

A doutrina distingue ainda duas espécies de analogia: a analógica (partindo de uma norma jurídica e sua aplicação fundamental e desenvolvida e particularizada a situações de todos os elementos não essenciais e esta idêntica assim deparada e aplicada aos casos e às situações) e a material (partindo de uma particularidade de disposições jurídicas não expressas por via

II

FIGURAS AFINS

indivíduos princípios jurídicos, decorrendo a disciplina não previstos). Deste modo, enquanto na primeira a disciplina jurídica é procurada numa norma cuja hipótese indica um caso

a) Nos expedientes do pretor

existem, indubitavelmente, um princípio geral de um conjunto (maior ou menor) de normas, princípio esse que decorre e aplica-se ao caso em questão.

§ 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 pressupõe que as palavras da lei atraíram o pensamento do legislador que disse menos do que efectivamente desejava dizer. E o respeito à *voluntas legis* impõe a extensão dos *verba* para coincidirem com o seu *animus*. Estamos, ainda, no âmbito da *interpretatio*: há uma norma que previu a situação a disciplinar; apenas a sua contemplação foi imperfeita. Por isso, a sua correcção impõe-se de modo a fazer dizer ao legislador o que desejou, mas não disse.

Pelo contrário, a integração por analogia pressupõe uma lacuna, ou seja, a ausência de uma norma que se pudesse interpretar: a situação a decidir não está prevista na letra nem no espírito de nenhuma norma jurídica positivada. É necessário integrar essa lacuna, se possível, através da analogia entre um caso tipificado na hipótese de uma norma e o caso *sub iudice*, analogia que a semelhança justifica e exige¹.

¹ Como refere OLIVEIRA ASCENSÃO, a analogia repousa na exigência do tratamento igual de casos semelhantes: o intérprete procederá de

A doutrina distingue, ainda, duas espécies de analogia: a *analogia legis* (partindo de uma norma jurídica, a sua ideia fundamental é desenvolvida e purificada graças à eliminação de todos os elementos não essenciais; e esta ideia, assim depurada, é aplicada aos casos a ela subsumíveis); e a *analogia iuris* (partindo de uma pluralidade de disposições jurídicas, são extraídos, por via indutiva, princípios mais gerais que se aplicam, depois, a casos não previstos). Deste modo, enquanto na primeira, a disciplina jurídica é procurada numa norma cuja hipótese tipifica um caso diferente, mas semelhante ao caso a solucionar; na segunda, extrai-se, indutivamente, um princípio geral de um conjunto (maior ou menor) de normas, princípio esse que, depois, é aplicado ao caso *sub iudice*².

§ 9.1.2 Hodiernamente, porém, esta doutrina parece superada.

Já BETTI advertia que a chamada interpretação extensiva não se distinguia da analogia, pois, desde que tivéssemos de ultrapassar o texto, cairíamos no âmbito da analogia. Neste sentido, entende que a analogia e a chamada interpretação extensiva ou restritiva introduzem, no processo interpretativo, um elemento que ultrapassa o simples propósito de clarificação, para enxertar um objectivo ulterior de adaptação e adequação da norma jurídica.

semelhante a semelhante. Todavia, o caso omisso tem sempre alguma diversidade: é relativamente semelhante, mas é, também, relativamente diferente. A analogia supõe que as semelhanças sejam mais fortes do que as diferenças. Vid. OLIVEIRA ASCENSÃO, J., *O Direito. Introdução e Teoria Geral* (Lisboa 1978) 398-399. No mesmo sentido, cfr. CABRAL DE MONCADA, L., *Lições de Direito Civil I*³ (Coimbra 1959) 183, 184 e 190-191. Vid. ainda: LARENZ *o.c.* 399, 438 e 440; ENGISCH, K., *Introdução ao Pensamento Jurídico* (Lisboa 1977) 234 e 239; BOBBIO, N., *Analogia em NNDI I*¹ (1958) 600-4; DERNBURG, A., *Pandette* 16 (Turim 1906) 89, 90 e 99; FERNANDEZ BARREIRO, A., *Presupuestos de una Concepción Jurisprudencial* (Santiago de Compostela 1976) 157-161; e BAPTISTA MACHADO, *o.c.* 185-192.

² Vid. CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, cit. 192; LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofia*, cit. 536; BOBBIO, *o.c.* 604; BAPTISTA MACHADO, *o.c.* 195-200; LARENZ, *o.c.* 444-449; e ENGISCH, *o.c.* 240.

A *interpretatio* contém um momento cognoscitivo — do pensamento da lei ou de outra *fons iuris* — e também uma função normativa: a de desenvolver critérios directivos. Isto é, a interpretação não se esgota num reconhecimento simplesmente contemplativo do significado da norma; vai além, realizando uma especificação e uma integração do preceito a interpretar¹.

LEGAZ Y LACAMBRA entende que devemos distinguir a analogia da interpretação extensiva do Direito. Mas observa que a distinção é, na prática, muitas vezes difícil².

LARENZ diz-nos que a integração das lacunas obedece aos mesmos princípios da interpretação da lei, sendo um prolongamento da *interpretatio*, noutro plano. Refere a opinião de BINDER de que «toda a aplicação do Direito é, por essência, uma actividade criadora»; e nota que nem sempre é evidente o que se entende por interpretação restritiva ou extensiva, pois a questão «é saber em relação a quê se denomina restritivo ou lato o significado correcto» e ignora-se que «o sentido literal não é uma grandeza fixa»³.

Para BOBBIO, entender a analogia como *interpretatio* ou criação jurídica depende do significado que se lhes atribua: se entendermos *interpretatio* em sentido restritivo (como simples conhecimento de uma disposição legislativa), dir-se-á que estender o alcance de uma disposição a casos originariamente não previstos é uma criação. Mas, se entendermos criação em sentido restrito (como produção originária de uma norma jurídica), a analogia não será criação, porque chega ao resultado partindo de uma norma pré-dada.

Na sua opinião, a dificuldade da exacta distinção está no facto de, em ambas as operações, ser idêntico o procedimento

¹ Vid. BETTI E., *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici* (Milão 1949) 75 e 84; e *Le Categorie Civilistiche dell'Interpretazione* em *RISG* 2(1948) 51-64.

² Vid. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofia*, cit. 537.

³ Vid. LARENZ, o.c. 133 e 399. Também HORAK observa que os defensores dum limite entre a interpretação extensiva e a analogia não estão de acordo sobre a sua localização. Vid. HORAK, F., *Rationes Decidendi* I (Innsbruck 1969) 246¹⁴.

lógico utilizado, apenas mudando o âmbito onde opera: segundo se mova no interior duma norma ou tenha lugar no seu exterior, para a criação de normas novas com base num princípio comum à norma já dada e à norma a construir. No entanto, pensa que a interpretação extensiva e a analogia têm funções diferentes: interpretativa, aquela; integradora, esta⁴.

Entre nós, BAPTISTA MACHADO observa que os quadros de referência da doutrina tradicional assentam no esquema subsuntivo da interpretação e aplicação do Direito em larga medida superado, pois, «na perspectiva dinâmica da aplicação do Direito, a custo se poderá distinguir, no plano metodológico, entre interpretação e integração do Direito». Trata-se, «num caso e noutro, de 'desenvolvimento' do ordenamento jurídico»⁵.

E CASTANHEIRA NEVES sustenta também que, propondo-se referir a fonte-norma às concretas exigências do problema jurídico a resolver, a *interpretatio* traduzir-se-á, sempre, numa constitutiva «concretização». Na sua opinião, «a fronteira entre 'interpretação' e 'integração' não é rígida, mas, antes, sem solução de continuidade». A «'interpretação extensiva' e a 'analogia' deixaram de ser rigorosamente delimitáveis», pois a interpretação jurídica «não é simplesmente hermenêutica, mas normativa (...): o seu valor último não é a 'verdade' mas a 'justiça'»⁶.

⁴ Vid. BOBBIO, o.c. 604.

⁵ Vid. BAPTISTA MACHADO o.c. 192.

⁶ CASTANHEIRA NEVES diz-nos que a teoria tradicional da interpretação jurídica está, hoje, em manifesta superação. E entende que, «no seu próprio quadro metodológico, a acentuação do elemento teleológico determinou-lhe uma mutação de sentido».

Não deixa de ser curioso o facto de a doutrina tradicional — cuja origem CASTANHEIRA NEVES situa nos começos do séc. XIX — estar hoje ultrapassada por um sentido que, refere o mesmo A., «tem manifestamente mais afinidades com a 'interpretatio' clássica do que com a estrita interpretação da lei que o positivismo jurídico e legalista viria a opor àquela 'interpretatio'». E isto aplica-se «quer à 'interpretatio' romana (...) quer à 'interpretatio' medieval e de todo o direito comum».

Trata-se, indubitavelmente, do reconhecimento de uma certa actualidade da *interpretatio* romana que recuperou, nas trevas do positivismo, o vigor que faz dela um apoio firme à superação do

Interessa-nos, todavia, estudar a analogia no *Ius Romanum*, agora que abordámos a sua problemática no pensamento jurídico hodierno, sensível, pelos vistos, à orientação que a *iurisprudentia* clássica imprimiu.

§ 9.1.3 Se é pertinente a afirmação de BAPTISTA MACHADO de que «o *discorrer por analogia está sempre presente no desenvolvimento do pensamento jurídico*»¹, perguntar-se-á, todavia, se a analogia foi (largamente) aplicada pelos *iuris consulti* romanos; e se, graças a ela, o *ius civile* se desenvolveu.

GARCIA GARRIDO refere que a analogia foi o meio técnico mais utilizado pelos jurisconsultos na elaboração e extensão de instituições e figuras²; e foi tão eficaz, que se afirmou um dos instrumentos técnicos primordiais no processo de elaboração e desenvolvimento do Direito Romano.

Graças à analogia, o reduzido âmbito do originário *ius civile* dilatou-se à medida que surgiram novos problemas a requerer outras tantas soluções jurídicas. Perante a insuficiência dos meios ao seu dispor, e sempre guiado pela *utilitas* e pela *iustitia*, o

pensamento jurídico positivista e um modelo sempre actual que a doutrina e a *iurisprudentia* jamais devem perder de vista.

Agora, se compreende melhor a lição de Sebastião CRUZ que vê no «alto valor formativo» a primeira das razões justificativas da utilidade e da necessidade do ensino do Direito Romano nas actuais Faculdades de Direito.

Vid. CASTANHEIRA NEVES, A., *Interpretação Jurídica em Polis* 3(1985), 651-707, máxime 652, 653, 663, 664, 666, 671, 672, 694-701 e 703; e CRUZ, *Direito*, cit. 117-118 e 620-622.

¹ Vid. BAPTISTA MACHADO, o.c. 331. No mesmo sentido, cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía*, cit. 60 e 535.

² Também BIONDI (*Istituzioni*, cit. 79) diz que a analogia foi largamente aplicada pelos juristas romanos e permitiu o desenvolvimento do *ius civile*. Na sua opinião, alargou-se o âmbito das *servitutes*, dos *contractus* e das disposições testamentárias a partir da analogia com as figuras primitivas.

No mesmo sentido, VOCI (*Istituzioni*, cit. 67) observa que a analogia foi um dos expedientes mais usados pelos Romanos no progresso do Direito e exemplifica com o regime dos quase-contratos, obtido por analogia com os institutos contratuais correspondentes; e do usufruto que se desenvolveu segundo a analogia com a propriedade.

jurista romano procurou elementos similares em situações já resolvidas que lhe permitissem estabelecer um critério analógico para aplicar as mesmas (ou parecidas) soluções aos novos casos³.

LA PIRA dá-nos conta da utilização, no último século da República, dos métodos indutivo e dedutivo e refere que os instrumentos lógicos para a construção de uma verdadeira ciência jurídica foram a *divisio*, a formulação de princípios e a dedução silogística. Sextus PEDIUS utilizou os instrumentos mais delicados da investigação científica: observa, analisa, define, interpreta e sistematiza. Todavia, na sua opinião, é o uso da analogia que dá à personalidade científica de PEDIUS o seu carácter inconfundível: «*Pedio è, per definizione, il giurista dell'analogia; l'interpretazione analogica è lo strumento preferito della sua ricerca*». A análise permitiu-lhe determinar o elemento comum — o *genus* — que une várias relações e institutos⁴. A definição deu-lhe a possibilidade de elaborar princípios que são o fundamento de um edifício científico. E a analogia permitiu tutelar uma relação nova, estendendo-lhe a disciplina jurídica de uma relação análoga já tutelada pelo Direito⁵.

Segundo HORAK, as operações lógicas eram conhecidas no mundo romano. E a simples subsunção a uma norma geral ou individual é a arte de fundamentar mais familiar ao jurista romano. A analogia é uma arma gostosamente utilizada⁶.

³ Vid. GARCIA GARRIDO, *Casuismo*, cit. 97-98.

⁴ Assim, nos contratos e nos negócios formais em geral, destaca-se um elemento comum — a *conventio* — em função do qual se interpreta a *voluntas partium*, cuja falta provoca a ineficácia do negócio respectivo. Vid. LA PIRA G., *La Personalità Scientifica di Sesto Pedio* em *BIDR* 45(1938) 293-296; e *La Genesi del Sistema nella Giurisprudenza e gli Strumenti della Costruzione Scientifica* em *BIDR* 43-44(1935-37) 132-133.

⁵ LA PIRA (*La Personalità*, cit. 308-309), que atribui a Sextus PEDIUS a mais antiga e compreensiva formulação da analogia (e cita: D. 1,3,12; -1.3.13), põe-nos em face dum problema de «*una certa complessità: chi può servirsi dell'interpretazione analogia?*». E responde: «*Facilmente*», indicando o pretor, com base na sua *iurisdictio*; e o jurista, em virtude do seu *ius respondendi* (depois de Augusto) e, já antes, com base na sua própria *auctoritas*.

⁶ Vid. HORAK, *o.c.* 78-84 e 292-295. Cfr. ainda: KASER, *Römisches*, cit. 25; FERNANDEZ BARREIRO, *o.c.* 64-65; e D'ORS, *Derecho*, cit. 31.

Porém, de harmonia com o seu modo de pensar metodicamente flexível, os jurisconsultos romanos não elaboraram uma teoria de interpretação.

WIEACKER parece justificar a ausência de um «*Prinzip der Analogie*» na circunstância de criar particulares incómodos à «*kasuistisch vereinzeldnen Anschauung des altrömischen Juristen*». E vê na analogia «*ein Vehikel der spontanen Anschauung*»: a associação ordenada que rege os casos, através de adaptações intuitivas, por pensamentos jurídicos comuns⁷.

Com efeito, no pensamento jurídico romano sempre foi a necessidade prática ou o sentimento jurídico que ditou as soluções e a lógica «*ne vient qu'après*»⁸. O seu método, a sua técnica e a sua lógica são peculiarmente práticos e vitalmente realistas. E as suas teorias e generalizações «*llegan hasta donde es necesario para su misión práctica y, con un sentido consciente de sus límites, nunca los sobrepasan, evitando cuidadosamente la generalización abstracta e irreal*», escreve GARCIA GARRIDO⁹.

Sempre que necessário, os juristas romanos sacrificam o rigor da lógica, jamais considerando o ordenamento jurídico um complexo logicamente elaborado. Como observa BIONDI, a repugnância pela abstracção puramente lógica e a falta de

⁷ Vid. WIEACKER, F., *Vom römischen Recht*² (Göttingen 1961) 109-111 e 154-155. Também VONGLIS entende que os juristas romanos não tiveram uma verdadeira doutrina da interpretação, mas julga possível extrair, do conjunto das fontes, uma metodologia uniforme. Vid. VONGLIS, B. *Droit Romain et Rhetorique* em *RHD* 37(1969) 251 e 254.

⁸ Vid. IHERING, *o.c.* 314.

⁹ Vid. GARCIA GARRIDO, *Casuismo*, cit. 83-84. O A. apresenta-nos, num exame esquemático, os seguintes graus de elaboração jurisprudencial: o caso (situação de facto analisada pelo jurista em cada um dos seus elementos); o caso-guia (caso ou situação de facto considerada modelo — devido ao seu extenso âmbito de aplicação ou à sua especial elaboração técnico-jurídica — para a solução de casos semelhantes. Intervém, aqui, sobretudo, a analogia); regras e axiomas jurídicos (cujo valor resulta tanto da sua correspondência a critérios de equidade como do seu fundamento na *auctoritas* dos juristas); e figuras e instituições jurídicas. Vid. GARCIA GARRIDO, *Casuismo*, cit. 104; e *Derecho Privado Romano. II Casos y Decisiones Jurisprudenciales* (Madrid 1980) 47 e 49-53, onde explica este *modus* de elaboração jurisprudencial em matéria de furto de uso.

coordenação entre os vários ordenamentos clássicos impediram-nos de considerar o Direito vigente como um complexo unitário e homogéneo. Pelo contrário, os juristas tão-só consideravam as figuras jurídicas portadoras de elementos comuns que reagrupavam em categorias homogéneas: com base nos tipos singulares de servidões, delinearão a figura da *servitus*; partindo dos vários géneros de legados, construíram a noção de legado; das várias *vindicationes*, chegaram ao conceito de *vindicatio*, etc.¹⁰

Nas palavras de GARCIA GARRIDO, o lema da *iurisprudencia* romana «era crear ciencia para la práctica y no ciencia para la ciencia», sendo fundamentalmente prática a finalidade de todos os escritos jurisprudenciais: o *prudens* tinha sempre em vista o resultado a obter, jamais «dejándose elevar por un critério exclusivamente lógico». Por vezes, a necessidade e a utilidade prática fazem que os juristas sacrifiquem o rigor lógico, sugerindo ao pretor a introdução de ficções¹¹.

¹⁰ Vid. BIONDI, B., *La Categoria Romana delle Servitutes* (Milão 1938) 326-327.

GARCIA GARRIDO aceita a opinião de BIONDI segundo a qual a discussão sobre o carácter teórico ou prático dos juristas romanos é uma questão ociosa. Para eles, o Direito nunca foi uma ciência entendida como conjunto de princípios sistematizados e ordenados. Não existe uma dogmática jurídica (no sentido de ter, como tarefa, a realização de graus diferentes de abstracção) na *iurisprudencia* romana porque nunca elaborou Direito que não fosse encaminhado directamente para a prática. Vid. GARCIA GARRIDO, *Casuismo*, cit. 69-73 e 80-81; e *Derecho Privado Romano. II Casos*, cit. 44-45, onde refere que os juristas romanos não partem nem chegam a um conceito geral, mas alargam, por analogia, as escassas figuras originárias sem jamais chegarem a um conceito geral. A sistematização era utilizada pelos juristas na medida em que servia para enquadrar os problemas concretos e distinguir as regras e princípios, agrupando-os em categorias precisas e homogéneas. É que o Direito brota, como formação espontânea, da vida social e esta não pode encerrar-se em limites lógicos e rígidos. Quando o jurista tem que atender a uma necessidade concreta, não pode deter-se, num conselho ou resposta, a considerar onde se encaixa melhor a sua estrutura ou classificação com vista a uma ordenação ulterior.

¹¹ Vid. GARCIA GARRIDO, *Derecho Privado Romano. II Casos*, cit. 382; e *Casuismo*, cit. 98-99.

A sua lógica é especial; não é a lógica rigorosamente científica da moderna ciência jurídica. Os princípios e as regras do Direito¹² nunca se aplicam mecanicamente, com uma lógica inflexível, pois os juristas romanos sabiam muito bem que podia levar a resultados inoportunos e injustos. Trata-se de uma lógica *sui generis*, verdadeiramente jurídico-romana, que tem no realismo, na flexibilidade e no sentido eminentemente prático as suas características essenciais¹³.

¹² Como refere SCHMIDLIN, a *regula* tem a sua origem numa particular espécie de simplificação em que os elementos de casos são isolados, sem o jurista precisar dum instrumento conceitual abstracto. Basta uma intuição casuisticamente formada que reconhece, rigorosa e exactamente, a essência jurídica dum problema casuístico. Não se deve comparar com a indução (a comparação não seria exacta, nem metódica nem historicamente) que em parte alguma ocupou seguramente os juristas romanos e nenhuma influência directa exerceu no seu modo de pensar casuístico. A passagem do caso isolado para a proposição-regra não acontece por meio duma comparação sucessiva de muitas decisões individuais, mas é devida à análise (separação) casuística do material.

A *regula* nasce, portanto, com a separação, o isolamento e a simplificação dos aspectos jurídicos contidos nos casos. Assim obtida, a *regula* nunca funciona como premissa maior para subsunção silogística; a sua exactidão baseia-se numa análise casuística e não na concordância possível de muitas decisões de casos idênticos. Porque retira a força da sua validade na intuição concreta, tal validade não é universalmente garantida. A *regula* é, apenas, um factor de condução casuística que precisa de reflexão e deve ser corrigida frequentemente; e, uma vez ultrapassada pelo desenvolvimento, pode ser eliminada sem inconveniente.

GARCIA GARRIDO vê nas *regulae iuris* explicações breves de certas decisões jurídicas, não tendo outro alcance do que servir de ponto de orientação na prática e no ensino.

E também CARCATERRA entende a *regula* como um guia, uma norma de conduta.

Sebastião CRUZ ensina que as *regulae* são princípios fundamentais obtidos não por via especulativa. E considera a sua formulação um «sinal de progresso na ciência do Direito».

Vid. SCHMIDLIN, B., *Die römischen Rechtsregeln* (Viena 1970) 158-162; GARCIA GARRIDO, *Casuismo*, cit. 91 e *Derecho (...) Casos*, cit. 56-57; CARCATERRA, A., *Le Definizioni dei Giuristi Romani* (Nápoles 1966) 24; e CRUZ, *Direito*, cit. 363. Vid. exemplos de *regulae* em D'ORS, *Derecho*, cit. 12.

¹³ Vid. GARCIA GARRIDO, *Casuismo*, cit. 65, 74 e 76; CRUZ, *Direito*, cit. 288-289; D'ORS, *Derecho*, cit. 31; e FERNANDEZ BARREIRO, *o.c.* 49 e 63.

Numa palavra: no método empírico e na estrutura casuística do ordenamento jurídico romano, o primeiro plano cabe à intuição que dirige a lógica, aceitando-a ou recusando-a se justa ou injusta, útil ou inútil, pois jamais o *iuris consultus* ignorou que não é a lógica, mas a vida, o sentimento jurídico, que reclama o que deve ser¹⁴.

É evidente que a especificidade desta lógica não favorece — esbate — a controvérsia à volta do tipo de lógica utilizado pelos jurisconsultos romanos. No entanto, há quem veja nos textos jurisprudenciais a expressão dum pensamento asistemático e exclusivamente problemático.

Assim pensa VIEHWEG, para quem o jurista romano põe um problema e trata, logo, de encontrar argumentos. O seu modo de trabalhar, com apelo a pontos de vista já reconhecidos e comprovados, é profundamente tópico, não havendo indícios da lógica estóica¹⁵.

Também SCHMIDLIN nos diz que os juristas romanos utilizaram a argumentação tópica. E refere que os contem-

¹⁴ Vid. IHERING, *o. c.* 311; e WIEACKER, *o. c.* 149-155.

Não faltam, no *Ius Romanum*, exemplos em que o rigor da lógica cedeu às concretas exigências da Justiça. Haja em vista que, de todos os possíveis efeitos jurídicos produzidos por certos negócios jurídicos, somente algum (ou alguns) se admitiam. É o que vemos, *v. g.* na *coemptio fiduciae causa* celebrada, tão-só, *tutelaevitandae causa*, *testamenti faciendi causa* ou *liberationis sacrorum causa* (vid. *infra* § 13.2.4.1(2-4)).

E tenhamos ainda em conta a utilização alógica da *adoptio* (em sentido amplo) — a *adrogatio* — por um indivíduo mais velho que é *d-*rogado como *filius* e fica a ter, como *pater*, outrem mais novo (vid. *infra* § 12.1.4.3).

¹⁵ VIEHWEG refere-nos um repertório de pontos de vista (tópicos) em D. 50,17 «*de diversis regulis iuris antiqui*» e vê tópicos em: D. 50,17,10 («*secundum natura est, comoda cuius que rei eum sequi, quem sequentur incommoda*»); -50,17,25 («*plus cautionis in re est, quam in persona*»); -50,17,29 («*Quod initio vitiosum est, non potest tractu tempore convalescere*»); -50,17,54 («*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*»); -50,17,110 («*In eo, quod plus sit, semper inest minus*»); etc.. Vid. VIEHWEG, T., *Tópica y Jurisprudencia* (Madrid 1964) 67-83; e *Las Ventajas de la Tópica em RJBA I-III* (1968) 19-24.

porâneos de CICERO, como os da época clássica, possuíram uma boa formação em dialéctica e retórica¹⁶.

STROUX—que estudou, em pormenor, esta matéria—entende que, em Roma, a retórica era, já por volta do ano 100 a.C., uma matéria cultural importante que interessava às classes sociais a que os juristas pertenciam. E apresenta, como exemplo bem significativo da retórica, a famosa *causa Curiana* ganha pelo orador L. Licinius Crassus, defensor da *voluntas* contra o *scriptum* no testamento¹⁷.

VILLEY refere que CICERO louvou Servius Sulpicius RUFUS por dominar e aplicar a arte da dialéctica nos seus *responsa*. SCAEVOLA, TUBERO e muitos outros viveram no círculo helenizante e filósofo de Cipião. E TREBATTIUS chegou mesmo a cair de emoção quando viu os *Topica* de Aristóteles na biblioteca de CICERO¹⁸.

Convenhamos que o método tópico é aliciante, dada a sua função de conduzir um assunto a uma polémica fecunda a decidir com argumentos fundados em pontos de vista (*topoi*)

¹⁶ SCHMIDLIN (o.c. 197-203) precisa que Cícero trata frequentemente os juristas como interlocutores e amigos, e elogia os seus conhecimentos dialécticos.

A utilização de argumentos tópicos é provada pelo vocabulário abundante que serve no encadeamento de argumentos, no apoio ou delimitação de casos jurídicos. Seria o caso de *simile est, idem est, sed etiam, nam igitur, quoniam, consequens, evidenter, nam et, sed et, sed si, sin autem*, etc.

Todavia, na sua opinião, IULIANUS (D. 34,5,13,3) revela-se bom conhecedor da lógica estóica.

¹⁷ STROUX, cuja dissertação impressionou vivamente e suscitou o entusiasmo de RICCOBONO (para quem fere, com um golpe, a direcção da crítica interpolacionística que espoliou a *iurisprudencia* romana da parte mais viva e fecunda que é atribuída aos Bizantinos no C.I.C.), diz-nos que o jurista deixou de ser o «escravo da palavra» e assinala o grande contributo dado à *aequitas* por Servius Sulpicius RUFUS (discípulo de Aquilius GALLUS) que era orador e dominava a retórica que veio a adquirir familiaridade no *forum* romano. Vid. RICCOBONO, S., «*Summum Ius Summa Iniuria*». Prefazione em AUPA 12 (1929) 639-646; e STROUX, G., «*Summum Ius Summa Iniuria*». Un Capitolo Concernente la Storia della 'Interpretatio Iuris' em AUPA 12(1929) 660 e 672-690.

¹⁸ Vid. VILLEY, M., *Logique d'Aristote et Droit Romain* em RHD 29(1951) 312-326.

reconhecidos e comprovados; e cuja natureza problemática impede um pensamento lógico consequente e dificulta a aplicação do critério dedutivo¹⁹. Este pensamento problemático parece, na verdade, ajustar-se ao *modus operandi* do pensamento jurídico romano, senhor duma lógica específica, adversa a enunciações abstractas e genéricas.

Todavia, não falta quem advirta que a tópica aristotélica pouco se adaptou ao estilo-argumentação e ao estilo-tradição da *iurisprudentia* — porque tais formas de exposição contrariavam a lei da formação de uma *iurisprudentia* casuística —, tendo penetrado somente nos géneros elementares da exposição²⁰. E afirma-se mesmo que a técnica dos juristas era bem diferente da dos retóricos: a *iurisprudentia* permaneceu sempre fiel ao procedimento casuístico, oposto a esquemas abstractos próprios de filósofos e retóricos.

Assim, KASER assinala à intuição «*el factor clave*» que dirige e controla o processo racional. Na sua opinião, este ver espontaneamente a solução exacta baseia-se em dois tipos de fundamentos intimamente compenetrados: o sentimento jurídico material e a enorme experiência jurídica. Os *topoi* não revestem, no pensamento dos juristas, a importância atribuída por VIEHWEG, pois a retórica, que não visou, em cada situação concreta, a realização da justiça — e, quando se lhe dirigiu, foi secundariamente —, tão-pouco teve em vista o conhecimento intuitivo do Direito²¹.

¹⁹ Vid. CARCATERRA, o.c. 35; e BRETONE, M., *La Logica dei Giuristi Romani em Labeo* 1(1955) 75-78.

Note-se, porém, que uma elaboração jurídica que utilize *topoi* não pode renunciar ao pensamento dedutivo, pois «*aunque se llegue a las premisas por el camino inductivo, no obstante, su aplicación al caso concreto se lleva a efecto mediante una deducción lógica*». Simplesmente, «*la tópica busca las premisas en tanto no sean susceptibles de deducción; la lógica, en cambio, las elabora en forma de silogismo*», escreve KASER, M., *En Torno al Metodo de los Juristas Romanos*, trad. de J. Miquel (Valladolid 1964) 14.

²⁰ Assim entendem WIEACKER, o.c. 148; e VONGLIS, o.c. 251 e 255-256.

