemente apoiado na tradição romana e na estrutura civil do Direito sucessório; e o princípio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, corolário e cimento do edifício jurídico-normativo civil. Estender uma norma do *ius civile* a um não-herdeiro era impossível à *interpretatio*; e igualmente o era na via de integração, pois seria criar e aceitar, no seio do *ius civile*, uma norma perfeitamente hostil e susceptível de arruinar todo o edifício jurídico dos *Quirites*.

Só uma solução se impunha, em face da ausência da *voluntas* legislativa de criar um sistema novo e diferente, sustentado por novos e diferentes princípios jurídicos: a permitida pela  *fictio*.

Na verdade, fingindo que o testador não tinha escrito *detracta re* ou *ex certa re*, a *heredis institutio* tornava-se regular, tudo decorrendo pacificamente no âmbito do *ius civile*, sem atropelos, contrastes e incoerências susceptíveis de abalarem os alicerces em que se apoia. As suas normas aplicar-se-iam sem violência, permanecendo (formalmente) inalteradas e intactas numa vigência sossegada e duradoira. Só os factos se distorciam, mas esta violência passava ao lado do incólume *ius civile*.

<sup>7</sup> Ainda segundo ARANGIO-RUIZ (o.c. 527), a contradição entre o conceito da *successio in ius* e a atribuição de uma ou mais coisas singulares não permitia sair desta alternativa: «O ritenere totalmente invalida l'istituzione, o considerare non apposta la menzione della cosa».

<sup>8</sup> Vid. KASER, *Römisches*, cit. 255.

Julgamos, portanto, mais certa a doutrina, porventura dominante, que vê nas soluções de Aquilius GALLUS e de SABINUS, uma ficção: a de considerar não escrita pelo testador as disposições *detracta re* e *ex certa re*<sup>9</sup>.

No segundo fragmento, ULPIANUS oferece a mesma solução:

D. 28,5,35 pr.: «... *verbi gratia pone duos esse heredes institutos, unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Liviano, et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem: erunt quidem heredes ex aequis partibus quasi sine partibus instituti...*».

No presente texto, cujas interpolações não «atacam» o que nos interessa, ULPIANUS mostra ter acolhido a doutrina de SABINUS: se dois herdeiros foram instituídos, respectivamente, no fundo Corneliano e no fundo Liviano, são herdeiros em partes iguais, embora um dos fundos valha  $3/4$  e o outro  $1/4$  da *hereditas*, como se (*quasi*) tivessem sido instituídos *sine partibus*.

Trata-se, portanto, da mesma *factio*, que CIAPESSONI procurou evidenciar ao sugerir a reconstrução do texto: [*erunt heredes*] <*bonorum possessionem dabunt?*> *ex aequis partibus quasi sine partibus institutis*<sup>10</sup>.

Finalmente, no terceiro fragmento, Licinius RUFINUS escreveu:

D. 28,5,75(74): «*Si ita quis heres institutus fuerit: 'excepto fundo, excepto usu fructu heres esto', perinde erit iure civili atque si sine ea re heres institutus esset, idque auctoritate Galli Aquilii factum est.*».

RUFINUS diz-nos que a *heredis institutio detracta re* vale, segundo o *ius civile*, como se (*perinde ... atque si*) fosse instituído

<sup>9</sup> Neste sentido, vid. FUENTESECA, o.c. 485; PALMIERI, o.c. 270-271; SCIASCIA, o.c. 341, 344, 352-354; VOCI, o.c. 143-144; BURDESE, o.c. 763; e CIAPESSONI, o.c. 722-723.

<sup>10</sup> Vid. CIAPESSONI, o.c. 723. Cfr. ainda FUENTESECA, o.c. 485; e SCIASCIA, o.c. 354.

*sine ea re* e refere que assim foi estabelecido pela *auctoritas* de Aquilius GALLUS.

PALMIERI considera esta *heredis institutio* civilmente ineficaz, mas sanável *iure praetorio*: o *institutus* não é um verdadeiro herdeiro, mas *heredis loco*. Pertence-lhe a *bonorum possessio*, para cuja tutela pode utilizar, em via fictícia, as mesmas acções concedidas ao herdeiro civil<sup>11</sup>.

Também CIAPESSONI defende esta doutrina e corrige o texto: «*perinde erit iure [civili] <honorario> atque si sine ea re heres institutus esset*»<sup>12</sup>. Trata-se, no seu entendimento, de uma *fictio* que permite «*la sanatoria*» no campo do *ius praetorium* e não no do *ius civile*; daí a interpolação de [*civili*] que terá substituído <*honorario*>.

É possível, todavia, que RUFINUS tenha escrito *civili*, pois, com a eliminação de *excepto fundo* e *excepto usu fructu*, a *heredis institutio* tornava-se civilmente regular e, portanto, idónea a produzir todos os efeitos *civis*. Na verdade, as *actiones* outorgadas a favor e contra o *heres* (assim instituído) eram exactamente as mesmas que pertenceram ao *de cuius*, apenas com a ficção «*si sine ea re*» que não altera a substância do *ius (civile)* a aplicar. São *actiones* formalmente *praetoriae*, mas substancialmente *in ius conceptae*<sup>13</sup>. De resto, o vocábulo *civili* tem mesmo a virtualidade de confirmar a existência de uma *fictio*, pois, sem ela, a *heredis institutio* só podia ser nula *iure civili*, jamais válida.

É pacífica a opinião de que esta doutrina de SABINUS — e a solução precedente de Aquilius GALLUS — foi aceita pela doutrina que a manteve, na sua essência, como substrato em que se apoia e de que parte a evolução posteriormente verificada<sup>14</sup>. E, porque se trata de juristas com o *ius respondendi ex auctoritate principis*, a imposição ao pretor desta *fictio* não teria, decerto, enfrentado dificuldades.

<sup>11</sup> Vid. PALMIERI, *o.c.* 271.

<sup>12</sup> Vid. CIAPESSONI, *o.c.* 722.

<sup>13</sup> Vid. *supra* § 5.1.

<sup>14</sup> Cfr., *v. g.* ULPIANUS (D. 28,5,1,4; -28,5,9,13); IAVOLENUS (D. 28,5,11) que segue a opinião de PROCULUS; PAPINIANUS (D. 28,5,79(78)pr.; -28,6,41,8); e TRYPHONINUS (D. 49,17,19,2).



Porém, sendo um *heres* fictício, o *institutus detracta re* ou *ex certa re* não era, verdadeiramente, *heres ex iure civili*. Só podia ser «herdeiro» *iure praetorio*, ou seja, *bonorum possessor*<sup>15</sup>. Pertencia-lhe a *hereditatis petitio* fictícia e todas as *actiones* do *de cuius* ser-lhe-iam concedidas igualmente em via fictícia.

É fácil, destarte, imaginar a fórmula da *hereditatis petitio* concedida a um «heres» *ex certa re*:

*Iudex esto.*

*Si As. As. heres sine fundo Corneliano a Publio Maevio institutus esset, tum si paret hereditatem Publii Maevii ex iure Quiritium Ai. Ai. esse, si arbitrato tuo res Ao. Ao. non restituetur, quanti ea res erit, iudex tantam pecuniam Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito.*

Ao *iudex* seria ordenado que fingisse não ter sido o *heres* instituído *ex certa re*, isto é, considerasse regularmente feita, sob aquele aspecto, a *heredis institutio* e actuasse, em relação ao resto, de harmonia com os resultados da actividade probatória que era chamado a desenvolver.

### § 7.3.2 A quarta antonina

§ 7.3.2.1 Importa, agora, ver se há, na efectivação da *quarta divi Pii* (*quarta antonina*) alguma ficção e em que sentido.

Porém, antes de mais, urge situar este instituto, criado por Antonino Pio, no seu contexto jurídico.

Como sabemos, a *adrogatio* é uma espécie particular — e a mais antiga — de *adoptio* em sentido amplo<sup>1</sup> e caracteriza-se por

<sup>15</sup> Sobre estes aspectos, vid., além de CIAPPESSONI e de PALMIERI, cit., muito especialmente SCIASCIA, o.c. 343-344.

<sup>1</sup> A outra modalidade de *adoptio* (em sentido amplo) é a *adoptio* propriamente dita, historicamente posterior à *adrogatio* e que se traduz na prática de três *mancipationes*, sendo as duas primeiras seguidas de uma *manumissio*, terminando com uma *in iure cessio* em que o *emptor fiduciarius* reivindica o adoptado como *filius* (ou *nepos*). Só podiam ser adoptados *alieni iuris*. Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 217; e FUENTESECA, o.c. 352. Cfr. *infra* § 13.2.4.3.

ser um acto jurídico-religioso solene, realizado perante os *comitia curiata*<sup>2</sup> presididos pelo *pontifex maximus* que dirigia ao povo uma *rogatio* (após ter interrogado o *adrogator* e o *adrogatus*) no sentido de o *adrogatus*, que era *sui iuris*, ser considerado *filius* (ou *nepos*) e ficar, portanto, sujeito à *potestas* do novo *pater adrogator*. Era um acto de matiz legislativo e religioso, cujas funções originárias terão sido, principalmente, a de dar um continuador ao culto familiar (*sacra familiaria*) quando o *paterfamilias* não tivesse descendentes e, também (ou em consequência), a de criar um sucessor ou *heres*<sup>3</sup>.

Somente os homens *sui iuris* podiam *adrogare*, porque só eles tinham a *patria potestas*; e deviam ser maiores de 60 anos e não ter filhos (próprios ou adoptivos), pois, tendo-os, já estava assegurada a continuidade da família<sup>4</sup>.

Quanto ao *adrogatus*, inicialmente só os indivíduos masculinos e *sui iuris* podiam ser *adrogati*. Posteriormente, devido a uma epístola de Antonino Pio, foi permitida a *adrogatio* de impúberes, havendo *iusta causa* e em certas condições<sup>5</sup>. E, na sequência de constituições imperiais, talvez já na época clássica, também as mulheres podiam ser ad-rogadas<sup>6</sup>.

Em relação aos efeitos jurídicos produzidos pela *adrogatio*, o *adrogatus* atraía à família do *adrogator* a sua própria descendência e

<sup>2</sup> Mais tarde, passou a realizar-se, em Roma, perante trinta *lictiores* representantes simbólicos das antigas *cúrias*. E também *per rescriptum principis*, inicialmente nas províncias e, depois, igualmente em Roma. Vid. a bibliografia indicada na nota seguinte.

<sup>3</sup> Vid. FUENTESECA, *o.c.* 353-354; D'ORS, *Derecho*, cit. 217; ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, *o.c.* 692, 696 e 699; GIRARD, *o.c.* 185-187 e 193; BURDESE, *o.c.* 297-299; ARANGIO-RUIZ, *o.c.* 466-467; e CASTELLO, C., *Il Problema Evolutivo della 'Arrogatio'* em *SDHI* 33(1967) 132-133.

<sup>4</sup> Na época pós-clássica surgiu uma nova regulamentação inspirada na ideia de que a *adoptio* (propriamente dita) e a *adrogatio* servem para proporcionar uma família a quem a não tem. O *adrogator* (e o adoptante) devem ter, pelo menos, 18 anos a mais que o *adrogatus* (ou adoptado) como *filius*; e 36 anos a mais se este o for como neto. As viúvas sem filhos podem adoptar e até os homens com filhos. Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 217-218.

<sup>5</sup> Vid. GAJUS 1,99; 1,102.

<sup>6</sup> Vid. D. 1,7,21.

o seu património, e, em consequência da sua *capitis deminutio minima* — deixava de ser *sui iuris* para se tornar *alieni iuris* —, as dívidas extinguíam-se *iure civili*<sup>7</sup>. Todavia, quanto a estas, o pretor outorgava aos credores *actiones ficticiae*, fingindo não ocorrida a *capitis deminutio*<sup>8</sup>.

A situação do impúbere, cuja *adrogatio* Antonino Pio permitiu em certas condições e havendo *iusta causa*, mereceu protecção. Com efeito, o pretor dispôs que o *filius* dado in *adrogationem* e depois emancipado (pelo *pater* adoptivo) readquiriria os direitos sucessórios em relação ao *pater* natural. Sempre que a *adrogatio* terminasse *ante pubertatem*, o *adrogator* devia restituir ao *adrogatus* ou aos seus herdeiros os bens que tinha no momento da *adrogatio*. E, no caso de o *adrogator* ter falecido e deserddado o *adrogatus* ou, ainda, de o ter emancipado sem *iusta causa* e *ante pubertatem*, o *adrogatus* tinha igualmente direito, segundo um rescrito de Antonino Pio, à quarta parte da sua *hereditas* (*quarta divi Pii*)<sup>9</sup>.

§ 7.3.2.2 Esboçada a situação jurídica do *adrogatus* e os direitos que lhe eram reconhecidos se, *ante pubertatem*, fosse deserddado pelo *adrogator* (entretanto falecido) ou emancipado sem *iusta causa*, torna-se necessário, agora, esclarecer a natureza jurídica da *quarta divi Pii* a fim de podermos seguidamente estudar a oportunidade (ou não) da *fictio* e respectivo conteúdo.

<sup>7</sup> Cfr. GAIUS, 3,84. Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 217; FUENTESECA, o.c. 354; e ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, o.c. 699-700.

<sup>8</sup> No II vol.º deste trabalho estudaremos esta *fictio*. Vid., entretanto, FUENTESECA, o.c. 354; ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, o.c. 700; VOLTERRA, o.c. 229<sup>1</sup>; e ARANGIO-RUIZ, o.c. 469. Cfr. *infra* § 13.2.4.3.

<sup>9</sup> Como refere GIRARD (o.c. 194-197), «le trait originel du système réside dans des mesures destinés à écarter chez l'adrogéant toute velléité de calcul intéressé, toute espérance de garder ou de transmettre les biens de l'adrogé si l'adrogation finit avant sa puberté. Leur retour à l'adrogé ou à sa famille d'origine est assuré pour tous les cas». Vid. ainda ARANGIO-RUIZ, o.c. 469; D'ORS, *Derecho*, cit. 268<sup>2</sup>; FUENTESECA, o.c. 453; VOLTERRA, o.c. 99; SOHM, o.c. 488; e KASER, *Römisches*, cit. 274.

São de ULPIANUS os textos que, parece, revelam essa natureza:

D. 1,7,22pr.: «*Si adrogator decesserit impubere relicto filio adoptivo et mox impubes decedat, an heredes adrogatoris teneantur? et dicendum est heredes quoque restitutos et bona adrogati et praeterea quartam partem.*»

ULPIANUS pergunta se os herdeiros do *adrogator* seriam obrigados (*teneantur*) no caso de este ter morrido e deixado um filho adoptivo impúbere, pouco depois falecido. E responde que tais herdeiros devem restituir também os bens do ad-rogado e, ademais, a *quarta* (*antonina*). Nota-se, especialmente, a utilização do verbo *teneri* que sugere tratar-se de uma *obligatio praetoria*, contrapartida, em relação aos *heredes adrogatoris*, de «*un diritto personale, di credito alla consegna della quarta*»<sup>1</sup>.

D. 5,2,8,15: «*... et puto aut non admittendum ad inofficiosum, aut si admittatur, etsi non optinuerit, quartam ei quasi aes alienum concedendam.*»

ULPIANUS julga que não deve ser admitida a *querella inofficiosi testamenti*; mas, se admitida e perdido o litígio, deve ser concedida (*concedendam*) a *quarta* (*antonina*), como se estivesse em causa *aes alienum*, ou seja, um mútuo contraído pelo *adrogator*.

Como FADDA sublinha, a conclusão «*quartam ei quasi aes alienum concedendam*» revela que o *impubes* apenas tinha «*una ragione di credito verso gli eredi del defunto*»<sup>2</sup>.

D. 37,6,1,21: «*Si impuberi adrogato secundum divi Pii rescriptum quarta debetur (...) et magis est, ut ad heredem transferat, quia personalis actio est...*».

Neste fragmento, que trata da *collatio* que o *adrogatus* deve (ou não) fazer da *quarta* (*antonina*) se pedir a *bonorum possessio* do

<sup>1</sup> Vid. FADDA, *o.c.* 97; e CRUZ, *Direito*, cit. 335<sup>409</sup>.

<sup>2</sup> Vid. FADDA, *o.c.* 97.

seu *pater naturalis*, ULPIANUS diz-nos que é devida a *quarta* segundo um rescrito de Antonino Pio. E que se trata de uma *actio* transferível para o herdeiro, por ser *personalis*.

Ainda segundo FADDA, o verbo *debere* aponta para um crédito do *adrogatus* sobre os herdeiros do defunto<sup>3</sup>.

Há, porém, uma dificuldade suscitada igualmente num texto de ULPIANUS:

D. 10,2,2,1: «*Si quarta ad aliquem ex constitutione divi Pii adrogatum deferatur, quia hic neque heres neque bonorum possessor fit, utile erit familiae erciscundae iudicium necessarium*».

Na opinião de ULPIANUS, se, em virtude da constituição de Antonino Pio, a *quarta* for deferida, será necessário o *utile familiae erciscundae iudicium* porque o *adrogatus* não se torna *heres* nem *bonorum possessor*.

Ao conceder a *actio familiae erciscundae* ao *adrogatus*, este fragmento opõe-se à natureza creditória da *quarta* divi Pii. Todavia, ARANGIO-RUIZ entende-o interpolado, pois «*la natura giuridica della 'quarta', concepita dai giuristi come un credito del'arrogato si ribella all'inclusione negli schemi dell'azione 'familiae erciscundae'*»<sup>4</sup>.

Acresce, ainda, um outro vício grave: o de fazer pensar que a *actio familiae erciscundae* foi concedida directamente ao *bonorum possessor*. Na verdade, nunca um jurista clássico lhe teria concedido esta *actio* em via directa, mas, tão-só, útil; por isso, também a nós o texto se afigura alterado<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Vid. FADDA, *o.c.* 97.