²¹ KASER (*En Torno*, cit. 16-18, 23 e 36) atribui à intuição o factor primordial na arte romana de encontrar soluções justas e chega mesmo a reconhecer no sentimento jurídico um dom concedido ao povo romano

FERNANDEZ BARREIRO entende que os esquemas ciceronianos relativos ao raciocínio tópico se afastam totalmente da *mentis forma* dos juristas e do estilo do seu modo lógico de raciocinar juridicamente. Na sua opinião, pode afirmar-se que o pensamento dos juristas romanos era um «pensar problemático»; mas de modo nenhum a sua actividade visava a obtenção de *topoi*: a *iurisprudentia* nunca procurou *topoi* concebidos como *regulae iuris* ou *definitiones*, antes trabalhou, no seu labor casuístico, com certos «conceptos rectores», tais a *aequitas*, a *bona fides*, o *animus*, a *utilitas*, etc.²²

Finalmente, há quem sustente que os juristas romanos trabalharam com a lógica estóica que, na opinião de ORTOLAN, parecia inventada para as almas romanas e penetrou profundamente na *iurisprudentia* que introduziu o princípio do Direito fundado na *ratio*²³.

Além de ORTOLAN, merece destaque TORRENT pela crítica feita a VIEHWEG — os juristas romanos não dirigiram o seu esforço para obterem *regulae* nem estas tiveram o valor de *topoi* no sentido da tópica aristotélica e ciceroniana —; pelo destaque da intuição e da experiência em que os juristas se apoiavam na procura de soluções para os problemas; pelas diferenças importantes que vê entre a analogia aristotélica e a analogia dos juristas romanos; pelo testemunho da lógica estóica que observa em SCAEVOLA, IULIANUS, PROCULUS, etc.; e pela recusa da utilização da analogia à maneira retórica pelos juristas romanos²⁴.

como um talento extraordinariamente fecundo que chegou a atingir a genialidade nos clássicos.

²² Vid. FERNANDEZ BARREIRO, *o.c.* 50-56. Cfr. ainda VONGLIS, *o.c.* 256.

²³ Ainda segundo ORTOLAN, o estoicismo contribuiu eficazmente para a decadência do Direito quiritário. Vid. ORTOLAN, M., *Historia de la Legislación Romana*⁴ (Madrid 1869) 225-226. Cfr. ainda FERNANDEZ BARREIRO, *o.c.* 65.

²⁴ TORRENT entende que a *iurisprudentia* romana punha a realidade jurídica como problema e tratava de o resolver através das suas intuição e experiência e não com os artificiais *topoi*, como pretende VIEHWEG.

Apoiando-se em KASER e WIEACKER, recusa à tópica a base para ulteriores progressos da ciência do Direito e vê nas *regulae* um produto

Seja como for, haja ou não, na lógica jurídica romana, influências (mais ou menos significativas) das lógicas aristotélica e estóica — ou, porventura só de uma —, essa lógica, a que a analogia pertence como raciocínio²⁵, teve a maior importância no desenvolvimento do *Ius Romanum*, como instrumento poderoso da *interpretatio prudentium*, sem o qual POMPONIUS não teria certamente dito que o «*ius civile (sine scripto) in sola prudentium interpretatione consistit*» (D. 1,2,2,12).

mais da experiência do que de uma procura deliberada de linhas directivas.

Julga demasiado audaciosa a influência grega perspectivada por LA PIRA e, contra VIEHWEG, entende que nunca os Romanos conceberam as poucas *regulae* como catálogos de *topoi*, aptos para argumentar.

Vid. TORRENT, A., *Salvius Iulianus, liber singularis de ambiguitatibus* (Salamanca 1971) 20-26, 52-59 e 87-95.

²⁵ Segundo BOBBIO (o.c. 600-603), o «raciocínio por analogia» é, em lógica, o raciocínio em que, postos dois termos em relação de semelhança, se estende a um o predicado do outro, segundo a fórmula: *S* é semelhante a *M*; *M* é *P*; *S* é *P*. Os lógicos modernos classificaram-no entre os procedimentos indutivos e consideraram-no uma indução imperfeita.

Mais recentemente, mostrou-se que o raciocínio por analogia é um falso raciocínio ou não tem autonomia alguma, sendo redutível às formas clássicas do raciocínio dedutivo ou indutivo.

É certo, alguns AA. persistem em ver no raciocínio por analogia uma nova espécie de raciocínio (ao lado da dedução e da indução), embora o considerem mais precário. Na verdade, inferindo de certas semelhanças novas semelhanças, as suas conclusões nunca deixam de ter um carácter nitidamente problemático: a consideração das semelhanças entre objectos pode levar a esquecer as suas diferenças (v. g. afirmar que o morcego é uma ave pelo facto de voar); e está afastada a prova das hipóteses formuladas porque uma semelhança não arrasta necessariamente outra semelhança.

Modernamente, porém, a analogia é considerada uma indução seguida de uma dedução (v. g. para se conhecer a sintomatologia de uma doença foi necessário observar vários indivíduos: trata-se de uma indução; posteriormente, a conclusão de que alguém sofre daquela doença é fruto de uma dedução).

Quanto à analogia jurídica (também dita «raciocínio por analogia», «procedimento por analogia», «extensão analógica», «interpretação analógica») trata-se de uma operação através da qual se atribui a um caso ou a uma matéria, não expressamente regulamentada no ordenamento jurídico, a mesma disciplina prevista pelo legislador para um caso ou para uma matéria «*similis*».

Tal *interpretatio* — que não foi apenas um método, mas (principalmente) substância jurídica, ou seja, a linfa introduzida no velho *ius civile*, destarte sempre rejuvenescido — não se deixa, obviamente, aprisionar nos limitados esquemas que definem e separam a *interpretatio* extensiva da analogia, segundo a doutrina tradicionalista. Opõe-se-lhe já a impossibilidade de as compreendermos autonomamente em todas as suas fases históricas do ordenamento jurídico romano: se, na época arcaica, a *interpretatio* revestiu um carácter mais rígido e formalista, sem prejudicar, todavia, a função criadora que determinou a evolução do Direito (sobretudo através da sugestão de *actiones ad exemplum*, bem clara nos últimos tempos da República); foi, nos primeiros três séculos do Império, que os jurisconsultos romanos desenvolveram a sua *interpretatio* que progressivamente evoluiu de *iuris* para *legis*, mas sem perder o seu carácter criador²⁶.

Daí que a romanística mais atenta — dando-se conta da frequente utilização da analogia, através da qual os juristas romanos estenderam e aplicaram decisões a outros casos semelhantes — sustente a necessidade, para a boa compreensão das numerosas aplicações deste recurso técnico-jurídico, de o entendermos num «*sentido amplio de interpretación, extensión y creación de principios jurídicos basados en una razón de semejanza*»²⁷.

²⁶ Vid. SERRAO, F., *Interpretazione della Legge (Diritto Romano)* em ED 22 (1972) 239-250.

²⁷ Vid. GARCIA GARRIDO, *Derecho (...) Casos*, cit. 59; e *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 310¹⁸. Este A. rejeita a concepção tradicional que teve eco em STEINWENTER, para quem o conceito de analogia pressupõe a ideia clara de uma certa unidade dum sistema de normas gerais; a ideia de que, para cada situação, há uma norma jurídica que pode e tem de ser extraída das ideias fundamentais do sistema ou de um termo genérico comum.

Todavia, esta ideia é, na opinião de STEINWENTER, filha do Direito natural, tendo surgido nos finais do séc. XVII. Além do mais, faltava, em Roma, a ideia dum sistema uniforme, abrangente, a partir do qual as normas em falta pudessem ser deduzidas. Em Roma, a interpretação desejada pelos juristas nunca poderia resultar da aplicação analógica do Direito, mas, tão-só, da criação jurídica do pretor.

A favor da diferença entre os pensamentos jurídicos moderno e romano, o A. invoca também o facto de, na época pré-clássica, nunca a questão da *voluntas legislatoris* se ter levantado, pelo que teria de ser

E é com este sentido amplo de analogia que devemos, na verdade, trabalhar. Tanto mais que, só depois de a actividade criadora da *iurisprudencia* ter decaído, a *interpretatio* assumiu uma função intelectual que, nas palavras de BIONDI, «*non diversa (è) da quella moderna*». Somente então, os juristas «*incominciano a parlare di 'mens' o 'sententia legis'*» (D. 5,3,25,5; -1,2,19; -48,9,3) *come qualche cosa di obbiettivo insito nella legge, il cui accertamento costituisce il fine della interpretazione*²⁸.

Todavia, a circunstância de o ordenamento jurídico romano ser dualista e de o principal expediente *supplendi iuris civilis*—a *actio in factum concepta*—pertencer, formal e substancialmente, ao *ius praetorium*²⁹ aconselha-nos a analisar, em

ignorada a distinção entre a *interpretatio* extensiva e a integração a partir do sistema.

Contra a doutrina que, na esteira de VOIGT e de STROUX, vê a analogia no *status ratiocinativus (syllogismus)* do *iudex* que profere a sentença, STEINWENTER refere a falta de provas e conclui: «*In keinem der untersuchten Fragmente die Analogie in dem von uns vorausgesetzten Sinngehalte erfasst worden ist (...), weil sie als soche in das überkommene römische Denken nicht hineinpasste*».

Porém, GARCIA GARRIDO diz-nos que «*una concepción clara de analogía aparece ya en los retóricos romanos*» e «*los juriconsultos aplicaron los métodos analógicos en la más extensa medida*».

O pensamento de STEINWENTER é também rejeitado por FERNANDEZ BARREIRO e por BUND, para quem não é necessário todo o ordenamento jurídico à aplicação da analogia. Basta verificar a existência de um só termo genérico (C) entre A e B para observar uma semelhança entre A e B e sujeitar B à regra de A. BUND entende que STEINWENTER restringe o conceito de analogia mais do que os limites metodológicos ordenam: a analogia só é vista na função deformada a que o positivismo legalista a destinou.

Também HORAK se afasta de STEINWENTER, entendendo inadequado o seu conceito de analogia que os textos, de resto, desmentem. Todavia, concorda na dificuldade em traçar a linha de separação entre *interpretatio* extensiva e analogia.

Vid. STEINWENTER, A., *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie* em *Studi Acbartario II* (1953) 105-127; máxime 125; FERNANDEZ BARREIRO, o.c. 64; BUND, *Untersuchungen*, cit. 103, 104 e 106; e HORAK, o.c. 244, 246 e 260.

²⁸ Vid. BIONDI, *Istituzioni*, cit. 77-79.

²⁹ Vid. *infra* §§ 10.2(1-2) e 10.3(1-2).

separado, a *interpretatio* extensiva e a integração analógica, sem esquecermos «que se trata de simples modalidades no todo 'continuum' da realização do direito»³⁰.

§ 9.2 A analogia no *Ius Romanum*

§ 9.2.1 HORAK estudou as principais motivações que os juristas romanos tomaram como fundamento das suas decisões lógicas ou probabilistas e distinguiu dois importantes grupos:

- 1.º — o das motivações que reflectem um claro procedimento lógico de dedução. Pertencem a este grupo as decisões motivadas pela dedução de uma norma jurídica; as argumentações mediante a lógica ou a gramática; as argumentações baseadas noutras decisões jurisprudenciais admitidas como *ius receptum*; as motivações baseadas em regras; e as fundamentações apoiadas em construções jurídicas;
- 2.º — o das motivações probabilistas. Baseiam-se em controvérsias dos juristas; na interpretação de vocábulos da linguagem comum; na interpretação da *voluntas* de quem realiza um acto ou negócio jurídico; nas doutrinas filosóficas; nos costumes e na equidade; na analogia; e na natureza das coisas.

No primeiro grupo, as motivações reflectem um inequívoco trabalho lógico, traduzido na dedução de premissas certas e firmes, sendo as consequências apresentadas como necessárias.

No segundo, o raciocínio continua a ser lógico. Simplesmente, na falta de certeza nas premissas, as motivações surgem como mera probabilidade. Todavia, sempre a lógica é, na opinião de HORAK, utilizada como instrumento ao serviço da justiça material¹.

Destacamos, apenas, alguns exemplos.

³⁰ Vid. CASTANHEIRA NEVES, *Interpretação*, cit. 699.

¹ Vid. HORAK, *o.c.* 81.

Ao primeiro grupo pertence a motivação baseada na *regula* «*noxam caput sequitur*» que vemos em:

D. 47,10,17,7: «*Si iussu domini servus iniuriam fecerit, utique dominus conveniri poterit etiam suo nomine. sed is proponatur servus manumissus, placet Labeoni dandam in eum actionem, quia et noxa caput sequitur nec in omnia servus domino parere debet: ceterum et si occiderit iussu domini, Cornelia eum eximemus*».

Segundo ULPIANUS, se um escravo tiver injuriado com autorização do *dominus*, este poderá ser demandado. Porém, se o escravo foi manumitido, LABEO entende que a *actio* deve ser outorgada contra o liberto, porque «*noxam caput sequitur*» e o escravo não deve obedecer ao seu dono em tudo; aliás, se tiver assassinado por ordem do *dominus*, é eximido (do crime) segundo a lei Cornélica.

Isto é: se injuriar ou assassinar por ordem do seu dono, o escravo não é responsável. Não pode ser demandado. Quem responde é o seu *dominus*. Porém, se, entretanto, foi libertado, responde — segundo LABEO — não o *ex-dominus*, mas o próprio delinquente porque o dano acompanha a (sua) pessoa².

Uma motivação baseada na dedução de uma norma jurídica está num texto de LABEO:

D. 20,6,14: «*Cum colono tibi convenit, ut invecta importata pignori essent, donec merces tibi soluta aut satisfactum esset: deinde mercedis nomine fideiussorem a colono accepisti. satisfactum tibi videri existimo et ideo illata pignori esse desisse*».

O *dominus* de um *fundus* arrendado e um colono do arrendatário convencionaram em os *invecta* garantirem o

² Vid. outras motivações baseadas noutras *regulae* em: D. 28,5,46 («*Impossibilem condicionem in testamento pro non scripta habendi*»); -41,3,32,2 («*Incertam partem possidere nemo potest*»); -43,17,3,7 («*Superficies solo cedit*»); etc. Cfr. HORAK, *o.c.* 119; e FERNANDEZ BARREIRO, *o.c.* 62.

pagamento ou outra satisfação da renda. Seguidamente, o *dominus* recebeu, do colono, um fiador. LABEO entende que o *dominus* parece ter sido satisfeito e, por isso, os *illata* deixam de estar empenhados.

Nesta hipótese, LABEO limitou-se a deduzir da norma criada pelas partes (*lex privata*) a *satisfactio* resultante da apresentação de um fiador que o *dominus* aceitou³.

Um exemplo de motivação baseada na doutrina dos juristas é-nos apresentado ainda por LABEO:

D. 19,2,60pr.: «*Cum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ex calendis illis cuiusque anni, sed etiam locare habitatori si velit suo tempore possit. itaque si ea domus ex kalendis Ianuariis fulsa in kalendis Iuniis permansisset, ita ut nec habitare quisquam nec ostendere alicui posset, nihil locatori conductorem praestaturum, adeo ut nec cogi quidem posset ex kalendis Iuliis refecta domu habitare, nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare.*»

Segundo LABEO, quando uma casa foi locada por vários anos, o locador deve garantir ao arrendatário não só a habitação desde essas calendas de cada ano, mas também o subarrendamento se o locatário desejar. E se a casa tivesse permanecido escorada desde as calendas de Janeiro até às de Junho, de modo que ninguém a pudesse habitar ou expor, o locatário não teria de pagar a renda, do mesmo modo que nem sequer poderia ser forçado a habitar a casa já reparada, desde as calendas de Julho, a menos que o locador tivesse estado disposto a fornecer-lhe uma (outra) casa cómoda para habitar.

Vemos que não é devida a renda de uma casa locada para habitação e que, por ruína, não pode ser habitada. E, mesmo depois da reparação, o locatário não é obrigado a habitar e, portanto, a pagar a renda, a menos que, *ab initio*, o locador estivesse disposto a fornecer (outra) casa apta a ser habitada.

³ Vid. outras motivações na dedução de uma norma em: D. 30,36pr.; -43,19,3pr. Cfr. HORAK, *o.c.* 84-85, 88 e 92-93.

Este fragmento foi considerado interpolado por PEROZZI [adeo ... dare] e por vários AA. [nisi ... dare]. PEROZZI raciocina: no Direito clássico, a *locatio* é um contrato que só é perfeito com a entrega da coisa, diferentemente do Direito justinianeu em que basta o acordo sobre a *res* e a *merces*. Segundo o texto, o locador não deve indemnização alguma, o que significa não haver uma obrigação de *tradere*. Por isso, não se compreende a faculdade de o locador fornecer uma (outra) casa apta a ser habitada: há, portanto, uma interpolação⁴.

Todavia, tanto esta como a outra interpolação — [nisi ... dare] — não prejudicam a motivação logicamente deduzida da doutrina de que o locador tem de garantir não só a habitação, mas ainda a possibilidade de o locatário subarrendar a *domus*: não garantindo, o locatário não deve a renda⁵.

Quanto ao segundo grupo — o das motivações probabilistas —, GAIUS dá-nos uma motivação baseada na analogia:

1,165: «*Ex eadem lege XII tabularum libertarum et inpuberum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet. Quae et ipsa tutela legitima vocatur, non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur, sed quia proinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso, quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelae ad eos pertinere, quia et agnatos, quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserat.*»

GAIUS diz-nos que, por interpretação da Lei das XII Tábuas, a tutela legítima das libertas e dos filhos (impúberes) dos libertos pertence aos patronos ou aos seus filhos.

Porquê?

Como a Lei das XII Tábuas atribui a herança dos libertos e libertas, falecidos *ab intestatis*, aos patronos (ou aos seus filhos) e ordena que sejam tutores os agnados — que chamou à

⁴ Vid. PEROZZI, *o.c.* 289 e 292⁴.

⁵ Vid. HORAK, *o.c.* 103.

herança —, os *veteres* pensaram que a lei quis, também, atribuir a tutela das libertas e dos filhos (impúberes) dos libertos aos patronos (ou aos seus filhos).

Vertido num silogismo, teríamos:

PM. A Lei das XII Tábuas estabelece que os agnados são herdeiros e tutores;

Pm. A mesma lei estabelece que os herdeiros dos libertos são os patronos (ou os seus filhos);

C. A Lei das XII Tábuas quis que os patronos (ou os seus filhos) sejam os tutores das libertas (e dos filhos impúberes dos libertos).

Trata-se de uma conclusão analógica: da concordância na qualidade de herdeiro entre patronos (ou seus filhos) e agnados, os *veteres* deduziram a concorrência também na qualidade de tutor⁶.

Um exemplo sugestivo de motivação baseada na analogia é-nos oferecido por LABEO num texto de ULPIANUS:

D. 9,2,5,2: «*Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est verissimum. cessabit igitur Aquilae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. quodsi inpubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum: et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax*».

Depois de referir que não se aplica a *lex Aquilia* em danos causados por um *furiosus*, como, tão-pouco, nos prejuízos causados por um quadrúpede ou uma telha, ULPIANUS questiona um dano causado por um impúbere. E invoca a opinião de

⁶ Vid. iguais motivações fundadas na analogia em: D. 21,1,64pr. -28,5,65(64); -41,3,8pr.; -43,23,2; -43,20,1,13; -43,24,13,5. Cfr. HORAK, o.c. 245-252.

LABEO: dado que está obrigado por furto, é também obrigado pela lei Aquília. ULPIANUS manifesta o seu acordo se o *impubes* for capaz de discernir a *iniuria*.

É evidente o raciocínio analógico de LABEO: da responsabilidade do *impubes* por furto, deduz a responsabilidade aquiliana⁷.

BUND estudou a analogia, mas em IULIANUS.

Entende, porém, que não praticou metodicamente a analogia, embora a conhecesse como figura lógica. Na sua opinião, os textos não indicam somente que a analogia nenhuma função desempenhou no método do pensamento de IULIANUS. Também evidenciam o engenho deste jurisconsulto na fundamentação com base em semelhanças, independentemente do esquema lógico.

IULIANUS relaciona um caso jurídico com um outro (já decidido) que tenha, em comum, elemento(s) de facto e neste fundamenta, como precedente, a solução daquele. Todavia, BUND não deixa de reconhecer relações lógicas de semelhança e de igualdade entre os casos comparados⁸.

Não surpreende, portanto, que HORAK julgue não-frutuoso o método de BUND que, na sua opinião, não se libertou, de todo, da doutrina de STEINWENTER. Segundo HORAK, não pode aceitar-se o resultado de BUND de que IULIANUS não elaborou nenhuma conclusão analógica, pois são entimemas muitos dos argumentos de semelhança e de igualdade observados por BUND em IULIANUS⁹.

⁷ Vid. HORAK, *o.c.* 252-258. Cfr. ainda: D. 2,14,10,2; -23,4,12,3; -41,1,26,2.

⁸ Ainda segundo BUND, não está testemunhado nem é muito provável que um jurista romano tenha lido Aristóteles. A retórica romana conhecia, no *status ratiocinativus*, uma forma de argumentação baseada na analogia sem «quebrar a cabeça» na construção lógica. A descrição do procedimento conclusivo é muito escassa nos autores romanos. *V. g.* em Cícero, nada sabemos da estrutura da analogia; só alude à relação de semelhança que a sustenta. Vid. BUND, *Untersuchungen*, cit. 28, 102 e 121.

⁹ Vid. HORAK, *o.c.* 244 e 249^o. Também TORRENT (*o.c.* 52-59 e 90-92) entende que IULIANUS utilizou o argumento analógico como se vê nos fragmentos do D. 1,3.

É o que vê em:

D. 39,6,17: «*Etsi debitor consilium creditorum fraudandorum non habuisset, avelli res mortis causa ab eo donata debet. nam cum legata ex testamento eius, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sint, possunt videri etiam donationes mortis causa factae rescindi debere, quia legatorum instar optinent*».

Pará IULIANUS, a *res* doada deve ser recuperada (no caso de insolvência do devedor-doador), embora o *debitor* não tivesse a intenção de defraudar os seus credores. Na verdade, como os legados deixados no testamento do insolvente são inúteis, pode entender-se igualmente que as doações feitas *mortis causa* devem ser rescindidas porque são assimiladas aos legados.

Poder-se-ia estabelecer o seguinte silogismo:

PM. Os legados de um insolvente são nulos;

Pm. As doações *mortis causa* são semelhantes aos legados;

C. As doações *mortis causa* são nulas.

É certo, o texto foi considerado interpolado, revelando o empenho de Justiniano. No entanto, BUND sustenta que os clássicos aplicaram às doações *mortis causa* as regras dos legados, de modo que o texto é genuíno¹⁰.

De resto, como SCHMIDLIN acentuou, os *responsa* estão estruturalmente dispostos à maneira dum silogismo, pois, se a *quaestio* é a elaboração jurídica do *casus*, a *responsio* é a sua conclusão lógica¹¹.

¹⁰ Cfr. também: D. 2,14,27,6; -7,1,12,3; -27,8,5; -34,3,7,1; -39,3,11,3. Vid. BUND, *Untersuchungen*, cit. 109-115 e 117-120.

¹¹ Vid. SCHMIDLIN, *o.c.* 150-151.

Em suma: também na motivação das suas decisões, os jurisconsultos romanos utilizaram a analogia. No entanto, seja uma nova espécie de raciocínio seja (como modernamente se entende) uma indução seguida de dedução, é uma operação da inteligência, necessariamente condicionada pela lógica que, em Roma, não foi apodíctica, irresistível ou onnipotente, mas pragmática, instrumento de justiça material.

§ 9.2.2 A interpretação extensiva — ou interpretação em sentido estrito¹ — tem, num texto de CELSUS, a sua consagração genérica:

D. 1,3,17: «*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*».

Neste fragmento, sobre o qual não há suspeitas de interpolação, CELSUS ensina que saber as leis não é compreender as suas palavras, mas a sua finalidade e os seus efeitos. Não basta conhecer o significado literal; é necessário penetrar na sua *ratio*.

Estabelecido este princípio, eis aberto o caminho para a interpretação extensiva, indispensável para se aplicar devidamente uma lei a situações literalmente excluídas, mas compreendidas nas suas *vis ac potestas*².

Não surpreende, assim, a opinião de GAIUS:

D. 23,5,4: «*Lex Iulia, quae de dotali praedio prospexit, ne id marito liceat obligare aut alienare, plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem iuris sit quod de marito*».

Para GAIUS, a *lex Iulia* — que proibiu o marido de alienar ou constituir uma garantia sobre um *fundus* dotal —

¹ Seguimos a terminologia sugerida por CASTANHEIRA NEVES, *Interpretação*, cit. 699.

² Para a interpretação extensiva apontam, igualmente: D. 1,3,18; -1,3,19; -1,3,24; -1,3,29; -1,3,30; -9,3,32pr.; -32,25,1; -33,10,7 (opinião de TUBERO); -50,16,6,1. Vid. CABRAL DE MONCADA, *Elementos*, cit. 43; e BETTI, *Le Categorie*, cit. 44-46.

deve ser interpretada extensivamente para se aplicar também ao *sponsus*.

Este fragmento, que ALBERTARIO considera interpolado, é apresentado por D'ORS como exemplo de interpretação extensiva; e a sua genuinidade não oferece dúvidas a STEINWENTER, tão reservado nestas matérias³.

Também ULPIANUS fala da necessidade de se interpretar extensivamente um *senatusconsultum* cujo sentido literal está aquém da sua verdadeira intenção:

D. 5,3,25,5: «*De eo autem loquitur senatus, qui ab initio mente praedonis res hereditarias adprehendit. quod si ab initio quidem iustam causam habuit adipiscendae possessionis, postea vero conscius ad se nihil hereditatem pertinere praedonio more versari coepit, nihil senatus loqui videtur: puto tamen et ad eum mentem senatus consulti pertinere: parvi etenim refert, ab initio quis dolose in hereditate sit versatus an postea hoc facere coepit.*»

O Senado referiu a hipótese de alguém que se apoderou dos bens de uma herança com, *ab initio*, a intenção de um possuidor de má fé. Todavia, parece não referir a hipótese de um usurpador que teve, inicialmente, *iusta causa* para adquirir a posse, mas depois, consciente de a *hereditas* lhe não pertencer, começou a aproveitar-se dela como possuidor de má fé. ULPIANUS entende que o *senatusconsultum* se refere, no seu espírito, a este (possuidor) e explica: pouco importa que alguém haja possuído a *hereditas*, *ab initio* ou só posteriormente, de má fé.

Neste fragmento, cuja genuinidade é insuspeita, ULPIANUS manifesta a necessidade de interpretar extensivamente um *senatusconsultum* para se aplicar a uma situação que, embora não literalmente prevista, está, todavia, contemplada na sua *ratio*⁴.

³ Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 34⁴; e STEINWENTER, *o.c.* 118 (que, todavia, trocou o D. 23,5,4 pelo D. 32,5,4).

⁴ Vid. BIONDI, *Istituzioni*, cit. 78.

Finalmente, referimos um texto de MARCIANUS, a propósito da *lex Pompeia de parricidiis*:

D. 48,9,3: «*sed sciendum est lege Pompeia de consobrino comprehendi, sed non etiam eos pariter complecti, qui pari propiorve gradu sunt. sed et novercae et sponsae personae omissae sunt, sententia tamen legis continentur*».

Depois de ter enumerado as pessoas que devem ser punidas *ex lege Pompeia de parricidiis* (D. 48,9,1), MARCIANUS observa que nem todas estão referidas nos *verba*, mas a *sententia legis* compreende-as⁵.

Trata-se, portanto, de uma *interpretatio* extensiva a que os juristas recorreram, por vezes, na sua tarefa de concretizar o Direito⁶.

§ 9.2.3 Resta saber como a *iurisprudencia* romana (clássica) integrou as lacunas do *ius civile*, cada vez mais insuficiente à medida que a vida evoluía e as suas necessidades impunham novas soluções ainda não pensadas.

Quatro textos referem a necessidade de integrar as lacunas e sugerem a via analógica:

D. 1,3,12: «*Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet*».

⁵ Vid. VONGLIS, o.c. 251.

⁶ Vid. outros exemplos de interpretação extensiva: do *edictum* pretório, em VOCI, *Istituzioni*, cit. 66 (o *edictum* concede a *actio doli* na ausência de outras *actiones* e os Romanos interpretaram-no como se falasse dum expediente em geral); e da Lei das XII Tábuas, em CABRAL DE MONCADA, *Elementos*, cit. 45 (a jurisprudência entendeu por *glans* todos e quaisquer frutos e por *tignum* todos e quaisquer materiais de construção).

Contra VONGLIS (o.c. 249), não se nos afigura exemplo de interpretação extensiva a decisão que vemos em D. 9,2, 27,13, pois o verbo *rumpere* (da *lex Aquilia*) compreende, no seu lato sentido, *corrumpere*.

IULIANUS diz-nos que as leis e os senatusconsultos não podem abordar, em pormenor, todas as circunstâncias. Todavia, quando, em alguma causa, for manifesta a sua intenção, quem tem a *iurisdictio* deve «*ad similia procedere*» e, deste modo, dizer o *ius*. Isto é, dada a impossibilidade de as *leges* preverem tudo em pormenor, o magistrado detentor da *iurisdictio* deve recorrer à analogia e, em consequência, *ius dicere*.

Também ULPIANUS refere:

D. 1,3,13: «*Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel altarum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri*».

PEDIUS diz que, todas as vezes que algo foi introduzido (disciplinado) por uma lei, há uma boa ocasião para integrar, por *interpretatio* ou certamente por *iurisdictio*, tudo o que tende ao mesmo fim.

Citado por ULPIANUS, o jurisconsulto vê, numa lei, uma boa ocasião para integrar o Direito através da *interpretatio* ou da *iurisdictio*. Se considerarmos a *interpretatio* (em sentido restrito) como interpretação extensiva, vemos atribuída à *iurisdictio* a tarefa de integrar analogicamente o *ius*, como sustenta IULIANUS no primeiro texto.

Reconhecidas a possibilidade e a necessidade da integração analógica do Direito, urge determinar os meios do seu processamento utilizados pelo magistrado detentor da *iurisdictio*: o pretor, no Direito privado.

A propósito, lemos em POMPONIUS:

D. 19,5,11: «*Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae, idque utilitas eius legis exigit*».

O texto diz-nos que, não sendo completo o número de *actiones*, são reclamadas, muitas vezes, *actiones in factum*. Mas as acções criadas pelas leis, se a lei é justa e necessária, são integradas pelo pretor no que lhes falta. E exemplifica: assim faz na lei Aquília, dando *actiones in factum* acomodadas à lei Aquília, como a *utilitas* desta lei exige.

POMPONIUS estabelece duas espécies de lacunas que, usando a terminologia de OLIVEIRA ASCENSÃO, poderíamos classificar: as lacunas integráveis por aplicação analógica de uma norma prevista para um caso diferente, mas cujas semelhanças «são mais fortes do que as diferenças»; e as lacunas «rebeldes à analogia» em que esta não funciona por não se verificarem as semelhanças necessárias¹. Ao segundo tipo, pertencem as *actiones in factum* criadas pelo pretor quando não há *actio* alguma susceptível de se aplicar por analogia; ao primeiro, pertencem as *actiones in factum accommodatae à lex a integrar*.

O texto é considerado suspeito; mas, curiosamente, as justificações dadas às interpolações assinaladas não abalam seriamente a genuinidade das referências às *actiones in factum*.

Certo, ROTONDI entende que os vários elementos formais fazem supor uma larga manipulação, donde resulta um novo indício da tendência a reconduzir à *lex Aquilia* as várias *actiones in factum* do pretor². É, porém, uma observação que nos parece exagerada em face do carácter exemplificativo dado pela referência às *actiones in factum accommodatae legi Aquiliae*: não podemos ver uma tendência num simples exemplo.

De resto, os AA., que cita, não põem em causa a genuinidade da referência às *actiones in factum conceptae*. ERMAN observa que o texto é geralmente considerado interpolado até «sed et»; mas entende genuína a conclusão³. E DE FRANCISCI diz-nos que o texto, «comunque sia stato rimaneggiato, non v'ha dubbio che il pensiero ivi originariamente espresso dal giurista classico corrisponda a quello contenuto nella (D. 19,5,1pr.); e sustenta «che

¹ Vid. OLIVEIRA ASCENSÃO, o.c. 406.

² Vid. ROTONDI, G., *Scritti Giuridici* II (Milão 1922) 451².

³ Vid. ERMAN, H., *Noch einmal die 'Actiones in Factum'* em SZ 23(1902) 446.

ambedue i frammenti debbano riguardare esclusivamente le azioni pretorie con formula 'in factum concepta'»⁴.

— Não estando em causa a genuinidade desta *actio praetoria*, é de julgar que o pretor utilizou *actiones in factum* para integrar os dois tipos de lacunas sugeridos pelo texto de POMPONIUS.

Só que ULPIANUS refere, em vez de *actiones in factum conceptae*, *actiones* ou *exceptiones utiles*:

D. 19,5,21: «*Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est*».

Este fragmento, onde parece evidente um contraste com o texto de POMPONIUS, foi considerado interpolado por BORTOLUCCI e por DE FRANCISCI.

Invocando a *Palingenesia* de LENEL, DE FRANCISCI reafirma ignorar-se a matéria a que o texto pertence. E, referindo a predilecção justinianeia pelas *actiones utiles*, considera impossível que ULPIANUS falasse duma *actio* ou *exceptio utilis* a outorgar sempre que faltasse uma acção ou excepção.

Por sua vez, BORTOLUCCI sugere a reconstrução <*quotiens actio utilis est, utilis est exceptio aut similia*>⁵.

Porém, julgamos que as dúvidas podem muito bem ter lugar devido à compreensão deficiente da natureza das *actiones utiles* que são um expediente de integração que reveste a fórmula ora de *actio ficticia* ora de *actio in factum concepta*. Dir-se-á, acertadamente, que ULPIANUS captou o fenómeno da integração no seu conjunto, enquanto POMPONIUS não foi além de exemplos de *actiones (utiles) in factum conceptae*⁶.

Importa, destarte, referir a problemática das *actiones utiles* — e (ou) das *actiones ad exemplum* — para, estudando-a e, se possível, decidindo-a, podermos compreender o que as afasta e aproxima da *fictio*.

⁴ Vid. DE FRANCISCI, P., *Storia e Dottrina dei Cosiddetti Contratti Innominati I* (Pavia 1913) 339.

⁵ Vid. DE FRANCISCI, *Storia e Dottrina*, cit. 343-344. Cf. o I. *Interp.* I 379.

⁶ Vid. *infra* § 9.4.5.

Uma coisa é, entretanto, inquestionável: a integração das lacunas era realizada, no *Ius Romanum*, pelo pretor com base na sua *iurisdictio*⁷. Uma vez, decerto, por sugestão; outras — quando se tornou possível —, por imposição dos *iuris prudentes* privilegiados com o *ius publice respondendi ex auctoritate principis*.

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

§ 9.3.1 Para a doutrina romanista, a *actio utilis* constitui, desde logo, o difícil problema da sua caracterização: trata-se de uma *actio* (*praetoria*) tão autónoma como as (demais) *actiones praetoriae* ou é, apenas, uma simples *actio* (*civilis* ou *praetoria*) na sua extensão a situações semelhantes, mas diferentes das originariamente previstas, podendo ser *ficticia*, *in factum* ou *translativa*?

Há, na doutrina, fundamentalmente duas correntes a que a própria noção de *actio utilis* não é indiferente.

Com efeito, encontramos AA. que oferecem uma noção suficientemente ampla, sem as restrições que facilitem a atribuição de uma certa autonomia no leque das várias *actiones praetoriae*. E vemos também AA. que sugerem uma definição mais limitada, embora nem todos lhe atribuem, é certo, uma individualidade própria.

Ao primeiro grupo pertencem, *v. g.* BURDESE, IGLESIAS, WIEACKER, BERGER e KASER. Ao segundo, VOLTERRA, BETTI, COSTA, BIONDI, D'ORS e Sebastião CRUZ¹.

BURDESE considera *utilis* a *actio praetoria* cuja fórmula contém uma adaptação da fórmula doutra *actio* — as mais das vezes *civilis* — dita *directa*, que estende a situações análogas, mas fora da sua previsão formular². E, ainda mais amplamente,

⁷ Vid. BIONDI, *Istituzioni* cit. 79; CABRAL DE MONCADA, *Elementos*, cit. 45; MURGA, *o.c.* 226; KASER, *Römisches*, cit. 25; DERNBURG, *o.c.* 90; BETTI, *Le Categorie*, cit. 51; e SERRAO, *o.c.* 249.

¹ Vid. BURDESE, *o.c.* 115; IGLESIAS, *o.c.* 190; WIEACKER, *o.c.* 111; BERGER, *o.c.* 347; KASER, *Römisches*, cit. 250-252; BETTI, *Diritto*, cit. 517-195; COSTA, *o.c.* 50; BIONDI, *Istituzioni*, cit. 21-22; D'ORS, *Derecho*, cit. 83; e CRUZ, *Direito*, cit. 338.

² Vid. BURDESE, *o.c.* 115.

IGLESIAS entende que a *actio utilis* é uma *actio* que, por aplicação analógica, se estende a casos ou a situações semelhantes³.

KASER fala-nos, também, de uma *actio* que alarga a acção originária (civil ou honorária) contida no *edictum* e entende que as modificações (nas quais se traduz o alargamento) fazem da *actio civilis* uma *actio praetoria*⁴. É evidente que esta transformação só ocorre se a *actio directa* for *civilis*.

Porém, VOLTERRA vê nas *actiones utiles* acções graças às quais o pretor ampliava o alcance de algumas *actiones civiles*, estendendo-as a relações análogas, mas não expressamente reconhecidas *iure civili*. E considera serem as *actiones utiles* acções *iuris civilis* de que é paradigma a *actio(civilis) legis Aquiliae* estendida em via útil ao usufrutuário⁵.

BETTI refere-nos que a *intentio* de algumas fórmulas sofre, por vezes, modificações que ora não privam a *actio* da sua natureza ora alteram-na profundamente, dando lugar a um tipo distinto e novo de fórmula: a *formula utilis*. As modificações, que originam esta nova fórmula, revelam uma tutela concedida pelo pretor com base na analogia de esquemas pré-existentes do *ius civile*. Por isso, define a *formula utilis* como uma fórmula adaptada a pressupostos de facto diferentes dos previstos na *intentio iuris civilis*⁶.

Também BIONDI entende que as *actiones utiles* são acções civis concedidas pelo pretor além das hipóteses contempladas

³ Vid. IGLESIAS, *o.c.* 190. No mesmo sentido, cfr. ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, *o.c.* 190.

⁴ Vid. KASER, *Römisches*, cit. 250-252.

⁵ No entanto, o A. não parece muito seguro, pois refere que a expressão *actio utilis* se aplica, também, a algumas *actiones* introduzidas pelo pretor e estendidas a casos não previstos no *edictum*. Vid. VOLTERRA, *o.c.* 36 e 228.

⁶ BETTI (*Diritto*, cit. 517-519 e 286-287) limita a *formula utilis* a uma *formula iuris civilis* modificada. No entanto, não lhe reconhece individualidade, pois vê na *factio* e na transposição de sujeitos as modificações que habitualmente têm lugar. E observa que a expressão *formula utilis* aparece, algumas vezes, em sentido lato e menos técnico, indicando uma fórmula deduzida duma *actio* que não tem uma *intentio in ius concepta*, como sucede na *actio quasi Serviana*, apoiada no paradigma da *actio Serviana*.

pelo *ius civile*. E parece destinar-lhes um lugar próprio e autónomo no catálogo das *actiones praetoriae* ⁷.

D'ORS vê nas *actiones utiles* acções civis estendidas pelo pretor a novos casos. Porém, inserindo nelas uma fórmula fictícia, vem a identificá-las com as *actiones ficticiae* ⁸.

Finalmente, merece destaque a doutrina de SOTTY que vê nas *actiones utiles* não uma categoria especial de *actiones*, mas simplesmente acções edictais vulgares a que é atribuída eficácia em situações doutro modo ineficazes ⁹.

Em face de tantas divergências, não podemos, obviamente, apresentar a nossa noção de *actio utilis* sem determinarmos primeiro a sua verdadeira natureza.

Urge, portanto, saber o que é uma *actio utilis*.

§ 9.3.2 A doutrina, que sustenta a autonomia da *actio utilis* como um verdadeiro *genus* das várias espécies de *actiones praetoriae*, não oferece grande solidez, pois satisfaz-se, as mais das vezes, com a sua enumeração e com a referência a caracteres que muito pouco nos habilitam a entendê-la na natureza da sua fórmula e do *ius* que veicula.

Em alguns AA., a sua autonomia como uma das *actiones praetoriae* não é inequivocamente sublinhada, tal a escassez de elementos fornecidos.

É o caso, *v. g.* de VOLTERRA, para quem a extensão da tutela civil se fazia por meio de *actiones utiles* e de *actiones ficticiae* ¹. De BIONDI, que refere serem *actiones praetoriae* a *actio in factum concepta*, a *actio ficticiae* e a *actio utilis*, embora entenda que a sua

⁷ Vid. BIONDI, *Istituzioni*, cit. 21-22. No mesmo sentido, cfr. COSTA, *o.c.* 50; e CRUZ, *Direito*, cit. 338.

⁸ Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 83 que, todavia, adverte: «De este sentido de 'utilis' (técnico) hay que distinguir el de simple conveniencia o eficacia de una acción».

Também BETHMANN-HOLLWEG (*o.c.* 308 e 309²⁵) identifica as *actiones ficticiae* e *utilis*.

⁹ Vid. SOTTY, R., *Les Actions Qualifiées d'«Utiles» en Droit Classique* em *Labeo* 25(1979) 139-162.

¹ Vid. VOLTERRA, *o.c.* 36.

delimitação não resulta precisa². De MURGA, que vê três tipos de *actiones praetoriae*, utilizadas para protecção das novas «reclamaciones que desbordaban totalmente al viejo 'ius civile'» — as acções fictícias, as acções úteis e as acções com transposição de pessoas —, e identifica *actiones utiles* e *actiones ad exemplum*³. De STEINWENTER, para quem não é necessário que o *exemplum* seja uma fórmula civil e considera *praetoriae* as *actiones in factum*, *utiles* e *ficticiae*⁴. De GARCIA GARRIDO, que vê nas *actiones utiles* não *ficiones*, mas casos de extensão analógica de acções, concebida pela *iurisprudencia* e realizada pelo pretor⁵. E de Sebastião CRUZ, para quem as *actiones utiles* são um dos tipos de *actiones praetoriae*, utilizado pelo pretor na aplicação, por analogia, de *actiones civiles*⁶.

Subjaz, nestes AA., a natureza dupla da *actio utilis*: formalmente, é *praetoria* por ser uma criação do pretor; mas substancialmente, é *civilis* por se aplicar o *ius civile*.

Será que só permitia aplicar o *ius civile*?

Duvidamos!

Ora, sem conhecermos a natureza do *ius* (*civile* ou *praetorium*) que aplicava, não podemos determinar a sua fórmula nem, conseqüentemente, apreender a sua verdadeira natureza enquanto *actio*.

Talvez por isso, antevendo, quiçá, o drama de não ser *civile* o *ius* que aplicava, esta doutrina não foi além de uma definição simples e breve, evitando fundamentá-la ou fornecer argumentos que pudessem esclarecer o seu alcance.

A sua própria *fragilitas* a condena.

§ 9.3.3 Decerto, não será fruto do acaso o largo domínio da doutrina que nega às *actiones utiles* a individualidade e a autonomia próprias de um tipo de *actiones praetoriae*.

² Vid. BIONDI, *Istituzioni*, cit. 21-22.

³ Vid. MURGA, *o.c.* 226-227 e 228³⁰⁴. No entanto, não deixa de referir que a denominação «*ad exemplum*» deve ser «seguramente fruto de una interpolación».

⁴ Vid. STEINWENTER, *o.c.* 108-110.

⁵ Vid. GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 321-323.

⁶ Vid. CRUZ, *Direito*, cit. 338.

Segundo vários (e não poucos) AA., a *actio utilis* é uma *actio ficticia*, com a qual se identifica perfeitamente.

É esta a doutrina que já vimos em BETHMANN-HOLLWEG e reencontramos em SAVIGNY, para quem se trata somente de vocábulos diferentes: *ficticia* expressa directamente a forma de processo utilizada; *utilis*, a essência interior, a saber, o alargamento dum instituto jurídico devido à necessidade (*utilitas*) prática. Na sua opinião, esta mesma realidade — que apenas é vista, diferentemente, na perspectiva da fórmula processual (*ficticia*) ou na óptica do efeito (o alargamento) produzido (*utilis*) — explica que no Direito justiniano a expressão *actio ficticia* tenha sido substituída por *actio utilis*¹.

Mais recentemente, VALIÑO entende que as *actiones utiles* são de natureza fictícia. Não, *in factum concepta* porque: 1) estas eram concedidas sem terem, como apoio, uma acção básica; 2) a *actio* básica utilmente estendida é *in ius concepta*, cujo formalismo o pretor salva, ordenando ao juiz que finja; 3) não é imaginável que uma *actio in factum* se estenda a um caso novo, pois seria mais prático o pretor outorgar uma (outra) *actio in factum* distinta; 4) se, em alguns (muito poucos) textos, a *actio in factum* é qualificada de *utilis*, trata-se duma interpolação.

Também as *actiones utiles* jamais se identificam com as acções que têm uma transposição de pessoas. Segundo VALIÑO, esta confusão é afastada por vários motivos: 1) as *actiones adiecticiae* têm uma denominação própria que prevaleceu. Deste modo, embora, em alguns casos, as suas fórmulas contenham uma ficção («*si liber esset*»), não se chamam *utiles*; 2) no caso da representação, num processo concreto (onde o nome do representante aparece na *condemnatio* e o do representado, na *intentio*), nunca as fontes

¹ Porém, SAVIGNY não deixa de reconhecer que, no processo das fórmulas, já havia, ao lado das *actiones utiles* (= *ficticiae*), outras *actiones* que alargavam um instituto a novos casos. SAVIGNY exemplifica com a *utilis Serviana actio* (D. 20,1,1,2; -20,6,1pr.) e refere também que as *exceptiones utiles* não eram, acaso, *ficticiae*, mas excepções dilatadas. E, a modo de conclusão, diz-nos que as *actiones in factum* concordam, no seu fim comum de alargamento do Direito, com as *utiles actiones*. Vid. SAVIGNY, F. K., *System des Heutigen Römischen Rechts* (Berlim 1841) 70-74 e 94. Cfr. ainda BETHMANN-HOLLWEG, o.c. 308 e 309²⁵.

falam de *actiones ficticiae* nem de *actiones utiles*, o que demonstra que a técnica formular entendeu esta distinção; 3) se, na cessão de créditos e de acções, houvesse uma *procuratio in rem suam*, as acções do cedente transmitir-se-iam ao cessionário através do expediente da transposição processual (o cedente figurava na *intentio* e o cessionário, na *condemnatio*). Apenas na falta dum *mandatum rem suam*, a transposição não ocorria e, só então, eram outorgadas ao cessionário as *actiones* do cedente, em via útil. Deste modo, a desnecessidade de *actiones utiles* na transposição de pessoas é, no pensamento de VALIÑO, um argumento de peso contra a identificação da *actio utilis* com a *actio* transpositiva².

Se a doutrina de SAVIGNY não parece absolutista na redução da *actio utilis* à acção fictícia; e se mostra algo titubeante na observação da existência de outras acções (não-fictícias), cujo nome não refere; também o pensamento de VALIÑO evidencia uma relativa *fragilitas* no formalismo dos seus argumentos e nas consequências inaceitáveis relativamente à integração analógica.

Na verdade, é hoje, infelizmente, um lugar comum sugerir interpolado um texto que não esteja em sintonia com o que se pensa; e retoca-se, de forma a que o seu autor diga o que, muitas vezes, não disse³. Por outro lado, que na transposição de pessoas

² Vid. VALIÑO, E., *Actiones Utiles* (Pamplona 1974) 22-26. Além de BETHMANN-HOLLWEG, de SAVIGNY e de VALIÑO, defendem inequivocamente a natureza fictícia das *actiones utiles*: MACHIARELLI, o.c. 543; e BATIZA, o.c. 10.

³ Não é novo o problema — a que já se chamou o pior mal do século — que a interpolacionística veio criar: o de poder servir para justificar todas as soluções, por mais contraditórias e opostas que sejam.

Para nós, satisfaz-nos a opinião de GUARNERI CITATI para quem «una conclusione sembra imporsi: e cioè, essere affatto inconcepibile che i compilatori nel breve giro de tre anni avessero potuto compiere un numero così enorme di correzioni, aggiunte, sostituzioni, parafrasi e via dicendo: in una parola, che essi avessero potuto operare una rivoluzione così profonda nei testi classici».

Com efeito, é «una gravità eccezionale», pois «si svaluta da un lato l'attività della giurisprudenza aurea, e dall'altro l'attività giurisdizionale dei magistrati».

E GUARNERI CITATI continua «Io intendo affermare che nel quadro sopra tracciato sia sul numero e l'importanza innovatrice delle interpolazioni, sia

não haja lugar para as *acciones utiles*, depende do sentido a atribuir a *utilis* que não se esgota — assim pensam outros AA. — na redução à *actio ficticia*.

Mas é nas conseqüências relativas à integração por analogia que a doutrina de VALIÑO manifesta uma grave deficiência que a torna insustentável. Efectivamente, ao seguir a concepção de GARCIA GARRIDO sobre a *fictio*, cuja doutrina entende ser «*pacífica y generalmente aceptada*», VALIÑO não deve ter descurado a sua natureza essencialmente alógica que leva GARCIA GARRIDO a sustentar que «*debe proceder de un acto imperativo y no de una actividad lógica*»⁴. Ora, identificar a *actio utilis* com a *actio ficticia* significa transmitir àquela a mesma alogicidade desta, o que implica a recusa de as *acciones utiles* servirem como instrumento de integração analógica, tarefa que a doutrina tem assinalado. Esta função estaria, assim, reservada às outras *acciones praetoriae*, com realce, decerto, para as *acciones in factum*. Convenhamos ser uma restrição que evidencia, no pensamento de VALIÑO, terem as *acciones in factum* sido utilizadas como expediente integrador, por analogia, das lacunas do *ius*⁵.

sull'influenza dei diritti orientali e delle scuole giuridice, v'è, per lo meno, una notevole esagerazione».

Na verdade, «*la stessa critica formale ha perduto la tranquillizzante ponderazione*» e «*di per sè si presenta spesso pericolosa*». Na sua opinião, «*almeno una parte delle interpolazioni oggi affermate come tali, in realtà non esiste e i teste relativi sono genuini*». E «*anche per le interpolazioni la cui esistenza si presenta sicura occorre osservare che emblema non significa sempre ed in ogni caso innovazione sostanziale*», pois «*la forma da sola non autorizza a dichiarare falso anche il contenuto*».

E termina, afirmando que, em parte devido às *formulae ficticiae* que «*sfuorono accuratamente cancellate, sì che nei Digesti non se ne trova mai la menzione (...)*, molti istituti ritenuti postclassici o giustiniani derivano invece con ogni probabilità dalle vecchie formule fittizie».

Vid. GUARNERI CITATI, A., *I Fattori del Diritto Romano Giustiniano e il Problema della sua Codificazione* (Macerata 1926), 7, 9, 10, 12, 14 e 18.

⁴ Vid. VALIÑO, *o.c.* 23; e GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 310.

⁵ VALIÑO adere à doutrina de GARCIA GARRIDO e, a propósito das *acciones utiles*, refere: «*Este era, pues, a nuestro modo de*

Segundo SCHULZ, a *actio utilis* é uma *actio* proveniente da imitação de outra acção (civil ou honorária) prometida no *edictum*. Trata-se, sempre, de uma *actio honoraria* em que *utilis* significa «acomodada», ou seja, adaptada a um caso não previsto na acção originária. E tem uma fórmula «*in factum concepta*»⁶.

Trata-se, como se vê, de uma opinião que entende a *actio utilis* de modo igualmente restrito. Esta seria, apenas, uma *actio in factum* adaptada a uma *actio*, decerto para a aplicar, por integração analógica, a um caso diferente, mas semelhante ao originariamente previsto. Todavia, não precisou essa adaptação, esquecendo que a há, também, nas *actiones ficticiae* e nas *actiones translativae*.

Outros AA. pensam que a designação *utilis* dada a uma *actio* não indica um modo específico de adaptação aos novos fins, pois esta tanto se obtém através de ficções, como graças à transposição de pessoas.

ver, la naturaleza que tenían las acciones útiles formularias: la de ser acciones ficticias».

Quanto à opinião de KASER, que VALIÑO julga «poco clara», inclinando-se «a pensar que, para Kaser, las acciones 'in factum' no son un subgrupo de las acciones útiles», importará referir, também, que, segundo KASER, «doche sind keineswegs alle 'actiones utiles' fiktizisch», pois «die undoktrinare Rechtsbildung der Römer hält Anlehnungen an vorgegebene ediktale Formelschemata auch mit anderen Variierungen für möglich, die aber doch das Vorbild des ediktalen Grundtypus noch waren». Vid. VALIÑO, o.c. 21-23; KASER, M., Zum 'Ius Honorarium' em Estudios Ursicino Alvarez (Madrid 1978) 241; e GARCIA GARRIDO, Sobre los Verdaderos Límites, cit. 321-323.

À doutrina de VALIÑO são extensíveis, ainda, as críticas dirigidas por KRÜGER a CAMILLO. Na verdade, segundo este A., todas as *actiones utiles* foram concebidas *in ius*. KRÜGER nota a ausência de fundamentação e refere que uma verdadeira análise dos textos provaria que *utilis* tanto é a *actio ficticia* como a *actio in factum concepta*. Mesmo nas *vindicationes utiles*, KRÜGER observa a frequência das *actiones in factum* concedidas em via útil em contraste com a escassez da *actio ficticia*. Vid. KRÜGER, H., *Literatur. B. Camillo, l'«Utilis Actio» del Diritto Romano — «Rei vindicatio utilis» — Estensione Utile dell'Azione di Rivendica di Fronte al Cod. Civ. It.* (Turino 1889) em SZ 12(1892) 164-166.

⁶ Vid. SCHULZ, o.c. 30 que se apoia em Cícero (*De lega agraria* 6,14): «...hoc animo me ad legendam legem cognoscendamque venisse ut, si eam vobis accommodatu m atque utilem esse intellegerem, auctor eius atque adiutor essem».

Neste sentido é a doutrina de ARANGIO-RUIZ, para quem dizer que uma *actio* é *ficticia* ou que o sujeito da *condemnatio* não é o mesmo da *intentio* significa enunciar um dado da técnica formular. E afirmar que a *actio* é dada como *utilis* é referir o resultado prático ⁷.

Ficariam de fora as *actiones in factum*, decerto arbitrariamente, pois não se vê como, em alguns casos — os de integração analógica —, o mesmo resultado prático (visado nas *actiones ficticiae* e nas *actiones translativae*) não pudesse obter-se com uma *actio in factum concepta*. Por outro lado, ver nas *actiones ficticiae* uma modalidade de *actiones utiles* — embora apenas em sede de técnica formular — equivale a descaracterizar a *fictio* como expediente alógico (se considerarmos as *actiones utiles* um expediente de integração analógica); ou a recusar à *actio utilis* a função integradora por analogia do *ius*, que lhe tem sido quase pacificamente reconhecida (se entendermos a *fictio* como um instrumento alógico).

Para outros AA., a *actio utilis* é uma *actio* que pode ser *ficticia*, *in factum* ou *translativa*, pois alarga o âmbito de aplicação por analogia dum *actio* civil ou pretória ⁸. Todavia, a circunstância de uma *actio utilis* poder ser qualquer uma das diversas *actiones praetoriae* retira-lhe a sua natureza própria, elevando *utilis* a um mero adjetivo utilizado para qualificar uma *actio*, decerto em circunstâncias especiais.

Não surpreende, deste modo, que SOTTY veja na *actio utilis* não uma *actio* especial, mas uma acção edictal vulgar, cuja eficácia o pretor assegura ⁹. Que DAUBE sustente que as

⁷ Vid. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 129, onde é visível a influência de SAVIGNY. No mesmo sentido, cfr. BETTI, *Istituzioni*, cit. 287.

⁸ Assim a entenderam MAYR, R., *Vindicatio Utilis* em SZ 26 (1905) 88-89; WENGER, *Istituzioni*, cit. 163; COLLINET, P., *La Nature des Actions des Interdits et des Exceptions dans l'Oeuvre de Justinien* (Paris 1947) 403; SOHM, o.c. 633-634; VOCI, *Istituzioni*, cit. 628; e WLISSAK e KELLER-WACH *apud* VALIÑO, o.c. 18.

Note-se que COLLINET apresenta três características das *actiones utiles*: 1.ª — são, substancialmente, extensões de *actiones civiles*; 2.ª — são quanto à fonte, *actiones praetoriae*; 3.ª — formalmente, não constituem um grupo homogêneo de *actiones*.

⁹ Vid. SOTTY, o.c. 144 e 153.

expressões *utiliter agere, utiliter competere, utiliter actionem dare, utiliter convenire, utiliter actionem movere*, etc. nunca são usadas no sentido técnico de instauração dum meio processual em via útil, mas unicamente no sentido atécnico de agir profícuo, vantajoso¹⁰. E que WIEACKER veja em *utilis* o «*Sinn einer verständig entgegenkommenden Billigkeit*»¹¹.

Nas fontes surge, ainda — e com alguma frequência —, a expressão «*ad exemplum*» a que alguma doutrina tem atribuído a função de assinalar a criação de *actiones* ou *formulae* baseadas na analogia com outros expedientes, civis ou pretórios. Tratar-se-ia, portanto, no entendimento dessa doutrina, de verdadeiras *actiones utiles*¹² e, também, de *actiones in factum*¹³.

É tempo de nos interrogarmos: o que são, afinal, as *actiones utiles* e (ou) as *actiones ad exemplum*?

Ainda não sabemos.

Urge, por isso, consultar as fontes.

¹⁰ Vid. DAUBE, D., *Utiliter Agere* em *IURA* 11(1960) 69-73. Cfr. também QUADRATO, R., *Ancora su Utiliter Agere* em *Labeo* 10 (1964) 356-362 (que verifica, pelo menos em D. 17,1,61, o emprego técnico de *utiliter*); e ARCHI, *Cronache* em *Labeo* 9(1963) 263-265 (onde nos dá conta de o *agere* poder ser *utilis* ou *inutilis*).

¹¹ Vid. WIEACKER, *o.c.* 311¹⁸.

¹² Vid. SEGRÈ, G., *La Clausola Restitutória nelle Azioni «de servitutibus» e le Formule delle Azioni Relative alla «servitus oneris ferendi»* em *BIDR* 41(1933) 41³.

¹³ Vid. WESENER, G., *Actiones ad exemplum* em *SZ* 75(1985) 186 e 249. Para o A., as *actiones ad exemplum* não constituem um tipo específico que se deixe classificar ao lado das categorias *actio utilis* e *actio in factum*. Trata-se, apenas, de uma referência a acções imitadas que são ora *utiles* ora *in factum*.

§ 9.4 A análise do problema: a natureza das *actiones utiles* e (ou) *ad exemplum*

§ 9.4.1 Na *actio legis Aquiliae*

§ 9.4.1.1 Uma matéria, onde profusamente encontramos as *actiones utiles* e (ou) as *actiones ad exemplum*, é a do dano aquiliano.

Interessa, portanto, estudá-la em pormenor.