<sup>4</sup> ARANGIO-RUIZ propõe a seguinte redacção: «*Si quarta ad aliquem ex constitutione divi Pii adrogatum deferatur, quia hic neque heres neque bonorum possessor fit, non erit (cessat?) familiae erciscundae iudicium. Item si filii familias militis peculium sit*». Vid. ARANGIO-RUIZ, *Appunti sui Giudizii Divisorii em RISG* 52(1913) 225-226.

<sup>5</sup> Neste sentido, vid. BIONDI, *Scritti Giuridici* II (Milão 1965) 685-686.

Aliás, o texto seguinte, ainda de ULPIANUS, confirma esta alteração, «*a contrario*»:

D. 10,2,2,2: «*Item si filii familias militis peculium sit. fortius defendi potest hereditatem effectam per constitutiones, et ideo hoc iudicio locus erit.*»

ULPIANUS diz-nos que o mesmo — a concessão da *actio familiae erciscundae* em via útil — tem lugar no pecúlio castrense. E refere que, neste caso, pode defender-se, com maior razão, a existência de uma herança, em virtude de constituições e, portanto, da *utilis actio familiae erciscundae*. Se maior razão há para conceder esta *actio*, em virtude de se produzir uma *hereditas*, menos motivos há para a sua concessão na *quarta*: não existe herança.

É verdade, não falta quem entenda este último texto interpolado<sup>6</sup>; simplesmente, há também quem não julgue decisivos os argumentos utilizados e o considere substancialmente genuíno<sup>7</sup>.

Contra a interpolação assinalada por ARANGIO-RUIZ no D. 10,2,2,1, BIONDI pensa que a extensão útil da *actio familiae erciscundae* ao *adrogatus* «*nulla di anomalo o contraddicente ai principi esposti presentæ*», pois «*l'azione (...) si svolge sempre tra eredi e persone che, o per senato consulto o per costituzione imperiale, sono riguardati come eredi civili*». Por outro lado, sustenta que, mesmo admitindo terem os clássicos entendido o direito à *quarta* como um direito de crédito, «*da ciò non si può dedurre necessariamente l'inapplicabilità dell'azione, poichè questa è accordata anche nell'ipotesi del fedecommesso*»<sup>8</sup>.

Os argumentos de BIONDI não convencem.

Desde logo, falta saber se, no caso da *quarta divi Pii*, a *actio* é instaurada entre herdeiros e pessoas consideradas como tais. E falha quando, concebido o direito à *quarta* como um direito de

<sup>6</sup> Assim, v. g. ARANGIO-RUIZ, *Appunti*, cit. 225.

<sup>7</sup> Neste sentido, cfr. BIONDI, *Scritti*, cit. 683.

<sup>8</sup> Vid. BIONDI, *Scritti*, cit. 684-685.

crédito, julga possível, ainda aqui, a concessão da *actio familiae erciscundae*, ignorando que, na hipótese de fideicomisso, o *heres* (*fiduciarius*), a quem é atribuída a *quarta Pegasiana*, é o verdadeiro *heres ex iure civile*; e que o fideicomissário, a quem são outorgadas as *actiones hereditariae* em via fictícia, é o proprietário bonitário da *hereditas* <sup>9</sup>.

Ora, uma coisa é um direito de crédito e outra, bem diferente, um direito sucessório. Não sendo *heres*, o *adrogatus* não podia gozar da *actio familiae erciscundae* directa; *actio* que, não sendo *bonorum possessor*, também lhe não podia ser concedida em via útil.

§ 7.3.2.3 Aceitando como bem fundada a doutrina dominante <sup>1</sup> que atribui à *quarta divi Pii* uma natureza creditória e julga, portanto, que o *adrogatus* não é *heres* nem *bonorum possessor*, mas titular de um direito de crédito <sup>2</sup>, perguntamos: que função estaria reservada à *fictio*?

Nenhuma.

Com efeito, a única função que poderia desempenhar seria a de fingir *heres* o *adrogatus* para o efeito de instaurar a *actio familiae erciscundae*. Excluída, porém, a natureza de *bonorum possessio* da *quarta divi Pii* e a qualidade de *bonorum possessor* do *adrogatus*, nada haveria que fingir. Para accionar os *heredes adrogatoris* pelo crédito da *quarta antonina* — porventura, através da *condictio incerti* <sup>3</sup> —, o titular do crédito era, *iure civili*, o *adrogatus* (ou os seus herdeiros) e, como tal, podia demandar.

<sup>9</sup> Vid. *supra* § 6.5.2.

<sup>1</sup> VASSALLI contesta a doutrina dominante, declarando interpolados os textos em que se baseia: D. 1,7,22pr.; -5,2,8,15; -37,6,1,21. Mas, como refere BIONDI, a sua «*tesi di considerare l'arrogato per la 'quarta' come vero e proprio herede (...) non potrà esser guardata senza scetticismo*». Vid. BIONDI, *Scritti*, cit. 685<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Além de FADDA, *o.c.* 97-98, vid. ainda: FUENTESECA, *o.c.* 454; e BURDESE, *o.c.* 818.

ARIAS RAMOS e ARIAS BONET (*o.c.* 848) entendem que a «*'quarta'*, aunque no tenía el carácter de cuota legitimaria, sino más bien de legado creado por ley, guardaba en sus efectos analogía con las legítimas».

<sup>3</sup> Vid. GAJUS 4,49; 4,51.

Deste modo, não nos parece certa a opinião de GARCIA GARRIDO, segundo a qual o pretor recorre à ficção «*si heres esset*» na *actio familiae erciscundae*, para obter a «devolución de la cuarta antonina»<sup>4</sup>.

### § 7.3.3 O codicilo

§ 7.3.3.1 Chegou o momento de estudarmos a *factio* codicilar.

Como sabemos, um codicilo é uma disposição *mortis causa* redigida por escrito e sem qualquer formalidade solene<sup>1</sup>, podendo ter o mesmo conteúdo dum testamento, excepção feita à *heredis institutio*, à substituição de herdeiro, à *exheredatio* e à revogação do testamento<sup>2</sup>.

A sua necessidade advém da circunstância de resolver a dificuldade em o disponente, ausente de Roma, encontrar sete *cives Romani* púberes para testemunharem o seu testamento; de permitir enriquecer o conteúdo do testamento, acrescentando ou modificando alguma *dispositio* testamentária sem repetição das formalidades testamentárias; e de facilitar, deste modo, a expressão válida da última *voluntas* do testador.

Segundo informa Justiniano (I. 2,25pr.), dizia-se que, *ante Augusti tempora*, não existia o *ius codicillorum*; que, perante codicilos em que *Lucius Lentulus* lhe pedia algo, Augusto ter-lhe-á satisfeito a *voluntas*, aconselhado por TREBATIUS, vindo a filha de *Lentulus* a satisfazer legados que não devia; e, desde então, ninguém duvidava serem os codicilos admitidos *optimo iure*.

Com base neste fragmento, KASER sustenta que, a partir de Augusto, «*das Kaiserrecht und die Juristen haben das Kodizill (...) zu einer rechtlich anerkannten und durchsetzbaren Einrichtung ausge-*

<sup>4</sup> Vid. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 320<sup>38</sup>. Cfr., ainda, LENEL, o.c. 210.

<sup>1</sup> Segundo CHURRUCA, a expressão «*codicillum ... ab auctore dictum qui hoc scripturae genus instituit*» (em Santo ISIDORO, *Et.* 5,24,14) só admite uma explicação: «*La de que en la mente de San Isidoro el inventor del codicilo fué un supuesto Codicillus*». Vid. CHURRUCA, J., *Las Fuentes de la Definición de Codicilo em AHDE* 34(1964) 11-12.

<sup>2</sup> Vid. FUENTESECA, o.c. 469; BURDESE, o.c. 822; e VOCI, o.c. 595. Cfr. GAIVS 2,273.



*bildet*<sup>3</sup>, o que não deixa de ser estranho se tivermos em atenção o referido texto («*ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse*») e a ausência de *potestas* legislativa no imperador<sup>4</sup>.

Todavia, depressa ganhou relevo a prática de codicilos confirmados e não-confirmados por testamento, tendo a doutrina necessidade de distinguir os *codicilli confirmati* dos não-*confirmati*, em virtude dos efeitos produzidos diferentemente: enquanto os primeiros valiam como *pars testamenti*<sup>5</sup> se confirmados com fórmula imperativa (*verba imperativa*) e não simplesmente precatória (*verba precativa*)<sup>6</sup>; os segundos só podiam conter disposições de natureza fideicomissária<sup>7</sup>.

Quanto à *confirmatio* — que devia necessariamente revestir uma fórmula imperativa —, a doutrina elaborou uma classificação de codicilos em confirmados *in praeteritum*, *in futurum* e *in praesens* segundo a confirmação testamentária tenha ocorrido depois, antes ou contemporaneamente à feitura do codicilo<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Vid. KASER, *Römisches*, cit. 270. Contra, GUARINO sustenta que a prática dos *codicilli* não surgiu com o episódio de *Lentulus*, mas era anterior a Augusto; tão-só foi pretexto para uma intervenção enérgica do príncipe que, todavia, não foi cogente. Na sua opinião, Augusto nenhum procedimento normativo tomou; e a escola pós-clássica manipulou o texto (I. 2,25pr.) que provém de MARCIANUS.

Ainda segundo GUARINO, já a partir de LABEO os *codicilli* eram admitidos *optimo iure*. Vid. GUARINO, *Isidoro di Siviglia e l'Origine dei Codicilli* em *SDHI* 10(1944) 321-323 e 329.

<sup>4</sup> Vid. *supra* § 7.2.3.

<sup>5</sup> Cfr. GAIUS (D. 29,3,11) e SCAEVOLA (D. 29,7,14pr.).

<sup>6</sup> *V. g.*, «*quidquid codicillis scripsero (scripsi) ratum est*». No caso de as expressões utilizadas não terem esse carácter imperativo, mas de simples pedido, teriam apenas o valor de mero fideicomisso dirigido à *fides* do herdeiro. Vid. FUENTESECA, *o.c.* 469; e BURDESE, *o.c.* 821.

<sup>7</sup> Eram pedidos de conteúdo diversificado, dirigidos à *fides* do herdeiro. Assim, *v. g.* o testador pedia ao seu *heres* que manumitisse escravos (*fideicommissaria libertas*). Podiam também dirigir-se ao pretor, *v. g.* sugerindo-lhe um tutor dativo (*confirmatio tutoris*), etc. Vid. FUENTESECA, *o.c.* 469; e ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 577. Cfr. GAIUS 2,270a.

<sup>8</sup> Na confirmação *in futurum*, o testamento contém uma cláusula que prevê a redacção futura de codicilos.

Para VOCI (*o.c.* 593), a espécie mais importante é a *in futurum*, por tornar possível um enriquecimento das disposições testamentárias. Terá

Apesar de não ser testamento, a relação entre este e o codicilo é, como se depreende, historicamente muito estreita, chegando as fontes a ver nos codicilos confirmados uma *pars testamenti*<sup>9</sup>. Não é de estranhar, por isso, que a invalidade ou a ineficácia do testamento determinasse as mesmas consequências no codicilo confirmado, embora um codicilo inválido não afectasse a validade do testamento. Nem surpreende que se exigisse, no autor do codicilo, a *testamenti factio* activa; e que a não aceitação da *hereditas*, provocando a invalidade do testamento, invalidasse o codicilo<sup>10</sup>.

§ 7.3.3.2 Caracterizados os codicilos e determinadas as suas modalidades e efeitos jurídicos, interessa, agora, saber em que se traduz a *factio* codicilar.

O texto verdadeiramente importante é de IULIANUS:

D. 29,7,2,2: «*Codicillorum ius singulare est, ut quaecumque in his scribentur perinde haberentur, ac si in testamento scripta esset. ideoque servo, qui testamenti facti tempore testatoris fuisset, codicillorum tempore alienus, non recte libertas directa datur. et contra si, cum testamentum fiebat, alienus esset, codicillorum tempore testatoris, intellegitur alieno servo libertas data, et ideo licet directae libertates deficiunt, attamen ad fideicommissarias eundum est*».

O notável jurista começa por referir que o *ius codicillorum* é um direito singular, de modo que todas as coisas (*quaecumque*) neles escritas seriam julgadas como se (*perinde ... ac si*) o tivessem sido

sido, na opinião de FUENTESECA (o.c. 469), a primeira hipótese histórica de codicilo.

Cfr. D. 29,7,8pr.; -29,7,20; PS. 4,14,2. Vid. ainda BURDESE, o.c. 468 e 821.

<sup>9</sup> A partir de Trajano, admitiu-se igualmente uma figura anómala: o codicilo *ab intestato*, ou seja, realizado por quem não fez testamento e que vale como fideicomisso. Vid. FUENTESECA, o.c. 469; e GARCÍA GARRIDO, *Derecho*, cit. 546. Cfr. I. 2,25,1; D. 29,3,11; -29,7,14pr.; -29,4,6pr.; -29,7,16.

<sup>10</sup> Cfr. D. 29,7,6,3; -29,7,3,2.

no testamento. E, em consequência, diz-nos não ser concedida a *libertas directa* ao *servus* que pertencia ao testador quando fez o testamento e já não *codicillorum tempore*. Todavia, se, *testamenti tempore*, era alheio, mas pertencia ao testador quando redigiu os codicilos, entende-se que a liberdade foi dada a um escravo alheio e, deste modo, embora faltem as manumissões directas, devem valer como fideicomissárias. Isto é, IULIANUS enuncia um princípio geral: o que foi escrito num codicilo é entendido como se o tivesse sido no próprio testamento.

Porém, não falta quem veja este fragmento interpolado.

BESELER sustenta que «*die Stelle stark umgestaltet ist*», como resulta já da contínua inobservância da regra da *consecutio temporum*<sup>1</sup>. E KRELLER entende que o texto não deve ser emendado com a eliminação de «*non*», sendo de aceitar, com GRADENWITZ, «*eine ungeschickte Verkürzung des klassischen textes durch die Kompilatoren*»<sup>2</sup>.

Na verdade, como BUND informa, não faltaram tentativas para eliminar do texto o advérbio *non*, oriundas de quem defende dever tornar-se livre o *servus* que, *testamenti tempore*, pertencia ao testador e foi libertado num codicilo. Porém, BUND acolhe a posição de KRELLER, embora entenda que o texto «*missverständlich ist*» quando, no início do parágrafo, o campo de aplicação da  *fictio* é estendido «*ins Unbeschränkte*», através de *quaecumque*<sup>3</sup>.

É possível que o texto se encontre interpolado. Todavia, não substancialmente; e tão-pouco na enunciação da regra «*perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent*». Na nossa opinião, as críticas não tiveram na devida conta a natureza da *manumissio testamentaria directa*.

Na verdade, sendo o codicilo uma *testamenti pars*, a libertação dum escravo por codicilo é uma verdadeira *manumissio testamentaria*. E, se a *libertas é directa*, faltava, na primeira hipótese do texto, um pressuposto fundamental — o *dominium ex iure*

<sup>1</sup> Vid. BESELER, G., *Miszellen* em SZ 45(1925) 472-473.

<sup>2</sup> Vid. KRELLER, H., *Literatur* em SZ 47(1927) 438.

<sup>3</sup> BUND (o.c. 171) rejeita, todavia, que se negue a autenticidade à proposição *codicillorum ius singulare est*, como GUARINO que a atribui às escolas pós-clássicas. Vid. GUARINO, *Isidoro di Siviglia*, cit. 329.

*Quiritium* no momento da feitura do codicilo e, decerto (aqui, talvez, a interpolação), também *mortis testatoris tempore* — que a impedia. Mas, se o escravo não é alheio *codicilli tempore*, a solução da segunda hipótese justifica-se, pensando que tal *servus* pertencia ao testador *mortis tempore*. Neste caso, a disposição codicilar podia valer como fideicomissária: como um pedido do testador dirigido ao seu *heres* para manumitir o escravo.

Estas soluções tornam-se fáceis se relacionarmos a *manumissio testamentaria directa* com o legado *per vindicationem* em que substancialmente se traduz: também na concessão *directa* da *libertas*, o escravo se torna livre, uma vez aceita a *hereditas*, segundo a fórmula «*Stichus liber esto*» (ou «*liber sit*» ou ainda «*Stichum liberum esse iubeo*»). Por isso, devia pertencer ao testador *testamenti et mortis temporibus*. Não lhe pertencendo *mortis tempore*, não podia ter lugar a *directa* nem a fideicomissária *libertas*, do mesmo modo que o legado *per vindicationem* não valia como tal e era inconvertível. Porém, se o escravo pertencia ao testador no momento da redacção do codicilo e, decerto (aqui, repetimos, a interpolação), também *mortis tempore*, então, tal como o legado dispostivo era convertível em damnatório, igualmente não repugna, antes se compreende, aceitar a validade da *manumissio* como *fideicomissaria libertas*<sup>4</sup>.

Em conclusão: na primeira hipótese, a *manumissio testamentaria directa* não funciona porque o *servus* não pertencia ao testador quando fez testamento (e, provavelmente, também era alheio *mortis tempore*); na segunda, vale a *manumissio* fideicomissária por o escravo ter sido adquirido pelo testador depois de fazer (o codicilo e, portanto) o testamento. Omitindo, em ambas as hipóteses, a referência ao *mortis testatoris tempus*, o texto afigura-se-nos encurtado, como referiram GRADENWITZ e KRELLER; mas a abreviatura não obsta à nossa interpretação.

Seja como for, à parte a eventual interpolação de *quaecumque* que estende ilimitadamente o campo de aplicação da *fictio* — que é, por essência, limitado —, a primeira parte do texto pode considerar-se genuína: o escrito num codicilo vale como se o

<sup>4</sup> Vid. *supra* § 6.4.7; e IGLESIAS, o.c. 125-126.

tivesse sido num testamento. Por isso, é mais ou menos pacífica a opinião de que se trata de uma *fictio* dita codicilar<sup>5</sup>.