Como sabemos, a *lex Aquilia*, provavelmente do ano 286 ou 287 a.C., é um plebiscito rogado pelo tribuno *Aquilius*. E visou, na opinião de ARNÒ, restringir o conceito de dano compreendido, até então, em sentido latíssimo¹.

O seu texto era constituído por três capítulos: no primeiro, quem matasse injustamente um escravo ou escrava alheia ou um quadrúpede ou uma *res* (alheia) seria condenado a dar ao dono o máximo valor que teve naquele ano. O segundo, caído em desuso na época clássica, estabelecia contra o *adstipulator*, que liberasse o devedor em fraude ao credor principal, uma *actio* de valor igual ao montante da dívida. E o terceiro referia que, em relação às restantes *res*, se alguém causasse dano a outrem, queimando, quebrando ou rompendo injustamente, seria condenado a dar ao dono o valor alcançado pela *res* nos trinta dias anteriores².

¹ ARNÒ foi, certamente, influenciado por ULPIANUS (D. 9,2,1pr.; -9,2,1.1). Vid. ARNÒ, C., «*Legis Aquilia. Actio directa ero competit*» em *BIDR* 42(1934) 195-196. Cfr. ainda: BISCARDI, A., *Sulla Data della 'Lex Aquilia'* em *Scritti Giuffrè I* (Milão 1967) 77-83; ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, o.c. 653; e FUENTESECA, o.c. 327.

Segundo D'ORS (*Derecho*, cit. 421), a *lex Aquilia* suprimiu o regime da repressão penal de alguns delitos tipificados pelas XII Tábuas, mas deixou alguma acções privadas relativas à indemnização de danos, como a *actio de pastu pecoris* e a *actio de pauperie*.

² Cfr. sobre: o 1.º capítulo, D. 9,2,2pr.; o 2.º, GAIUS 3,215; e o 3.º, D. 9,2,27,5. Vid. ainda: SCHIPANI, S., *Responsabilità «ex lege Aquilia»*, *Criteri di Imputazione e Problema della Culpa* (Turim 1969) 41; FUENTESECA,

Tratando-se de uma época em que o respeito pelos *verba* tinha a maior importância, devemos destacar o papel central atribuído à acção do lesante: *occidere, urere, frangere e rumpere*. Isto é, só o dano (prejuízo material) causado por esforço muscular (*corpore*) à *res* considerada na sua estrutura física (*corpori*) era indemnizável *ex lege Aquilia*³.

A protecção oferecida pela *lex Aquilia* concretizava-se na *actio legis Aquiliae* que era penal (não perseguia o valor actual, mas o máximo atingido no período assinalado), perpétua (susceptível de ser instaurada sem limitação de tempo), noxal (o devedor desobrigava-se praticando a *noxam deditio* do

o.c. 327; D'ORS, *Derecho*, cit. 419-420; IGLESIAS, *o.c.* 482-483; e CARRELLI, O., *La Legittimazione Attiva dell'«Actio Legis Aquiliae»* em *RISG* 9(1934) 357.

Segundo D'ORS, a última jurisprudência clássica incluiu na *aestimatio* não só o valor objectivo da *res*, mas também o lucro cessante.

³ Vid. SCHIPANI, *o.c.* 46-50; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 375; e TAUBENSCHLAG, «*Lex Aquilia*» em *PW* 12(1925) 2327.

Note-se que o texto da *lex Aquilia* não falava de culpa; tão-só contemplava o *damnum iniuria datum*. *Iniuria* significa, aqui, acção antijurídica. Como CARRELLI refere, os verdadeiros requisitos da acção eram somente dois: a lesão de um direito alheio; e o dano patrimonial, sua consequência. A procura da culpa era praticamente supérflua e, se a responsabilidade aquiliana se apoiasse na culpa, dever-se-ia chegar, logicamente, à responsabilidade por omissão culposa. Para CARRELLI, a reassunção geral e orgânica do instituto do *damnum iniuria datum* sob a doutrina comum da culpa é obra dos compiladores.

A opinião de CARRELLI parece-nos certa, mas só até à época clássica, pois a extensão da *lex Aquilia* a danos causados por omissões revela que a necessidade da sua imputabilidade culposa não passou despercebida aos juristas clássicos.

BURDESE entende que, já na tardia República, a *iurisprudencia* exigiu a culpa, fazendo-a entrar no conceito de *iniuria*. E VOLTERRA diz-nos que o elemento *dolus* ou *culpa* se tornou, a partir do séc. II, um requisito necessário à existência do *damnum iniuria datum*.

Vid. CARRELLI, *o.c.* 479-486; BURDESE, *o.c.* 617; e VOLTERRA, *o.c.* 565-566. Cfr. ainda: SCHIPANI, *o.c.* 86; SOLAZZI, S., «*Actio Legis Aquiliae*» e «*Actio Legis Corneliae de sicariis*» em *Gai* 3,213 em *SDHI* 20(1954) 321-322; LONGO, G., «*Lex Aquilia de Damno*» em *NNDI* 9(1963) 799; FUENTESSECA, *o.c.* 214, e 328-329; SOHM, *o.c.* 420; CORNIL, *o.c.* 33; BIONDI, *Istituzioni*, cit. 531; e IGLESIAS, *o.c.* 483.

delinquente) e não era cumulável com as acções reipersecutórias (por conter, na pena, a indemnização)⁴.

Quanto à sua fórmula, não foi ainda possível determiná-la com precisão; apenas sabemos que era concebida *in ius*⁵.

§ 9.4.1.2 É natural que uma *lex*, tão restrita e acanhada, rapidamente se visse ultrapassada pelo progresso da vida. Surgiram novas condutas danosas que, ficando à margem das previsões aquilianas, não podiam, todavia, ficar impunes.

Pertencia ao legislador a tarefa de criar novas *leges* ou reelaborar as existentes, dilatando e actualizando as suas hipóteses.

Uma vez mais, porém, o legislador não actuou; por isso, foi o pretor quem se encarregou de proteger os novos lesados e reprimir os novos danos.

A sua actividade exerceu-se, fundamentalmente, em três direcções: nos danos não provocados directamente por uma acção corpórea, mas atribuídos à conduta de alguém — danos em que houve um «*causam mortis praestare*» ou um «*causam damni praestare*»¹; nos danos que, embora tipificados na *lex Aquilia*, foram causados a não-proprietários²; e nos danos resultantes de lesões corpóreas em pessoas livres³.

⁴ Se fosse uma *actio praetoria* seria, em princípio, anual: devia ser instaurada dentro de um ano. Justiniano qualificou-a de *mixta*: reipersecutória, enquanto se obtém o valor actual da *res*; e penal, enquanto se adquire o excesso, no caso de o objecto ter valido mais no ano ou no mês anterior. Vid. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 367; FUENTESECA, o.c. 328; BIONDI, *Istituzioni*, cit. 529; VOLTERRA, o.c. 565; ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, o.c. 654; e IGLESIAS, o.c. 474.

Contra, sustentando que era uma acção reipersecutória, embora ofereça um certo matiz penal, vid. SOHM, o.c. 420.

⁵ Vid. LENEL, o.c. 199-201.

¹ Vid. TAUBENSCHLAG, o.c. 2328; D'ORS, *Derecho*, cit. 422; FUENTESECA, o.c. 329; BIONDI, *Istituzioni*, cit. 530; e BURDESE, o.c. 483-484.

Quanto aos danos *non corpori*, somente no Direito justiniano teriam sido protegidos. Vid.: TAUBENSCHLAG, o.c. 3328; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 375; e IGLESIAS, o.c. 484.

² Vid. CORNIL, o.c. 33; CARRELLI, o.c. 356; D'ORS, *Derecho*, cit. 422; e BURDESE, o.c. 618.

³ Vid. RICCOBONO, o.c. 283-284; e FERRINI, C., *La Legittimazione Attive nell'«Actio Legis Aquiliae»* em *RISG* 12(1891) 168.

§ 9.4.1.3 Os instrumentos utilizados nessa extensão da *lex Aquiliae* foram as *actiones utiles* e as *actiones in factum*. Porém, a circunstância de, nos mesmos danos, aparecerem ora umas ora outras tem confundido seriamente a doutrina que, a despeito do grande interesse manifestado, está ainda bem longe de ser pacífica.

Importa fazer-lhe, por isso, uma breve referência.

SAVIGNY entende que as extensões da *lex Aquilia* foram, muitas vezes, realizadas através de *actiones utiles* que são *actiones ficticiae*. Terá acontecido, assim, quando a *actio* era concedida a não-proprietários que tinham, todavia, um *ius in re*. Porém, na *actio* estendida a um *dammum non corpore datum*, a *actio ficticia* não servia, recorrendo-se à *actio in factum*.

No entanto, SAVIGNY não apresenta um critério firme que permita saber quando ambas as *actiones* (*ficticia* e *in factum*) se aplicavam. Limitou-se a sugerir uma simples hipótese, todavia logo afastada quando pensa que não devemos julgar contraditória ou indecisa a opinião de que, no mesmo caso, é mencionada ora a *utilis* ora a *in factum actio*¹.

Para LENEL, as *actiones utiles* relacionadas com o primeiro capítulo da *lex Aquilia* são de dupla espécie: nos danos sofridos por não-proprietários, teriam sido concedidas *formulae ficticiae*, excepto no dano causado a um credor garantido com uma hipoteca e (talvez) no caso de o lesado ser um usufrutuário, onde parece mais verosímil uma *actio in factum*. Nos danos em que não há um *occidere*, mas um «*causam mortis praestare*», a *actio utilis* teria sido *in factum*.

Porém, LENEL entende não haver dúvida de que os juristas utilizaram ambas as *actiones* (*ficticia* e *in factum*) promiscuamente, de modo que nenhuma conclusão podemos extrair das respectivas referências².

DEKKERS observa que as *actiones*, através das quais a *lex Aquilia* se estendeu, são ora *utiles* ora *in factum*; e julga pouco verosímil que todas as *actiones utiles* sejam *ficticiae*, pois os jurisconsultos

¹ Vid. SAVIGNY, *o.c.* 94-96.

² Vid. LENEL, *o.c.* 203-205.

utilizaram indistintamente as expressões *actio utilis* e *actio in factum*. No seu entendimento, estas expressões não se opõem e as discussões dos juristas incidiam em saber se a *lex Aquilia* bastava ou era necessário recorrer a outra *actio, in factum* ou *utilis*. Pensa que uma acção é *utilis* quando estende o campo de aplicação de uma *actio* já conhecida no Direito vigente; todavia, esta extensão pode realizar-se de maneiras diferentes: concedendo uma acção análoga a um novo beneficiário ou dando-lhe a acção existente, mas ligeiramente transformada. No primeiro caso, a *actio* pode ser *ficticia* ou com transposição de pessoas; no segundo, nada impede que seja *in factum*. Deste modo, as *actiones utiles* compreendem as *actiones in factum*.

É verdade, nota DEKKERS, que estas *actiones in factum* não são especialmente referidas por GAIUS; mas também não fala de *actiones ficticiae* nem de acções com transposição de pessoas. De resto, que uma *actio utilis* pode ser *in factum*, di-lo PAPINIANUS (D. 23, 26,3); e o vocábulo *utilis* é utilizado igualmente nos *interdicta* onde não há *fictiones* nem transposições. Porém, as *actiones in factum*, enquanto *actiones utiles*, não contêm *formulae in factum conceptae*, sendo, tão-só, *actiones* especialmente adaptadas aos factos.

Ainda segundo DEKKERS, nem a expressão *actio utilis* nem a referência *actio in factum* descreve a concepção das fórmulas; por isso, contenta-se em utilizar um índice geral: a aproximação da nova *actio* à que já existe. Deste modo, juntamente com LENEL, KRÜGER e ERMAN, DEKKERS pensa que são *ficticiae* as *actiones* extensivas da *lex Aquilia* que só exigiam uma simples alteração de uma das condições legais.

Assim, a exemplo da ficção «*si civis esset*», que permitiu estender ao (e contra o) peregrino a *actio legis Aquilae* (GAIUS 4,37), julga provável a utilização da *fictio* de propriedade para tornar aplicável a *lex Aquilia* ao possuidor de boa fé (D. 9,2,11,8), ao titular duma servidão (D. 9,2,27,32), ao credor pignoratício (D. 9,2,17pr.), mas talvez já não ao usufrutuário, por lhe facultar uma *condemnatio* demasiado elevada.

Uma fórmula com transposição de pessoas teria sido outorgada ao comprador para demandar o autor do delito aquiliano que extinguiu a obrigação de o vendedor entregar a *res*

vendida. Na extensão da *lex Aquilia* a danos *non corpore*, teria funcionado a *actio in factum*. E, nos danos causados a um *filiusfamilias*, ao seu *pater* teria sido concedida uma *actio utilis* com a ficção «*si liber non fuisset*» (D. 9,2,5,3 *in fine*).

A doutrina de DEKKERS é a mesma de LENEL; por isso, partilha das mesmas dúvidas e incertezas que os textos incessantemente alimentam³.

ARNÒ entende que os *veteres* não se coibiram de utilizar as *actiones ficticiae* para aplicarem a *lex Aquilia* fora do seu âmbito originário. Na sua opinião, a actividade pós-muciana foi largamente facilitada pela obra de MUCIUS, com realce para a sua teoria geral das *actiones in factum*. A esta *actio* recorria-se não só quando o dano fosse *non corpore*, mas também *non corpori*; e ainda na extensão da *lex Aquilia* a não-proprietários. Todavia, a *actio in factum legi Aquiliae accommodata* não foi acolhida por SERVIUS e seus discípulos que aplicaram, em algumas situações, a *actio utilis*.

ARNÒ atribui a dualidade de *actiones — utilis e in factum —* às divergências que separavam as escolas muciana e serviana. Na protecção ao não-proprietário, os mucianos utilizaram a sua *actio in factum* e os servianos tê-lo-ão deixado desprotegido, salvo nas situações especialíssimas justificadas pelo interesse do credor pignoratício.

Todavia, colocado perante os textos que dizem o contrário, ARNÒ vence o obstáculo da maneira mais simples: julga-os interpolados. E não se preocupou em explicar, embora sob a mesma óptica, a divergência nas *actiones* outorgadas sobretudo nos danos *ex corpore*⁴.

Para ROTONDI, os juristas clássicos estenderam a *actio legis Aquiliae*, alargando os seus pressupostos estritamente materialistas aos danos provocados *corpore*, mas nunca a danos *non corpori*. Nota uma diversidade nas *actiones* concedidas — ora *utiles* ora *in factum* —, mas vê, nela, uma divergência de escolas. Porém, julga que muitas das *actiones in factum* teriam sido,

³ V.g. fala-se de *actio in factum* e não de *actio ficticia* em: D. 9,2,11,8; -9,2,17pr. E, em D. 9,2,5,3, fala-se, apenas, da *actio legis Aquiliae*. Vid. DEKKERS, o.c. 156-162.

⁴ Vid. ARNÒ, o.c. 98-216.

originariamente, independentes; não sujeitas, portanto, às normas peculiares da *lex Aquilia*. Simplesmente, com o tempo, receberam uma aproximação, sempre mais íntima, à *lex Aquilia*. Assim, algumas *actiones in factum* terão sido modeladas na *actio doli* (D. 4,3,7,7; -47,2,53,13), enquanto outras nada têm a ver com a *actio legis Aquiliae* (v. g. D. 19,5,14,3; -19,5,23; -47,2,53).

A doutrina de ROTONDI reafirma o pensamento que rejeita a extensão da *actio legis Aquiliae* aos danos *non corpori*; e perfilha, com alguma dúvida, a tese de ARNÒ. Todavia, é original quando entende que várias *actiones in factum*, embora mais tarde aproximadas à *lex Aquilia*, nada tiveram a ver, na sua origem, com o dano aquiliano. Mas não se pronuncia sobre a natureza das *actiones utiles* e das *actiones in factum* utilizadas para estender a *lex Aquilia* aos danos *non corpore*⁵.

CARRELLI rebate a doutrina de DE MEDIO que sustenta a não-classicidade das *actiones utiles* e reafirma tê-las utilizado a *iurisprudencia* clássica para proteger os titulares de *iura in re aliena*.

Confrontado com diferentes *actiones* — *utilis* e *in factum* — outorgadas nos mesmos danos e a favor das mesmas pessoas, refere que a clarificação total deste ponto só poderá ter lugar quando se fizer uma completa sistematização — que está bem longe de ser feita — do problema das *actiones utiles*.

CARRELLI observa que o ponto de vista de LENEL é insustentável; e rejeita igualmente a opinião de DE FRANCISCI para quem os compiladores teriam substituído *utilis* por *in factum*. Avança, então, uma hipótese que adverte ser, todavia, indemonstrável: as fórmulas das *actiones* concedidas ao usufrutuário, ao credor pignoratício e ao possuidor de boa fé eram

⁵ Vid. ROTONDI, o.c. 450-477. A doutrina de ROTONDI foi bem recebida por LONGO, G., *Appunti Esetici e Note Critiche in Tema di Lex Aquilia* em AUMA 22(1958) 51-52. Todavia, parece-nos que este A. exagera ao referir que ROTONDI sublinhou que todos os textos, nos quais aparece uma *actio in factum*, se referem a campos diferentes do da acção aquiliana. Ora, ROTONDI (o.c. 471) é bem claro quando diz ser outorgada a acção em via útil ou, provavelmente, a *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*, segundo as diferentes tendências de escola.

Só nos danos *non corpori*, a *actio in factum* é, segundo ROTONDI (o.c. 451), referida a um campo diferente do da *lex Aquilia*.

redigidas *in factum*; simplesmente, por conservarem, ainda, pontos de contacto com a fórmula *in ius* da *actio legis Aquilae*, chamavam-lhes, indiferentemente, *actiones in factum* e *actiones ad exemplum legis Aquiliae*. Quanto à extensão da *lex Aquilia* a não titulares de um *ius in re aliena*, CARRELLI rejeita-a e atribui aos compiladores os primeiros passos tímidos para o abandono do fundamento real da acção.

Há, em CARRELLI, a mesma verificação da impossibilidade de clarificar e desvendar a natureza da *actio utilis* e da *actio in factum* concedidas, na extensão da *lex Aquilia*, a novos danos e a não-proprietários. Todavia, a sua hipótese é aliciante e, embora a pense indemonstrável, consideramo-la altamente provável e, por isso, merece não ser descurada no estudo (que iremos fazer) das fontes⁶.

ALBANESE observa que a circunstância de as fontes atestarem uma diferença terminológica entre a *actio utilis ex lege Aquilia* e a *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae* constitui um forte indício a favor da afirmação de que esta diferença deve ter existido igualmente na técnica processual, levando a pensar que são *ficticiae* todas as *actiones utiles*. Do mesmo modo, as *actiones in factum ad exemplum legis Aquiliae* pertenceriam a uma outra categoria.

Tendo em atenção a letra da *lex Aquilia*, ALBANESE entende que as hipóteses de *occidere*, *frangere*, *urere* e *rumpere* estão intrinsecamente ligadas à ideia de *facere*. Ora, se a um *facere* sem contacto corpóreo, nenhuma dificuldade apresentaria a extensão da tutela aquiliana, já as situações omissivas deviam suscitar a criação de uma categoria mais ampla de dano. Daqui, parte ALBANESE para a explicação das *actiones utiles*, quando houvesse um *facere* não considerado *occidere*, *frangere*, *urere* ou *rumpere*; *in factum ad exemplum legis Aquiliae*, quando faltasse um *facere*. À luz deste critério, ALBANESE considera interpolados os textos em

⁶ Vid. CARRELLI, *o.c.* 374-376 e 417. O A. vê uma prova a favor da sua hipótese no cotejo de dois textos: D. 9,2,53 (onde a acção se diz «*in factum ad exemplum legis Aquiliae*»); e COLL. XII 7,5,6 (onde se fala da *actio in factum* e, depois, se diz «*ad exemplum legis Aquiliae*»).

que a *actio utilis* aparece em vez da *actio in factum*, substituição que atribui à indiferença substancial dos Bizantinos pelas distinções processuais clássicas. Também nas hipóteses de *damnum non corpori*, a *iurisprudentia* clássica sugeriu *actiones in factum ad exemplum legis Aquiliae*.

Para ALBANESE, a incerteza da doutrina explica-se: por um lado, considera assente a identidade entre as *actiones utiles* e as *actiones in factum* em matéria da *lex Aquilia*; por outro, entende segura a distinção, no processo clássico, entre as duas *actiones*. E tenta conciliar aquela identidade (aquiliana) e esta distinção (processual), afirmando não serem as *actiones in factum* aquilianas *actiones in factum* em sentido técnico; ou pretende que as *actiones utiles* aquilianas não são, tecnicamente, *actiones utiles*. A primeira orientação é a de LENEL; a segunda, a de CARRELLI.

ALBANESE entende que a extensão da *lex Aquilia* aos peregrinos (GAIUS, 4,37) justifica, por analogia, a provável concessão de *actiones ficticiae* a não-proprietários: cada um agiria «*ficto se domino*». Desta probabilidade, ALBANESE parte para outra: todas as *actiones utiles* teriam sido *ficticiae*. Deste modo, seriam *ficticiae* as *actiones* concedidas nos danos causados por um *facere* diferente do previsto na *lex Aquilia*. Em tais hipóteses, ter-se-ia fingido: «*ac si occidisset, fregisset, rupisset, ussisset*».

Com efeito, não havia necessidade de uma modificação complexa na fórmula, pois o dano *non corpore* harmonizava-se com o *damnum* previsto na *lex Aquilia*. E que teriam sido *ficticiae* as *actiones utiles* é confirmado pelo facto de as *actiones in factum ad exemplum legis Aquiliae* terem sido concedidas em situações onde mal se vê como poderia recorrer-se à *fictio*: a falta absoluta de um *facere* (danos causados por omissão); a ausência de um *damnum* em sentido técnico (danos *rebus integris*); e a falta de *iniuria* (danos entre condóminos) — porque se afastam notavelmente das hipóteses aquilianas — não se prestariam facilmente a ser compreendidas, através da *fictio*, no âmbito da fórmula *in ius concepta* aquiliana.

Ainda segundo ALBANESE, enquanto a fórmula fictícia é idêntica à directa, a fórmula *in factum* afasta-se profundamente da fórmula normal da *actio legis Aquiliae*. Porém, a analogia com esta fórmula, embora limitada à *aestimatio* do prejuízo sofrido pel

autor, explica a qualificação da *actio in factum* como *ad exemplum legis Aquiliae*. Finalmente, entende que são pós-clássicas as extensões da *lex Aquilia* ao credor pignoratício e ao colono⁷.

A crítica não poupou ALBANESE.

LONGO julga que devemos, em muitíssimos casos, divergir da sua interpretação. Mas foi BETTI o mais incisivo, afirmando que o escasso respeito pela *fictio* atinge o cume em ALBANESE. Na sua opinião, a *fictio* formular, que é instrumento de uma extensão analógica da tutela pretória, nunca pode abraçar a «*fattispecie*» na sua totalidade, pois, então, tanto valeria conceder uma *actio in factum*. E a *fictio*, que só apresenta um momento de ligação à relação civil, nunca pode incidir sobre o *facto* (razão da responsabilidade), sob pena de ser contraditória e claramente absurda⁸.

A reacção de ALBANESE não tardou. Simplesmente, a explicação de que a sua *fictio* não atinge toda a «*fattispecie*», mas apenas o *facere* («*si occidisset*», etc.), não é convincente, circunstância implicitamente admitida por ALBANESE ao reafirmar que a sua hipótese era avançada com todas as cautelas derivadas da obscuridade do tema e da falta de fontes⁹.

Mais do que a falta de fontes, estão o *facto* de os textos desmentirem as suas ideias e a facilidade na sua eliminação através do cómodo, mas perigoso, expediente das interpolações. Por outro lado, se a extensão da *lex Aquilia* a não-proprietários é provável através da *fictio* — tendo em vista a analogia com a sua aplicação aos peregrinos —, julgamos uma violência e altamente improvável o uso da ficção «*si occidisset*», «*si fregisset*», «*si rupisset*», «*si ussisset*», por constituir um *facere* que, devendo ser provado, nunca se pode fingir.

⁷ Vid. ALBANESE, B., *Studi sulla Legge Aquilia* em *AUPA* 21(1950) 13-44 e 179-225; e *Dammum Iniuria Datum* em *NNDI* 5 (1960) 110. Vid. uma recensão a ALBANESE, feita por DUMONT, F., em *IURA* 3(1952) 371-374.

⁸ Vid. LONGO, *Appunti*, cit. 52; e BETTI, E., *Falsa Impostazione della Questione Storica, Dipendente da Erronea Diagnosi Giuridica* em *Studi Arancio-Ruiz* IV (1953) 96⁵¹.

⁹ Vid. ALBANESE, *Note Aquiliane* em *AUPA* 23(1953) 256-257.

Mais recentemente, também VALIÑO estudou o tema das «*Acciones pretorias complementarias de la accion civil de la ley Aquilia*». Teve sobretudo em atenção o estudo de ALBANESE cujos pontos de vista e conclusões julga «*mui sugestivos*» e constituem uma etapa importante no estudo da lei Aquília, embora reconheça não ter encontrado muito eco na doutrina.

E, na verdade, também VALIÑO se afastou de ALBANESE.

Na sua opinião, nenhum jurista clássico chamou *utilis* à *actio in factum* e à *actio* com transposição de pessoas; e só as *actiones ficticiae* receberam o nome *utilis*, excepção feita às que têm um nome próprio, como *v. g.* a *actio Publiciana*. Quanto às *actiones utiles* (= *actiones ficticiae*), somente foram outorgadas nos casos de legitimação activa da *actio aquiliana*. Em todos os outros casos, utilizaram-se *actiones in factum*.

É neste aspecto que VALIÑO rejeita a doutrina de ALBANESE, pois entende dificilmente imaginável uma ficção quando se trata de factos que não podem integrar-se no conceito de dano aquiliano. Nestes casos, era muito mais prática a concessão de *actiones in factum* para integrar as lacunas do *ius civile*: não parece imaginável que se ordenasse ao juiz que sentenciasse como se o dano fosse enquadrável num *urere*, *frangere*, etc.

A doutrina de VALIÑO evita a censura que vimos dirigida a ALBANESE, mas fundamenta-se em bases frágeis: ora atribui a *utilis* um uso inadequado (assim em GAIUS, 3,202) ora considera interpolados ou genuínos os textos que favorecem ou contrariam o pensamento de ALBANESE. Por outro lado, identificando as *actiones utiles* e *ficticiae*, vê erguer-se contra ela a doutrina de GARCIA GARRIDO para quem as acções úteis da *lex Aquilia* não são ficções, mas extensões analógicas da *actio* que a *iurisprudentia* inspira ao pretor¹⁰.

Cabe-lhe, todavia, o mérito de ter estudado, em pormenor, os casos de extensão da *lex Aquilia* a não-proprietários, cuja *ratio* das diversas soluções explicou, utilizando um raciocínio convincente, segundo o autor do dano fosse ou não o *dominus rei*: na primeira hipótese, é vencida a dificuldade de uma ficção

¹⁰ Vid. GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 322-323.

dupla— considerar proprietário quem o não é; e não-proprietário quem o é— pela concessão de uma *actio in factum*; na segunda, a ausência dessa dificuldade justifica a *actio utilis* (= *ficticia*)¹¹.

Apesar de alguma clarificação já obtida, VALIÑO tem razão quando afirma que, ainda hoje, é vacilante o critério de distinção entre a *actio utilis* e a *actio in factum* que, segundo boa parte da doutrina, são unicamente expressões diferentes da mesma realidade.

E, na verdade, parece haver mais dúvidas do que certezas a propósito da natureza das *actiones utiles* e das *actiones in factum* outorgadas para estender o âmbito de aplicação da *lex Aquilia*.

Ainda recentemente, KASER insistiu que nem todas as *actiones utiles* são *ficticiae*. Invocando SELB (para quem as *actiones utiles* foram outorgadas quando se verificavam os princípios estritos da causalidade; e as *actiones in factum* terão sido concedidas a não-proprietários), KASER duvida de que, para os clássicos, tenha havido, nesta matéria, uma separação terminológica rigorosa¹².

E, ainda mais recentemente, THIELMANN quase se limitou a referir as opiniões divergentes da doutrina, observando, a título conclusivo, que as *actiones utiles* e *in factum* são concebidas *in factum* na extensão da *lex Aquilia*. No entanto, pensa que as *actiones ficticiae* foram outorgadas em situações que, do ponto de vista prático do dano, não significavam desvio algum dos factos da *lex Aquilia*¹³.

Perante tantas dúvidas, só uma certeza a doutrina nos oferece: também no âmbito da extensão da *lex Aquilia*, continua por entender a natureza das *actiones utiles* e das *actiones in factum ad exemplum*.

Urge, destarte, estudar as fontes.

¹¹ Vid. VALIÑO E., *Actiones Pretorias Complementarias de la Accion Civil de la Ley Aquilia* (Pamplona 1973) 15-29, 76, 77, 88, 91 e 92. Vid. ainda do mesmo A., *Actiones Utiles*, cit. 63-68 e 335-342.

¹² Vid. KASER, *Zum «Ius Honorarium»*, cit. 241-242.

¹³ Vid. THIELMANN, G., «*Actio Utilis*» und «*Actio in Factum*» zu den Klagen im Umfeld der «*Lex Aquilia*» em *Studi Biscardi I* (1982) 301-315.

§ 9.4.1.4 Relativamente à extensão da *lex Aquilia* aos possuidores de boa fé, ULPIANUS apresenta-nos duas hipóteses para as quais — no estado actual dos textos — prevê a *actio in factum*:

D. 9,2,11,8: «*Sed si servus bona fide alicui serviat, an ei competit Aquiliae actio? et magis in factum actio erit danda.*»

Em face de um dano causado a um *servus* que Titius possuía de boa fé, ULPIANUS interroga se a *actio legis Aquiliae* pertence ao possuidor e entende que parece melhor dever conceder-se a *actio in factum*.