Em consequência desta *fictio*, segundo a qual os *codicilli* são uma *testamenti pars* (uma vez confirmados), gozam de acessoriedade em relação ao testamento<sup>6</sup>. Afirma-se a necessidade de, na feitura dum codicilo, o disponente gozar da *testamenti factio activa*<sup>7</sup>. E a indignidade atinge também as disposições codicilares no caso de o *heres* ter impugnado o testamento por falsidade ou inoficiosidade<sup>8</sup>.

Perguntar-se-á: a *fictio* codicilar é uma verdadeira ficção histórica?

Como salienta GUARINO, o *usus codicillorum* era, indiscutivelmente, contrário aos princípios do ordenamento jurídico clássico no formalismo e no conteúdo das disposições da última *voluntas*. Na sua opinião, «i 'codicilli' erano contrari alla 'ratio iuris'». Simplesmente, o Direito Romano clássico «non ci si preoccupò menomamente» com essa dificuldade «che fu tipica espressione storica della coesistenza e della conciliazione tra svariati sistemi giuridici»<sup>9</sup>.

BIONDI vê no codicilo uma «funzione correttiva dei principi tradizionali» e assinala-lhe «la grande funzione storica di rimuovere taluni principi arcaici del testamento» que determinou «quella frode storica al vetusto sistema» e «il sorgere di un nuovo sistema di successione 'mortis causa' per volontà del defunto, libero da quei principi tradizionali che via via apparivano remoti alla nuova coscienza sociale»: é, numa palavra, «uno dei fattori più potenti di riduzione dell' arcaismo in materia testamentaria»<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Vid., v. g. BUND, o.c. 170-171; DE RUGGIERO, o.c. 187; FUENTESECA, o.c. 468; BURDESE, o.c. 822; VOLTERRA, o.c. 785; VOCI, o.c. 596; e BIONDI, *Successione*, cit. 617.

<sup>6</sup> A invalidade ou ineficácia do testamento repercutia-se nos codicilos que eram igualmente inválidos ou ineficazes. Vid. D. 29,7,3,2; - 29,7,16.

<sup>7</sup> Vid. D. 29,7,6,3.

<sup>8</sup> Vid. D. 34,9,5,14. Porém, se o *heres* impugnasse o codicilo de falsidade, a indignidade não feriria o testamento: D. 34,9,15.

<sup>9</sup> Vid. GUARINO, *Isidoro di Siviglia*, cit. 328-329.

<sup>10</sup> Vid. BIONDI, *Successione*, cit. 614-615.

E também BUND vê na «*Formlosigkeit der Kodizillen*» um «*schroffen Bruch mit dem römischen System letztwilliger Verfügungen*»<sup>11</sup>.

Na verdade, seria impensável uma reforma legislativa que ofendesse abertamente o formalismo imposto pelo velho *ius Quiritium*, solidamente apoiado na tradição ciosa e zeladora das suas «*normas venerandas ou inderrogáveis*»<sup>12</sup>. O legislador romano não ousou dar este passo. Todavia, as novas necessidades da vida impunham uma certa ruptura ou abandono de normas e princípios há muito ultrapassados: no caso de testamentos, a dispensa do pesado e exigente formalismo que paralisava a força e a iniciativa da autonomia privada, obrigando-a a mover-se em esquemas fixados para servirem um passado longínquo.

O modo de facilitar a manifestação livre e informal da última vontade foi criado pela jurisprudência; testado, decerto, pelo costume; e reconhecido pelo imperador, sempre aconselhado pelos juriconsultos sensíveis às novas necessidades, mas conscientes, também, dos valores tradicionais acolhidos nas normas do *ius civile* a que deram solidez e coerência.

Não podendo interpretar-se extensivamente as normas — que exigem o cumprimento das solenidades para um testamento produzir os seus efeitos *iure civili* — por não suportarem extensão a situações de todo estranhas; nem podendo o legislador violentar o *ius civile*, criando normas contrárias às que o tornavam venerável — pois o sistema ou ruiria desfeito em contradições ou receberia, no seu âmbito, normas que, revogando as anteriores, arriscavam-se a serem nulas<sup>13</sup> —, a *fictione* era o instrumento idóneo para realizar a mudança sem rupturas bruscas e (formalmente) revolucionárias: o testador pode dispor livremente, por escrito, dos seus bens porque se finge que os seus escritos são parte do testamento.

Trata-se, portanto, de uma *fictione* histórica, como salientou BUND<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Vid. BUND, *o.c.* 171.

<sup>12</sup> Vid. CRUZ, *Direito*, cit. 210.

<sup>13</sup> Vid. CRUZ, *Direito*, cit. 210.

<sup>14</sup> Vid. BUND, *o.c.* 171.

Não se pense haver situações — nas quais o codicilo se afasta do testamento — que negam esta *fictio*.

Na verdade, à parte serem apenas exceções e, como tais, verdadeiros testemunhos de se entender o codicilo uma *testamenti pars*<sup>15</sup>, bem pode argumentar-se que a *fictio* é essencialmente um expediente limitado, ou seja, vocacionado para só produzir alguns (e não todos os) efeitos logicamente deduzíveis. Como refere BIONDI, a *iurisprudencia romana «era ben lontana dall' applicare i principî giuridici in modo meccanico od inesorabile, qualora ciò andasse contro le esigenze della vita»*<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Poder-se-ia, talvez, afirmar que o momento da feitura dos codicilos confirmados *in futurum* é o da conclusão do testamento que, ao confirmar um codicilo posterior, reserva para esse momento o do seu acabamento. Todavia, o codicilo é uma *testamenti pars* e não o contrário: o testamento não é uma *codicilli pars*. Por isso, o momento da feitura dum codicilo há-de ser o *testamenti tempus*: nos codicilos confirmados *in futurum*, o *codicilli tempus* retroage ao momento do testamento confirmatório; nos codicilos confirmados *in praeteritum*, o seu momento pós-data ao do testamento.

Disto mesmo nos informa implicitamente IULIANUS (D. 29,7,2,1): «*Quod si ei, qui post testamentum factum et antequam codicilli scriberentur mortuus esset, datum esset, pro non scripto habetur*». Se o fideicomisso deixado a quem faleceu entre o *testamenti tempus* e o *codicilli tempus* se entende «*pro non scripto*», é porque, sem esta ficção (*pro non scripto habetur*), o fideicomisso seria válido. Ora, a sua validade só pode justificar-se por viver o fideicomissário *testamenti tempore*. Se pós-datássemos o testamento ao momento do codicilo, o fideicomissário não vivia e a disposição seria nula; por isso, é o codicilo que retroage ao *testamenti tempus* e não o testamento que pós-data ao *codicilli tempus*.

Aliás, o mesmo ensinamento colhemos expressamente em MARCIANUS (D. 29,7,7pr.) segundo o qual «*quaedam non referentur ad confirmationem codicillorum*». Trata-se de exceções à regra de que o momento dum codicilo é o da sua confirmação, ou seja, o do testamento.

São exceções, v. g. as do D. 29,7,4 (a *manumissio* é eficaz quando o disponente é insolvente *testamenti tempore*, mas solvente *codicillorum tempore*); -49,15,12,5 (os codicilos — confirmados — feitos pelo incapaz são nulos, embora, *testamenti tempore*, fosse capaz); -29,7,7,1 (se é legada *vestem quae mea est* num codicilo, considera-se *codicillorum tempus* e não o do testamento). Vid., ainda: IULIANUS (D. 29,1,20pr.; -40,9,7pr.), GAIUS (D. 29,1,17,4) e MARCIANUS (D. 29,7,6,4). Cfr. BIONDI, *Successione*, cit. 617-618.

<sup>16</sup> Vid. BIONDI, *Successione*, cit. 618.

**Em conclusão:** como a doutrina praticamente unânime, também nós entendemos que a  *fictio*  codicilar é uma verdadeira ficção histórica, criada pela  *iurisprudencia*  e susceptível de ser imposta ao pretor pelos jurisconsultos detentores da  *potestas*  conferida pelo  *ius publice respondendi ex auctoritate principis*  quando os seus  *responsa*  adquiriram força juridicamente vinculativa<sup>17</sup>.

Deste modo, em face da pretensão de um legatário contemplado num codicilo confirmado por testamento, o pretor ordenaria ao  *iudex*  que fingisse estar o legado escrito no testamento. Só havia que provar se o codicilo tinha sido confirmado; a quem pertencia a  *res legata* ; e os demais requisitos susceptíveis de infirmarem a validade do testamento. E, em consequência, condenar ou absolver o  *heres*  demandado.

#### § 7.3.4 O princípio *pro non scripto habetur*

§ 7.3.4.1 São abundantes os textos nos quais a doutrina entende ter sido utilizada a ficção de que determinadas palavras se consideram não-escritas.

Na opinião de BUND, trata-se de uma «*Fiktion in dem technischen Sinne*» em que a uma «*Fiktionsbasis* — às palavras escritas — se ligam os efeitos jurídicos de um «*fingierter Tatbestand*» — a inexistência dessas palavras<sup>1</sup>.

Interessa-nos, portanto, analisar algumas situações.

POMPONIUS escreve:

D. 30,54pr.: «*Turpia legata, quae denotandi magis legatarii gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur.*»

<sup>17</sup> Note-se que SABINUS, CASSIUS e PROCULUS já conheciam esta  *fictio* : D. 29,7,14pr..

<sup>1</sup> Vid. BUND, E.,  *Die Fiktion «pro non scripto habetur» als Beispiel fiktionsbewirkter 'interpretatio' em Festgabe Von Lübtow*  (Berlim 1970) 353.



O jurista diz-nos que os legados torpes, dispostos para injuriar o legatário pelo ódio professado pelo testador, são considerados «*pro non scriptis*».

Este fragmento foi censurado como não-genuíno por MARCHI que se fundamenta, sobretudo, em motivos estilísticos: «*Il testo è contorto e poco corretto*»<sup>2</sup>.

Porém, BUND entende que não basta a deselegância da proposição para o rejeitarmos como não-clássico<sup>3</sup>. Não valendo como legado, não é fácil conjecturar uma hipótese teoricamente possível de conflito entre o *heres* e o não-legatário. Para este reivindicar o legado, sofreria o vexame desejado pelo testador. E para o herdeiro concretizar esse «*odium testatoris*», teria que forçar o pretense legatário a aceitar o legado e não se vê como<sup>4</sup>. MARCHI entende que só a falta de benevolência não bastaria para considerar o legado como «*turpe e outraggioso per il legatario*». E sustenta que, sendo a disposição válida e perfeita, a vontade do defunto «*deve essere rispettata, tanto se il motivo che la determinò fu l'affetto e la benevolenza verso l'onerato, tanto se il motivo fu diverso*»; de contrário, o afecto e a benevolência seriam um requisito essencial das disposições testamentárias e «*sarebbe strano che la validità di queste dipendesse da un requisito, di cui il più delle volte non può neppure accertarsi l'esistenza o la mancanza*»<sup>5</sup>.

Porém, esquece a função correctiva desempenhada pelo *ius praetorium* que, sem pôr em causa a validade, *iure civili*, das disposições testamentárias, as atacava de fora, sempre que assim o entendesse a renovada consciência ético-jurídica da comunidade romana de que o pretor era a *viva vox*. Ora, esta função, sugerida ou mesmo imposta pela *iurisprudencia*, é notória na retirada da eficácia a uma disposição *mortis causa* válida *iure civili*, para defesa da *dignitas* humana.

<sup>2</sup> Vid. MARCHI, A., *Le Disposizioni Testamentarie a Titolo di Pena* em *BIDR* 21 (1909) 562.

<sup>3</sup> Vid. BUND, *Die Fiktion*, cit. 369.

<sup>4</sup> Neste aspecto, concordamos com MARCHI (o.c. 56) para quem «*neppure è molto chiaro intendere come un legato possa essere scritto per oltraggiare il legatario*».

<sup>5</sup> Vid. MARCHI, o.c. 56.

Próximo desta situação, há casos em que certas condições se entendem não-escritas. V. g. MARCIANUS escreveu:

D. 28,7,14: «*Condicionibus contra edicta imperatorum aut contra leges aut quae legis vicem optinent scriptae vel quae contra bonos mores vel derisoriae sunt aut huiusmodi quas praetores improbaverunt pro non scriptis habentur, et perinde, ac si condicio hereditati sive legato adiecta non esset, capitur hereditas legatumve*».

Segundo MARCIANUS, as condições contra os editos dos imperadores, contra as leis ou o que tem força de lei, as ofensivas dos bons costumes e as ridículas ou repelidas pelos pretores são consideradas «*pro non scriptis*» e adquire-se a herança ou legado como se (*perinde, ac si*) a condição lhe não tivesse sido aposta.

BUND vê neste fragmento o único em que a condição ofensiva do costume «*als 'non scripta' fingiert wird*»<sup>6</sup>.

É pensável que não valem, *iure civili*, as condições *contra edicta et leges* e, destarte, que a *fictio* é desnecessária. Outrossim não diremos das condições ofensivas dos bons costumes, das ridículas e censuradas pelo pretor, decerto válidas *iure civili*. Valendo a *hereditas* ou o *legatum* como se tais condições não existissem, é fácil imaginar uma situação litigiosa resolúvel através do recurso à *fictio* «*pro non scripto habetur*»: Titius, *legatarius* sob uma tal *condicio*, reclama o seu legado (*v. g. per vindicationem*) do *heres* que se opõe. A *rei vindicatio* ser-lhe-ia concedida pelo pretor com a ficção de que essa *condicio* «*pro non scripta habetur*». Ou, se o *heres* instituído sob condição reclama a *hereditas* de alguém que apoia a sua recusa nesta *condicio*, o pretor concede a *hereditatis petitio* com a ficção «*pro non scripta habetur*»<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Um exemplo de ficção «*pro non scripto habetur*» numa *condicio* cujo cumprimento violaria um *senatusconsultum* ou uma constituição imperial, é, segundo BUND (*Die Fiktion*, cit. 366-367), colhido em PAPIANUS (D. 28, 7, 15).

<sup>7</sup> Vid. ainda: SCAEVOLA (D. 35, 2, 27: «... *perinde adire posse, ac si ea condicio, quae fraudis causa adscripta est, adscripta non esset*»); e MARCIANUS (D. 34, 8, 3pr.: «... *quid extra causam alimentorum (...) pro non scripto est*»). Cfr. BUND, *Fiktion*, cit. 369 e 374.

Outros caso, solucionado com a ficção «*pro non scripto habetur*», é-nos transmitido num fragmento de PAULUS:

D. 28,5,20,2: «*Quod si vivus et mortuus ex parte dimidia coiunctim heredes instituti sunt, ex altera alius, aequas partes eos habituros ait, quia mortui pars pro non scripto habetur*».

O juriconsulto refere a hipótese de dois herdeiros (A e B) instituídos conjuntamente em metade; e outro (C), na metade restante. Como A já tinha morrido quando foi instituído herdeiro, PAULUS atribui a B e a C partes iguais porque a parte atribuída ao falecido (A) é considerada «*pro non scripto habetur*».

Como refere BUND, o resultado da combinação entre o acrescentamento e a sua limitação a um círculo estreito de herdeiros conjuntamente instituídos pode ser obtido do modo mais simples através da eliminação do herdeiro falecido, sem precisarmos de trabalhar com as regras do acrescentamento e da conjunção. Trata-se de uma *fiction* que se fundamenta na economia construtiva dos *iurisconsulti*<sup>8</sup>.

Na verdade, segundo o *ius adcrescendi*, e aplicando a *coniunctio* de herdeiros, a solução era a mesma que resulta da *fiction*. Porém, ao enverdar por este *modus operandi*, PAULUS simplifica e evita certas dúvidas eventuais a que, por vezes, a *coniunctio* dá lugar<sup>9</sup>. Com esta ficção, A podia instaurar a *hereditatis petitio* e a *actio familiae erciscundae*, ficando logo eliminada a dúvida acerca do seu *ius hereditatis*.

Muito perto desta *fiction* é a que SABINUS utilizou, nas palavras de PAULUS:

D. 30,122,1: «*Lucius Titius et Gaius Seius Publio Maevio devem dare damnas sunt*»: *Gaius Seius heres non existitit. Sabinus ait Titium solum legatum debiturum: nam Seium pro non scripto habendum esse. haec sententia vera est, hoc est Titius tota decem debebit*».

<sup>8</sup> Vid. BUND, *Die Fiktion*, cit. 371 e *Untersuchungen*, cit. 177.

<sup>9</sup> Vid. D. 50,16,142.

Neste fragmento, praticamente insuspeito, duas pessoas instituídas herdeiras são oneradas com um legado damnatório. Porque só uma delas se torna *heres*, cabe-lhe prestar o legado, segundo SABINUS: a que não chegou a herdar deve ser considerada «*pro non scripto*».

BUND entende que a *fictio* realiza, aqui, dois objectivos: retira as dúvidas sobre a validade do legado; e concentra o seu encargo na única pessoa que herda<sup>10</sup>.

É evidente que o *ius adcrendi* permitia obter o mesmo resultado, mas a utilização da *fictio* transmite simplicidade e certeza.

Também à ficção «*pro non scripto habetur*» recorreu IULIANUS:

D. 34,8,1: «*Se quis hereditatem vel legatum sibi adscripserit, quaeritur, an hereditas vel legatum pro non scripto habetur. et qui, si substitutum habeat huiusmodi institutio? respondit: pars hereditatis, de qua me consulisti, ad substitutum pertinet (...) ut perinde haberentur, ac si insertae testamento non fuisset*».

Como sabemos, na *heredis institutio*, o *substitutus* apenas será *heres* se o instituído em primeiro lugar o não chegar a ser: «*Si Titius non erit, Stichus heres esto*». Por isso, se *Titius* se tornar herdeiro, automaticamente *Stichus* fica excluído<sup>11</sup>. Ora, IULIANUS é consultado sobre o destino de uma *hereditas* (ou legado) em que foi instituído o *testamenti scriba* e há um substituto. Para evitar que, por efeito da incapacidade estabelecida no *sc. Libonianum* — que fere de nulidade a disposição a favor do *scriba* (a menos que o testador a tenha confirmado) —, os bens revertam para o fisco, a *fictio* de que tal disposição se entende como se não tivesse sido escrita («*perinde haberentur, ac si insertae testamento non fuisset*») afasta a nulidade e permite ao *substitutus*, como único

<sup>10</sup> Vid. BUND, *Die Fiktion*, cit. 371.