Este fragmento — como os demais atinentes à *lex Aquilia* — foi considerado interpolado.

Fiel à sua ideia de que foram utilizadas *actiones utiles* na extensão da legitimidade activa (e passiva) da *lex Aquilia*, LENEL entende que ULPIANUS teria referido uma *formula ficticia*¹.

Todavia, ARNÒ pensa que os compiladores deixaram intacta, afortunadamente, a expressão «*in factum actio*», de maneira que do texto emerge a doutrina muciana que jamais teve dúvidas na extensão subjectiva da *actio legis Aquiliae* ao possuidor de boa fé².

ALBANESE considera o texto interpolado e justifica o aditamento «*in factum actio*» na predilecção justinianeia por esta *actio*, cuja aplicação julga impossível, no direito clássico, a favor do possuidor de boa fé. Na sua opinião, é provável que os juristas clássicos tenham previsto tal extensão. Simplesmente, fiel à sua ideia de que teriam concedido *actiones utiles* nos danos *non corpore*, ALBANESE é levado a considerar o texto interpolado³.

VALIÑO — para quem a extensão da *lex Aquilia* a não-proprietários terá ocorrido através de *actiones utiles* — pensa que a

¹ Vid. LENEL, *o.c.* 203.

² Vid. ARNÒ, *o.c.* 201-202.

³ Vid. ALBANESE, *Studi*, cit. 307.

brevidade do texto torna extremamente difícil a sua exegese; e entende que os seus eventuais resultados não passam de meras hipóteses. Todavia, uma interpretação afigura-se-lhe possível: ULPIANUS teria afirmado que o ex-possuidor do *servus* podia instaurar uma *actio in factum* contra o verdadeiro *dominus*. Neste caso, sendo inimaginável uma *actio utilis* por exigir uma ficção dupla — a de o possuidor ser proprietário; e a de o *dominus* não ser proprietário —, a via airosa consistiria na *actio in factum*⁴.

É evidente que a doutrina interpretou este fragmento, orientada por critérios pré-elaborados que, se tentam louvavelmente esclarecer as divergências textuais, não menos contribuem para as eternizar.

Talvez o próximo fragmento, ainda de ULPIANUS, nos dê uma perspectiva:

D. 9,2,17: «*Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur.*»

ULPIANUS mantém-se coerente ao atribuir a *actio in factum* ao possuidor de boa fé (e ao credor pignoratício) e, desta vez, outorga-a mesmo contra o *dominus servi*.

É, com base neste fragmento, que VALIÑO vê também no texto anterior a concessão duma *actio in factum* e julga-a possível em virtude de o *dominus* ser demandado; se fosse um *extraneus*, funcionaria a *actio utilis* na qual o possuidor se fingiria «*si dominus esset*».

CARRELLI sustenta a genuinidade deste fragmento, juntando-se a VALIÑO e a ARNÒ que, utilizando diferentes critérios, chegam à mesma conclusão⁵.

⁴ Vid. VALIÑO, *Acciones Pretorias*, cit. 71-75. DEKKERS (o.c. 161) não encontrou estas dificuldades e, por isso, inclina-se a pensar numa *actio ficticia*.

⁵ Vid. CARRELLI, o.c. 380-386; e os AA. citados nas notas 1 a 4.

Parece-nos aliciante a opinião de VALIÑO e mais provável que a de ALBANESE. Mas urge estudar outras extensões da legitimidade activa da *lex Aquilia*⁶.

A extensão da *actio legis Aquiliae* ao credor pignoratício é-nos testemunhada, além do texto acabado de referir, também em PAULUS:

D. 9,2,30,1: «*Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur. sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri (...) et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio*».

PAULUS refere o caso de um *servus* empenhado que morreu, pertencendo a *actio (legis Aquiliae)* ao devedor (naturalmente, por ser *dominus*). É-lhe perguntado, no entanto, se deve ser dada a *actio utilis* ao credor, pois terá, decerto, interesse no caso de o devedor ser insolvente ou ter perdido a acção pelo decurso do tempo. Todavia, afigura-se injusto que o lesante fique obrigado perante o *dominus* e o credor. Pois bem, PAULUS responde: nos casos em que a *actio (utilis)* deve ser dada ao credor (seja por causa da pobreza do devedor, seja por ter perdido o litígio), aquele terá a *actio (utilis)* até ao valor da dívida, pertencendo ao devedor a *actio (directa)* no que a exceder.

⁶ À concessão da *actio in factum* (?) ao possuidor de boa fé não oferece obstáculo a atribuição da *actio legis Aquiliae* ao comprador (em D. 9,2,11,7), exactamente porque é *dominus*.

Também é ao *dominus* que o D. 9,2,38 concede esta *actio*.

Ao possuidor da *hereditas* reconhece implicitamente o D. 5,3,55 a *actio* (que, decerto, estende a *lex*) *Aquilia*. Sustentar, com base neste fragmento, que os servianos nunca estenderam a *lex Aquilia* a não-proprietários — como defende ARNÒ (o.c. 200-201) — não merece acolhimento.

CARRELLI considera o texto interpolado e a sua reconstituição impossível. E VALIÑO entende que a essência do problema é clássica; não vê contradição no D. 9,2,17, pois a *actio in factum* só é (aí) concedida por o lesante ser o *dominus servi*⁷.

A configuração do texto, que no seu início apresenta o caso perspectivado na *interrogatio* ao jurista, não nos parece indiciar que seja interpolada a primeira parte: o que se pretende é saber se o credor tem a *actio utilis* em virtude da eventual injustiça que o lesante sofreria, obrigado a responder, também, perante o *dominus servi*. Não se questiona a *actio in factum*, o que parece sintomático da concessão da *actio utilis* a um *non-dominus*, decerto diferente, na sua natureza, das *actiones in factum*.

Porém, se este fragmento, cotejado com os outros já referidos, deixa antever a natureza *ficticia* desta *actio utilis*, não significa, ainda, que esta identidade haja de verificar-se em todas as *actiones utiles*⁸.

Também os danos aquilianos causados ao usufrutuário e ao usuário eram protegidos graças à extensão da *lex Aquilia*.

São fundamentais, nesta matéria, dois textos de ULPIANUS e um de PAULUS:

D. 7,1,17,3: «*Si quis servum occiderit, utilem actionem exemplo Aquiliae fructuario dandam numquam dubitavi*».

ULPIANUS diz-nos que jamais duvidou de que devia dar-se ao usufrutuário a *utilis actio exemplo Aquiliae*, no caso de alguém ter matado um escravo.

O texto foi considerado interpolado por ARNÒ que, fiel à sua doutrina da *actio muciana* sempre utilizada por ULPIANUS,

⁷ Vid. CARRELLI, *o.c.* 386-387; e VALIÑO, *Actiones Utiles*, cit. 63 e *Actiones Praetorias*, cit. 56-61 e 78.

⁸ À concessão da *actio utilis* ao credor pignoratício não se opõe o D. 9,2,18 (que reconhece ao devedor, porque *dominus*, a *actio legis Aquiliae* contra o credor que matou o *servus* empenhado) nem o D. 20,1,27 (que dá ao credor pignoratício a *actio* — decerto *in factum* — contra o devedor-*dominus* que debilitou o *servus*, diminuindo o seu valor). Vid. ARNÒ, *o.c.* 203-204.

entende que a expressão *actio in factum exemplo Aquiliae* foi alterada para *utilis actio exemplo Aquiliae*. E justifica esta interpolação por o Direito justinianeu só aplicar a *actio in factum* num caso: «*si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit*»⁹.

Porém, FERRINI julga que a acção útil «*ad exemplum legis Aquiliae*» foi concedida sem hesitação na época de ULPIANUS. CARRELLI considera o texto genuíno. VALIÑO entende que a solução é substancialmente clássica. E ALBANESE considera igualmente genuína a substância do fragmento, embora a brevidade do texto indicie uma reelaboração compilatória¹⁰.

Também a nós parece genuína a solução transmitida no fragmento; e, apesar das dúvidas de LENEL acolhidas por DEKKERS¹¹, a concessão da *actio utilis* ao usufrutuário não se nos afigura susceptível de dúvida. A sua natureza terá sido fictícia, agindo o beneficiário com a ficção «*si dominus esset*».

ULPIANUS revela-nos o mesmo pensamento em:

D. 9,2,11,10: «*An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Iulianus tractat: et ego puto melius utile iudicium ex hac causa dandum*».

Como ULPIANUS informa, IULIANUS trata de saber se o usufrutuário ou o usuário teria a *actio legis Aquiliae*, manifestando ULPIANUS a sua opinião: penso que é preferível dever dar-se um *iudicium utile*.

Este fragmento suscitou na doutrina as mesmas atitudes de defesa e rejeição da sua genuinidade que assinalámos em relação

⁹ Vid. ARNÒ, *o.c.* 207-208.

¹⁰ Vid. FERRINI, *La Legittimazione*, cit. 178; CARRELLI, *o.c.* 363-365; VALIÑO, *Acciones Praetorias*, cit. 87; e ALBANESE, *Studi*, cit. 254.

¹¹ Segundo LENEL (*o.c.* 203), talvez esta *actio* tenha sido *in factum*, pois, sendo *ficticia*, poderia levar a uma indemnização demasiado elevada, tendo em vista que o interesse do usufrutuário é inferior ao do proprietário. Esta dificuldade poderia ultrapassar-se, considerando a *fictio* destinada mais a legitimar processualmente o usufrutuário do que a equiparar a sua posição material à do *dominus rei*. Cf. ainda DEKKERS, *o.c.* 161.

ao texto anterior¹². No entanto, a referência a IULIANUS parece indiciar a classicidade da opinião de ULPIANUS pois, doutro modo, aquela perderia sentido e oportunidade.

Estamos, pois, convencidos de que a tutela do usufrutuário e do usuário se realizava através da *actio utilis* que reveste, pelo menos nestas hipóteses, um carácter fictício.

Uma *actio ad exemplum legis Aquiliae* é-nos referida em PAULUS:

D. 9,2,12: «*Sed et si proprietatis dominus vulneraverit servum vel occiderit, in quo usus fructus meus est, danda est mihi ad exemplum legis Aquiliae actio in eum pro portione usus fructus, ut etiam ea pars anni in aestimationem veniat, qua nondum usus fructus meus fuit*».

O jurista aborda o caso de um nu-proprietário que feriu ou matou o escravo dado em usufruto; e sustenta que deve ser dada ao usufrutuário a *actio ad exemplum legis Aquiliae* na proporção do usufruto, devendo ter-se em conta, no cálculo da estimação, a parte do ano em que não existiu usufruto.

O texto refere-nos uma *actio ad exemplum* e não fala em *utilis* nem em *in factum actio*. Daí que LENEL julgue mais provável referir-se a uma *actio in factum*, por o interesse do usufrutuário ser inferior ao do proprietário e a *fictio* poder levar a uma *condemnatio* demasiado elevada. VALIÑO entende igualmente que se trata da *actio in factum*, pois, doutro modo, haveria necessidade duma ficção dupla — fingir que o usufrutuário era proprietário; e que este não o era—. Todavia, CARRELLI vê naquela acção a *utilis actio*¹³.

É certo que, sendo a *actio ficticia* uma acção substancialmente *in ius (civile)*, é, no caso da *actio utilis* (que estende a *lex Aquilia*), a própria *actio legis Aquiliae* que se aplica; por isso, a expressão «*ad exemplum*» não se harmoniza muito bem com uma *actio utilis*

¹² Vid. *supra* as notas 10 e 11.

¹³ Vid. LENEL, *o.c.* 203; DEKKERS, *o.c.* 161; VALIÑO, *Acciones Pretorias*, cit. 88; e CARRELLI, *o.c.* 363-364.

(= *ficticia*), parecendo indiciar, sim, uma *actio in factum* que tem na *actio legis Aquiliae* o seu modelo¹⁴.

Por outro lado, tendo em vista que o demandado é o próprio *dominus*, o contraste entre a *actio utilis* de ULPIANUS e a *actio in factum* de PAULUS perde todo o significado, pois esta só tem justificação por ser demandado o *dominus* e não um *extraneus*.

Parece-nos, destarte, poder afirmar-se que a protecção dispensada ao usufrutuário e ao usuário se fazia também através de *actiones utiles* de natureza fictícia¹⁵.

¹⁴ Não infirmam a nossa opinião os textos em que ao usufrutuário é dada a *actio legis Aquiliae*: D. 4,3,7,4; -43,24,13pr. Trata-se de fragmentos interpolados, como reconhece a doutrina. Vid. VALIÑO, *Actiones Pretorias*, cit. 89-91; ALBANESE, *Studi*, cit. 256-259; e CARRELLI, *o.c.* 364-368.

¹⁵ Uma *actio utilis* é também concedida por ULPIANUS (D. 9,2,27,32) ao titular de uma servidão de aqueduto. Como os materiais do aqueduto, no momento de demolição, pertenciam ao *dominus fundi*, que os tinha adquirido por acessão, o titular da servidão não podia gozar da *actio (directa) legis Aquiliae*. A sua protecção foi assegurada através de uma *actio utilis*, fingindo-se, decerto, ser *dominus* do aqueduto. É esta a explicação de VALIÑO que defende, em consequência, a classicidade da *actio utilis*.

Também LENEL e DEKKERS consideram *ficticia* esta *actio utilis* e CARRELLI entende que é clássica.

Vid. VALIÑO, *Actiones Utiles*, cit. 64-65 e *Actiones Pretorias*, cit. 63-65; LENEL, *o.c.* 203; DEKKERS, *o.c.* 161; e CARRELLI, *La Legittimazione*, cit. 390-391.

Quanto ao colono, refere-se, num texto atribuído a ULPIANUS (D. 9,2,27,14), a opinião de CELSUS segundo a qual deve atribuir-se ao colono a faculdade de *in factum agendum* contra quem lançou joio ou aveia numa seara alheia. ARNÒ vê nesta *actio* a clássica acção muciana *in factum*.

A outorga desta *actio in factum* não choca, porém, com a orientação (que temos assinalado) de conceder *actiones utiles*, de natureza fictícia, aos *non-domini*.

Na verdade, à parte a circunstância de os colonos não serem titulares de *iura in re aliena*, está em causa um dano tipicamente não-aquiliano, para cuja reparação os clássicos teriam concedido *actiones in factum* (doutro modo, o dono gozaria da *actio (directa) legis Aquiliae* e não duma *actio in factum* que CELSUS atribui).

Concedida ao dono esta *actio in factum*, a *actio utilis* (= *ficticia*) era desnecessária, pois a *fictio* tornava possível a aplicação duma *actio civilis* (no caso, a *actio legis Aquiliae*) e não uma *actio in factum*.

Não constitui obstáculo algum a *actio (directa) legis Aquiliae* concedida ao comprador (D. 19,1,11,7; -19,1,13,12) e a o comodante

Em conclusão: a extensão da *lex Aquilia* aos *non-domini* (ao possuidor de boa fé, ao usufrutuário, ao usuário, ao titular de uma servidão de aqueduto e até contra o *confessus*) era realizada por meio de uma *actio utilis* de natureza fictícia. Todavia, no caso de serem demandados os *domini*, aquela extensão terá funcionado através de uma *actio in factum*.

Mas, além de proteger só o *dominus*, a *lex Aquilia* era igualmente restrita no dano previsto: considerava *damnum* apenas o resultante dum *facere* traduzido num *occidere*, num *urere*, num *frangere* ou num *rumpere*. De fora ficaram os danos *non corpore*, embora causados por um *facere* do agente lesante.

Impunha-se, também aqui, estender a *actio legis Aquiliae*, tarefa que o pretor desempenhou através de *actiones* cuja natureza urge determinar.

Em perfeita sintonia com a orientação fixada em textos atribuídos a POMPONIUS (D. 19,5,11) e a PAULUS (D. 9,2,33,1), segundo os quais é concedida uma *actio in factum* nos danos não previstos na *lex Aquilia*¹⁶, a esmagadora maioria dos fragmentos — tal como chegaram até nós — refere a outorga da *actio in factum* que permite a reparação de danos *non corpore*, mas *corpori*.

(D. 9,2,11,9), por serem *domini* das *res* danificadas. Deste modo, não nos parece aceitável a opinião de DEKKERS para quem a *actio* atribuída ao comprador teria uma fórmula com transposição de pessoas. Vid. DEKKERS, *o.c.* 161.

Finalmente, também contra o *confessus* (*procurator*, *tutor*, *curator* ou alguém que confessa ter o ausente — ou o incapaz — causado ferimentos), ULPIANUS (D. 9,2,25,1) atribui uma *actio utilis*. Na opinião de VALIÑO, trata-se duma *actio ficticia* na qual se fingiria que o autor do delito é o *procurator absentis* (de quem o texto só falaria, originariamente) que confessou.

Não é difícil aceitar este ponto de vista, pois, como o próprio ULPIANUS adverte, tal *actio* não visa discutir os factos, cuja prova a *confessio* dispensa, mas tornar possível a *aestimatio* (D. 9,2,25,2). Por isso, não parece aceitável a hipótese de LENEL duma transposição de pessoas. Vid. VALIÑO, *Actiones Pretorias*, cit. 67-69; LENEL, *o.c.* 203; e DEKKERS, *o.c.* 161.

¹⁶ Sobre o D. 19,5,11, vid. *supra* § 9.2.3. Quanto ao D. 9,2,33,1, sobre o qual não há, curiosamente, suspeitas de interpolação, PAULUS diz: «*In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio*».

Sensível a esta orientação, CELSUS estabelece: «*Qui mortis causa praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur*»¹⁷. E tal doutrina — já aplicada por OFILIUS (D. 9,2,9,3), LABEO (D. 9,2,9,pr.; -9,2,27,35) e NERATIUS (D. 9,2,9,2) — foi observada igualmente por IULIANUS (D. 9,2,11,5), SCAEVOLA (D. 4,3,7,7) e ULPIANUS (D. 9,1,1,7; -9,2,7,3; -9,2,27,10; -19,5,14,3; -47,2,50,4).

Todos estes fragmentos foram considerados interpolados por ALBANESE que, de harmonia com o seu critério da dação de *actiones ficticiae* nos danos causados por um *facere* diferente do previsto na *lex Aquilia*, entende que originariamente foram referidas *actiones utiles*¹⁸. No entanto, não falta também quem, desenvolvendo bons argumentos, defenda a sua genuinidade com realce para VALIÑO¹⁹.

O problema agudiza-se quando, nalguns textos, aparece concedida uma *actio utilis* exactamente nas mesmas situações diferentemente solucionadas com a *actio in factum*.

Assim, em oposição à doutrina de ULPIANUS fixada em D. 9,2,29,7, LABEO (D. 47,8,2,20) refere uma *actio utilis* contra um publicano que fecha gado para morrer por inanição. E RUFINUS (D. 42,1,34) e GAIUS (3,219) utilizam o mesmo expediente²⁰.

¹⁷ Vid. D. 9,2,7,6. O pensamento de CELSUS é, aqui, referido por ULPIANUS.

ALBANESE considera o texto interpolado — no lugar de *actio in factum* estaria a *actio utilis (ficticia)* —, mas VALIÑO entende-o clássico. E, parece-nos, com razão, pois não faz sentido que os compiladores tenham deixado no texto a referência a CELSUS para lhe fazerem dizer o que não disse. Vid. VALIÑO, *Acciones Pretorias*, cit. 47.

¹⁸ Vid. ALBANESE, *Studi*, cit. 183-186 e 214-217.

¹⁹ Vid. VALIÑO, *Acciones Pretorias*, cit. 46-55.

²⁰ O texto atribuído a ULPIANUS (D. 9,2,29,7) é considerado interpolado por ALBANESE (*Studi*, cit. 97) e genuíno por VALIÑO (*Acciones Pretorias*, cit. 51).

O fragmento de ULPIANUS, que cita LABEO (D. 47,8,2,20), é considerado interpolado por VALIÑO (*Actiones Utiles*, cit. 337-339 e *Acciones Pretorias*, cit. 29-30) para quem a originária *actio in factum* foi substituída pela *actio utilis* pelos compiladores justinianeus. A referência a LABEO parece-nos indiciar a genuinidade, pelo menos, da concessão da *actio utilis*, pois, se os compiladores a desejassem interpolar, mais fácil seria

Também GAIUS (D. 47,2,51) fala de uma *actio utilis* nas situações resolvidas por NERATIUS (D. 9,2,53) com uma *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*²¹.

E PAULUS (D. 11,3,4) e ULPIANUS (D. 9,2,27,9; -19,2,13pr.) concedem uma *actio utilis* em danos *non corpore* solucionados, até pelo mesmo jurista (v. g. ULPIANUS, D. 9,1,1,7; -9,2,7,3; -9,2,27,10; -9,2,29,7; -19,5,14,3; -47,2,50,4), com a *actio in factum*²².

Em face desta verdadeira promiscuidade de *actiones utiles* e de *actiones in factum* atribuídas para solucionar os mesmos casos — embora seja nitidamente predominante o uso da *actio in factum* —, julgamos que a clarificação do problema só pode obter-se a partir do entendimento da natureza da *actio ficticia*.

Na verdade, sustentar a interpolação dos textos que referem a *actio utilis* e não a *actio in factum* ou esta em vez daquela é, dada a inaplicabilidade do critério justinianeu²³ — que explicaria tais

omitirem a referência e a opinião de LABEO. De resto, é este critério anti-interpolacionista utilizado largamente por VALIÑO que, todavia, não funciona aqui.

Quanto a GAIUS (3,219), VALIÑO (*Actiones Utiles*, cit. 337) pensa que não utiliza adequadamente o vocábulo *utilis*, pois emprega-o em hipóteses totalmente diferentes. Segundo VON LÜBTOW (*apud* THIELMANN, o.c. 305), podia estar uma *actio in factum* no fragmento.

²¹ VALIÑO (*Actiones Utiles*, cit. 336-337) não duvida da genuinidade do texto de GAIUS (D. 47,2,51), mas parece-lhe que o jurista não utilizou adequadamente o vocábulo *utilis*; e não exclui que, no ambiente provincial em que parece ter vivido GAIUS, as *actiones in factum* (clássicas) fossem chamadas *actiones utiles*.

ALBANESE (*Studi*, cit. 186-187) considera o texto genuíno. Também a *actio in factum* é considerada clássica por ALBANESE (*Studi*, cit. 184-185).

²² VALIÑO (*Acciones Pretorias*, cit. 31 e 33-34) considera interpolados: D. 19,2,13pr. (bastava, no Direito clássico, a cláusula *ex fide bona da locatio* para o locador obter a indemnização, sem necessidade de recorrer à *actio legis Aquiliae*); -11,3,4 (onde vê uma glosa pós-clássica na qual se faz dizer a ULPIANUS o contrário do que tinha dito no fragmento anterior).

Quanto ao D. 9,2,27,9, ALBANESE considera ter sido substituída a *actio in factum* pela *actio utilis*. Vid. ALBANESE, *Studi*, cit. 24.

²³ Na verdade, as *Institutiones* (I. 4,3,16) reservam a *actio utilis* para os danos causados *non corpori* e aplicam a *actio in factum* nos danos *non*

interpolações —, algo de perfeitamente arbitrário, tendo em vista que a abundância, nas fontes, de *actiones utiles* e de *actiones in factum* revela que os compiladores não privilegiaram nenhuma delas.

Porém, antes de estudarmos o problema sob a óptica da natureza da *actio ficticia*, julgamos oportuno analisar, ainda, mais dois grupos de textos: os referentes a lesões causadas em pessoas livres; e os de danos provocados *non corpore neque corpori*.

No primeiro grupo, merece destaque um fragmento de ULPIANUS:

D. 9,2,13pr.: «*Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur...*».

Segundo o jurisconsulto, o homem livre tem, em seu nome, a *actio utilis Aquiliae* e não a *actio directa* porque ninguém é dono dos seus membros.

Este fragmento foi considerado interpolado por LENEL e substancialmente clássico por CARRELLI e VALIÑO. LENEL diz-nos, tão-só, que seria de admitir a *conceptio in factum*. Todavia, CARRELLI entende que a *actio utilis* é, muito provavelmente, clássica. Da mesma opinião é VALIÑO para quem o texto deve ter-se referido, originariamente, a um *homo liber* que prestava uma servidão de boa fé, pertencendo-lhe a *actio utilis* depois de uma *vindicatio libertatis*. A alteração do texto limitou-se a suprimir a referência *bonae fidei serviens*, permitindo a redacção actual compreender, dentro do dano aquiliano, todas as lesões sofridas por pessoas livres não subsumíveis à *actio iniuriarum*²⁴.

A opinião de LENEL é mais atraente, pois, se é possível fingir que um *servus* é um *homo liber*, não será fácil considerar um *civis Romanus* como se fosse escravo. Por isso, VALIÑO sustenta que o

corpore neque corpori. No entanto, este critério não foi aplicado nas interpolações do Digesto, pois as duas *actiones* aparecem a disciplinar os mesmos casos.

²⁴ Vid. LENEL, *o.c.* 204; CARRELLI, *La Legittimazione*, cit. 401-402; e VALIÑO, *Actiones Utiles*, cit. 66-67 e *Actiones Pretorias*, cit. 97-98.

dano foi causado a um *servus* que adquiriu depois a liberdade e, como *liber*, acciona o lesante. Porém, sendo a *actio legis Aquiliae* concedida ao *dominus*, teria de fingir-se que o liberto era *dominus* de si próprio. Trata-se de uma ficção esquisita e, destarte, parecemos ser de considerar a sugestão de LENEL.

Assim, evitaremos o obstáculo assinalado por FERRINI para quem, surgindo a *actio ex lege Aquilia* no momento dos ferimentos, a *actio utilis* nunca poderia ter lugar, mas, sim, a *actio directa* a favor do (então) *dominus*²⁵.

Todavia, alertados pela concessão da *actio utilis* neste fragmento, alguns AA. interpretam, igualmente como *utilis*, a *actio ex lege Aquilia* atribuída por ULPIANUS em:

D. 9,2,5,3: «...dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa: an ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti: sed lege Aquilia posse agi non dubito».

Neste fragmento, ULPIANUS dá-nos conta de uma situação que se deparou a IULIANUS: um sapateiro golpeou um aprendiz, tirando-lhe um olho. Segundo IULIANUS, não haveria lugar à *actio iniuriarum* porque a lesão só ocorreu para advertir e ensinar o aprendiz; e duvida da oportunidade da *actio ex locato* porque o docente só pode infligir um castigo leve. No seguimento da recusa da *actio iniuriarum* e da dúvida da *actio ex locato*, ULPIANUS acrescenta não duvidar da possibilidade da *actio ex lege Aquilia*.

Ora, porque a *lex Aquilia* não prevê o dano causado a pessoas livres; e raciocinando, por analogia, com a solução dada por ULPIANUS em D. 9,2,13pr., a mesma doutrina — que entende ser *ficticia* a *actio utilis* aqui aludida — não hesita em atribuir à *actio* referida em D. 9,2,5,3 idêntica natureza *utilis* (= *ficticia*). Simplesmente, porque existe, agora, um *dominus* (o *paterfamilias*), sacrifica o *status* de *homo liber* do *filiusfamilias* aprendiz de sapateiro, fingindo «*si liber non fuisset*»²⁶.

²⁵ Vid. FERRINI, *La Legittimazione*, cit. 168-169.

²⁶ Vid. DEKKERS, *o.c.* 162. Sustentam a classicidade do texto: CARRELLI (*La Legittimazione*, cit. 394-401), ALBANESE (*Studi*, cit. 269-288),

Justifica-se esta *fictio* pela circunstância de o *puer* realizar trabalhos que, em Roma, só os escravos costumavam fazer²⁷. Porém, ARANGIO-RUIZ entende que tal *fictio* repugnaria à mentalidade romana, além de não poder aplicar-se a sanção prevista no cap. III da *lex Aquilia*: «*quanti is puer in diebus triginta proximus plurimi fuit*»²⁸.

Já pela ficção verdadeiramente esquisita assinalada no texto-base (D. 9,2,13pr.); já pela ausência do vocábulo *utilis* na *actio* concedida em D. 9,2,5,3, julgamos pertinente a observação de ARANGIO-RUIZ que rejeita a *fictio* («*si liber non fuisset*») e, com ela, a *actio utilis* nos danos sofridos por pessoas livres.

Inclinamo-nos, destarte, para a hipótese de ser *in factum* a *actio utilis* contemplada em D. 9,2,13pr. e implícita em D. 9,2,5,3.

Quanto aos danos *non corpori*, a extensão da *lex Aquilia* foi assegurada pela *actio in factum* outorgada por PROCULUS (D. 41,1,55), por ALFENUS (D. 19,5,23), por SABINUS (D. 9,2,27,21), em POMPONIUS (D. 19,5,14,2) e por ARISTO (D. 19,5,14,3). Já num caso específico — o consumo de vinho ou de trigo alheios —, PAULUS (D. 9,2,30,2) concede a *actio utilis* contra o consumidor.

Porém, se admitirmos a natureza fictícia desta *actio utilis*, urge determinar a sua *fictio*. A *lex Aquilia* prevê um dano que tanto pode consistir num *occidere* como num *urere*, num *fragere* ou num *rumpere*. Não previu a hipótese dum *consumere*.

O caso apresentado a PAULUS tinha, por fulcro, um *consumere* de vinho ou de trigo alheios, dependendo a *condemnatio* da prova a fazer pelo *iudex*. Por isso, sendo necessário verificar a existência do *consumere*, nunca o jurisconsulto poderia sugerir a ficção de uma das actividades previstas na *lex Aquilia*; de

RICCOBONO (o.c. 282-284) e VALIÑO (*Actiones Utiles*, cit. 67 e *Actiones Pretorias*, cit. 99-113).