<sup>11</sup> Referimo-nos, como é óbvio, à *substitutio dita vulgar*. Vid. IGLESIAS, o.c. 653-654. Cfr. I. 2, 15pr..

*heres*, obter a herança (ou o legado): «*Non si applica il regime dei caduca, essendo esse nule 'ab initio'*»<sup>12</sup>.

Trata-se de uma solução bem digna do engenho de IULIANUS para salvar a *heredis* (ou *legati*) *institutio*<sup>13</sup>.

Finalmente, para não nos alongarmos demasiado, referimos a mesma *fictio* em IULIANUS:

D. 29,7,2,1: «*Quod si ei, qui post testamentum factum et antequam codicilli scriberentur mortuus esset, datum esset, pro non scripto habetur*».

Neste pequeno texto, é analisado um caso interessante: um testador deixou, num codicilo, um fideicomisso a quem morreu depois da feitura do testamento e antes do *codicilli tempus*. Isto é, deixou um fideicomisso a quem tinha morrido no intervalo de tempo compreendido entre a feitura do testamento e a redacção do codicilo. Trata-se de uma situação possível, atendendo à eventual ignorância do falecimento do contemplado.

*Quid iuris?*

Considerando ser (por ficção) o codicilo uma *testamenti pars* e, deste modo, que a sua data é a da redacção do testamento, o fideicomisso é perfeitamente válido e, destarte, pôr-se-ia a interrogação: quem irá beneficiar, sendo certo que, no momento da sua execução, o fideicomissário não existe?

IULIANUS resolve a dificuldade, considerando «*pro non scripto*» o codicilo e evitando que, graças à *fictio* codicilar, se possa transmitir aos *heredes* do fideicomissário<sup>14</sup>.

§ 7.3.4.2 Em conclusão: os exemplos assinalados indiciam claramente a utilização da *fictio* «*pro non scripto habetur*» pela *iurisprudencia* romana clássica. Umás vezes, na defesa de disposições normativas (decerto alheias ao *ius civile* ou sem cominarem sanção) que impõem a inexistência de certos actos válidos *iure civili*. Outras, para facilitar e afastar dúvidas doutro

<sup>12</sup> Vid. VOCI, P., *Diritto Ereditario Romano* I<sup>2</sup> (Milão 1967) 461.

<sup>13</sup> Vid. BUND, *Die Fiktion*, cit. 376-377 e *Untersuchungen*, cit. 174-175.

<sup>14</sup> Vid. BUND, *Untersuchungen*, cit. 174 e *Die Fiktion*, cit. 373.

modo ocorridas. Outras, para evitar soluções impostas *iure civili*, mas reprovadas pela renovada consciência ético-jurídica da comunidade romana. Outras, ainda, para afastar certas consequências, também injustas, a que a lógica eventualmente dava lugar na aplicação de ficções.

Sempre uma única preocupação: servir o progresso e o comércio jurídicos, sem abalar as estruturas civis firmemente implantadas. Sempre o mesmo *modus operandi*: alterar os factos para lhes não serem aplicadas as normas (formalmente inalteradas) do velho *ius civile*. E sempre a mesma justificação: a necessidade de derrubar obstáculos (doutro modo inultrapassáveis) à aplicação da justiça, no quadro do *ius civile*.

Questionar-se-á a natureza jurisprudencial ou pretória destas ficções?

Julgamos não haver que duvidar: são de origem jurisprudencial. E a susceptibilidade da sua imposição ao pretor, para as fazer aplicar ao *iudex*, fundamenta-se no *ius publice respondendi ex auctoritate principis*<sup>1</sup>.

#### § 7.3.5 O princípio *condicio pro impleta habetur*

§ 7.3.5.1 No ordenamento jurídico romano, a *condicio* considera-se realizada, embora realmente o não tenha sido, nos seguintes casos:

- a) quando o interessado na não-realização da *condicio* impede dolosamente o seu cumprimento;
- b) quando o onerado com a *condicio* potestativa ou mista tudo fez para cumprir; mas não conseguiu, devido a circunstâncias exteriores alheias à sua vontade;
- c) quando o terceiro, que devia cooperar no cumprimento da *condicio*, rejeita a cooperação.

Em todos estes casos, refere DONATUTI, «*si parla comunemente (...) di finzione di adempimento delle condizioni*»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Vid. *supra* §§ 7.2(1-3).

<sup>1</sup> Vid. DONATUTI, *Sull'Adempimento Fittizio delle Condizioni* em SDHI 3(1937) 63.

Urge, todavia, investigar se há, efectivamente, uma verdadeira ficção histórica; por isso, uma tarefa prévia se nos impõe: analisar o instituto na sua génese e nas suas características.

A doutrina dominante sustenta, na esteira de IHERING, que o princípio «*condicio pro impleta habetur*» tem a sua origem numa disposição da Lei das XII Tábuas, segundo a qual o *servus*, manumitido pelo testador sob a condição «*si decem milia heredi dederit*» e vendido pelo herdeiro, adquire a *libertas* quando der, ao adquirente, a *pecunia* de que a sua *manumissio* dependia<sup>2</sup>.

Em seguida, o princípio ter-se-ia estendido a situações novas, tornando-se o *statuliber* livre: se o *heres* impedisse o cumprimento da *condicio*; se este não dependesse do *servus*; ou, ainda, se o terceiro (a quem a *condicio* devia ser cumprida) não aceitasse ou falecesse *antequam acceperit*<sup>3</sup>. E, da *manumissio* ter-se-ia estendido gradualmente, já na época clássica, aos legados, às *heredum institutiones*, aos fideicomissos e, finalmente, aos actos *inter vivos*, como as *stipulationes* e a compra-e-venda<sup>4</sup>. A evolução teria cessado, naturalmente, quando Justiniano determinou a aquisição da *libertas* pelo escravo manumitido sob condição, ficando, porém, obrigado a *dare* ao herdeiro ou ao terceiro o *commodum* determinado pelo testador; e acrescentou

<sup>2</sup> Vid. a Lei das XII Tábuas (VII, 12). Segundo ULPIANUS (*Tituli ex corpore* II, 4), «*Sub hac condicione liber esse iussus si decem milia heredi dederit, etsi ab herede alienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet; idque lex XII tab. iubet*». Cfr. BIONDI, *Successione*, cit. 538; VASSALLI, F. E. «*Dies vel Condicio*» em BIDR 27(1915) 194; ROBBE, *o.c.* 668, 671 e 672; BUND, *Untersuchungen*, cit. 165; e DONATUTI, *o.c.* 64-65.

<sup>3</sup> Vid. ULPIANUS, *Tit. ex corpore* II, 4-6; D. 35,1,24; -50,17,161. Cfr. ROBBE, *o.c.* 668<sup>81</sup>, 670-672<sup>87</sup>.

<sup>4</sup> Vid. ROBBE, *o.c.* 672, 673<sup>89</sup> e 674<sup>90</sup>; BUND, *Untersuchungen*, cit. 165; DONATUTI, *o.c.* 72; VASSALLI, *o.c.* 194-195; e BIONDI, *Successione*, cit. 538-541.

GROSSO entende, porém, que o princípio segundo o qual o *servus*, manumitido no testamento sob a *condicio* de dar ao herdeiro, obtinha a liberdade dando ao herdeiro do herdeiro, parece independente do princípio atribuído à Lei das XII Tábuas, em virtude de PAULUS fazer referência a um rescrito de Adriano (D. 40,7,20,4). Cfr. GROSSO, G., *Sull' Applicazione della Regola «Hereditatem dare iussus et liber esset et heredis heredi dando pervenit ad libertatem»* em *Studi Ascoli* (Messina 1931) 43.

ao impedimento do *heres* e à falta de cooperação do terceiro o impedimento «*per fortuitos casus*»<sup>5</sup>.

Quanto aos requisitos, de cuja observância dependia a aplicação do princípio «*condicio pro impleta habetur*», ROBBE sustenta que eram dois: o primeiro consistia em o onerado pela *condicio* dever fazer tudo o que lhe era possível para a cumprir (forma positiva) ou comportar-se de tal modo que o incumprimento não lhe pudesse imputar-se (forma negativa); e o segundo verificava-se quando o interessado no incumprimento da *condicio* impedia o seu cumprimento<sup>6</sup>.

GROSSO entende que os clássicos exigiam a voluntariedade do impedimento à realização do facto «*in condicione*», voluntariedade que, nos Direitos pós-clássico e justiniano, tende a transformar-se no «*animus impediendae libertatis*». E pensa que a aplicação da regra devia ser excluída quando a livre actividade do interessado no não-cumprimento tivesse sido prevista, de

<sup>5</sup> Vid. C. 6,27,5; -6,27,6; -6,46,6; I. 2,14pr. Cfr. ROBBE, *o.c.* 703, 704 e 756-761.

<sup>6</sup> Segundo ROBBE, não parece necessário acrescentar a falta de culpa de quem deve cumprir a condição, por já estar incluída no comportamento (positivo ou negativo) exigido.

ROBBE entende, ainda, que «*il presupposto di fatto*» referente a quem deve cumprir a *condicio* e «*il requisito*» relativo a quem deve receber o cumprimento da *condicio* «*si corrispondono, si integrano e completano fra loro*». Por isso, o pressuposto de facto é sintetizado na proposição negativa «*quia non staret per eum, quo minus daret*» (D. 40,7,20,3) e o requisito é sintetizado nas correspondentes proposições positivas: «*quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri fit, quo minus impleatur*» (D. 35,1,24), «*quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur*» e «*si per heredem factum sit, quo minus statu liber condicione pareat*» (D. 50,17,161).

Deste modo, ROBBE sustenta que o princípio «*condicio pro impleta habetur*» — mais precisamente, entende que o princípio não é «*condicio pro impleta habetur, si per statuliberum non stat, quo minus impleatur*», mas «*il vero e semplice principio*»: «*ut perinde habeatur, ac si impleta condicio fuisset*» como diz IULIANUS (D. 35,1,24); «*perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset*» e «*atque si condicio expleta fuisset*», «*ac si pecuniam dedisset*», como diz ULPIANUS (D. 50,17,161; II, 4-6) — não se aplicava, na época clássica, no caso fortuito e nas circunstâncias estranhas á vontade do onerado que impedissem a realização da *condicio*.

Vid. ROBBE, *o.c.* 709, 710, 738, 739, 742 e 754.



modo que o princípio «*condicio pro impleta habetur*» se fundamentava na vontade do testador ou dos contraentes, no sentido «*che questi aveva presupposto (...) che la parte interessata al non adempimento non si sarebbe comportata in modo da impedire il verificarsi della condizione*»<sup>7</sup>.

Relativamente à justificação (originária) do princípio «*condicio pro impleta habetur*», ROBBE vê-a «*nel fatto che chi, avverandosi la condizione, acquisterebbe il diritto ha una speranza di acquisto che la legge protegge, quando chi deve adempire la condizione è pronto ad adempierla a tempo et ha fatto tutto il possibile, dipendente da lui, per adempierla*».

DONATUTI entende que as decisões originárias, que formaram, depois, a regra, «*sfuorono prese applicando l'interpretazione 'ex voluntate' e non già 'favore libertatis'*». E SAVIGNY refere que renuncia ao cumprimento quem maliciosamente o impede<sup>8</sup>.

Seguidamente, a regra parece justificar-se na *testatoris voluntas* que teria, como pressuposto, o pensamento de que o *heres* não agiria de modo a impedir o cumprimento da *condicio*. Este novo fundamento terá, segundo ROBBE, justificado «*l'estensione alle altre disposizioni d'ultima volontà ed agli atti tra vivi*»<sup>9</sup>.

Duas situações específicas tem a doutrina abordado com algum pormenor: uma, ainda em matéria de *manumissio*, tinha lugar quando o testador concedia a *libertas* a um escravo sob a *condicio* «*si decem milia extraneo dederit*» e o *extraneus* não aceitava a oferta ou morria antes de aceitar. Inicialmente, só na primeira hipótese, a *condicio* se entendia cumprida; mas esta solução acabou por se aplicar também na segunda, devido ao *favor libertatis* quando o *statuliber* estivesse pronto a cumprir<sup>10</sup>. A outra sucedia quando ao *servus* manumitido era imposta a *condicio* de prestar

<sup>7</sup> Vid. GROSSO *apud* ROBBE, *o.c.* 679<sup>101</sup> e 681<sup>103</sup>.

<sup>8</sup> Vid. ROBBE, *o.c.* 675; DONATUTI, *o.c.* 77; e SAVIGNY, *apud* ESSER, *o.c.* 90<sup>34</sup>.

<sup>9</sup> Vid. ROBBE, *o.c.* 706<sup>142</sup>.

<sup>10</sup> Vid. ULPIANUS, II, 2; D. 35,1,94pr.; -35,1,94,1; -40,4,55; -40,7,3,10; -40,7,4,2; -40,7,20,3; -40,7,28pr.; -40,7,39,4. Cfr. ROBBE, *o.c.* 699-700, 704, 715-716, 721-727 e 763-764; e BIONDI, *Successione*, cit. 540.

contas da sua administração dentro de um certo prazo contado desde a morte do testador e o *heres*, a quem a prestação das contas devia ser feita, só aceitava a *hereditas* — portanto, só era *heres* — após o decurso do prazo. Também aqui, *favore libertatis*, a *condicio* se entendia cumprida, devendo, todavia, o escravo manumitido prestar contas<sup>11</sup>.

§ 7.3.5.2 Referido o princípio «*condicio pro impleta habetur*» nas suas gênese e evolução histórica<sup>1</sup>, importa, agora, saber como a doutrina o caracteriza.

Opinião largamente dominante é a de que se trata de uma *fictio*.

DEKKERS diz-nos que reconhecer um «direito civil» ao escravo manumitido por testamento sob a condição «*si decem milia heredi dederit*» e impedido de obter a *libertas* pelo *heres* «*répugnerait aux idées romaines*»<sup>2</sup>.

ROBBE entende que é «*impossibile provvedere accordando allo schiavo un 'diritto'*» e sustenta, na esteira de FADDA, a necessidade da *fictio* «*di adempimento della condizione*»<sup>3</sup>.

<sup>11</sup> Vid. D. 40,7,3,11; -40,7,20,3; -40,7,20,4; -40,7,28pr. Cfr. ROBBE, o.c. 701, 728 e 731-733; e BIONDI, *Successione*, cit. 540-541.

<sup>1</sup> Quanto à receptividade que o princípio «*condicio pro impleta habetur*» teve nos Direitos hodiernos, merecem destaque o C. Civ. Francês (art. 1.178.º), o C. Civ. Italiano (art. 1.359.º) e o B.G.B. (§ 162) que, na opinião de HACKL (o.c. 257) «*hanno ripreso l'adempimento fittizio della condizione dal diritto romano*».

Para ESSER (o.c. 89), «*mit dieser von der römianistischen Theorie durch die historische Schule ins gemeine Recht übernommenen Fiktion wird im BGB. der durch den Mangel eines selbständig ausgereiften Grundsatzes dieser Art gefährlich werdende Schematismus repariert, nach welchem der Tatbestand der Bedingung gewissermassen naturnotwendig die ihm von 'idem' Recht verliehene 'Wirkung' zeitigt, d.h. die an ihn 'geknüpfte' Rechtsfolge eintreten lässt*».

Porém, DEKKERS (o.c. 205) entende que se trata de um «*détour inexplicable aujourd'hui*», pois «*la raison de tact et de logique, qui poussait ici les Romains à recourir à la fiction, n'a plus sur nous le moindre empire*».

Também o nosso Cód. Civil (art. 275.º n.º 2) acolheu o princípio «*condicio pro impleta habetur*».

<sup>2</sup> Vid. DEKKERS, o.c. 205.

<sup>3</sup> Vid. ROBBE, o.c. 672.

E ESSER reconhece igualmente uma *fictio* no Direito Romano, que está presente em GROSSO e em HACKL, para quem a *fictio* desempenha, aqui, «un grosso ruolo nella interpretazione dei giuristi»<sup>4</sup>.

Porém, não faltam AA. que negam a existência da *fictio*.

DE RUGGIERO entende que não são *fictiones* (nem legais nem dogmáticas) as situações de cumprimento fictício da *condicio*, onde a condição é tratada como se fosse cumprida. E sustenta que está em causa o respeito pela verdadeira intenção do disponente, pois não há outro meio, para respeitar a sua *voluntas*, que não seja entender a condição como se fosse cumprida<sup>5</sup>.

Para GARCIA GARRIDO, não se trata de ficções, mas de uma *regula iuris*: «*condicio pro impleta habetur*». É, reafirma, «una equiparación jurídica entre el supuesto de impedimento a la realización de la condición y su efectivo cumplimiento», como, de resto, uma breve referência à formação histórica deste princípio confirma: a «disposición de las XII tablas (...) es interpretada extensivamente por la Jurisprudencia y aplicada por analogía a los fideicomisos y legados, a la institución de heredero, a los negocios 'inter vivos' de los que derivaba un 'iudicium bonae fidei', y, por último, a la 'stipulatio', formándose mediante la aplicación analógica del principio la regla general». Por isso, «los juristas no tuvieron necesidad de recurrir a la ficción en esta materia de cumplimiento de la condición potestativa»<sup>6</sup>.

Também BIONDI é da opinião de que «più che finzione, si aveva qui sostitutivo di adempimento suggerito dal 'favor libertatis', in quanto la somma di denaro si dava al 'dominus' piuttosto che all'erede», sendo a disposição «interpretata estensivamente dalla giurisprudenza, ed applicata dalla legislazione imperiale a qualsiasi alienazione o disposizione dello sciavo»<sup>7</sup>.