²⁷ Assim, VALIÑO, *Actiones Utiles*, cit. 67. Vid. ainda ALBANESE, *PSI XIV*, 1449 (*Ulp. 32 ad Ed.*) e *le Testemonianze Ulpianee già Note em Studi Biondi I* (1965) 186²⁸.

²⁸ Vid. ARANGIO-RUIZ, *Frammenti di Ulpiano libro 32 ad edictum in una Pergamena di Provenienza Egiziana em AG 22* (1957) 148-151. Contra, vid. CARRELLI, *La Legittimazione*, cit. 391-392.

contrário, o *iudex* teria que provar o *consumere* para, depois, fingir que, afinal, o que houve, foi um *occidere*, um *urere*, um *frangere* ou um *rumpere*.

Em face desta impossibilidade, não surpreende que VALIÑO, tão receptivo a ver uma *fictio* na *actio utilis*, diga, agora, que o texto oferece duas opções: ou pensar que os clássicos dariam a *actio legis Aquiliae directa*; ou exercer a *ars ignorandi* sobre o eventual conteúdo clássico do fragmento²⁹.

Sendo impossível a *actio (directa) legis Aquiliae* e constituindo a *ars ignorandi* um expediente cómodo, mas inútil, uma conclusão se nos impõe: a *actio utilis*, referida por PAULUS, é, afinal, uma *actio in factum*.

§ 9.4.1.5 Vimos que a *actio utilis* concedida a *non-domini* tinha natureza fictícia. Que a protecção dispensada ao *homo liber* relativamente aos danos sofridos pelo seu corpo, era assegurada pela *actio in factum* que se aplicava igualmente nos danos *non corpori* e nos prejuízos resultantes do *consumere* de bens alheios.

Resta determinar somente a natureza da *actio utilis*, promiscuamente utilizada — embora muito menos vezes — ao lado da *actio in factum* na reparação de danos *non corpore*, mas *corpori*.

Tendo presente a desnecessidade de os compiladores interpolarem os textos clássicos nesta matéria, pelo acolhimento abundantemente dispensado às expressões *actio utilis* e *actio in factum*, só o objectivo da *actio ficticia* pode esclarecer a natureza da *actio utilis* naqueles danos.

Pois bem: o pretor utilizava a *actio ficticia* para tornar possível a aplicação do *ius civile*, vencendo os obstáculos impeditivos. Estes obstáculos eram subtraídos à apreciação do *iudex*, a quem se transmitem como algo certo e inquestionável.

No caso de um dano *non corpore* (mas *corpori*) o *iudex* devia provar a actividade danosa para condenar o lesante; por isso, nunca o pretor poderia ordenar que a fingisse.

Tal como não podia ordenar ao *iudex* que provasse o *consumere* de vinho ou de trigo alheios para depois fingir que,

²⁹ Vid. VALIÑO, *Acciones Pretorias*, cit. 35-38.

afinal, não houve um *consumere*, mas, sim, um *occidere*, um *urere*, um *frangere* ou um *rumpere*; também não podia determinar que fizesse a prova dum qualquer *facere* diferente para fingir, seguidamente, que esse *facere* não existia.

A ficção é, nos danos *non corpore*, verdadeiramente inexplicável.

Mas, se a *actio utilis* podia ser ou não fictícia, uma conclusão é, desde já, possível extrair: a circunstância de poder ser *ficticia* retira-lhe a autonomia e a individualidade como *actio praetoria*.

Na verdade, trata-se, umas vezes, de uma *actio ficticia*; outras, não. Simplesmente, quando não é *ficticia*, que outro tipo de *actio* poderá ser?

Eis o que resta saber. Só após esse conhecimento podemos determinar a natureza das *actiones utiles* — e (ou) das *actiones ad exemplum* — e, em consequência, definir o papel da analogia na integração das lacunas do *ius civile*.

§ 9.4.2 Na *actio institoria*

§ 9.4.2.1 Além do dano aquiliano, também na extensão da *actio institoria* a existência da *actio ad exemplum institoriae actionis*, igualmente chamada *actio quasi institoria*¹, tem suscitado, na doutrina, pontos de vista diferentes que alimentam discursos de vez em quando renovados.

Por isso, e na expectativa de recolhermos algo que nos possa ajudar na determinação da natureza das *actiones utiles* — e (ou) *ad exemplum* —, julgamos conveniente abordar esta matéria, embora sucintamente.

Como sabemos, as *actiones adiecticiae qualitatis* foram o expediente utilizado pelo pretor para, na falta do instituto da representação, responsabilizar os *domini negotiorum* pelas dívidas

¹ Segundo VALIÑO (*Actiones Utiles*, cit. 146¹), a designação *actio quasi institoria* é típica da época pós-clássica e surge em textos provavelmente alterados, como, v.g. em ULPIANUS (D. 14,3,5,8). No mesmo sentido, vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 472; VOLTERRA, *o.c.* 151; e GIRARD, *o.c.* 714.

contraídas, inicialmente, pelos seus *fili* e *servi*; e, depois, por *extranei*, encarregados de realizarem determinados negócios jurídicos ou de desempenharem uma certa actividade comercial ou industrial².

A estas *actiones* pertence a *actio institoria*, concedida ao terceiro que tivesse realizado um negócio jurídico com um *institor* para exigir, do *dominus negotii*, a satisfação do seu crédito. Porém, só respondia se tivesse ocorrido uma *paepositio* na forma e com a publicidade previstas, a qual vinha a ser um verdadeiro catálogo dos poderes atribuídos ao *institor*.

Este, que só vinculava o *dominus negotii* se tivesse actuado segundo a *condicio praepositionis*, era um indivíduo encarregado de gerir uma actividade comercial (ou industrial) que podia revestir a natureza mais variada. Originariamente, só podia ser *institor* um *alieni iuris* (*filiusfamilias* ou *servus*) dependente do *dominus negotii*. Todavia, esta limitação veio a desaparecer, chegando a desempenhar essas funções também indivíduos livres, estranhos à família do proponente.

Caracterizado o *institor* — «*appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet*»³ — e definidas rigorosamente as suas funções, o progresso nas relações comerciais e industriais romanas ficaria seriamente abalado se não houvesse meio de responsabilizar um *dominus negotii* pelas dívidas contraídas pelo seu *procurator omnium bonorum*⁴.

² Vid. *infra* § 11.2.4.2 a *actio institoria*.

³ Vid. D. 14,3,3.

⁴ A doutrina não é pacífica na determinação das condições de que dependia a outorga da *actio quasi institoria*.

Segundo RABEL, esta *actio* foi criada somente para uma determinada actividade negocial realizada pelo *procurator praepositus*. KRELLER sugere a distinção de duas situações: a do *dominus* que autorizou o *procurator* a actuar publicamente (isto é, com o conhecimento de terceiros); e a de simples mandato interno. No primeiro caso, teria sido estendida, em via útil, a *actio institoria*. No segundo, PAPINIANUS teria criado a *actio ad exemplum institoriae*.

BURDESE entende que PAPINIANUS teria limitado a responsabilidade do *dominus*, através da *actio ad exemplum institoriae*, ao caso de um negócio realizado pelo *procurator omnium bonorum* especificamente mandatado ou,

Esse meio, inventado pela *iurisprudencia* — mais concretamente por PAPINIANUS, no entender da doutrina dominante —, foi a *actio ad exemplum institoriae actionis*.

§ 9.4.2.2 A fazer fé em SERRAO, da doutrina «*della classicità dell'azione, attaccata dal Bonfante, dall' Albertario e dal Carrelli, giustamente nessuno più dubita*»¹.

Na verdade, na sequência de um estudo de SOLAZZI — que reputou infundadas as dúvidas de BONFANTE sobre a classicidade da *actio quasi institoria*; sustentou, à semelhança das extensões da *actio de peculio et de in rem verso* e da *actio tributoria*², a extensão, também, da *actio institoria*; observou que PAPINIANUS não inventou a *actio quasi institoria*, tendo-a, sim, aplicado larga-

pelo menos, com um mandato cognoscível do terceiro contraente. Vid. SERRAO, F., *Institore* em ED 21 (1971) 830; WESENER, o.c. 227-229; BURDESE, o.c. 596; D'ORS, *Derecho*, cit. 473; VOLTERRA, o.c. 150-151; IGLESIAS, o.c. 392-393; FUENTESECA, o.c. 285; e SOHM, o.c. 222.

Há, todavia, quem pense ter sido largamente estendida a categoria dos *institores*, a ponto de dizer-se «*cuiumque negotio praepositus sit, institor recte appellabitur*». É o caso de ALBERTARIO que, citando ULPIANUS (D. 14,3,5), entende que a *actio institoria* era instaurável tanto no caso de *muliones*, que são «*proprie institores*», como de *stabularii* que *loco institorum habendi sunt*» (D. 14,3,5,6). Daqui parte ALBERTARIO para negar a necessidade da *actio quasi institoria* — bastaria a *actio institoria* — que atribui aos compiladores.

No entanto, se é verdade que o conceito de *institor* sofreu um desenvolvimento progressivo, importa determinar, como referiu LONGO, «*dove cessi lo sviluppo del pensiero classico e dove parlino tendenze nuove*». Vid. ALBERTARIO, E., *L'Actio Quasi Institoria* em *Studi di Diritto Romano IV* (1946) 201-202; e LONGO, G., *Actio Exercitoria-Actio Institoria. Actio Quasi Institoria* em *Studi Scherillo II* (?) 605. Cfr. ainda SOLAZZI, S., *Le Azioni del Pupillo e Contro il Pupillo per I Negozi Conclusi dal Tutore* em BIDR 23(1911) 154-155.

¹ Vid. SERRAO, o.c. 830.

² Vid. SOLAZZI (*Le Azioni*, cit. 153-154) que se apoia em: D. 15,1,52pr.; -15,3,20pr.; -15,3,21 (que referem uma *actio utilis de peculio et de in rem verso* concedida em hipóteses de ausência de pecúlio); -14,1,6pr. (que nos oferece uma *actio quasi tributoria* no caso de um *servus* que se tornou *exercitor navis* sem a vontade, mas com a *scientia* do *dominus* e em que falta a *voluntas domini* para a *actio exercitoria*; e o *peculium merce negotiari* para a *actio tributoria*).

mente, depois de LABEO e de IULIANUS a terem utilizado; e concluiu, afirmando ser esta *actio* bem clássica e jamais uma invenção dos compiladores —, ALBERTARIO veio reafirmar que a *actio utilis ad exemplum institoriae* é uma inovação justinianeia.

Na sua opinião, os textos em que SOLAZZI vê a concessão de *actiones utiles* com base na *actio de peculio et de in rem verso* e na *actio tributaria* estão interpolados. E, nas fontes onde SOLAZZI vê a *actio quasi institoria*, a *actio utilis ad exemplum institoriae* ou a *actio ad instar institoriae actionis*, esta *actio* não é concedida; apenas é outorgada em D. 14,3,5,8, mas este fragmento está interpolado, como o advérbio *quasi* evidencia. ALBERTARIO reconhece, sim, a aplicação da *actio (directa) institoria* porque o seu conceito de *institor* é alargado³.

LONGO não recusa esta evolução. No entanto, pensa que o esforço interpretativo da *iurisprudencia* é limitado e defende a necessidade de sujeitar à crítica os textos onde se encontra a *actio quasi institoria*. Na sua opinião, é certo que alguns textos (v. g. D. 14,3,5,7; -14,3,13pr.; -14,3,16) aludem à *actio institoria*; e entende que se está fora do âmbito da *praepositio institoria* quando uma pessoa é encarregada de praticar actos singulares ou desenvolver uma determinada actividade como *nuntius* de uma *voluntas* alheia (v. g. D. 14,3,5,8; -14,3,5,10). Porém, a *actio quasi institoria* afigura-se-lhe concedida por PAPIANUS (D. 3,5,30pr.; -17,1,10,5), entendendo substancialmente genuína a sua referência⁴.

ANGELINI verifica ser dominante a doutrina que atribui a PAPIANUS a invenção da *actio ad exemplum institoriae*. E, tendo-se preocupado em determinar os motivos que teriam levado PAPIANUS a criá-la, entende que são genuínos os textos em que a *actio ad exemplum institoriae* é referida: D. 3,5,30pr.; -14,3,16; -14,3,19pr.; -17,1,10,5⁵.

³ Vid. ALBERTARIO, *L'Actio Quasi Institoria*, cit. 189-218.

⁴ Além da classicidade destes dois textos, LONGO (*Actio Exercitoria*, cit. 603-626) defende, também, a genuinidade da *actio quasi institoria* em dois fragmentos (D. 14,3,19pr.; -19,1,13,25) contra as doutrinas de ALBERTARIO e de CARRELLI.

⁵ ANGELINI refere a doutrina de RABEL (para quem a *actio ad exemplum institoriae* teria sido concedida no caso do *procurator praepositus*: o

Finalmente, VALIÑO julga que, embora haja suspeitas de interpolações, não parece lícito chegar a excessos hiper-críticos. Entende que a *actio ad exemplum institoriae*, se existe, terá sido criada por PAPIANUS. E observa que, em D. 14,1,7pr., IULIANUS dava uma *actio utilis*, provavelmente fictícia, em que o *iudex* fingiria que o *institor* foi «*praepositus mutuis pecuniis accipiendis*». Esta acção seria a *actio institoria* modificada: como se tivesse havido uma *praepositio* para contrair um mútuo. Quanto à *actio ad exemplum institoriae* — cuja invenção atribui a PAPIANUS para admitir a representação directa dum qualquer administrador em relação a um património alheio —, entende que se trata, provavelmente, de uma *actio* da *cognitio extra ordinem*⁶.

§ 9.4.2.3 A necessidade de determinarmos a natureza desta *actio ad exemplum institoriae* — ou *quasi institoria* — impõe-nos a consulta das suas fontes.

O texto mais linear é um fragmento de PAPIANUS:

D. 14,3,19pr.: «*In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio: quod aeque faciendum erit et si procurator solvendo sit, qui stipulanti pecuniam promissit*».

Contra quem propôs um *procurator* para contrair um empréstimo pecuniário, PAPIANUS admite uma *actio utilis ad exemplum institoriae*. E a mesma solução se aplica, ainda que o *procurator* seja solvente.

O texto foi considerado interpolado por BONFANTE e ALBERTARIO que fundamenta a referência compilatória à *actio*

procurator teria sido proposto para uma actividade negocial, mas de modo diferente dum *institor*) e a da maioria dos AA. (segundo os quais esta *actio* teria estendido a responsabilidade adjectícia do *dominus negotii* nas situações em que faltavam os pressupostos de uma verdadeira *praepositio*: assim, KRELLER, COSTA, BURDESE). O A. rejeita esta doutrina. Vid. ANGELINI, P., *Osservazioni in Tema di Creazione dell'«Actio ad Exemplum Institoriae»* em *BIDR* 10(1968) 231-248.

⁶ Vid. VALIÑO, Las «*Actiones Adiecticiae Qualitatis*» y Sus Relaciones Básicas en Derecho Romano em *AHDE* 37 (1967) 362-387.

utilis ad exemplum institoriae na interpolação do D. 14,3,13pr. e no teor do D. 14,3,5,10.

Porém, se a antítese clássica entre *procurator* e *institor* é notória em D. 14,3,5,10, não justifica, só por si, a interpolação assinalada no texto em exame; antes, faz imaginar que, pressupondo a *actio institoria* a figura do *institor*, a *actio utilis ad exemplum institoriae* se aplicaria no caso do *procurator*. Por outro lado, a interpolação afirmada no D. 14,3,13pr. é contestada por vários AA.¹ que nos fazem pensar no isolamento da doutrina de ALBERTARIO².

¹ Vale a pena transcrever este fragmento de ULPIANUS: «*Habebat quis servum merci oleariae praepositum Arelate, eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuum pecuniam: putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione: probare non potuit mercis gratia eum accepisse. licet consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Iulianus utilem ei actionem competere ait*».

Titius propôs um *servus* para comercializar azeite e contrair empréstimos pecuniários. Obteve um empréstimo pecuniário e o credor, julgando que o *servus* o tinha contraído para comprar azeite, instaurou a acção (institoria). Todavia, não conseguiu provar que o dinheiro mutuado se destinava à compra de azeite e a *actio* consumiu-se, não podendo o credor voltar a ademandar Titius. No entanto, porque o *servus* tinha sido proposto para contrair empréstimos pecuniários, IULIANUS diz que a *actio utilis* pertence ao credor.

ALBERTARIO considera o texto interpolado, como indiciam: *licet* com o verbo (*consumpta est*) no indicativo: *competere* em vez de *dandam*; e a colocação de *tamen* depois de *quasi*. Na sua opinião, o texto não mencionava a *actio quasi institoria* porque não era ainda conhecida: é uma invenção dos compiladores.

Porém, SOLAZZI entende que IULIANUS conhece e aplica a *actio quasi institoria* e refere que o encarregado de receber dinheiro mutuado não desempenha uma actividade comercial ou industrial exigida na *actio institoria*; por isso, a acção restituída é a *actio quasi institoria*.

LONGO reconhece uma *praepositio institoria* e não aceita as dúvidas de SOLAZZI. Pensa que o exercício do crédito estava ligado àquela particular actividade. IULIANUS teria dito que o pretor tinha a faculdade de dar um *iudicium rescissorium*; deste modo, entende que a *utilis actio* é uma invenção compilatória, nada referindo o texto acerca da *actio quasi institoria*.

CARRELLI julga que o *mutus pecunias accipere* não pode ser objecto, num negócio isolado, de *praepositio institoria*, pelo que a *actio* idónea teria sido *utilis*, caracterizada por uma *fictio*: o pretor ordenava ao juiz que

SOLAZZI considera o texto genuíno e a sua opinião teve receptividade em GIRARD e em ANGELINI³.

Também LONGO entende que o texto se impõe a toda a crítica radical e recusa a interpretação de ALBERTARIO⁴.

Finalmente, VALIÑO admite que a *actio* prevista deve ter sido criada por PAPINIANUS, mas entende que tinha provavelmente a natureza de uma *actio* da *cognitio extra ordinem* porque, depois da compilação edictal, não devem ter surgido novas *actiones*⁵. Todavia, esta doutrina não colhe, já por ter a fundamentá-la a opinião — desmentida pelos factos — de que a actividade inovadora do pretor paralisou depois da compilação do seu edicto; já por, atribuindo à *actio utilis ad exemplum institoriae* a natureza de uma acção cognitória, afastar a *fictione* do seu campo específico que a justifica e caracteriza. E ainda (e sobretudo) por

ratasse o *praepositus mutuis accipiendis pecuniis*, que não era *institor*, *perinde ac si institor esset*. Em vez de instaurar esta acção, o credor utilizou a *actio (directa) institoria*, perdendo o *iudicium*. IULIANUS concedeu-lhe uma *restitutio in integrum*, graças à qual o pretor outorgou a *actio utilis* como acção rescisória.

VALIÑO rejeita excessos hiper-críticos e julga impossível a interpolação na referência a IULIANUS. Na sua opinião, IULIANUS teria provavelmente outorgado uma *actio utilis*, que não seria a *actio ad exemplum institoriae* (ainda não conhecida), mas, decerto, fictícia: indicaria-se ao *iudex* que fingisse que o *institor* tinha sido *praepositus mutuis pecuniis accipiendis* e não *merci oleariae*. Esta *actio ficticia* seria a *actio institoria*, apenas alterada pela *fictione* inserida na sua fórmula.

A leitura de VALIÑO afigura-se-nos certa se a autoria da *actio ad exemplum institoriae* for, como parece, de atribuir a PAPINIANUS. Mas a opinião de IULIANUS não justifica nem a interpolação do texto nem a do D. 14,3,19pr. assinaladas por ALBERTARIO.

Vid. ALBERTARIO, *L'Actio Quasi Institoria*, cit. 206-207; SOLAZZI, *Le Azioni del Pupillo*, cit. 155-156; LONGO, *Actio Exercitoria*, cit. 616-617; CARRELLI (e VALIÑO) *apud VALIÑO, Las Acciones Adiecticiae*, cit. 365-376. Cfr. ainda DEKKERS, o.c. 195, para quem «peut-être est-ce aussi par une fiction que Papinien étendit l'*actio institoria* au mandat».

² Vid. ALBERTARIO, *L'Actio Quasi Institoria*, cit. 206-209.

³ Vid. GIRARD, o.c. 714²; e ANGELINI, o.c. 242.

⁴ Vid. LONGO, *Actio Exercitoria*, cit. 620.

⁵ Vid. VALIÑO, *Actiones Utiles*, cit. 147-148 e *Las Acciones Adiecticiae*, cit. 367-368 e 386-387.

não ter compreendido a verdadeira natureza daquela *actio* que só é possível determinar em atenção à *actio institoria (directa)*.

Outro texto, que merece ser analisado, é atribuído a ULPIANUS:

D. 19,1,13,25: «*Si procurator vendiderit et caverit emptori, quaeritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat. et Papinianus libro tertio responsorum putat cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo et per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere*».

ULPIANUS apresenta o caso de um *procurator* que vendeu e prestou garantia ao comprador. É-lhe perguntado contra quem a *actio* deve ser dada: se ao (ou contra) o *dominus negotii*. O jurista invoca PAPIANUS que pensa poder demandar-se, pela compra, o *dominus negotii* com a *actio utilis ad exemplum institoriae actionis* se tiver ordenado a venda da *res*; e, em conclusão e *per contrarium*, ULPIANUS entende que esta *actio utilis* pertence ao *dominus negotii*.

Também este fragmento foi considerado interpolado por BONFANTE, CARRELLI e ALBERTARIO; e genuíno por SOLAZZI, GIRARD, LONGO e VALIÑO⁶. O *dominus*, que encarregou um *procurator* de vender uma *res*, não pode ser accionado com a *actio institoria*, em virtude de o *procurator* não ser *institor*. No entanto, PAPIANUS, cuja invocação feita por ULPIANUS é indício de genuinidade — se os compiladores a tivessem inventado, teriam, decerto, omitido a citação de PAPIANUS —, outorga a *actio ad exemplum institoriae*⁷.

⁶ Vid. ALBERTARIO, *L'Actio Quasi Institoria*, cit. 209-210; SOLAZZI, *Le Azioni dell Pupillo*, cit. 158-159; GIRARD, *o.c.* 714²; LONGO, *Actio Exercitoria*, cit. 620-622 (que refere ter ALBERTARIO mutilado arbitrariamente o texto; e, contra CARRELLI, afirma que a solução de fundo não muda); e VALIÑO, *Actiones Utiles*, cit. 146-148 e *Las Acciones Adiecticiae*, cit. 386-387.

⁷ Também PAULUS atribui contra o *dominus negotii* a *actio exemplo institoriae* se tivesse, igualmente, encarregado o *vilicus* de vender mercadorias (D. 14,3,16).

Sobre este fragmento, também considerado genuíno e interpolado, vid. ALBERTARIO, *L'Actio Quasi Institoria*, cit. 205-206; SOLAZZI, *Le Azioni*

§ 9.4.2.4 Depreendemos dos textos analisados¹ que a *actio ad exemplum institoriae actionis*, também qualificada de *utilis*, permitiu a extensão da *actio (directa) institoria* a situações não contempladas. A expressão *ad exemplum* refere inequivocamente que foi utilizada como modelo; por isso, a determinação da natureza desta *actio (ad exemplum) utilis* pressupõe saibamos o que é a *actio (directa) institoria*.

Em face do *ius civile*, um *dominus negotii* não respondia pelas dívidas contraídas por alguém encarregado de gerir, por sua conta, uma actividade comercial ou industrial; apenas o *institor* ou o *procurator* respondia pessoalmente, em nada vinculando o *dominus negotii*. Para obviar a este inconveniente civil, o pretor outorgava *actiones institoriae* contra o *dominus negotii* no caso de a dívida ter sido contraída no âmbito da *institoria praepositio*.

Como veremos oportunamente², esta *actio* tem natureza translativa, figurando o nome do *institor* na *intentio* e o do *dominus negotii* na *condemnatio*. A sua fórmula terá sido:

Iudex esto.

Quod As. As. de Lucio Titio, cum is a No. No. tabernae instructae praepositus esset, decem pondo olei emit, cui rei L. Titius a No. No. praepositus erat, quidquid ob eam rem L. Titium Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito.

del Pupillo, cit. 154-155; LONGO, *Actio Exercitoria*, cit. 613; e ANGELINI, *o.c.* 245-246.

¹ Seria oportuno, se não fosse cansativo, estudar outros textos, *v.g.*: D. 3,5,30(31)pr.; -14,3,5,8; -17,1,10,5; C. 4,25,5; -4,25,6.

No entanto, a polémica à volta da sua autenticidade é a mesma e as ilações a retirar não seriam provavelmente diferentes.

Vid., todavia, ALBERTARIO, *L'Actio Quasi Institoria*, cit. 203 e 207-216; VALIÑO, *Actiones Utiles*, cit. 146¹ e 148-150 e *Las Acciones Adiecticiae*, cit. 362-264 e 386-387; SERRAO, *o.c.* 830-831; SOLAZZI, *Le Azioni*, cit. 153-155, 166 e 172-173; ANGELINI, *o.c.* 237-248; e LONGO, *Actio Exercitoria*, cit. 617-619 e 624-626.

² Vid. a *actio institoria*, *infra* § 11.2.4.2.

Trata-se de uma *actio praetoria* com uma *intentio* a que LENEL³ atribui, muito provavelmente, natureza *in ius concepta*. O *iudex* devia provar a relação de *emptio-venditio* estabelecida entre o comprador (*Aulus Agerius*) e o vendedor (*L. Titius*); verificar a validade da *praepositio institoria* de *L. Titius* pelo *dominus negotii* (*N. Negidius*); determinar o seu alcance; ver se o *institor* actuou segundo a *praepositio*; e condenar ou absolver o *dominus negotii* a favor do comprador (*A. Agerius*).

Em causa, está uma obrigação civil (*oportere*) de *dare facere* e, portanto, a *intentio* é *in ius*. Simplesmente, havia que demonstrar se os condicionalismos exigidos pelo pretor se verificavam: a regularidade formal e o alcance da *praepositio*, em cujo âmbito o *institor* devia actuar. Estes requisitos, não os impunha o *ius civile*, que não outorgava *formulae translatae*; por isso, deve entender-se que eram matéria do *ius praetorium*, disposta na *demonstratio* da fórmula.

Ora, a *actio ad exemplum institoriae* é exactamente outorgada por faltarem os requisitos indispensáveis à concessão da *actio (directa) institoria*. Como a *fictio* visava afastar os obstáculos à aplicação do *ius civile*, considerando existentes ou inexistentes os requisitos civilmente impostos; e porque tais requisitos são, na *actio institoria*, pretórios e não-civis, desde logo se depreende a inoportunidade da *fictio* e explica a recusa da natureza fictícia da *actio utilis ad exemplum institoriae*.

Com a mesma liberdade manifestada na fixação dos condicionalismos à outorga da *actio directa*, o pretor não deixaria, decerto, de actuar na determinação dos requisitos indispensáveis à *actio utilis ad exemplum* e na sua colocação na *demonstratio* da fórmula.

Nada havia, portanto, que fingir.

Deste modo, uma conclusão se impõe desde já: não é fictícia a natureza das *actiones utiles ad exemplum institoriae actionis* que são verdadeiras *actiones translatae*.

Simplesmente, não tendo as *actiones utiles* individualidade e autonomia enquanto *actiones praetoriae*, pois tanto podem ser *ficticiae* como *translatae*, interessa averiguar, ainda, se podem assumir outra natureza.

³ Vid. LENEL, o.c. 259-261 e 263.

§ 9.4.3 Noutras *actiones* (*utiles*)

§ 9.4.3.1 A *actio utilis* não se encontra, apenas, na extensão da *lex Aquilia* e da *actio institoria*.

Vêmo-la igualmente relacionada com a *rei vindicatio*.

Analisaremos, tão-só, dois textos que seleccionámos pelas suas importância e simplicidade.

D. 8,1,16: «*Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur. idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.*»

IULIANUS considera não ser *iniquum* dar uma *utilis petitio servitutis* ao credor pignoratício de um *fundus*, do mesmo modo que é dada uma *utilis petitio* para reivindicar o *fundus* empenhado. É diz-nos que o mesmo deve observar-se em relação e quem pertence o *fundus vectigalis*.

Como sabemos, a defesa de uma *servitus* era civilmente obtida pela *vindicatio servitutis* concedida ao *dominus fundi*. E a protecção, relativamente ao próprio *fundus*, era assegurada ao credor pignoratício pela *actio pignoratícia in rem* que era uma *vindicatio utilis*.

Pois bem: que faltaria ao credor para poder instaurar a *vindicatio servitutis* e a *rei vindicatio*?

Apenas o requisito ou a qualidade de *dominus ex iure Quiritium*.

Não surpreenderia, pois, se o pretor tivesse fingido este requisito e, destarte, estendesse a protecção do *ius civile*. Tal como na extensão da *actio legis Aquiliae a non-domini*¹, pensamos que o pretor enveredou por esta via que, além de extremamente fácil, assegurava a protecção de um Direito solidamente estabelecido como era o *ius civile*.

Trata-se, portanto, de uma *actio utilis* de natureza fictícia².

¹ Vid. *supra* § 9.4.1.

² Discordamos de MAYR que vê nesta *actio utilis* uma *actio in factum*. E concordamos com D'ORS que rejeita esta natureza. Vid. MAYR,

Um texto, que tem oferecido sérias dificuldades e onde se fala de uma *actio utilis* dada por VARUS e NERVA, é um fragmento de ULPIANUS:

D. 6,1,5,3: «*De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant: nam si nondum coaluit, mea esse non desinet*».

Em relação à árvore transplantada num campo alheio onde deitou raízes, VARUS e NERVA davam a *actio utilis in rem*. E ULPIANUS diz: «Com efeito, se não enraizou, não deixa de ser minha».