Finalmente, merece destaque a doutrina de DONATUTI que, vendo, embora, no princípio «*condicio pro impleta habetur*», «una

<sup>4</sup> Vid. ESSER, *o.c.* 89; e HACKL, *o.c.* 256. Quanto a GROSSO, a cuja obra não tivemos acesso, vid. ROBBE, *o.c.* 672<sup>88</sup>, 679<sup>102</sup>, 681<sup>103</sup>, 686<sup>107-108</sup>, 691<sup>114</sup>, 692<sup>117</sup>, 701<sup>131</sup>, 704<sup>141</sup>, 732<sup>168</sup> e 738<sup>177</sup>.

<sup>5</sup> Vid. DE RUGGIERO, *o.c.* 186.

<sup>6</sup> Vid. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 336-337; e CIFUENTES, *o.c.* 165.

<sup>7</sup> Vid. BIONDI, *Successione*, cit. 538.

funzione di diritto»; e, depois de interrogar «come potevano crearla la giurisprudenza e la pratica dei tribunali», entende que, utilizando a 'interpretatio secundum voluntatem', «doveva apparire che il testatore (...) esigeva implicitamente un certo comportamento da parte dell'erede: precisamente il comportamento diretto a non eludere la sua volontà». Numa palavra, a regra fictícia adquiriu o alcance de norma geral «mediante estensioni di massime giurisprudenziali che si formarono in conseguenza di interpretazioni 'ex voluntate' de alcuni negozi giuridici»<sup>8</sup>.

§ 7.3.5.3 Para analisarmos devidamente estas posições da doutrina, impõe-se examinar as fontes que referem, de algum modo, a origem e a evolução do princípio «condicio pro impleta habetur».

ULPIANUS escreveu:

II, 4: «Sub hac condicione liber esse iussus, si decem milia heredi dederit, etsi ab herede alienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet: idque lex duodecim tabularum iubet».

O jurista estabelece que um *servus* manumitido sob a condição «si decem milia heredi dederit» será livre, embora tenha sido alienado pelo herdeiro, se der a *pecunia* ao seu (novo) *dominus*. E diz-nos que isto mesmo ordena a Lei das XII Tábuas.

Também POMPONIUS refere brevemente esta *lex* em:

D. 40,7,29,1: «... sed verissimum est, quod et Aristo Celso rescripsit, posse dari pecuniam heredi ab intestato, secundum quem sententia dicta est, quoniam lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur...».

A propósito de um escravo manumitido sob a condição «si heredi meo dederit decem» e em que a *hereditas* é pedida conjuntamente por quem se dizia *heres ab intestato* e invocava ser *heres ex testamento*, POMPONIUS refere que a resposta de ARISTO a

<sup>8</sup> Vid. DONATUTI, o.c. 65-68.

CELSUS é mais certa: a *pecunia* pode ser dada ao herdeiro *ab intestato*, a favor de quem a sentença foi proferida, porque a Lei das XII Tábuas, com a palavra «compra», parecia compreender toda a espécie de alienação.

Mais propriamente quanto à evolução do princípio «*condicio pro impleta habetur*», importa referir um texto de IULIANUS:

D. 35,1,24: «*Iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem impleri, fit, quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta condicio fuisset: quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt. quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret*».

IULIANUS refere que foi admitido pelo *ius civile*: quando o interessado no não-cumprimento da *condicio* o impede, esta é tida como se tivesse sido cumprida. E diz-nos que a maioria dos AA. aplicou este princípio não só aos legados, mas também às instituições de herdeiros. Seguindo este exemplo, alguns AA. pensaram, com razão, que também as *stipulationes* obrigam quando o promitente impede o *stipulator* de cumprir a *condicio*.

Este fragmento tem sido diferentemente censurado como interpolado, a partir da expressão «*iure civili receptum est*»<sup>1</sup> até ao verbo «*perduxerunt*»<sup>2</sup>. Todavia, se, como parece, o princípio «*condicio pro impleta habetur*» já estava consagrado na Lei das XII Tábuas<sup>3</sup>, não se compreende por que haja aquela expressão de ser interpolada.

<sup>1</sup> GROSSO (*apud* ROBBE, *o.c.* 672<sup>88</sup>) entende que a expressão geral '*in iure civili*' substituiu a referência concreta à liberdade testamentária onde a regra se afirmou e donde progressivamente se estendeu.

Também ROBBE (*o.c.* 673<sup>89</sup>) considera provável que o texto genuíno referia «*in libertatibus*» e não «*in iure civili*». BUND (*Untersuchungen*, cit. 164-165) parece inclinar-se para esta hipótese.

<sup>2</sup> BUND (*Untersuchungen*, cit. 165<sup>50</sup>) entende que, em vez de '*perduxerunt*', devemos ler '*produxerunt*'.

<sup>3</sup> Vid. a Lei das XII Tábuas (VII, 12) em ULPIANUS (II, 4) que a transcreve.

Trata-se, no nosso entendimento, de um texto substancialmente genuíno em que IULIANUS nos testemunha o âmbito de eficácia do princípio, na sua época<sup>4</sup>.

§ 7.3.5.4 Urge, agora, perguntar: há ou não *fictio* no princípio «*condicio pro impleta habetur*»?

Entendemos que a resposta depende do verdadeiro teor da disposição decenviral.

Na verdade, se tivesse sido redigida na forma de *fictio*, poder-se-ia sustentar que se trata de uma *fictio legis* cujo âmbito a *iurisprudencia* dilatou sucessivamente, através de interpretações extensivas. Mas, se tivesse sido redigida de forma directa e frontal, consagraria um princípio verdadeiramente civil, cuja interpretação extensiva a *iurisprudencia* realizou sem necessidade de fingir.

Em qualquer das hipóteses, está excluída a *fictio* jurisprudencial; há, sim, *interpretationes* extensivas de um princípio que, na sua génese, podia ou não ter, como base de apoio, uma *fictio legis*.

Em face da extrema pobreza das fontes relativamente ao conteúdo da Lei 12 da Tábua VII, estamos impedidos de sustentar, categoricamente, uma ou outra das hipóteses aventadas. Porém, se tivermos em conta as palavras de ULPIANUS (II, 4) — «*idque lex duodecim tabularum iubet*» — e o estilo directo, frontal e lacónico da redacção das XII Tábuas, acreditamos não ter utilizado a *fictio*.

Todavia, ao lado deste argumento formal, um outro, substancial, reforça a nossa opinião. Como sabemos, a Lei 1 da Tábua VI consagrou o princípio «*uti lingua nuncupassit, ita ius*

<sup>4</sup> RICCOBONO (o.c. 439-440) entende que a redacção é indubitavelmente genuína e o texto conserva intacta a sua estrutura originária.

Este fragmento foi praticamente copiado por ULPIANUS (D. 50, 17,161): «*In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset. quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret*».

esto». Reconhecendo, directa e imediatamente, aos *cives Romani* a faculdade de os seus negócios (jurídicos) os vincularem (juridicamente), teria a *lex duodecim tabularum* necessidade de fingir cumprida a *condicio* aposta à manumissão dum escravo, embora o *servus*, realmente, a não tenha cumprido?

Segundo DEKKERS, reconhecer um «direito civil» ao escravo «contre l'homme libre qui exerce strictement ses droits quirittaires (...) répugnerait aux idées romaines»<sup>1</sup>. Mas a Lei das XII Tábuas não teve em vista reconhecer um verdadeiro «direito civil»: apenas sancionava o comportamento censurável do *heres* que impedia o cumprimento da *condicio*. O raciocínio de DEKKERS levar-nos-ia a ver, na Lei 2 da Tábua IV, o reconhecimento do direito do *filius* (três vezes vendido pelo seu *pater*) à *emancipatio*, quando o legislador se preocupou, tão-só, em penalizar os *patresfamilias*<sup>2</sup>. Também aqui, um *pater* tinha a faculdade jurídica de vender um *filius* e, todavia, a lei estabelece que, após a terceira venda, «*liber esto*».

Que o princípio em análise tenha sido aplicado já na época clássica, *favore libertatis* ou *ex voluntate testatoris*, pouco interessa. Importante é conhecermos a *ratio* que ditou a sua génese e que, em face da irrelevância da *voluntas* perante os *verba* e da provável inexistência do *favor libertatis*, só podia ser a ideia de penalizar os comportamentos dos *heredes* que, não recebendo a *pecunia* ou dificultando a sua *datio*, impediam os *servi* de cumprirem a *condicio* e, deste modo, obterem a *libertas*.

Depois, fácil seria à *iurisprudencia* interpretar extensivamente esta lei, aplicando-a a situações contempladas na mesma *ratio*: quando o *extraneus* impossibilitasse o cumprimento da *condicio*. E não menos fácil seria transformar (ou dilatar), mais tarde, essa *ratio* no *favor libertatis* e na obediência à *voluntas testatoris*. Sempre, todavia, o mesmo princípio se aplicava, estendido a situações novas, mas compreendidas na sua *ratio*. A utilização da lógica permitia tais extensões que, destarte, se afirmavam claramente e sem rodeios.

E, se era possível actuar assim, para quê fingir?

<sup>1</sup> Vid. DEKKERS, *o.c.* 205.

<sup>2</sup> «*Si pater filium ter venum du [uit] filius a patre liber esto*».

**Em conclusão:** a possibilidade de uma  *fictio*  no princípio «*condicio pro impleta habetur*» depende da redacção da Lei 12 da Tábua VII, que ignoramos. Porém, formal e substancialmente, somos levados a pensar que não foi utilizada  *fictio*  alguma. E, na sua extensão posterior e sucessiva a novas situações, também a  *iurisprudentia*  nada fingiu, por não ter necessidade de fingir o que o  *ius civile*  já tinha consagrado.

Todavia, ainda que a Lei das XII Tábuas tivesse utilizado uma ficção, tratar-se-ia de uma  *fictio legis*  e não  *iurisprudentiae* <sup>3</sup>.

#### § 7.4 Conclusão

§ 7.4 Estamos, finalmente, em condições de nos pronunciarmos sobre a (in)existência de ficções criadas e, sobretudo, impostas (ou susceptíveis de o serem) pela  *iurisprudentia*  romana clássica.

Como dissemos<sup>1</sup>, os  *responsa*  dos mais importantes juriconsultos romanos passaram a vincular, primeiro de facto e, depois  *ex iure civili* , magistrados e juizes, sendo pacífica a opinião acerca do seu carácter de  *fons iuris (civilis)* , pelo menos no séc. II; daí, a possibilidade teórica da existência de  *fictiones iurisprudentiae* .

Estudados alguns exemplos de  *fictiones*  sugeridos pela doutrina dominante — poucos são os AA., na verdade, que os negam —, urge tirar conclusões.

Vimos que era necessária a utilização de uma  *fictio*  («*si Aulus Agerius heres sine certa re — ou sine detracta re — institutus esset*») para salvar um testamento em que à  *heredis institutio*  foi aposta a referência  *ex certa re*  ou  *detracta re* . Sem ela, o testamento seria inválido quer por violar o próprio conceito de  *heres*  como

<sup>3</sup> Note-se que RICCOBONO (o.c. 441), tão sensível à utilização frequente das  *fictiones* , refere: «*Giuliano non accenna nel testo ad un intervento del pretore col mezzo d'una 'fictio'; ma chiaramente esprime che lo sviluppo procedeva 'per opera' della giurisprudenza, la quale affermava anche in quei rapporti di 'ius civile' si dovesse ritenere direttamente senza ausilio del pretore, la condicio frustrata dal debitore 'ac si impleta fuisset'*».

<sup>1</sup> Vid.  *supra*  § 7.2.3.



sucessor universal quer por transgredir o princípio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* <sup>2</sup>.

Todavia, recusámos a *fictione* na quarta *divi Pii* por não se fingir, no *adrogatus*, a qualidade de *heres* indispensável à instauração da *actio familiae erciscundae*. Trata-se de um direito de crédito — assim o entende, também, a doutrina dominante —, cuja titularidade pertence ao *adrogatus* (e aos seus herdeiros). Por isso, não carece(m) de ficção alguma para accionar(em) os *adrogatoris heredes* <sup>3</sup>.

Vimos a *fictione* dita codicilar que permitiu dispensar o rígido e exigente formalismo dos testamentos e facilitar, assim, a manifestação livre e informal da última *voluntas* que a renovada consciência ético-jurídica havia admitido. Sem a *fictione* de um codicilo ser uma *testamenti pars*, a *testatoris voluntas* ficaria seriamente prejudicada, a menos que pudesse — e nem sempre seria possível — manifestar-se renovadamente <sup>4</sup>.

Vimos, ainda, a ficção «*pro non scripto habetur*» através da qual a *iurisprudencia* protegeu, em face do rígido e formalista *ius civile*, os mais diversificados interesses. E desfez dúvidas, eventualmente propícias a confusões perturbadoras do comércio jurídico <sup>5</sup>.

E, finalmente, negámos a existência da ficção jurisprudencial no princípio «*condicio pro impleta habetur*», reconhecendo, sim, a eventualidade de se tratar de uma *fictione legis* <sup>6</sup>.

Nada mais precisamos para juntar à possibilidade teórica a existência concreta de *fictiones* jurisprudenciais. Trata-se, como referimos, de ficções criadas e impostas pelos «jurisprudentes» (privilegiados com o *ius publice respondendi ex auctoritate principis*) ao pretor que, por sua vez, as transmitia, em termos imperativos, aos *iudices*. Por isso, sendo (ou podendo ser) impostas ao pretor, não podemos deixar de as considerar verdadeiras *fictiones* jurisprudenciais <sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Vid. *supra* § 7.3.1.3.

<sup>3</sup> Vid. *supra* § 7.3.2.3.

<sup>4</sup> Vid. *supra* § 7.3.3.2.

<sup>5</sup> Vid. *supra* § 7.3.4.2.

<sup>6</sup> Vid. *supra* § 7.3.5.4.

<sup>7</sup> Reconhecem, ainda, a existência de *fictiones* jurisprudenciais MACCHIARELLI, *o.c.* 520 (para quem os jurisconsultos imitaram os pretores

É evidente, não referimos, aqui, as ficções simplesmente aconselhadas ao pretor pelos «jurisprudentes» e que devemos autonomizar como verdadeiras *fictiones praetoriae*. De facto, o

e usaram ficções cujo uso lhes parece mais cómodo por suavizar a lei); STAMMLER, R., *Tratado de Filosofía de Derecho*, trad. espanhola de W. Roces (Madrid 1930) 318 (que cita GAIUS 4,3 ss.; D. 25,2,1; -25,2,18; 39,3,15pr.); LEGAY Y LACAMBRA, o.c. 77 (que julga a ficção clássica essencialmente doutrinal e jurisprudencial, orientada para o problema e para o caso concreto).

Juntamos as conclusões de HACKL (o.c. 263), segundo as quais, em Roma, quer o pretor quer os juristas puderam, por meio da *fictionis*, introduzir valorização nova e, assim, obter soluções mais justas dos problemas); e de ROBBE (o.c. 763) para quem a utilização sistemática da *fictionis iuris* foi realizada pela *iurisprudencia* romana com o maior empenho e o máximo rigor, demonstrando, em concreto, o conhecimento mais maturo e pleno deste peculiar instrumento técnico, dos recursos que permitia extrair, dos limites e modos do seu emprego.

BUND refere-nos muitos e variados exemplos de *fictiones* jurisprudenciais. Assim, apresenta-nos a ficção «*pro non scripto habetur*» na eliminação das condições impossíveis (D. 28,5,46(45); -28,7,20,1; -30,104,1; -34,8,3,2; -35,1,6,1) e das disposições ininteligíveis (D. 34, 8,2; -50,17,73,3); na decisão sobre mercadorias lançadas ao mar (D. 14,2,8; -41,7,7); no fideicomisso universal (D. 35,2,30,7; -36,1,28,9); nos frutos de coisa vendida e não entregue nem paga (D. 44,3,6,1; -47,2,14,1); no caso de um fiador ter pago (D. 46,7,14pr.); em negócios de escravos (D. 39,2,42; -45,3,4,21; -45,3,7,1; GAIUS 2,87) e de filiifamilias (D. 23,2,51,1); em litígios de sucessões (D. 38,1,22,1; -38,2,20,5); na transposição processual de pessoas (D. 27,4,4; -29,7,2,3; -30,84,10; -44,4,26; -45,3,1,4); em negócios de compra-e-venda (D. 30,109,1; -25,2,22pr.); na instituição de herdeiro (D. 29,7,3pr.; -29,7,3,1; -35,2,87,5; -35,2,87,8); em legados (D. 13,1,14pr.); na atribuição da *bonorum possessio* (D. 37,11,2,1); na realização de diversos actos (D. 14,6,7,12; -18,5,5,1; -23,3,49; -24,1,3,13; -46,3,37; -46,3,38,3; -47,2,14,1); na interpretação de legados (D. 30,84,10), de usufruto (D. 21,2,39,5), de negócios (D. 18,5,5pr.) e de testamentos (D. 28,5,22; -28,5,37,1; -30,81,7; -34,4,10pr.; -35,1,106; 36,1,28,9; -37,11,8,7; -40,7,31,1); na nulidade de negócios (D. 24,1,5,4; -29,7,2,3; -30,103; -37,14,6,3); etc.

Porém, nem todas estas hipóteses nos parece conterem ficções jurisprudenciais. É certo que a sua noção de *fictionis* (cuja «*Wirkung besteht darin, dass an einer Tatbestand, den man seit BEKKER Fiktionsbasis nennt, die Rechtsfolgen geknüpft werden, die ein anderer Tatbestand (der sog. fingierte Tatbestand) auslöst*») como «*Operationsregel*» — segundo a qual «*zur Gewinnung der Rechtsfolge wird die Fiktionsbasis durch den fingierten*

pretor é livre de as aceitar ou recusar e, deste modo, não seria por obediência a um poder impositivo inexistente que as aceitava.

Referimos, sim, as *fictiones* impostas (ou susceptíveis de o serem) por juriconsultos privilegiados com o *ius publice respondendi*, as quais o pretor não podia rejeitar, sobretudo quando os *responsa* adquiriram poder juridicamente vinculativo. As *fictiones praetoriae* ocupavam lugar nos *edicta* (*perpetua e tralaticia*) *praetorium*, enquanto as ficções da jurisprudência, que

---

*Tatbestand ersetzt* e de que «mittels dieser Technik der Substitution erfüllt die Fiktion die Aufgabe einer Verweisung» (vid. BUND, *Untersuchungen*, cit. 123) — não nos parece substancialmente errada.

Todavia, BUND não determinou, com rigor, os seus limites, como, de resto, deixa perceber quando diz que «die Fiktion kann aber auch als blosses Argument der rechtsanwendenden Juristen auftreten» (o.c. 123); quando entende que, apesar da fácil determinação teórica entre *fictio* e equiparação hipotética («*hypothetischem Vergleichsfall*»), «gibt es Texte, die der eindeutigen Zuordnung zum einer oder anderen Typus widerstreben»; e quando vê que a ficção também «dem Zweck der Veranschaulichung dienen kann» (o.c. 126). Por isso, reconhece *fictiones* (jurisprudenciais) onde, realmente, nem sempre existem. Vid. BUND, *Untersuchungen*, cit. 133-177 e *die Fiktion*, cit. 353-366.

Também VON LÜBTOW vê uma *fictio* na «*Vereinbarungsdarlehen*» (D. 12,1,15). Na sua opinião, ULPIANUS utilizou uma ficção dupla: na recepção pelo credor (*solutio*); e no empréstimo ao devedor (*numeratio*). Não se trata duma *novatio* porque a primeira *obligatio* não se extingue com a nova dívida; a primeira é eliminada e, só depois, surge a nova obrigação. No momento da formação da nova *obligatio*, já não existe a velha.

VON LÜBTOW ter-se-á influenciado pela proposição final «*videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta*». A situação apreciada por ULPIANUS é a seguinte: A deve x a B *mandati causa* e ambos acordaram em aquele passar a dever *crediti nomine*. O jurista entende que esta transformação é possível e explica: considera-se a primeira dívida paga e que, logo a seguir, a *pecunia* foi mutuada.

Não vemos, contrariamente a VON LÜBTOW, um motivo sério para excluir a *novatio* objectiva, certo traduzir a proposição final uma simples explicação. Por isso, admitida esta figura jurídica, está legitimado o uso possível da *actio certae creditae pecuniae* sem necessidade da dupla ficção da *solutio* e posterior *numeratio*.

Vid. VON LÜBTOW, U., *Ulpian's Konstruktion des sogenannten Vereinbarungsdarlehens* em *Syntelesia Arangio-Ruiz* (Nápoles 1964) 1212-1217 e 1220-1224.

lhe eram casuisticamente impostas, as inseria (decerto) nos *edicta repentina*.

Se nos fosse permitido sugerir uma distribuição cronológica, diríamos que, pelo menos até ao séc. I, somente há *fictiones* pretórias e legais. A partir do séc. II (inclusivé), as *fictiones praetoriae* estabilizam e são codificadas no *Edictum Perpetuum*. E surgem as *fictiones iurisprudentiae*.

### c) Factores determinantes

#### § 8.1 Da ficção do pretor

§ 8.1 O *Ius Romanum* primitivo não podia deixar de sofrer a influência da pequena comunidade romana que lhe deu vida. Por isso, não surpreende que, a par da frugalidade do *populus Romanus*, do respeito e da defesa intransigente dos valores tradicionais, o débil desenvolvimento sócio-económico e o carácter extremamente rural da primitiva Roma tenham ditado as características do *ius civile*: um Direito nacionalista, rudimentar, rigidamente tradicionalista e formalista<sup>1</sup>.

Porém, com o tempo, Roma cresceu, dilatou as suas fronteiras, sofreu influências exteriores, estabeleceu relações comerciais com os povos vizinhos e surgiram novas necessidades a cuja resolução o velho *ius Quiritium* não dava resposta.

As lacunas tornavam-se maiores e, com elas, a insuficiência de um *ius* outrora pensado para outras situações.

Impunha-se ao legislador criar novo *ius* susceptível de responder às crescentes necessidades duma civilização intelectual, social e economicamente mais avançada e cujas aspirações não encontravam satisfação nas normas e nos princípios rígidos do velho *ius civile*.

Simplesmente, o legislador romano foi muito pouco sensível, tendo inspirado a sua actividade, sobretudo, em considerações de ordem política.

<sup>1</sup> Vid. DEKKERS, *o.c.* 101; ISSA-SAYEGH, *o.c.* 76; e ESSER, *o.c.* 83.

Porquê?

Talvez pelo complexo *modus agendi* dos comícios<sup>2</sup>; e, decerto, pela função verdadeiramente subalterna desempenhada pela *lex* em face do *ius* que, em princípio, não podia alterar e muito menos violar sob pena de ser *iniusta* e, como tal, desobedecida<sup>3</sup>, Roma teve muito poucas *leges* no seu *ius privatum*, confiando a ingente tarefa de o transformar ao engenho dos particulares e, sobretudo, à iniciativa dos magistrados e à reflexão dos juristas<sup>4</sup>.

Quanto aos magistrados, foi, sobretudo o *praetor* quem, vencendo a rigidez e o formalismo, estendeu e modernizou o *ius civile*, transmitindo-lhe a actualidade, o dinamismo e o progresso que iriam fazer do *Ius Romanum* um Direito-modelo, cuja grandeza os anos jamais conseguiram estiolar.

Perguntar-se-á, todavia: como?

Não é verdade que o *praetor* foi um simples magistrado sem poder legislativo?

É certo. Os seus poderes — *imperium*, *potestas* e *iurisdictio* — não lhe permitiam criar *ius civile*. E nunca usurpou o poder legislativo quer para *adiuvandi* quer para *corrighendi* o *ius civile*<sup>5</sup>.

No entanto, como refere GIOFFREDI, o pretor «*appare come chi, in forza del suo 'imperium', è posto in una posizione de preminenza, affinché, impersonando la coscienza sociale, faccia comunque giustizia*», bem podendo falar-se de uma «*antitesi fra 'ius civile' e 'praetor'*»<sup>6</sup>.

Não sendo *legislador*, todavia sempre apoiado na consciência ético-jurídica da comunidade romana, o pretor desenvolveu magistralmente as suas funções *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi* o *ius civile*: não podendo criar *ius (civile)*, afastava os obstáculos à sua aplicação ordenando ao *iudex* que fingisse a

<sup>2</sup> Vid. CORNIL, G., *Réflexions sur le Rôle de la Fiction dans le Droit. A Propos d'un Livre Nouveau* em APDSJ 3-4(1935) 31; e CRUZ, *Direito*, cit. 207-209.

<sup>3</sup> Vid. CIFUENTES, o.c. 50-51; D'ORS, *Derecho*, cit. 35; e CRUZ, *Direito*, cit. 210.

<sup>4</sup> Vid. DEKKERS, o.c. 95-98; CIFUENTES, o.c. 67; e DESSERTAUX, o.c. 446-448.

<sup>5</sup> Vid. BIONDI, *Prospettive Romanistiche* (Milão 1933) 105.

<sup>6</sup> Vid. GIOFFREDI, o.c. 125 e 128.

existência ou a inexistência dos elementos embaraçadores, sem alterar minimamente a norma civil que desejava aplicar.

A dinâmica da sua actuação, dada a impossibilidade de modificar o *ius civile*, incidia exclusivamente sobre os pressupostos necessários à sua aplicação e concretizava-se em ordenar ao *iudex* que os julgasse existentes se não existissem, e in-existentes se existissem, sempre que a sua inexistência ou existência constituísse um obstáculo à aplicação do «direito civil»<sup>7</sup>.

Deste modo, como refere RICCOBONO, o Direito somente na aparência era arcaico e imóvel. O seu conteúdo renovava-se dia a dia, recebendo, nas suas velhas fórmulas, as novas manifestações e aspirações trazidas pelo progresso dos tempos. A destruição do velho ordenamento formalista do *ius civile* realizava-se gradualmente sem a intervenção do legislador e «senza moti rivoluzionari, perchè il pretore con la sua giurisdizione potè creare il nuovo ordine giuridico in perfetta armonia con lo sviluppo della vita sociale e con carattere universale»<sup>8</sup>.

Tal, a intervenção do pretor através da *fiction*, esse instrumento maravilhoso e oportuno que lhe permitiu, no dizer de ACCARDI-PASQUALINO, introduzir as mais árduas inovações no tronco sacro do direito primogénito sem mudar as formas e as normas<sup>9</sup>.

Na verdade, foi assim com a ficção «*si heres esset*» que estendeu o *ius civile* às novas relações da *bonorum possessio* e da *bonorum venditio*<sup>10</sup>; nas *actiones furti et legis Aquiliae*, que a ficção «*si civis romanus esset*» permitiu estender aos *peregrini*<sup>11</sup>; nas

<sup>7</sup> Vid. DEKKERS, o.c. 99-100; e CIFUENTES, o.c. 152<sup>310</sup>.

<sup>8</sup> Vid. RICCOBONO, o.c. 300. Cfr. ainda LECOCQ, o.c. 213.

<sup>9</sup> Vid. ACCARDI-PASQUALINO, o.c. 1105. Cfr. ainda: MASCI, F., *Sunti de Riviste. L'Insufficienza delle Leggi nel Diritto Romano* (Carlos Sanchez Peguero I (1924) em RIFD 5(1925) 273-274; CRUZ, *Direito*, cit. 337; e ANGELESKO, o.c. 682-683 que, todavia, afirma ser a *fiction* um «*procédé logique*». Como veremos (*infra*, § 9.6.3), a *fiction* é um expediente tipicamente alógico, pois «*rompe com as regras da pura lógica*».

<sup>10</sup> Vid. GAIUS 4, 34-35; e *supra* § 5.1.

<sup>11</sup> Vid. GAIUS 4, 37. Segundo ANGELESKO (o.c. 692), «*la fiction nous apparaît comme une soupape d'équité, permettant l'intégration dans la loi de notions nouvelles, n'ayant pas encore reçu un degré suffisant de développement*».

situações de *capitis deminutio (minima)* em que, graças à ficção «*si capite deminutus deminutave non esset*», foi restituída aos credores a faculdade de exigirem judicialmente os seus créditos<sup>12</sup>; etc.

Em todas estas situações, um obstáculo se opunha à aplicação do *ius civile*: a ausência da condição de *heres nos bonorum possessor et emptor*; da cidadania romana, nos *peregrini*; e da plena capacidade jurídica, devido à *capitis deminutio minima*. Simplesmente, o pretor não podia integrar as lacunas do *ius civile*, criando normas (*civis*) que protegessem as novas situações.

No entanto, colocado perante a insuficiência do *ius civile* — que o legislador não remediou — e sentindo as exigências de regulamentação jurídica que lhe eram vivamente postas, o pretor não podia ficar insensível. E actuou, de modo indirecto é certo, mas nem por isso com menos eficácia, utilizando um instrumento idóneo: a *fictio*.

Só aparentemente o *ius civile* manteve as suas características fundamentais — nacionalista, rudimentar, tradicionalista, rígido e formalista —, porque só formalmente as suas normas permaneceram imutáveis. De facto, a sua extensão oculta, mas verdadeira, retirou-lhe essas marcas: deu-lhe uma dimensão universal; transmitiu-lhe actualidade; rompeu com o tradicionalismo; tornou-o flexível; despiu-o das formas há muito ultrapassadas. E, quando mais tarde, as ficções desapareceram, ficou um Direito novo, com a seiva bem viva e actual, inserida ao longo dos anos no velho *ius civile*<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Vid. GAIUS 4,38. Acerca da utilidade da *fictio*, vid. ainda: GÉNY, o.c. 398 e 426; DEMOGUE, o.c. 245-246; CUQ, o.c. 470-471; ISSA SAYEGH, o.c. 72-73, 76-77, 103-104 e 110-111; LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía*, cit. 72; PEREZ SERRANO, o.c. 60 e 66-67; CASTIGLIA, o.c. 108; e LARENZ, o.c. 241-242.

<sup>13</sup> Vale a pena transcrever esta maravilhosa descrição de KUNTZE traduzida por Meulenaere: «*Les fictions (prétoiriennes) n'avaient pour la plupart qu'une mission historique; elles jaillissaient du tribunal du magistrat, pareilles aux orages dans lesquels la nature se décharge pour attirer le printemps naissant sur les campagnes et pour hâter la maturité des fleurs bourgeonnantes. Elles rappellent les carreaux du Jupiter Olympien, qui les lançait du haut du trône de sa toute puissance pour ébranler le monde et purifier la lourde atmosphère; car le tribunal du Préteur est l'Olympe de la vie juridique de Rome, délivrée*

### § 8.2 Da ficção legal

§ 8.2 Também as *fictiones legales* se justificam pelos mesmos caracteres que imprimiram ao *ius civile* a marca da imutabilidade.

É certo que o legislador não sentia, formalmente, as limitações do pretor, obrigado a actuar indirectamente por não ser *fons iuris civilis*. Simplesmente, se é verdade, em geral, que «*l'on ne corrige pas la loi quand et comme on le veut*»<sup>1</sup>, também no Direito Romano a *lex* sofria a limitação específica do seu carácter secundário em relação ao *ius*.

Efectivamente, como refere Sebastião CRUZ, a *lex* não era considerada uma inovação, mas «*uma confirmação e defesa dessa veneranda 'tradição de uma comprovada moralidade' contra os maus usus novos*», afirmando respeito pelos *mores maiorum* e pelas «*velhas leis tidas como inderrogáveis*». E tanto assim era que «*a infracção dessas tais normas venerandas ou inderrogáveis, em princípio, implicava a nulidade das 'leges' novas e, só muito excepcionalmente, devia considerar-se livre de responsabilidade o infractor duma das tais 'leges' antigas para obedecer a uma 'lex' nova*»<sup>2</sup>.

*sous cette nouvelle domination du labeur titanique des temps primitifs; elles ne se rangent pas parmi les libres créations organiques de la nature, mais ressemblent aux éruptions des volcans, au mugissement des ouragans et sont rejetées comme des écailles devenues inutiles lorsque l'idée juridique grandie en elles est devenue mûre pour prendre, par sa propre énergie, sa place dans l'édifice dogmatique; elles sont les abeilles légères et bourdonnantes qui volent, agiles et laborieuses, autour de la masse fleurie de l'arbre sain, et se fixent en buvant la sève, comme si elles étaient organiquement soudées aux fleurs». Vid. DEKKERS, o.c. 87'.*

<sup>1</sup> Vid. DEKKERS, o.c. 116 e 190-192. Também DESSERTAUX refere que «*la loi ne peut modifier la nature même des choses*». Vid. LECOCQ, o.c. 250<sup>2</sup>; e LARENZ, o.c. 246, que refere: «*O legislador não pode proceder completamente à vontade (...). Não pode, sem se fazer culpado de arbitrariedade linguística ou até de abuso de poder, determinar, v. g. que todos os cidadãos do Estado ou que todos os habitantes de certa circunscrição sejam entre si parentes*».

<sup>2</sup> Vid. CRUZ, *Direito*, cit. 210. No mesmo sentido, vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 35 e *Separata da NEJ* 1(1949) 7; CIFUENTES, o.c. 43 e 50-51; AMARELLI, o.c. 112; GIOFFREDI, o.c. 73-75; e GUZMÁN BRITO, A., *Sobre el Objeto de las Ficciones Pretorias em REHJV* 3(1978) 51'.



Deste modo, não podendo alterar o intangível *ius civile*, para não ser, provavelmente, considerada *iniusta* e ineficaz, à *lex* estava reservada a tarefa subalterna de dar sugestões aos pretores acerca da administração da justiça<sup>3</sup>, tarefa desempenhada, por vezes, através do recurso à *factio*.

Foi, assim, na verdade, com a *lex Cornelia de captivis* que, interessada em validar os testamentos dos *cives* falecidos *apud hostes* — e não podendo reconhecer a *testamenti factio* a um *ex-civis Romanus* capturado e, portanto, *servus hostium*; de contrário o próprio conceito de cidadania romana ficaria abalado —, estabeleceu a ficção de considerar falecido no acto da captura, ou seja, no último momento em que era ainda *civis Romanus*<sup>4</sup>.

Igualmente, a *lex Iunia Norbana*, a *lex Aelia Sentia* e os *senatusconsulta Neronianum* e *Trebellianum* tiveram de fingir para que as situações contempladas pudessem beneficiar da protecção dispensada pelo *ius civile*: os *Latini Iuniani* gozassem da *libertas* sem os patronos ficarem privados do *ius peculii*; os patronos dos *dediticii aeliani* (sem *liberi*) succedessem *iure patronatus*; um legatário pudesse reivindicar uma *res* adquirida pelo testador depois de fazer testamento ou demandar o *heres* com a *actio ex testamento* a propósito de um legado inválido enquanto *per vindicationem*, mas convertível em *per damnationem*; o fideicomissário pudesse demandar e ser demandado com as *actiones hereditariae*<sup>5</sup>.

Não se trata, como BONILLA Y SAN MARTIN entende, de «timidez legislativa» que atribui «al imperio y a la sugestión fetiquista de la regla jurídica positiva»; nem pensamos que «son vituperables las ficciones»<sup>6</sup>.

Trata-se, pelo contrário, de um *modus operandi* tornado necessário na *praxis* jurídica pelos caracteres do *ius civile* e pelas exigências da consciência ético-jurídica romana que tem no pretor a sua *viva vox*.

<sup>3</sup> Vid. SOHM, *o.c.* 75-76; e GIRARD, *o.c.* 61.

<sup>4</sup> Vid. *supra* § 6.1(1-2).

<sup>5</sup> Vid. *supra* §§ 6.2(1-2); 6.3(1-2); 6.4.8; e 6.5.3.

<sup>6</sup> Vid. BONILLA Y SAN MARTÍN, *o.c.* 31-32.