Este fragmento tem suscitado sérias dúvidas acerca da genuinidade da *actio utilis in rem*. No entanto, julgamos aceitável o critério utilizado por VALIÑO: se os compiladores mantiveram a citação, não seria para fazerem dizer aos juristas citados o que, na verdade, não disseram. A referência a VARUS e a NERVA é, pois, um indício forte da genuinidade daquela *actio*.

Fiel ao seu princípio de que a *iurisprudencia* só pode criar e sugerir, mas nunca impor ficções, GARCIA GARRIDO opina que estamos na presença não de uma *fictio*, mas somente da extensão de uma *actio*: a *rei vindicatio*. Todavia, infirmado aquele princípio³ e analisada a situação, nem por isso a hipótese de se tratar de uma *actio ficticia* é de considerar.

Na verdade, quando uma árvore enraiza e se prende ao solo, o *dominus agri* adquire o seu *dominium* por *accessio* que é, na opinião de BONFANTE, a «*espressione più genuina del carattere*

o.c. 88-89; e D'ORS, A., *Sobre las Pretendidas Acciones reales «in factum»* em *IURA* 20(1969) 82-89.

Referem igualmente uma *actio utilis (ficticia)* que estende a *rei vindicatio*: D. 7,1,13,3; -10,3,7,3; -16,1,13,1; -20,1,1,2; -20,1,10; -20,6,1pr.; -24,1,30; -24,3,6; -39,6,30; -43,18,1,9. Vid. GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 318³³ e 323⁴⁸; SOTTY, o.c. 152, 154⁵⁴ e 155⁵⁸; SAVIGNY, *System*, cit. 73; KRÜGER, o.c. 166; RICCOBONO, o.c. 278; e WESENER, o.c. 234.

³ Vid. *supra* §§ 7 (1-4). Cfr. GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 323⁴⁷.

autonomo, pieno della proprietà romana», podendo mesmo considerar-se, ao lado da ocupação, «i soli modo di acquisto originario della proprietà nell' antica epoca»⁴.

Tendo o *dominus agri* um verdadeiro *dominium* sobre a árvore enraizada, a sua *actio* só pode ser a *rei vindicatio* que não sofre a mínima alteração; por isso, a *actio utilis in rem*, se existe, não pode deixar de ser a *actio directa*.

MAYR hesita em reconhecer-lhe natureza fictícia.

RICCOBONO relaciona o texto com o D. 39,2,9,2 *in fine* e entende que ULPIANUS «doveva nel periodo che precede necessariamente negare la 'vindicatio', perchè vi si fa l'ipotesi che l'albero 'coaluit et radices immisi'». E reconstrói o fragmento em análise (D. 6,1,5,3): «...Varus et Nerva in rem agi non posse aiunt...»⁵.

Em D. 39,2,9,2 *in fine*, ULPIANUS nega que o originário proprietário da árvore a possa reivindicar, após a sua união inseparável com o solo alheio; fala, pois, na perspectiva do *ex-dominus* que perdeu o domínio em virtude de o ter adquirido, por acessão, o *agri dominus*. Ora, a reconstrução do texto (D. 6,1,5,3), feita por RICCOBONO, envolve graves dificuldades: significa uma repetição, pois ULPIANUS refere, em D. 6,1,5,3, a opinião de VARUS e de NERVA que o próprio ULPIANUS apresenta, como sua, em D. 39,2,9,2. Não se compreende a preocupação em recorrer à *auctoritas* de VARUS e de NERVA, só naquele texto; e seria pouco digno de um jurista, como ULPIANUS, apresentar, como própria, uma decisão alheia.

Pensamos que, embora a situação analisada nos dois fragmentos seja a mesma, a perspectiva é diferente: em D. 39,2,9,2, ULPIANUS responde ao *ex-dominus*, negando-lhe a *vindicatio*; e, em D. 6,1,5,3, o jurista dirige-se ao *dominus agri*, novo proprietário da árvore enraizada, a quem atribui a *rei vindicatio*.

Porém, surge a dificuldade: o texto fala de *utilis actio* e a *actio* do *dominus agri* era a *vindicatio*, ou seja, a *actio directa*, não *utilis*.

⁴ Vid. BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano II* (Roma 1928) 68. Cfr. GAIVS 2,74; D.41,1,7,13; -41,1,26,1.

⁵ Vid. MAYR, o.c. 89; e RICCOBONO, S., *Trace di Diritto Romano Classico nelle Collezioni Giuridiche Bizantine em BIDR* 18(1906) 210-211.

O problema somente não teria solução, caso a vocábulo *utilis* revestisse, apenas, o sentido técnico-jurídico de extensão de uma *actio* a novas situações, o único até agora verificado.

Na verdade, há muito que a doutrina assinala a *utilis* um significado também atécnico de acção eficaz, ou seja, que se instaura com êxito⁶. Escolhemos, entre os numerosos textos referidos, um fragmento de AFRICANUS:

D. 14,1,7pr.: «*Lucius Titius Stichum magistrum navis praeposuit: is pecuniam mutuatus cavet se in refectionem navis eam accepisse: quaesitum est an non aliter Titius exercitoria teneretur, quam si creditor probaret pecuniam in refectionem navis esse consumptam. respondit creditorem utiliter acturum, si, cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet...*».

Neste fragmento, acerca do qual não há suspeitas de interpolação, AFRICANUS apresenta o seguinte caso: *Titius* propôs *Stichus* *magister navis* e este, tendo contraído um empréstimo pecuniário, assegurou que se destinava à reparação do navio. Ao jurista é perguntado se *Titius* apenas estava sujeito à *actio exercitoria* se o credor provasse que a *pecunia* foi utilizada naquela reparação. E respondeu: «O credor utilizará, com êxito, esta 'actio' se, quando o empréstimo foi contraído, o navio tinha necessidade de ser reparado». Isto é, não se torna necessário provar o destino efectivo da *pecunia*; basta averiguar a necessidade da reparação, no momento do empréstimo.

A *actio exercitoria* é uma *actio translativa* a conceder sempre que uma dívida fosse contraída no âmbito circunscrito pela *praepositio magistri navis*. No caso em apreciação, não havia necessidade, decerto, de estender a *actio exercitoria*, como *actio utilis* ou *ad exemplum*; por isso, afastada aquela extensão, o

⁶ É a posição, entre outros AA., de DAUBE, D., *Actio Utilis* em *IURA* 11(1960) 69-73; de QUADRATO, o.c. 356-362; e, mais recentemente, de SOTTY, o.c. 139-162.

utiliter acturum significa: instaurar a *actio exercitoria* com êxito, sem necessidade de provar que a *pecunia* foi, na verdade, utilizada na reparação do navio.

Dir-se-á, porventura, que AFRICANUS não fala de *utilis*, mas de *utiliter*. Todavia, também o adjectivo assume, por vezes, esta «*functione predicative*», como refere e exemplifica DAUBE⁷.

Em conclusão: dos textos, que estudamos e se relacionam com a *rei vindicatio*, ressalta uma *actio utilis* de natureza fictícia e a utilização de *utilis* no sentido atécnico de acção eficaz, instaurável com êxito. A juntar à natureza de *actio ficticia* e de *actio translativa*, vimos, agora, que a *actio utilis* pode ser, também, uma *actio* simplesmente eficaz ou susceptível de ser instaurada com sucesso.

§ 9.4.3.2 Igualmente em matéria de dote, encontramos *actiones utiles*.

Assim, IULIANUS escreve:

D. 24,3,59: «*Filiae meae emancipatae et aegrae vir in hoc repudium misit, ut mortua ea dotem potius heredibus eius quam mihi redderet. Sabinus dicebat utile mihi eius dotis recipiendae iudicium dandum esse: Gaius idem*».

O juriconsulto apresenta o seguinte caso: *Titius* dissolveu, por repúdio, o matrimónio com *Seia*, filha — que estava doente — emancipada de *Caius*, para, à sua morte, restituir o dote aos herdeiros da *ex-uxor* e não ao *ex-sogro*. E refere a opinião de *SABINUS*: «*Deve ser dada a Caius um 'utile iudicium' para recuperar o dote*». Esta, também a opinião de *GAIUS* (Cassius Longinus).

Este fragmento — interpolado na opinião de *BESSELER*, mas reconstituído sem prejudicar o *utile <rei uxoriae> iudicium* —

⁷ Vid. DAUBE, *o.c.* 70-71 e 87. Cfr. *GAIUS* 3,209; 4,144. Vid. o mesmo sentido de *utiliter* em D. 2,8,4; -2,14,55; -8,4,17; -14,1,7pr.; -16,3,1,30; -16,3,23; -17,1,54pr.; -18,7,6,1; -19,1,30,1; -19,2,24,4; -21,2,29,1 -21,2,39,1; -24,1,55; -24,3,22,9; -34,4,10,1; -39,2,15,28.

revela-nos a maneira extremamente oportuna e fácil de combater a atitude fraudulenta do marido que se divorcia somente para não restituir o dote ao sogro, depois da morte da mulher que estava doente.

Na verdade, se a *uxor* falecesse durante o matrimónio, a *actio rei uxoriae* (sobre a *dos profecticia*) pertenceria ao sogro. Mas, no caso de divórcio, pertencia à *uxor* (que era *sui iuris*) e, à sua morte, transmitir-se-ia aos seus herdeiros¹.

SABINUS, cuja opinião IULIANUS terá acolhido, evita que os bens dotais sejam restituídos aos herdeiros da mulher, concedendo ao ex-sogro uma *actio utilis* que, bem viu BESELER, será uma extensão da *actio rei uxoriae*.

Qual a natureza desta *actio utilis*?

GARCÍA GARRIDO diz-nos que a condição da filha, que morre divorciada, é equiparada à da que falece durante o matrimónio: «*ac si filia in matrimonio decessisset*». No entanto, porque nega à *iurisprudencia* o poder de impor *fictiones*, fala-nos de «*verdaderas equiparaciones jurisprudenciales*», ou seja, de «*extensiones en vía útil de la jurisprudencia*»².

Porém, tudo depende do obstáculo à concessão da *actio (directa) rei uxoriae*.

Em face da situação perfeitamente definida, se a ex-*uxor* tivesse falecido *pendente matrimonio*, aquela *actio* aplicar-se-ia. Ora, este obstáculo seria facilmente vencido, fingindo que a *filia* faleceu *in matrimonio*.

Julgamos que o pretor — por sugestão ou imposição de SABINUS e, depois, de IULIANUS — teria concedido a *actio rei uxoriae* ao ex-sogro, com a ficção «*si filia in matrimonio decessisset*» podendo, assim, demandar o ex-genro para recuperar os bens dotais.

É esta, parece-nos, a natureza (*ficticia*) da *actio utilis rei uxoriae*³ referida no texto analisado.

¹ Vid. FUENTESECA, *o.c.* 398; e IGLESIAS, *o.c.* 572.

² Vid. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 321-322. Cfr. ainda BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.* 312⁴⁴.

³ A mesma natureza *ficticia* julgamos terem as *actiones utiles* referidas, em matéria dotal, em D. 24,3,45.

§ 9.4.3.3 Finalmente, urge estudar a *actio utilis* referida em matérias heterogéneas.

Seleccionámos, aqui, três fragmentos. No primeiro, ULPIANUS escreve:

D. 5,1,18,1: «*Si filius familias ex aliqua noxa, ex qua patri actio competit, velit experiri, ita demum 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 venurus 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 laboret 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?».*

ULPIANUS afirma que, se um *filiusfamilias* quiser litigar por algum dano cuja *actio* pertence ao seu *pater*, só lhe é permitido *agere* caso não haja quem accione em nome do *pater*. E, depois de citar IULIANUS, afirma que, segundo este ilustre jurisconsulto, se um *filiusfamilias* estiver ausente por motivo de *delegatio* ou de estudos e tiver sofrido um delito ou um furto, pode instaurar o *utile iudicium*, seja para que a espera da chegada do *pater* não provoque a impunidade dos delitos, seja porque o *pater* não regressa ou, enquanto regressa, para o delinquente não se escapar. Por isso, ULPIANUS diz-nos sempre ter aprovado que, se o litígio não se funda em delito, mas procede de contrato, o *filius* deve instaurar o *utile iudicium*.

E exemplifica com a restituição de um depósito; com o *agere* por mandato; ou com o pedido de satisfação de *pecunia* mutuada, caso o *pater* esteja na província e o *filius* resida em Roma por

motivo de estudos ou outra causa, para não ser defraudado impunemente com a recusa da *actio* e vir a sentir carências em Roma, em virtude de não ter recebido a *pecunia* que o *pater* lhe destinara para os seus gastos.

Para concluir, ULPIANUS imagina um *filiusfamilias* senador que tem o seu *pater* numa província: «Não aumentará, acaso, a sua dignidade a 'utilitas' (de lhe conceder a *actio*)?»

Este fragmento é bastante importante porque nos informa das preocupações acerca da necessidade de se atribuir aos *filiifamilias* a capacidade processual de demandarem e serem demandados.

IULIANUS terá sentido tal necessidade, concedendo ao *filiusfamilias* uma *actio utilis* que ULPIANUS aprova e estende aos contratos.

Qual a natureza deste *iudicium utile*?

VALIÑO vê dificuldades em isolar, neste fragmento interpolado, o núcleo clássico. E formula duas hipóteses: a *actio utilis* conteria a ficção «*ac si paterfamilias fuisset*»; ou seria uma *actio* cognitória, criada depois da compilação do *edictum praetorium*¹.

Considerando ser o *paterfamilias* a vítima no *furtum* ou no *damnum iniuria datum*; e que o *filius* só age porque o *pater* não nomeou um *procurator ad litem*, SOTTY julga preferível uma fórmula com transposição de pessoas. A *actio utilis* não seria mais do que a simples *actio translativa*, cuja eficácia o pretor assegurava convidando o demandado a defender-se, apesar de o *filius* ser dispensado da *cautio de rato*².

A doutrina de SOTTY parece-nos algo frágil, pois tem, como dado adquirido, justamente o que suscita a dificuldade: a capacidade processual do *filiusfamilias*. Em princípio, diz-nos ULPIANUS, não pode demandar; só é autorizado na ausência do *pater* e na falta de um *cognitor* ou *procurator ad litem*. Trata-se, portanto, de uma capacidade processual excepcional que tem a justificá-la, decerto, o rompimento, então iniciado, com o princípio da total incapacidade (processual) dos *filiifamilias*. E

¹ Vid. VALIÑO, *Acciones Utiles*, cit. 151-153.

² Vid. SOTTY, *o.c.* 149-150; e *infra* § 11.3.1(1-2).

estes primeiros passos não se harmonizam muito bem com a *formula translativa* na qual a *intentio* se apresenta em nome de *Titius* e a *condemnatio*, no de *Seius*.

Quanto ao dano aquiliano sofrido por um *filiusfamilias*, já manifestámos a nossa opinião: é de rejeitar a ficção «*si liber non fuisset*» e de acolher uma *actio in factum*³.

E em relação ao *agere* fundado em responsabilidade contratual?

PAULUS diz-nos que o «*filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet, nisi iniuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati*» e é assim que «*Iulianus putat*»⁴.

E é ainda ULPIANUS que nos diz: «*In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere*»⁵. Isto é, os *filiifamilias* só podiam demandar com as *actiones iniuriarum, depositi, commodati*; e podiam instaurar o *interdictum quod vi aut clam* e todas as *actiones in factum*.

Porquê esta limitação?

Não deve ser produto do acaso.

Na verdade, a *actio iniuriarum* é *praetoria* e *in factum*. E *in factum* foram (pelo menos, ainda na época clássica) as *actiones depositi* e *commodati*⁶. Tudo leva a crer, portanto, ser *in factum* a natureza das *actiones utiles* referidas por ULPIANUS em D. 5,1,18,1.

O segundo texto é, ainda, um fragmento de ULPIANUS:

D. 26,9,2: «*Si tutor vel curator pecunia eius, cuius negotia administrat, mutua data ipse stipulatus fuerit vel praedia in nomen suum emerit, utilis actio ei, cuius pecunia fuit, datur ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam*».

Segundo ULPIANUS, se um tutor ou curador tiver mutuado *pecunia* do seu pupilo e estipulado em seu próprio nome; ou se tiver comprado, ainda em seu nome, prédios com a *pecunia* do

³ Vid. *supra* § 9.4.1.

⁴ Vid. D. 44,7,9. Cfr. ainda D. 16,3,19.

⁵ Vid. D. 44,7,13.

⁶ Vid. GAJUS, 4,47.

pupilo, a este é dada uma *actio utilis* para reivindicar os prédios ou exigir a *pecunia mutuada*.

O texto não distingue, antes confunde, a tutela e a curatela a que parece aplicar a mesma *actio utilis*. Porém, no caso da *tutela impuberum*, se os *infantes* não têm capacidade processual, já os *infantia maiores* podem actuar validamente sem a *auctoritatis interpositio*, desde que não sejam prejudicados. E, igualmente na *cura minorum*, a sua capacidade não está em causa.

Por isso, no caso do *infans*, além de não ser *dominus* dos prédios comprados pelo tutor, também não tinha capacidade processual para demandar.

Seja como for, esta nova dificuldade não constituiria obstáculo inultrapassável à outorga duma *actio*, pois bastaria fingir a condição de *pubes*: «*si pubes esset*».

Eliminada esta resistência, também a outra — a ausência da condição de *dominus* — seria facilmente vencida: bastaria a ficção «*si dominus esset*» para o pupilo instaurar a *rei vindicatio*.

Todavia, esta *factio* criaria sérios embaraços que a tornam inaplicável: com ela, o *iudex* teria, como ponto assente, a condição de *dominus* do pupilo; mas teria de provar que o *tutor* ou o *curator* comprou os prédios, isto é, que era, afinal, o verdadeiro *dominus ex iure Quiritium*.

Tratar-se-ia, pois, de uma ficção que não realizaria o seu objectivo — dispensar o *iudex* de provar o *dominium* — e, por isso, é de rejeitar⁷.

Restam duas hipóteses: a de uma *actio translativa* e a de uma *actio in factum*.

Se o *iudex* não precisasse de averiguar a origem da *pecunia* utilizada no pagamento dos prédios, a *actio translativa* teria sido muito provável; mas, se tal prova tivesse sido necessária, como parece, então teria sido utilizada uma *actio in factum*.

Assim, afigura-se-nos que a *actio utilis* outorgada ao pupilo para reivindicar os *praedia* terá sido, provavelmente, uma *actio in*

⁷ vid. KRÜGER, *o.c.* 166 (a cuja opinião aderimos); e RICCOBONO, *Corso*, cit. 278 (que admite o texto interpolado, mas nega carácter inovador à interpolação). Ambos os AA. só tratam da *actio* para reivindicar os *praedia*.

factum, sem afastarmos, de todo, a hipótese de uma *actio translativa*.

Quanto ao mútuo, julgamos que a *actio translativa* é a mais adequada à recuperação da *pecunia mutuada*: na *intentio*, figuraria o nome do *tutor* ou do *curator*; e, na *condemnatio*, o do pupilo.

Na verdade, não faria sentido uma ficção do tipo «*si creditor esset*» inserida na fórmula da *condictio*, pois o *iudex* não estava dispensado de provar a existência do crédito. É, portanto, muito verosímil que, nesta hipótese, a *actio utilis* tenha a natureza de *actio translativa*.

O terceiro fragmento é de ULPIANUS:

D. 11,3,9,1: «*Si in servo ego habeam usum fructum, tu proprietatem, si quidem a me sit deterior factus, poteris mecum experiri, si tu id feceris, ego agere utili actione possum (...). et si forte alius eum receperit vel corruperit, utilis actio fructuario competit*».

ULPIANUS refere o caso de um *servus* dado em usufruto que é pervertido e distingue: se a corrupção é feita pelo usufrutuário, ao *dominus* pertence a *actio servi corrupti*; se o *corruptor* é o *dominus*, o usufrutuário pode demandá-lo com a *actio utilis*; e se o autor da corrupção é um estranho, a mesma *actio utilis* pertence ao usufrutuário.

Este fragmento foi criticado por PAMPALONI, mas os seus argumentos não nos parecem convincentes⁸.

⁸ Na verdade, PAMPALONI apoia-se na «*interpolazione analogica delle parole 'sed utilis-corrumpi'*» do D. 11,3,14,1 que nos parece de rejeitar. Vid. *infra* § 9.4.3.2; e PAMPALONI, M., *Il Concetto Classico dell'Usufrutto em BIDR 22(1910) 145*⁵.

Também VALIÑO julga não-clássico o D. 11,3,14,1 onde PAULUS, não podendo conceder a *actio de servo corrupto* para reprimir a *corruptio* dos filii, outorga uma *actio utilis*.

Na sua opinião, «*no caben acciones 'in factum', que se otorguen como útiles, pues (...) al no haber un 'oportere' o equivalente, el pretor otorgaría otra acción 'in factum', sin necesidad de extender la anterior*».

Mesmo que fosse *civilis* a *actio de servo corrupto*, pensamos que a *actio utilis* (*ficticia*) não teria oportunidade, pelos inconvenientes já assinalado,

Qual a natureza jurídica desta *actio utilis*?

A *actio servi corrupti* é uma *actio (poenalis) in factum concepta* dada pelo pretor ao *dominus servi* para reparação do dano devido

(vid. *supra* §§ 9.4.1(4-5)). Mas a natureza *in factum* da *actio directa*, à imagem da qual o pretor criou esta *actio utilis*, leva-nos (também) a reconhecê-la nesta nova acção. Não havia necessidade, cremos, de interpolar este fragmento: a *actio utilis* não esgota a sua natureza na *factio*.

Seguindo este mesmo rumo, VALIÑO entende igualmente interpolados: D. 25,2,21pr. (*actio rerum amotarum utilis*); -47,10,15,1 (*actio utilis iniuriarum*); -10,4,16 (*actio utilis ad exhibendum*); -12,2,29 (*actio utilis ex iureiurando*). Porém, as mesmas razões levam-nos a rejeitar a sua doutrina.

Por outro lado, VALIÑO admite as *actiones utiles in factum na cognitio*: D. 11,7,7pr-1 (contra WESENER, que sustenta a classicidade desta *actio in factum utilis* outorgada no caso de alguém ter sido sepultado em *locus purus*, VALIÑO entende-a inadmissível no processo formular e pensa que se trata de uma acção provincial que pertence à *cognitio*); -23,4,26,3 (pela violação de um pacto, é concedida uma *actio utilis in factum*. VALIÑO pensa, com base na analogia com o D. 11,7,7,1, que se trata de uma *actio* cognitória instaurada na província e julga não haver inconveniente, neste sistema processual, na admissão da *actio in factum utilis* que terá estendido o âmbito da *actio negotiorum gestorum in factum*); -20,1,22 (MODESTINUS dá ao credor uma *actio pigneraticia utilis* contra o *heres* de quem empenhou uma *res* do herdeiro, ignorando este. VALIÑO pensa que se trata de uma acção cognitória dada na época pós-clássica, pois o texto está em flagrante contradição com PAULUS, D. 13,7,41, indubitavelmente clássico); -48,5,2,85 (ULPIANUS fala de uma *actio utilis* contra quem torturou um *homo liber bona fide serviens*, julgando-o escravo. Não se trata, entende VALIÑO, de uma acção complementar da *actio legis Aquiliae* — com a ficção de que o *homo liber* é um *servus* — nem a *actio iniuriarum* está em causa, devido à ausência de dolo. Sendo provável que, na época imperial, a *calumnia* constituísse um crime perseguível *extra ordinem*, a *actio* teria sido cognitória); -7,1,13,3 (ULPIANUS diz-nos que IULIANUS era da opinião de que devia outorgar-se um *quasi communi dividundo iudicium* num litígio entre dois usufrutuários ou, então, que fizessem uma *stipulatio* para garantir o modo de fruir. VALIÑO entende que pode, talvez, pensar-se numa *factio* de propriedade); -45,3,32 (PAULUS refere-nos a opinião de SABINUS que defende a concessão de um *utile commune dividendum iudicium* a favor de um co-usufrutuário de um *servus* que estipulou para o outro usufrutuário com bens de ambos (os usufrutuários). VALIÑO julga que o texto está alterado na parte final).

VALIÑO admite, como vimos, estas *actiones utiles in factum na cognitio extra ordinem* e não no processo *per formulas*, onde o pretor só outorgava *actiones utiles* quando houvesse um *oportere* civil em que se apoiassem. Já

à *corruptio servi*⁹. Ora, porque a *fictio* visa tornar aplicável o *ius civile* a situações dele afastadas — derrubando os obstáculos à sua aplicação —, é evidente que não pode ser *ficticia* a *actio utilis* concedida ao usufrutuário.

A *actio*, que se estende, é *in factum* e só pode ser esta a natureza da *actio utilis*; por isso, tendo esta mesma natureza, não interessa distinguir a *actio* dada contra o *dominus* da *actio* concedida *adversus extraneum*¹⁰.

nos afastámos desta doutrina que identifica (no processo das fórmulas) a *actio utilis* e a *actio ficticia*.

Não deixa, porém, de ser uma saída algo fácil, a de enviar as *actiones utiles in factum* para a *cognitio*, dada a dificuldade em sustentar a sua interpolação. Só que, não revestindo — em virtude da sua natureza *in factum* — o carácter fictício, perguntar-se-á que sentido terá, aqui, o adjectivo *utilis*. Ora, não devendo recusar-se a sua dimensão técnico-jurídica, a resposta não pode deixar de ser: extensão — melhor, integração — do *ius praetorium*.

Temos, assim, de concluir pela admissibilidade de *actiones utiles* tanto no *ius civile* como no *ius praetorium*. Simplesmente, naquele, têm lugar no *agere per formulas*, enquanto, neste, só na *cognitio extra ordinem*.

Não nos parece que o *ius praetorium* somente pudesse manifestar as suas *actiones utiles* na *cognitio*, pois o pretor, com a mesma oportunidade e no desempenho da mesma função, criava *actiones (directae) in factum* e devia criar, igualmente, *actiones utiles* modeladas nestas. Se a criatividade do pretor foi, no processo *per formulas*, absolutamente necessária, não vemos como pudesse criar umas e não outras.

E que dizer do D. 13,7,41? Não sendo, decerto, totalmente clássico — apenas na recusa da *actio pigneraticia utilis* em relação a uma *res* do (futuro) *heres*, empenhada sem o consentimento deste —, vemos que, na sua primeira parte, é atribuída a *utilis actio pigneraticia* ao credor, quando alguém empenhou uma *res aliena* cujo *dominium* adquiriu posteriormente. Ora, se esta *actio utilis* parece ser *ficticia*, enquanto instaurada contra terceiros — como, de resto, VALIÑO admite pela dificuldade de fingir, ao mesmo tempo, ser *dominus* quem o não é e não o ser quem o é —, só pode ser *in factum* se proposta contra o *dominus*. Porém, a circunstância de ser uma *res aliena* no momento do *pignus* terá levado PAULUS a defender a concessão desta *actio (in factum)* em via útil.

Vid. VALIÑO, *Actiones Utiles*, cit. 343-363.

⁹ Vid. IGLESIAS, o.c. 488-489.

¹⁰ Também PAULUS (D. 11,3,14,1) refere uma *actio utilis* no caso de corrupção de filhos: «De filio filiave familias corruptis huic edicto locus non est, quia servi corrupti constituta actio est, qui in patrimonio nostro esset, et

§ 9.4.3.4 **Em conclusão:** também neste conjunto de textos, que disciplinam matérias diversificadas, a *actio utilis* é ora (sobretudo) uma *actio in factum* estendida a situações originariamente não previstas ora uma *actio translativa*.

Não se trata, portanto, de uma *actio* autónoma, com individualidade típica, mas de uma *actio* (*in factum* ou *in ius*) que se aplica a situações semelhantes, mas diferentes das previstas.

§ 9.4.4 Noutras *actiones* (*ad exemplum*)

§ 9.4.4 A propósito da extensão da *actio in factum* prevista no edicto «*ne quis in suggrunda*», ULPIANUS escreveu:

D. 9,3,5,12: «...*nam et cum pictor in pergula clipeum vel tabulam expositam habuisset eaque excidisset et transeunti damni quid dedisset, Servius respondit ad exemplum huius actionis dari oportere actionem: hanc enim non competere*

pauperiorem se factum esse dominus probare potest dignitate et fama domus integra manente: sed utilis competit officio iudicis aestimanda, quoniam interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi».

PAULUS diz-nos que este edicto não se aplica à corrupção dos filhos, porque a *actio* só prevê a *corruptio servi*. No entanto, é concedido um *iudicium utile*, pelo interesse em os filhos não serem corrompidos.

Este fragmento não escapou à censura interpolacionística. Assim, FERRINI considera-o interpolado porque *competit* é suspeito. E LENEL, seguindo FERRINI, julga não-clássica esta *actio utilis*. Porém, esta opinião frágil não é pacífica.

É certo que a sua localização favorece a suspeita; mas também o contexto a rejeita, visto que PAULUS começa por rejeitar a *actio (directa) servi corrupti* aos filhos e é lógica a sequência: não se dá a *actio directa*, mas concede-se a *actio utilis*.

Esta *actio* — na hipótese plausível de ser clássica — não será fictícia. Primeiro, porque a *actio servi corrupti* é *in factum* e a fictio só funciona em *actiones civiles*; e, depois, porque seria inimaginável que, para se proteger um *filius filiave*, fosse necessário fingi-lo(a) escravo(a) — sobre este último argumento, vid. *supra* § 9.4.1 —. Tratar-se-ia, portanto, de uma verdadeira *actio in factum concepta*.

Vid. LENEL, *o.c.* 175; RICCOBONO, *Corso*, cit. 154⁵⁴; e FERRINI, C., *Diritto Penale Romano* (Milão 1899) 143-144².

palam esse, quia neque in suggrunda neque in protecto tabula fuerat posita. idem servandum respondit et si amphora ex reticulo suspensa decidisset et damni dedisset, quia et legitima et honoraria actio deficit».