### § 8.3 Da ficção jurisprudencial

§ 8.3 Situação especial teve, no Direito Romano, a *iurisprudencia* enquanto não foi reconhecida oficialmente *fons civilis iuris*: até inícios do séc. II, nem teve a *vis legis* nem gozou do *imperium praetorium* e da *auctoritas principum*. Todavia, dispôs de uma *auctoritas* não menos poderosa, socialmente reconhecida: a *auctoritas* da sua *iuris scientia* que lhe permitiu sugerir ao pretor as soluções jurídicas não previstas no *ius civile*.

É certo que o pretor, interessado em desempenhar bem a sua função para ascender na escala do *cursus honorum*, devia, necessariamente, socorrer-se da *iurisprudencia* que lhe sugeria o *modus agendi* em cada situação concreta. Porém, tratava-se de uma mera sugestão, sem carácter vinculativo: o pretor era livre para seguir ou recusar, embora essa *libertas* fosse mais teórica do que prática.

Todavia, os *responsa* dos jurisconsultos privilegiados com o *ius publice respondendi ex auctoritate principis* adquiriram poder juridicamente vinculativo e o simples parecer obteve a força de *fons iuris (civilis)*, impondo-se a todos e, obviamente, ao pretor.

Nessa altura, colocados perante as mesmas insuficiências do *ius civile* e sentindo as limitações das *leges*, os *iuris prudentes* continuaram a recorrer à *fiction* (não já para sugerir, mas impor) sempre que se revelasse oportuna à realização da *iustitia*.

Como a doutrina refere, as ficções não foram inventadas pelo pretor, mas pelos jurisconsultos<sup>1</sup> que, em Roma, as utilizaram em virtude da «*struttura limitata e rigida del 'ius civile'*» que «*rendava necessario il ricorso a espedienti e mezzi indiretti per raggiungere scopi che esso non prevedeva e non consentiva con forme dirette*»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> V. g. vid. RICCOBONO, *o.c.* 298; e ACCARDI-PASQUALINO, *o.c.* 1105.

<sup>2</sup> Vid. RICCOBONO, *o.c.* 298-299.

Não foi, é verdade, uma invenção romana, havendo mesmo quem a atribua às origens da humanidade<sup>3</sup>. Todavia, parece não

<sup>3</sup> Assim, ROBBE, *o.c.* 629.

Muito antes da fundação de Roma, já a  *fictio*  era utilizada nos Direitos orientais.

Na China, a sua existência é-nos testemunhada pela ficção de legitimidade: a esposa legítima era considerada mãe dos filhos das concubinas.

No Código de Hamurabi, encontramos uma série de ficções que revelam o carácter essencialmente prático da ciência jurídica e dos juristas assírio-babilónicos, a quem repugnava a abstracção e a dedução lógica.

Na opinião de BOYER, «*la fiction juridique se retrouve chez les peuples les plus divers, sans distinction de temps ni de lieu*», não devendo surpreender a sua existência na Mesopotâmia, «*dans le pays ou les recherches d'histoire du droit peuvent remonter le plus haut dans le temps en se fondant sur des documents authentiques et contemporains*».

Exemplo de ficção é, segundo BOYER, a que tem lugar nas *adoptiones* feitas em Nuzi para eliminar a proibição legal de os militares alienarem onerosamente as explorações agrícolas que lhes tinham sido doadas: o adquirente dum imóvel sujeito ao estatuto feudal fazia-se adoptar, como filho, pelo fazendeiro; ao mesmo tempo, o adoptante doava o feudo, a título de antecipação da herança, ao adoptado que entregava àquele uma liberalidade pecuniária. Que esta via indirecta não era fraudulenta (embora, talvez, o fosse originariamente), vemos no facto de «*un même capitalista, désireux d'arrondir ses domaines, se faisait adopter aussi souvent qu'il acquérait des fiefs*».

Outra ficção, porventura não menos curiosa, refere-a BOYER no âmbito das obrigações e dos contratos: um banqueiro proclamava-se associado a *Samas*, deus da justiça e protector dos pobres e fracos, e, nesta qualidade, realizava mútuos conjuntamente em seu nome e no da divindade. Deste modo, além de apregoar a sua piedosa generosidade, incutia no mutuário o dever de executar pontualmente as suas obrigações para não incorrer na ira divina.

PRINGSHEIM dá-nos conta de ficções, no Direito grego, na quitação fictícia do preço de compra; na atribuição, aos mutuários, da nacionalidade persa para os credores gozarem duma execução mais severa; etc.

E ISSA-SAYEGH refere ficções nos Direitos primitivos africanos: *v. g.* a que, numa cerimónia *Thonga*, extingue os vínculos de sangue e permite, assim, casamentos considerados incestuosos pelo costume. E recorda, no Direito muçulmano, a ficção do marido que, devendo expulsar a mulher três vezes para a repudiar, dizia: «Faço-o três vezes».

Vid. DEKKERS, *o.c.* 231<sup>2</sup>; BOYER, G., *Mélanges. II Mélanges d'Histoire du Droit Oriental* (Paris 1965) 87-91 e 103-104. (O A. refere, ainda, outras

haver dúvidas de que foram os Romanos não só quem lhe deu o *nomen*, mas também demonstrou, em concreto, a consciência mais reflectida do seu valor instrumental, dos recursos que se podiam extrair e dos limites e modos de utilização<sup>4</sup>. E, naturalmente, só os *iuris prudentes* podiam consagrar esta figura, assinalando o seu valor, descrevendo o seu objectivo e traçando os limites ao seu uso.

Não falta, hodiernamente, quem limite a actividade jurisprudencial à criação e posterior sugestão de *fictiones* ao legislador e ao pretor; e, em consequência, negue aos *iuris prudentes* o poder de as «imponer», por serem «un recurso alógico y de carácter imperativo», ou seja, «atributo de un acto de autoridad al que no era posible llegar en vía de 'interpretatio'»<sup>5</sup>.

No entanto, ruídos os pressupostos em que se apoia — a circunstância de os mais destacados jurisconsultos terem gozado do *ius publice respondendi* que transmitia aos seus *responsa*, inicialmente, o poder fáctico da *auctoritas principis* e, depois, a dimensão de *fons iuris civilis*<sup>6</sup> —, aquela doutrina afigura-se-nos de todo insustentável.

Aliás, o seu próprio artífice — GARCIA GARRIDO — refere, a propósito da expressão «quasi mariti» (D. 24,1,32,27), que «se trata de una situación irreal para explicar la cual, como es práctica frecuente en la doctrina jurisprudencial, ha de recurrirse a una ficción»; e que «la misma idea se expresa en el texto primeiro (D. 23,1,9) con la frase 'in domo loco nuptae esse coeperit' donde también se trata de una ficción»<sup>7</sup>.

ficções sem justificação: o.c. 96-98). Vid. ainda: PUGLIATTI, o.c. 660 (que repete alguns exemplos dados por BOYER); PRINGSHEIM, F., *Symbol und Fiktion in antiken Rechten em Studi De Francisci IV* (1956) 217-220; e ISSA-SAYEGH, o.c. 74.

<sup>4</sup> Vid. PUGLIATTI, o.c. 663; e ROBBE, o.c. 635.

<sup>5</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 310-311. Acolheram esta doutrina: D'ORS, *Derecho*, cit. 83; e CRUZ, *Direito*, cit. 337.

<sup>6</sup> Vid. *supra* § 7.2.3.

<sup>7</sup> Vid. GARCIA GARRIDO, «Minor Annis XII Nupta» em *Labeo* 3(1957) 80. Note-se que este artigo foi dado à estampa no mesmo ano (1957) da publicação de «Sobre los Verdaderos Límites...».

Igualmente, e em relação à *lex Aelia Sentia*, D'ORS escreve que «no se expresaba claramente sobre la sucesión del *dediticio* y eso daba lugar a la interpretación y a la posibilidad de soluciones varias»; e que o nosso «GAIUS (3,76) presenta un sistema de ficción, mediante el cual, a los efectos de la sucesión de bienes por el patrono, y exclusivamente para tales efectos, el *dediticio* eliano se suponía que no era *dediticio*»<sup>8</sup>.

Julgamos, portanto, exacta a doutrina dominante e, com ela, sustentamos a existência de verdadeiras *fictions* jurisprudenciais, justificadas e determinadas pelos mesmos factores que estão na base das outras ficções: as características do *ius civile* e a subalternização da *lex* perante o *ius*.

#### § 8.4 Conclusão: análise (crítica) da doutrina

§ 8.4 Resta-nos terminar, referindo (criticamente) as opiniões manifestadas pela doutrina acerca do valor da *fictio* no *Ius Romanum* e que podemos dividir em dois grupos: o que a elogia e o que a ridiculariza.

No primeiro, merece destaque IHERING.

Depois de advertir que a *fictio* é um dos fenómenos da técnica jurídica, através do qual «on peut facilement, devant des ignorants, déverser le ridicule sur la jurisprudence romaine», refere que a *fictio* «dispense le Préteur ou la théorie de changer la formule de l'action ou du princeps»; e que, sendo, embora, «un moyen moins correct en théorie», é, porém, «d'une pratique plus rapide».

Na sua opinião, a *fictio* visa «aplanir les difficultés qui sont inhérentes à l'adoption et à l'application de nouvelles règles du droit», deixando a doutrina tradicional intacta «dans son ancienne forme, sans cependant diminuer, en pratique, la pleine efficacité de la forme nouvelle».

É certo que a ficção «tourne les difficultés au lieu de les résoudre», sendo a «solution scientifiquement imparfaite d'un probleme»; por isso, «mérite d'être nommée un mensonge technique consacré par la nécessité».

<sup>8</sup> Vid. D'ORS, *Estudios Sobre la 'Constitutio Antoniniana'*, cit. 178.

Mas, por outro lado, oferece «un moyen plus facile et plus commode d'arriver au même but pratique». E continua: «Il est aisé de proclamer que les fictions ne sont que des expédients» e «on a beau jeu de les comparer à des béquilles que la science devrait rejeter. Rien de plus vrai, si la science peut avancer sans y avoir recours»; porém, «mieux vaut encore que la science marche à l'aide de ces béquilles, que de succomber sans cet appui».

Como meio de transição, «la fiction peut avoir une certaine légitimité», pois «au désordre sans fiction, est mille fois préférable l'ordre avec fiction».

Finalmente, IHERING diz-nos que, em virtude da sua imperfeição, a *fictio* «avertit la science d'avoir à rechercher le plus rapidement possible un moyen plus parfait». No entanto, «mettre la jurisprudence en demeure de répudier les fictions, avant qu'elle ait réussi à trouver la solution véritable (...) autant vaudrait forcer celui qui porte les béquilles, à les abandonner avant de savoir marcher sans leur aide»<sup>1</sup>.

O notável romanista tudesco referiu, em breves linhas, a utilidade enorme da *fictio*, sobretudo no *Ius Romanum*: mantém a fórmula da *actio* e os princípios (do *ius civile*), sem diminuir a plena eficácia das novas decisões. É um meio cientificamente imperfeito, mas fácil, cómodo e rápido de resolver os novos problemas.

A sua comparação às muletas é feliz, pela rica dimensão que transmite à *fictio*: permite à ciência caminhar quando não dispõe, ainda, de recursos próprios, ou seja, quando não encontrou, ainda, os meios susceptíveis de enfrentar, directa e perfeitamente, os novos problemas. Aí residem a sua transitoriedade e (também) a advertência feita à *iurisprudencia* de que não deve satisfazer-se com soluções provisórias e imperfeitas. No entanto, antes de encontrar normas e princípios mais perfeitos, os problemas não devem permanecer insolúveis; por isso, as «béquilles» são indispensáveis para evitar a desordem e o caos.

A explicação e as advertências de IHERING, formuladas com tamanha arte e simplicidade, são verdadeiramente admiráveis.

<sup>1</sup> Vid. IHERING, *o.c.* 293-297.

Por isso, não surpreende que tenham sido referidas pela maioria dos AA. que, de algum modo, estudaram a *fictio iuris*<sup>2</sup>.

Nesta mesma linha, DEKKERS sustenta que a *fictio* é um dos meios de transição de que dispomos e justifica a sua necessidade na «nature même de notre esprit», pois raramente somos capazes de «dégager, dès l'apparition de phénomènes nouveaux dans les rapports humains, l'idée juridique propre à les cataloguer». A *fictio* é um meio que «assure la continuité dans l'évolution»; um «remède à côté du mal» que «fournit à l'analyse une aide temporaire», pois «on énonce par le fait même la nécessité de trouver une solution définitive»<sup>3</sup>.

Também DEMOGUE vê na *fictio* um meio de progresso do Direito que permite consagrar um resultado equitativo, apoiá-lo provisoriamente antes de a ciência ter estabelecido o seu fundamento natural<sup>4</sup>.

E BATIZA entende que as ficções satisfazem o desejo de melhoramento, ao mesmo tempo que não ofendem o desgosto supersticioso pela mudança. Nota que vilipendiar as ficções é mostrar ignorância acerca da sua função peculiar no desenvolvimento histórico do Direito. E sustenta que as ficções desempenham a importante função de constituírem uma ponte inicial de transição pacífica, evitando rupturas violentas ou revolucionárias. Numa palavra, a *fictio* é, para BATIZA, um instrumento de progresso e de paz<sup>5</sup>.

Ainda na mesma perspectiva, havemos de entender os AA. que justificam a *fictio* no espírito conservador do *populus Romanus*<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Vid. DEKKERS, *o.c.* 231-232; MACCHIARELLI, *o.c.* 547 e 572; ROBBE, *o.c.* 641<sup>25</sup> e 665; CIFUENTES, *o.c.* 50<sup>119</sup>, 153 e 155-156; DEMOGUE, *o.c.* 241, BATIZA, *o.c.* 4-5 e 28-29; e BONILLA Y SAN MARTIN, *o.c.* 21-22.

<sup>3</sup> Vid. DEKKERS, *o.c.* 234-235. No mesmo sentido, cfr. ROBBE, *o.c.* 634; e RENARD, *apud* ANGELESCO, A. C., *Technique Législative en Matière de Codification Civile. Étude de Droit Comparé* (Paris 1930) 638<sup>1</sup>.

<sup>4</sup> Vid. DEMOGUE, *o.c.* 242.

<sup>5</sup> Vid. BATIZA, *o.c.* 28-30. No mesmo sentido, cfr. COLACINO, *o.c.* 269-270; e MORIN, G., *Duguit et le Droit Privé em APDSJ* 1-2(1932) 161.

<sup>6</sup> Vid. MACCHIARELLI (*o.c.* 543) para quem Roma foi o mundo não só das armas, mas também da justiça e vê nos Romanos um povo inclinado para o respeito das suas leis, das quais se orgulhava como do

Merece destaque SAVIGNY para quem Roma foi grande devido ao sentido activo, vivo, político que imprimia ao seu *populus* estar pronto para rejuvenescer as formas do seu «Estado» e sempre de modo a que o novo servia para desenvolver o velho. Na opinião de SAVIGNY era visível, no *ius civile*, o carácter comum romano, o não abdicar do tradicional que justifica um desenvolvimento lento, totalmente orgânico. Ora, a *fictio* permite dispensar a certeza duma forma velha e assegura o progresso com a maior simplicidade e sem perturbações exteriores <sup>7</sup>.

E igualmente devemos situar, na mesma linha, a doutrina que vê no formalismo outro factor justificativo da *fictio*.

Trata-se, porém, de um formalismo entendido não como atitude espiritual que serve de refúgio ou de fachada ao cepticismo e à indiferença ante valores substanciais, mas como uma atitude sã e fecunda, expressão consciente do sentido da continuidade histórica, a «*más pura expresión del vitalismo el cual no se garantiza con el desenfreno sino con la disciplina que a sí mismo si impone por medio de las formas que de su proprio seno engendran*», refere LEGAZ Y LACAMBRA <sup>8</sup>.

nome romano: *civis Romanus sum*. Cfr. ainda DEKKERS (o.c. 101-102) que vê na história e na análise romanas um ode à tradição, ao amor do passado e, tal como IHERING, entende que a tendência conservadora do povo romano se funda numa força activa e não na simples força da inércia. Vid. igualmente: GÉNY, o.c. 391; UNGER, J., *Die Verträge*, cit. 10 (para quem as ficções são criadas nos povos conservadores para conciliar o novo e o velho Direitos; para obter, nesta via artificial, o que não pode ou não quer directamente obter-se); e DEMOGUE, o.c. 238-239.

Contra, BUND (*Untersuchungen*, cit. 127) parece inclinar-se a ver no comodismo uma outra causa de ficções.

<sup>7</sup> Vid. SAVIGNY, F. K., *Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*<sup>3</sup> (Heidelberg 1840) 31-32. No mesmo sentido, vid. DABIN, o.c. 338.

Sobre a certeza e a sua relação com a justiça, vid. CASTANHEIRA NEVES, *Lições*, cit. 36-38.

<sup>8</sup> LEGAZ Y LACAMBRA (*Filosofía*, cit. 127-128) refere, ainda, IHERING para quem o período de florescimento da liberdade romana assinala, também, o império do mais inexorável rigor na forma.

Na verdade, ao declínio gradual da *libertas* correspondeu o relaxamento na severidade da forma e, quando a liberdade desa-



Expediente justificado, também, pela estrutura estreita e rígida do *ius civile*<sup>9</sup>. É considerado, por UNGER, um instrumento que serve a harmonia de toda a construção jurídica, por evitar a contradição das novas decisões «avec les propositions fondamentales du droit», decisões essas que «se présentent comme des anomalies indisciplinées»<sup>10</sup>. Harmonia entre as velhas formas e o novo Direito, ficando essas formas enriquecidas e actualizadas no seu conteúdo, pois a *fictio* não alarga simplesmente um preceito; dá vida, substancialmente, a novos princípios e institutos jurídicos<sup>11</sup>.

**Em conclusão:** há, entre todos os AA. citados, muito de comum, fruto da enorme influência que sobre eles exerceu IHERING. Poder-se-á dizer que a *fictio* é um expediente

---

pareceu, com ela desapareceram as formas e as fórmulas do velho Direito.

Ainda na opinião de LEGAZ Y LACAMBRA, o progresso é impossível sem a continuidade histórica que liga estreitamente o presente ao passado e esta continuidade só a vigência das formas pode assegurar. Cfr. ainda: RICCOBONO, o.c. 508-509 que nos apresenta o formalismo como elemento característico dos Direitos primitivos e cita IHERING (para quem as formas são o alfabeto do Direito) e SAVIGNY (que vê nelas a gramática do Direito).

<sup>9</sup> Vid. RICCOBONO, o.c. 298.

É nesta estrutura que se apoia a lei da economia lógica, uma das leis fundamentais da técnica jurídica, segundo a qual, na opinião de IHERING (o.c. 235), «la jurisprudence ne doit pas créer des moyens et des principes nouveaux pour produire ce qu'elle peut réaliser à l'aide des moyens et des principes dont elle est maîtresse».

Ainda sobre a lei da economia lógica, vid. DEMOGUE, o.c. 111-116; GARCIA GARRIDO, *Derecho*, cit. 48; e DEKKERS, o.c. 116.

<sup>10</sup> Vid. UNGER, *apud* LECOCQ, o.c. 230 e *apud* ROBBE, o.c. 664.

Ainda neste sentido, merecem referência ARIAS RAMOS e ARIAS BONET (o.c. 190<sup>240</sup>), para quem, «por la válvula de escape de la 'fictio' el Derecho huye de los moldes demasiado estrechos de leyes positivas rígidas, o evita las molestias de reglamentaciones o pruebas excesivamente minuciosas y engorrosas».

<sup>11</sup> Vid. UNGER, *Die Verträge*, cit. 10; ROBBE, o.c. 640; CIFUENTES, o.c. 65; HACKL, o.c. 251; RICCOBONO, o.c. 214-215; ACCARDI-PASQUALINO, o.c. 1104-1105; e BUND, *Untersuchungen*, cit. 126-128.

indispensável à ciência jurídica por lhe permitir solucionar conflitos doutro modo insolúveis, em virtude da falta de normas e de princípios jurídicos e da dificuldade em os elaborar com a prontidão e o requinte desejáveis.

É um expediente transitório, destinado, portanto, a cessar as suas funções, tão-depressa a *iusprudentia* encontre uma solução directa. Entretanto, evita contradições e rupturas com o Direito fixado, assegurando a evolução pacífica sem comprometer o presente e contrariar o passado.

Justificam-no, a rigidez do *ius civile*, o conservadorismo e o tradicionalismo vincadamente romanos. Alimenta-o, o formalismo que é um sustentáculo da *libertas* tão cara ao *populus Romanus*. E fortalece-o, o progresso que, de mãos dadas com o passado, têm de comum a afirmação da grandeza da «*römischen Rechtskunst*»<sup>12</sup>.

Não faltam, porém, os seus detractores.

Assim, CORNIL vê na ficção uma hipocrisia e entende que os exemplos das ficções imaginadas pelo pretor fazem pensar na célebre máxima de La Rochefoucauld: «*A hipocrisia é uma homenagem que o vício presta à virtude*»<sup>13</sup>.

LECOCQ considera-a um absurdo e julga que «*le piquant que cette absurdité a été inventée pour sauvegarder la logique, du moins la logique des principes*». Na sua opinião, é um expediente «*vicieux, d'une mauvaise méthode*» que serve apenas «*à sauver les théories établies, à conserver des catégories commodes mais inexactes, à maintenir à tout prix des principes*»<sup>14</sup>.

E BONILLA Y SAN MARTIN vê nas formas desprovidas de matéria «*un 'flatus vocis' un mero fantasma, producto de la fantasía*». Não compreende a razão da *fictio legis*, afirmando só considerar uma explicação: «*La timidez legislativa*» que atribui «*al imperio y a la sugestión fetiquista de la regla jurídica positiva*». E julga «*vituperables las ficciones, aun cuando hayam desempeñado importante*

<sup>12</sup> Vid. WIEACKER, *apud* PRINGSHEIM, o.c. 215<sup>1</sup>.

<sup>13</sup> Vid. CORNIL, o.c. 33.

<sup>14</sup> Porém, LECOCQ (o.c. 228-229) não deixa de justificar a *fictio* no instinto formalista de Roma e na intangibilidade das regras.

papel en la evolución del Derecho», pois «no han acelerado, sino retardado el progreso de éste»<sup>15</sup>.

A posição francamente minoritária — diremos, excepcional — desta doutrina já por si indicia uma certa *fragilitas* nos seus fundamentos que, na verdade, não se impõem.

CORNIL ignorou as características do *ius civile* que justificam o uso da *fictio*. E a nossa crítica aumenta, tratando-se de um romanista que identificou, ainda, a realidade jurídica romana com a hodierna, perspectivando naquela as necessidades e exigências desta.

LECOCQ é um não-romanista que, tratando da ficção actual, teve necessidade de partir da *fictio* romana. Não compreendeu, todavia, de forma clara e sem ambiguidades, os seus factores determinantes e, por isso, tão depressa os parece entender como ignorar.

E, em BONILLA Y SAN MARTIN, a falta de uma noção técnico-jurídica de *fictio*, perfeita e rigorosamente delimitada, induziu-o a ver ficções em figuras simplesmente afins. Mais

<sup>15</sup> Vid. BONILLA Y SAN MARTIN, *o.c.* 25, 31 e 32. Este A. faz uma enumeração dos fins a que a ficção responde: favorecer a equidade, auxiliar a lógica jurídica, servir as instituições e os seus interesses, introduzir instituições novas (sem alterar, aparentemente, a estrutura do organismo jurídico-legal) e salvar o espírito e a forma da regra jurídica.

Porém, como veremos *infra* (§§ 12.1(1-4) e 13.2(1-4)), nem todos os seus exemplos são *fictiones*, mas figuras afins.

Da mesma opinião é ALVAREZ RIVERA (*o.c.* 71) para quem não merecem «la consideración de (ficções) muchas de las disposiciones que suele citarse como ejemplos de la 'fictio iuris'».

Vid. outras críticas à *fictio* em: GÉNY (*o.c.* 416-7), para quem há o perigo de arrastar quem a utiliza para uma via cheia de incertezas, equívocos, erros e injustiças; RENARD (*apud* ANGELESCO, *o.c.* 688<sup>3</sup>) que diz serem as ficções legislativas habitualmente utilizadas para ocultar uma injustiça; e LARENZ (*o.c.* 243) que entende ser a *fictio* uma forma de fugir aos problemas e comportar o perigo de passar despercebida a diferença que existe de facto entre F<sup>2</sup> e F<sup>1</sup>. Cfr. ainda: DABIN, *o.c.* 339; e MORIN (*o.c.* 161) que alertam para a necessidade de, chegado o momento oportuno — quando a *fictio* se torna uma redundância perigosa —, o jurista se libertar dela, trocando-a por conceitos e palavras novas adequadas à realidade.

grave, porém, é o contraste entre o importante papel na evolução do Direito e o retardar do progresso que revela uma compreensão histórica da *fictio* romana deficiente e pouco esclarecida.

Fica-nos, portanto, uma certeza: a *fictio* (histórica), que, segundo FERRINI, assinala «*le difficoltà e le vittorie dello svolgimento del diritto*»<sup>16</sup>, foi um instrumento tão indispensável ao desenvolvimento do *Ius Romanum* que, sem ele, a *iusprudentia* romana teria sido vulgar, sem a glória que, mui justamente, lhe é por todos reconhecida<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Vid. FERRINI, *o.c.* 140.

<sup>17</sup> Embora não pertença ao âmbito do nosso estudo — limitado a *fictio iuris* (histórica) no *Ius Romanum* da época clássica —, julgamos não despendendo uma referência, necessariamente sumária, à problemática no pensamento jurídico contemporâneo. Também aqui deparamos com defensores e detractores.

Defende a ficção a doutrina que, na esteira de IHERING, sustenta que a própria natureza do nosso espírito a torna necessária. Na verdade, raramente somos capazes de analisar as novas situações logo que se nos apresentam; de compreender todos os seus aspectos; de as exprimir claramente; numa palavra, de construir, desde o aparecimento do fenómeno, a ideia jurídica adequada para o dominar.

A ficção dispensa, ao espírito humano, o trabalho penoso e arriscado de elaborar conceitos novos que podem ou não estar «*au point*» porque a experiência ainda os não testou. A nossa faculdade de elaborar conceitos novos é infinitamente lenta, sendo necessário acomodarmo-nos a um número limitado de conceitos bem definidos e susceptíveis de enquadrarem firmemente as direcções morais e económicas da humanidade: a ficção permite-nos obter o resultado querido.

Defendem esta doutrina: DEKKERS, *o.c.* 234; DABIN, *o.c.* 338; DEMOGUE, *o.c.* 247; FÜLLER, *apud* BUND, *Untersuchungen*, cit. 127; ANGELESCO, *o.c.* 682-683, 692 e 696-697; e, sobretudo, GÉNY, *o.c.* 365, 366, 378, 398, 414, 428, 430 e 431.

Outra doutrina justifica a ficção por a julgar benéfica em virtude da estabilidade de que é portadora. Refere que as reformas velozes, teoricamente boas, são danosas pelo facto de serem imaturas; que a vida caminha aos saltos enquanto o Direito só lentamente pode evoluir, sendo necessária a ficção para impedir mudanças demasiado bruscas e evitar a discórdia.

Defendem esta doutrina: MACCHIARELLI, *o.c.* 546; DABIN, *o.c.* 338; ANGELESCO, *o.c.* 685-686 e 694-697; LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofia*, cit. 77;

RENARD, *o.c.* 137; DELGADO-OCANDO, *o.c.* 85; e ESSER, *o.c.* 88-90. Refere-a, LECOCQ, *o.c.* 221 e 232.

Há, igualmente, quem entenda que a ficção é útil, por revelar o objecto em que o jurista deve trabalhar, fazendo sentir a necessidade de encontrar uma solução definitiva.

Trata-se de uma perspectiva que remonta a IHERING e que surpreendemos em: DEKKERS, *o.c.* 235; LECOCQ, *o.c.* 232 e 238; DEMOGUE, *o.c.* 243; e, sobretudo, em WIEACKER que relaciona, neste aspecto, a ficção com o tacto que guia o cego com segurança. Vid. WIEACKER, *Vom römischen Recht*<sup>2</sup> (Göttingen 1961) 109-110.

Outros AA. vêem na ficção uma fonte de soluções novas, pois, inserindo diferentes conceitos num sistema (de conceitos) estreito e rígido, rigorosamente não coincidentes, produz sempre a extensão ou a modificação do Direito existente. Assim, consideram útil a ficção: DABIN, *o.c.* 280 e 344-345; GÉNY, *o.c.* 375-377; e ISSA-SAYEGH, *o.c.* 111.

Nesta mesma perspectiva, diz-se que a ficção se destina a vencer um obstáculo à concepção ou à formulação do Direito; e que permite, sempre, a vitória do Direito no conflito com a realidade (assim: ISSA-SAYEGH, *o.c.* 80 e 107). Que, na luta entre a utilidade imediata e a coerência conceitual, está o progresso veiculado pela *fictio*, graças à transacção que realiza (vid. MACCHIARELLI, *o.c.* 547; PUGLIATTI, *o.c.* 673; ROBBE, *o.c.* 634; e DELGADO-OCANDO, *o.c.* 89). Que seguem o Homem em todas as suas tendências, ajudando-o nas suas necessidades e reflectindo maravilhosamente o carácter social e político da legislação dum povo (assim: MACCHIARELLI, *o.c.* 569; ESSER, *o.c.* 91; e ANGELESCO, *o.c.* 693). Que é a prova do engenho humano, a vitória da inteligência e da imaginação sobre a matéria (vid. ISSA-SAYEGH, *o.c.* 112). E chega mesmo a dizer-se que as ficções são estrelas que aparecem e desaparecem no horizonte jurídico segundo a necessidade exige; e que a doutrina das ficções ilumina muitas questões árduas do Direito (assim, MACCHIARELLI, *o.c.* 570). Que são benéficas e úteis, pois a sua função é impedir um dano ou remediar os inconvenientes resultantes da aplicação duma regra jurídica (assim, BLACKSTONE, *apud* BATIZA, *o.c.* 6). E que se justificam por motivos de ordem moral, técnica, etc. (vid. ISSA-SAYEGH, *o.c.* 102-106).

Finalmente, há ainda quem, na esteira de IHERING, veja na ficção um fenómeno geral e necessário da história da civilização (assim, MACCHIARELLI, *o.c.* 539; e ROBBE, *o.c.* 634-635).

Mas a ficção tem, igualmente, os seus detractores.

Assim, é hoje considerada um expediente desconcertante a que devemos recorrer o menos possível (DEKKERS, *o.c.* 198). É o expediente da fraqueza e da impotência (TOULLIER, *apud* MACCHIARELLI, *o.c.* 570). É

ridículo e perigosa, favorece a preguiça e a indiferença e não tem nenhum sentido (LECOCQ, *o.c.* 242 e 255-257). É uma falsidade, uma sífilis que circula em cada veia e leva a cada parte do sistema o princípio da podridão (BENTHAM, *apud* BATIZA, *o.c.* 5-6; e *apud* MARI, E., *Jeremy Bentham: Du 'Souffle Pestilentien de la Fiction dans le Droit, à la Théorie du Droit Comme Fiction* em RIEJ 15(1985) 2-17. Todavia, segundo MARI, peca por a sua filosofia moral e jurídica ter o coração na utilidade e não na verdade). Serve para manter «insepultos, en el seno de la vida jurídica, los cadáveres de instituciones muertas» (BONILLA Y SAN MARTIN, *o.c.* 23). É um expediente hipócrita e, ao mesmo tempo, uma peça-mestra das construções mentais familiares aos juristas (CORNIL, *o.c.* 28).

É ainda possível referir uma doutrina intermédia, segundo a qual o recurso à *fictio* é de evitar nos sistemas tendencialmente monistas e orientados para uma fonte normativa preponderante senão única — a lei —, onde é possível fazer interpretações extensivas e restritivas e integrações através da criação de novas leis (PUGLIATTI, *o.c.* 665; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 20 e 127; DEL VECCHIO, *o.c.* 347; ESSER, *o.c.* 204-207; e HACKL, *o.c.* 262).

Nos Direitos contemporâneos, as ficções (que a doutrina fundamenta na economia jurídica) encontram-se, sobretudo, no Direito inglês, onde o carácter conservador, o formalismo, a carência de leis (no Direito privado) e o método casuístico da jurisprudência são propícios a artifícios como a ficção.

A doutrina refere, como exemplos de ficções, a irresponsabilidade régia (o rei não pode fazer mal); a ficção de cidadania para o estrangeiro ser punido; etc. (vid. DEKKERS, *o.c.* 229-231; MACCHIARELLI, *o.c.* 546-547; BATIZA, *o.c.* 3-5; ISSA-SAYEGH, *o.c.* 74; KELLER, *o.c.* 145<sup>338</sup>; BONILLA Y SAN MARTIN, *o.c.* 33-37; e KOULICHER, A. M., *Les Quatre Constitutions de l'Angleterre* em APDSJ 3-4(1932) 480-527).

Também são assinaladas ficções no Direito francês, onde adquiriram um uso frequente e excessivo no séc. XVII e foram profusamente estendidas por POTHIER. Vid. LECOCQ, *o.c.* 217-218; ANGELESKO, *o.c.* 698; LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofia*, cit. 77; e DEKKERS, *o.c.* 197-229.

No Direito alemão, ANGELESKO (*o.c.* 701-703) evidencia a expressão «es gilt»; ENNECCERUS, L., *Lerbuch des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*<sup>15</sup> (Tübingen 1959) 198, cita os §§ 108 II 2; 119 II; 892; 911; 1923; e 2366, e considera a ficção um meio de auxílio da técnica jurídica, uma «Breviloquenz»; e ESSER (*o.c.* 37-39, 45, 64, 82, 83, 89 e 90) vê ficções nos §§ 911, 2306 I, 1978 I, 1923 II, 162 do B. G. B. e nos §§ 39, 269 e 331 do Z. P. O.

E no Direito português, a ficção funciona, segundo BAPTISTA MACHADO (*o.c.* 108), como remissão implícita, pois, «em vez de

## II

### FIGURAS AFINS

#### 1) Nos expedientes do pretor

### § 9. A analogia

#### § 9.1 A interpretação extensiva e a integração por analogia

§ 9.1.1 A doutrina tradicional, que surgiu nos começos do séc. XIX e foi dominante até há bem pouco tempo, distingue a interpretação extensiva da integração por analogia.

Aquela presuppõe que as palavras da lei abraçaram o pensamento do legislador que disse menos do que efectivamente desejava dizer. E o respeito à *voluntas legis* impõe a extensão dos verbos para coincidirem com o seu *animus*. Estamos, ainda, no âmbito da *interpretatio*; há uma norma que previu a situação a subsumir, apenas a sua concretização foi imperfeita. Por isso, a

*expressamente remeter para normas determinadas que regulam determinados factos ou situações, o legislador estabeleceu que o facto ou situação a regular é ou se considera — como se juridicamente fosse — igual àquele facto ou situação para que já se acha estabelecido um regime na lei». BAPTISTA MACHADO aponta, como exemplos de ficções, a alínea c) do n.º 2 do art. 805.º, o n.º 2 do art. 275.º do Cód. civil e o art.º 3.º do Decreto-Lei n.º 161/77 de 21 de Abril.*

Tais ficções não reúnem, é certo, no seu *modus operandi*, as características assinaladas à  *fictio* (histórica) romana, expediente típico do pretor dirigido ao *iudex*.

Nem por isso deixarão, talvez, de ser ficções que têm na remissão implícita a sua característica, segundo BAPTISTA MACHADO (o.c. 108) e HACKL (o.c. 263) para quem «nel moderno diritto civile, l'uso delle finzione è giustificato nella legislazione solo se, nella forma di rimandi sintetici, evita delle ripetizioni».