Neste fragmento, não suspeito de interpolações, ULPIANUS diz-nos que se um pintor tivesse exposto, numa varanda, um *clipeus* ou uma *tabula* e tivesse caído e lesado um transeunte, SERVIUS respondeu que lhe devia ser dada uma *actio ad exemplum huius actionis (in factum)* porque esta *actio (directa)* não tem lugar, em virtude de a *tabula* não ter sido exposta nem «*in suggrunda*» nem «*in protecto*». A mesma *actio ad exemplum* seria concedida se uma ânfora, suspensa numa rede, tivesse caído e danificado alguém, por faltar uma *actio* legítima ou honorária.

A *actio in factum*, expressamente referida em ULPIANUS¹, não podia ser outorgada porque a *tabula* não foi posta «*in suggrunda protectove*», isto é, porque o agente não satisfaz, no dano causado, os requisitos necessários à concessão da *actio*.

Todavia, como a impunidade e a irreparabilidade do dano se afiguravam intoleráveis, SERVIUS sugeriu que fosse dada ao lesado uma *actio* criada *ad exemplum* da *actio in factum* originária.

Deste modo, tal *actio ad exemplum* não pode deixar de ser tão *praetoria* e tão *in factum* como a *actio* utilizada como modelo².

Também, a propósito «*de his qui deiecerint vel effuderint*», PAULUS escreveu:

D. 9,3,6,3: «*Si de nave deiectum sit, dabitur actio utilis in eum qui navi praepositus sit*».

Porém, o jurista não fala, aqui, de uma *actio ad exemplum*, preferindo chamar *utilis* à *actio* dada contra o *magister navis* para a reparação dos danos causados pelo arremesso de algo.

No entanto, sendo *in factum* a *actio directa* (D. 9,3,1pr.; - 9,3,1,4), e não havendo lugar para a *fictio* — que, repetimos, visava aplicar extensivamente *actiones civiles* e não *actiones*

¹ Cfr. D. 9,3,5,6.

² Vid. HORAK, *o.c.* 86-87; e WESENER, *o.c.* 229-230 e 249-250.

praetoriae — nem para uma *actio translativa*, torna-se claro ser igualmente *in factum* a *actio utilis* que PAULUS refere³.

Nota-se, portanto, uma sinomia entre as expressões *actio utilis* (em PAULUS, D. 9,3,6,3) e *ad exemplum* (em ULPIANUS, D. 9,3,5,12)⁴.

§ 9.4.5 Conclusão: a resposta ao problema das *actiones utilis* e (ou) *ad exemplum*

§ 9.4.5 Rejeitada, há muito, a natureza de *actio praetoria* tipicamente autónoma, pela circunstância de poder ser fictícia — sendo *ficticia*, perde a sua individualidade como *actio utilis* —, acabamos de ver que nem sequer podemos identificar a *actio utilis* com a *actio ficticia*.

³ VALIÑO entende, também, que se trata duma *actio in factum*. Simplesmente, porque, na sua opinião, as *actiones utiles* são *ficticiae*; e, decerto, porque tem presente a *actio in factum* outorgada contra «*qui deiecerint vel effuderint*» (D. 9,3,1pr.), afasta o obstáculo — a hipótese de uma *actio utilis in factum* — sustentando a interpolação de *utilis*.

Porém, GIRARD (o.c. 1080⁴) entende que, se as *actiones directae* integradas pelas *actiones utiles*, são frequentemente *civiles*, também podem ser *actiones praetoriae* já estabelecidas no *edicto*.

Para VALIÑO, tratar-se-ia de uma *actio in factum* decretal que os «*justinianos (...) estimaron preferible como un caso de extensión por medio de la acción útil en lugar de aplicar la acción 'in factum' decretal, que habría concedido el jurista clásico*».

E a mesma interpolação vê em D. 4,9,7,3, onde é dada uma *actio utilis* contra o *exercitor*, em virtude de um dano causado por um *servus* que «*nauta non sit*».

Todavia, quem veja na *actio utilis* uma *actio* que pode não ser *ficticia*, não tem necessidade de enveredar por essa via (fácil) interpolacionística: sendo *in factum* as *actiones* contra «*qui deiecerint vel effuderint*» e «*adversus nautas*», a nova *actio*, criada para solucionar situações semelhantes, só pode ser (também) *in factum*; por isso, nada interpolaram os compiladores. Vid. VALIÑO, *Actiones Utiles*, cit. 344-346.

Reafirmamos, portanto, o acerto da opinião de KASER (Zum 'Ius Honorarium', cit. 241) de que «*sind keineswegs alle 'actiones utiles' fiktizisch*», já que «*besteht immerhin schon hier eine beträchtliche Variationsbreite, so ist sie bei den 'actiones in factum' noch viel grösser*».

⁴ Vid. outras *actiones utiles* em: D. 10,3,7,3;-29,2,99. E *actiones ad exemplum* em: D. 27,6,9pr; — 36,4,5,21;-48,15,3.1.

Na verdade, aparece-nos, ainda, como *actio translativa* e como *actio in factum*: a primeira, quando permite a alguém — v. g. o credor (civil) de *A* — obter a *condemnatio* de *B*, apesar de não se verificarem os requisitos exigidos pelo *ius praetorium*; ou quando torna possível que um terceiro substitua, na *condemnatio*, um credor (civil) que mutuou *pecunia aliena*. A segunda, quando permite estender ao usufrutuário, contra o *dominus*, a disciplina da *actio legis Aquiliae*; quando a estende aos danos *non corpore neque corpori* não sancionados pela mesma *lex*; quando possibilita o ressarcimento de danos (não-aquilianos) causados a pessoas livres, tendo como modelo a *actio legis Aquiliae*; quando é outorgada ao *filiusfamilias* para demandar em nome próprio; e quando permite aplicar o regime de uma *actio in factum* a situações originariamente não previstas.

Nesta função, a que DAUBE chama «atributiva», a *actio utilis* bem pode dizer-se expressão técnico-jurídica da integração, que metodologicamente pode realizar-se por analogia ou por ficção: por analogia, quando permite resolver uma situação graças a uma nova *actio* modelada numa *actio* pensada para um caso diferente, mas semelhante; por ficção, quando é a própria *actio*, em si inadequada, que se lhe aplica devido à distorção dos factos.

Deste modo, não nos parece acertado ver nas *actiones utiles* extensões analógicas porque nem sempre a integração se realiza por analogia; nem nos parece correcto identificar as *actiones utiles* com as *actiones ad exemplum*, pois as *actiones ficticiae* — que também são *utiles* — não são *ad exemplum*: a integração tem lugar sem criar (substancialmente) uma *actio* para a qual outra pudesse funcionar de modelo ou exemplo. Só nas *actiones translativae* e *in factum*, igualmente *utiles*, se pode falar de *actiones ad exemplum* porque estas *actiones* são criadas à imagem doutras cujo regime se deseja aplicar.

Por isso, julgamos correcto afirmar que todas as *actiones ad exemplum* são *utiles*, mas nem todas as *actiones utiles* são *ad exemplum*¹.

¹ Após minucioso estudo das *actiones ad exemplum*, WESENER chegou à conclusão de que tais *actiones* não constituem uma categoria de acções catalogável ao lado das *actiones utiles* ou *in factum*. É, apenas, uma

Em relação à *actio utilis* e à *actio in factum* enquanto expediente integrador, verificamos o acerto da afirmação de ULPIANUS:

D. 19,5,21: «*Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est*».

Na verdade, todas as *actiones*, que integram o *Ius Romanum* (*civile* ou *praetorium*), são *utiles*. Simplesmente, podem revestir fórmulas diversas: *ficticiae*, *translativae* e *in factum conceptae*.

POMPONIUS (D. 19,5,11) não difere de ULPIANUS. Não só fala de *actiones in factum* — que sabemos, agora, serem *utiles* —, como não afasta a possibilidade das restantes *actiones utiles*: *ficticiae* e *translativae*.

Com efeito, POMPONIUS diz que «*plerumque actiones in factum desiderantur*». E, realmente, são necessárias quando não é possível fingir nem conceder uma *actio translativa*. Nestas hipóteses, *plerumque* só pode recorrer-se às *actiones in factum* que, destarte, são um expediente subsidiário em relação aos demais, no âmbito da integração.

Por outro lado, o texto de POMPONIUS² sugere duas espécies de lacunas: as lacunas cuja integração se há-de fazer sem apoio numa *actio*, porque não existe; e as lacunas a integrar por analogia com uma *actio* existente que prevê um caso diferente, mas semelhante.

É, nesta hipótese, que a *actio in factum* é adjectivada com a expressão *ad exemplum, utilis* ou outra análoga.

indicação de acções imitadas que são ora *actiones utiles* ora *actiones in factum*. E recomenda a necessidade de investigar, em cada *actio ad exemplum*, a espécie de que se trata: se uma *actio ficticia*; se uma *actio utilis* com inversão de sujeitos; se uma *actio in factum*. No entanto, opondo as *actiones utiles* (*ficticiae* ou *translativae*) às *actiones in factum*, ignora que também estas podem ser *utiles*. Vid. WESENER, o.c. 249.

² Vid. *supra* § 9.2.3, onde transcrevemos e abordamos este fragmento. WESENER (o.c. 499) entende: «*Durchaus klassisch scheint der in D. 19,5,11 zum Ausdruck gebrachte Gedanke*».

Perguntar-se-á: haverá interesse em adjectivar, assim, uma *actio in factum* criada para integrar, por analogia, uma lacuna?

É indubitável a validade da resposta afirmativa: a *actio* destarte criada há-de ter — precisamente pela analogia do facto a decidir com o facto previsto na *actio* existente — um regime análogo ao produzido pela *actio* que lhe serve de modelo.

É certo que, se a *actio* existente for *civilis*, a *actio (in factum)* a criar não deixará de pertencer ao *ius praetorium*, em cujo âmbito produzirá os seus efeitos. Todavia, o pretor encarregou-se de redigir uma *condemnatio* de maneira a que, na *actio in factum*, o demandado sofresse efeitos jurídicos idênticos aos estabelecidos na *actio civilis* tida por modelo; e, assim, nem o autor nem o réu seriam desigualmente tratados.

Deste modo, compreende-se que, na integração da *lex Aquilia* — e da sua *actio civilis* —, se fale, simplesmente, em *actio ad exemplum legis Aquiliae*, sem necessidade de repetir a *condemnatio*: é a mesma, a da *actio directa* e a da *actio in factum*. E isto tem lugar igualmente nas *actiones in factum, utiles* ou *ad exemplum*, criadas com base numa *actio in factum* pré-existente: ainda aqui, não há necessidade de repetir os efeitos jurídicos, bastando a indicação da *actio* que funciona como referência ou modelo *v. g.* a *actio servi corrupti*, a *actio de effusis et de deiectis*, etc.

Também o carácter perpétuo ou temporário da *actio directa* (civil ou pretória) se transmite à *actio utilis* ou *ad exemplum*.

É certo que, segundo CASSIUS, citado por PAULUS (D. 44,7,35), as acções honorárias, «*quae rei persecutionem habeant*», *hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum*. Todavia, depois de afirmar esta *regula* (4,110), GAIUS adverte:

4,111: «*Aliquando tamen <et perpetuo eas dat, veluti quibus> imitatur ius legitimum: quales sunt eae, quas bonorum possessoribus ceterisque, qui heredis loco sunt accomodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris iurisdictione proficiatur, perpetuo datur; et merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit*».

Cotejando os três fragmentos (D. 44, 7, 35; GAIUS 4,110; 4,111), depreendemos que o primeiro refere um princípio geral que o segundo reafirma e o terceiro excepciona.

Em regra, as *actiones civiles* são perpétuas³; e as *praetoriae*, temporárias. Todavia, há *actiones praetoriae* perpétuas: aquelas em que *ius legitimum imitatur*.

Que *actiones* serão estas?

A doutrina é pacífica em entender as *actiones ficticiae* e as *actiones translatae*⁴. No entanto, não deixou de incluir algumas *actiones in factum*, cuja perpetuidade justifica ora por imitarem ora por se ligarem a uma *actio civilis*⁵.

Vemos, assim, que há, ao lado das *actiones ficticiae* e *translativae*, algumas *actiones in factum* que, por imitarem ou se ligarem a uma *actio civilis*, participam do seu carácter

³ As *actiones civiles* temporárias são muito excepcionais. A doutrina apresenta a *querela inofficiosi testamenti* que deve ser instaurada dentro de 5 anos; e o *praeiudicium ex lege Cicereia* (GAIUS 3, 123). Vid. SOHM, o.c. 658; e AMELOTI, M., «*Actiones Perpetuae*» e «*Actiones Temporales*» nel *Processo Formulare* em SDHI 22(1956) 185-186.

⁴ Vid. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. 2506; BETHMANN-HOLLWEG, o.c. 326; IGLESIAS, o.c. 191 e 473; BERETTA, P., *L'Anualità delle Azioni Pretorie nel Diritto Romano Classico* em RISG 3 (1949) 322 e 346-351 e 2(1948) 353-356; e AMELOTI, o.c. 188-192.

⁵ Assim, imitariam a *actio legis Aquiliae*: a *actio de effusis et deiectis* (em algumas das suas aplicações, segundo AMELOTI—D. 9,3,5,5); a *actio servi corrupti* (D. 11,3,13pr.); e a acção por dano aquiliano *adversus nautas caupones stabularios* (D. 4,9,7,6). Ligar-se-ia à *actio civilis de arboribus succis*, a *actio arborum furtim caesarum* (D. 47,7,7,6).

Também a perpetuidade da *actio furti manifesti* se justificaria por retomar uma situação já prevista e punida pelo *ius civile*, modificando simplesmente a pena.

E, nas restantes *actiones in factum*, a sua perpetuidade fundamentar-se-ia na circunstância de terem sido introduzidas pelo pretor para tutelar situações já previstas no *ius civile*: a *actio Fabiana* (D. 38,5,3,1); a *actio si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur* (D. 25,5,4); a *actio contra mensorem* (D. 11,6,4); a *actio funeraria* (D. 11,7,31,2); etc.

Vid. BERETTA, o.c. 346-347; e AMELOTI, o.c. 199-201 e 205⁶⁹. Cfr. ainda VOCI, *Istituzioni*, cit. 634.

perpétuo: tais são as *actiones utiles* (ou *ad exemplum*) de natureza *in factum*⁶.

Em conclusão: podemos responder, finalmente, à questão da natureza das *actiones utiles* e das *actiones ad exemplum*. *Utiles* são as *actiones* que integram o *Ius Romanum* e podem ser *ficticiae*, *translativae* e *in factum conceptae*. *Ad exemplum* são as *actiones utiles* não-*ficticiae*: *translativae* e *in factum*.

§ 9.5 As *exceptiones utiles*

§ 9.5.1 As fontes referem, também, algumas *exceptiones utiles*¹ cuja natureza interessa igualmente analisar.

⁶ Quanto às *actiones in factum*, que estudámos, são perpétuas v. g. a *actio utilis servi corrupti* (D. 11,3,13pr.), a *actio ad exemplum* (D. 9,3,5,12) e a *actio utilis* (D. 9,3,63) concedidas à imitação da *actio in factum* prevista no edicto «*ne quis in suggrunda*» (D. 9,3,5,5). Vid. *supra* §§ 9.4.3.3 e 9.4.4.

¹ A *exceptio* desempenhou uma função importantíssima na evolução do *Ius Romanum*. O pretor utilizou-a para introduzir novos institutos e novas regras ditadas pelo respeito devido à *aequitas* e pela necessidade de integrar, corrigir e suavizar o lacunoso e austero *ius civile*.

PALERMO vê na *exceptio* duas funções: positiva e negativa. A primeira introduz novos institutos e regras; a segunda defende o demandado e concretiza-se no *per exceptionem repelli* em relação ao autor. A *exceptio* contrapõe um direito mais forte que o do demandante; introduz factos dirigidos a afastar a eficácia da *actio*; e oferece a tutela jurídica às *leges imperfectae*.

A extraordinária importância da *exceptio* é imediatamente apreendida. Basta referir a *exceptio iusti dominii* (oponível pelo *dominus ex iure Quiritium* à *actio Publiciana*); a *exceptio rei venditae et traditae* (através da qual o proprietário bonitário se opunha à *rei vindicatio* do *dominus quiritário* que vendeu uma *res Mancipi* sem ter feito a *mancipatio* ou a *in iure cessio*); a *exceptio pacti* (que, fundada num *pactum* — civilmente ineficaz —, paralisava a *actio* instaurada contra o pactado); a *exceptio doli* (que atacava comportamentos dolosos); a *exceptio metus* (que destruíra a *actio* instaurada pelo *coactor* ou por quem beneficiasse da coacção); a *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* (que assegurava o efeito consumptivo nas *actiones in rem* — *civiles* ou *praetoriae* — e nas *actiones in factum*); etc. Vid. BURDESE, *o.c.* 394-395 e 566; CANNATA, *o.c.* 347²; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 131-132, 326 e 354; VOLTERRA, *o.c.* 140, 146, 164, 180, 185 e

A doutrina não é tão exuberante como nas *actiones utiles*. Porém, facilmente observamos umas poucas hesitações que deixam sem resposta um problema nem sempre abordado.

ARIAS RAMOS e ARIAS BONET limitam-se a referir que, à semelhança da *actio (utilis)*, também a *exceptio utilis* foi concedida em hipóteses diferentes, mas análogas às originariamente pensadas².

CANNATA refere a existência de *exceptiones utiles* e nota que o adjectivo *utilis* nem sempre assume um sentido atécnico, pois há *exceptiones* atípicas — as *exceptiones utiles* — modeladas em *exceptiones* típicas³.

E NICOSIA diz-nos que a expressão *exceptio utilis* tem, como a *actio utilis*, um sentido técnico específico: indica a extensão de uma *exceptio* fundada numa norma do *ius civile (exceptio civilis)*. Na sua opinião, este conceito de *utilis* é clássico e atribui a sua elaboração provavelmente a IULIANUS⁴.

Se os dois primeiros AA. não abordam a natureza que uma *exceptio utilis* pode revestir, já NICOSIA, quiçá influenciado por uma concepção recusável de *actio utilis* — no seu entendimento, o pretor só estendia, em via útil, as *actiones* fundadas no *ius civile* e não as *actiones in factum conceptae* —, e partindo de três fragmentos do Digesto (D. 4,4,41; -14,6,7,1; -16,1,19,5), toma uma posição inequívoca, sustentando tratar-se da extensão de uma *exceptio civilis*.

No entanto, a escassez das fontes e o recurso à interpolação para eliminar os textos adversos (D. 16,1,32,5; -9,5,21; C. 2,4,9) justificam a consulta das fontes.

381; WENGER, *Istituzioni*, cit. 150-151; RICCOBONO, *Corso*, cit. 193-210; D'ORS, *Derecho*, cit. 87, 88, 98, 103, 167 e 168; SOHM, *o.c.* 453, 654 e 655; e FUENTESSECA, *o.c.* 32, 33, 113, 192, 195, 226, 230, 310, 334, 35 e 465.

² Vid. ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, *o.c.* 185.

³ Vid. CANNATA, C. A., *Eccezione em NNDI 6* (1960) 348. No mesmo sentido, vid. SCHULZ, *o.c.* 53 (para quem, em alguns textos, a *exceptio utilis* foi substituída pela *exceptio in factum*).

⁴ Vid. NICOSIA, G., *Exceptio Utilis em SZ 75*(1958) 280-288 e 301.

§ 9.5.2 Relativamente à protecção de um menor, que realizou um negócio jurídico, IULIANUS escreve:

D. 4,4,41: «*Si iudex circumvento in venditione adulescenti iussit fundum restitui eumque pretium emptori reddere, et hic nolit uti hac in integrum restitutione paenitentia acta, exceptionem utilem adversus petentem pretium quasi ex causa iudicati adulescens habere poterit, quia unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt. nec queri poterit venditor, si restitutus fuerit in eam causam, in qua se ipse constituit et quam mutare non potuisset, si minor auxilium praetoris non implorasset*».

IULIANUS analisa o seguinte caso: um *iudex* dispôs a restituição de um *fundus* a um menor que foi enganado na sua venda; e ordena a restituição do preço ao comprador. Todavia, o menor arrependeu-se e não quer utilizar esta *restitutio in integrum*. IULIANUS entende que o menor poderá utilizar uma *exceptio utilis* contra o comprador que, interessado nesta *restitutio*, deseja recuperar o preço. E justifica: «Porque é lícito ao menor renunciar ao que foi estabelecido em seu favor; e o comprador não poderá queixar-se de voltar à situação em que ele mesmo se tinha posto, situação esta que não poderia mudar se o menor não solicitasse o 'auxilium praetoris'».

A *exceptio* assinalada terá sido modelada na *exceptio legis Plaetoriae*, destinada a paralisar uma *actio* instaurada para fazer valer uma *obligatio* assumida pelo menor na sequência de *circumventio creditoris*. E esta *exceptio (directa)* não podia ser concedida, em virtude de ser diferente a situação em que o menor se pôs.

Daqui, NICOSIA extrai as seguintes conclusões: 1.^a — a impossibilidade de ser concedida a *exceptio legis Plaetoriae* justifica a utilização desta *exceptio utilis*; 2.^a — tal *exceptio utilis* é uma extensão, em via útil, daquela *exceptio típica*; 3.^a — a *exceptio* estendida fundamenta-se na *lex Plaetoria*¹.

¹ Vid. NICOSIA, o.c. 265-279. SAVIGNY (o.c. 171d) atribui a *utilis* o significado atécnico de eficaz.

Nada oporíamos a NICOSIA, se não induzisse, destas conclusões (as mesmas que extrai do D. 14,6,7,1 e do D. 16,1,19,5), um princípio que lhe parece genérico: as *exceptiones utiles* são extensões de *exceptiones civiles*.

Na verdade, resta ver se todas as *exceptiones* são *civiles* e, até mesmo, se a *exceptio utilis* referida no texto o é.

Como sabemos, as informações sobre a *lex Laetoria*² são extremamente escassas, divergindo a doutrina acerca dos *iudicia* que introduziu. No entanto, tenha disposto, apenas, um *iudicium publicum rei privatae* ou um *iudicium publicum* e outro *privatum*, o certo é que não dispôs nenhuma *exceptio*, aliás, só concretizável, mais tarde, no processo das fórmulas.

A *exceptio legis Laetoriae* é uma criação do pretor que a referência à *lex Laetoria* de modo nenhum infirma: dava-lhe uma individualidade, mas não a subtraía à natureza *praetoria*, como pacificamente entende a doutrina, a propósito das *exceptiones* em geral³.

Ora, sendo *praetoria* e não-*civilis*, a sua natureza fictícia está, desde já, afastada: o *praetor* não tinha necessidade de ordenar ao *iudex* que fingisse existente ou inexistente algum requisito cuja inexistência ou existência impedia a aplicação do *ius civile*, porque este *ius* não se aplicava.

Mas chegaremos à mesma conclusão, seguindo por outra via.

Com efeito, a *lex Laetoria* não é uma *lex perfecta*⁴; por isso, não atacando a validade dos actos jurídicos contrários, a *exceptio*

² D'ORS (*Derecho*, cit. 298) entende que é errado chamar-lhe *Plaetoria*. Sobre esta *lex*, vid. DEBRAY, L., *Contribution à l'Étude de la Loi 'Plaetoria' Relative à la Protection du Mineur de Vingt-Cinq Ans* em *Mélanges Girard I* (1912) 265-314.

³ Neste sentido é incisivo GIRARD (o.c. 1096) para quem «*toutes les exceptions sont honoraires, de création prétorienne; les prétendues exceptions civiles elles-mêmes n'ont pas été directement établies par le législateur, mais introduites par le préteur, soit à la place d'actions civiles, soit sur les instructions du Sénat ou de l'empereur*». Vid. ainda: RICCOBONO, *Corso*, cit. 193; ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, o.c. 185²²⁹; BURDESE, o.c. 117; WENGER, *Istituzioni*, cit. 149-150; CANNATA, o.c. 347; e SCHULZ, o.c. 54.

⁴ D'ORS (*Derecho*, cit. 298) diz-nos que é uma *lex imperfecta* e KASER (*Das römische Privatrecht I* (Munique 1955) 216¹⁷) considera-a *minus quam perfecta*.

legis Laetoriae só podia ser, formal e materialmente, *praetoria*. Não vemos — já o dissemos — a oportunidade e a necessidade da *fictio*.

De resto, se tivermos em conta a função e o mecanismo das *exceptiones*, não poderemos deixar de lhes recusar a natureza fictícia. Vejamos ULPIANUS:

D. 44,1,2pr.: «*Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi acti cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est*».

A *exceptio* tem, por objectivo, excluir o que foi deduzido na *intentio* ou na *condemnatio*. Ora, visando a *fictio* eliminar um obstáculo à aplicação de uma *actio civilis* e jamais considerar resolvidos os factos de cuja prova depende a *condemnatio* ou a *absolutio* do demandado, é evidente que não há lugar para a *fictio* em qualquer *exceptio*. Tal como a ficção — quando existe — não toca nos factos descritos na *intentio* e na *condemnatio* e, portanto, não afasta, minimamente, a necessidade da sua prova, também não pode influenciar os factos da *exceptio* que urge sempre provar⁵.

E, quando tem lugar, a mesma *fictio*, que possibilita a instauração duma *actio civilis*, torna possível igualmente uma qualquer *exceptio* que nessa *actio* o *praetor* venha a inserir: a *fictio* que, *v. g.*, possibilita a instauração da *actio furti nec manifesti* a um *non-civis*, abre-lhe igualmente a possibilidade de contestar por *exceptio*.

Excluimos, portanto, a natureza fictícia desta *exceptio* e notamos que a circunstância de se chamar *legis Laetoriae* não lhe confere a qualidade de *exceptio civilis*. Trata-se, com efeito, de

⁵ Que, tratando-se da *exceptio legis Laetoriae*, o menor não triunfará se não provar o dano, di-lo DEBRAY, *o.c.* 297.

Quanto ao ónus da prova nas *exceptiones*, vid. CANNATA, *o.c.* 347; e PALERMO, A., *Studi sulla 'Exceptio' nel Diritto Classico* (Milão 1956) 87, Relativamente à inexistência de ficções nas *exceptiones*, vid. SAVIGNY, *o.c.* 171d.

uma *exceptio praetoria* utilizada pelo pretor, como modelo, na criação da *exceptio utilis* prevista no texto que analisámos.

Também, a propósito da *exceptio senatusconsulti Macedoniani* tida como modelo de uma *exceptio utilis*, ULPIANUS escreveu:

D. 14,6,7,1: «(Iulianus) ait, si duos reos accepero filium familias et Titium, cum ad filium familias esset perventura pecunia, ideo autem reum Titium acceperim, ne quasi fideiussor auxilio senatus consulti tuteretur, utilem esse exceptionem adversus fraudem dandam».

O jurisconsulto apresenta-nos uma situação: alguém mutuou *pecunia* a dois devedores. Um é *filiusfamilias* e o outro funciona como devedor para que, não sendo fiador, não possa gozar da protecção dispensada pelo *sc. Macedonianum*.

Neste caso, segundo IULIANUS — opinião a que ULPIANUS, decerto, adere —, deverá ser dada ao co-devedor não-*filiusfamilias* uma *exceptio utilis* contra a fraude.

NICOSIA viu bem o problema: sendo *co-reus* e não *fideiussor*, o co-devedor não goza da *exceptio senatusconsulti Macedoniani*; por isso, e porque se impõe combater a fraude, esta *exceptio* é-lhe estendida em via *utilis*.

Todavia, não podemos afirmar que se trata de *exceptiones civiles* (a *directa* e a *utilis*).

Na verdade, como a doutrina tem sustentado — e, agora, muito especialmente⁶ —, só a partir de Adriano podemos falar, com segurança, dos efeitos juridicamente vinculativos dos *senatusconsulta*. Ora, o *sc. Macedonianum*, que pertence à época de Vespasiano, não produziu, ainda, esses efeitos⁷, pelo que se

⁶ Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 41 (para quem o *sc.*, como simples conselho do Senado, não era fonte do *ius civile*, devendo as suas disposições ser «cumplimentadas através de la jurisdicción pretoria, ordinariamente mediante concesión de 'exceptiones' procesales que paralizaban las reclamaciones fundadas en actos que el Senado había prohibido»). Vid. ainda: ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 131; SCHULZ, *o.c.* 27; e *supra* § 6.4.8².

⁷ Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 41¹.

tornava necessária a intervenção do pretor, concretizada na outorga da respectiva *exceptio*.

Deste modo, sendo *praetoria* e não-civilis, compreende-se, em face do que temos dito, que a sua natureza não pode ser fictícia. E, não o sendo, também o não será a *exceptio utilis* nela modelada.

Em conclusão: juntamente com os demais argumentos expendidos em relação ao texto anteriormente apreendido, recusamos a opinião de NICOSIA — a *exceptio utilis* não é *civilis*⁸.

§ 9.5.3 Não sendo *ficticia*, qual a natureza da *exceptio utilis*? Sem dúvida, é formal e materialmente *praetoria*¹. E, só podendo ser *translativa* uma *actio* e não uma *exceptio*, apenas lhe resta a característica *in factum*.

A sua natureza depende, em primeira linha, da *exceptio (directa)* modelo, cuja função é atacar os factos referidos na *intentio* e na *condemnatio*. É certo que serão *in ius* se civilmente previstos; todavia, excluída esta natureza nos factos da *exceptio*² — que se opõem, sim, àqueles —, não vemos como possam deixar de pertencer substancialmente ao *ius praetorium*; e de transmitir à respectiva *exceptio* a natureza *in factum* que,

⁸ A mesma argumentação se aplica à *exceptio utilis* modelada na *exceptio sc. Velleiani* (D. 16,1,19,5) a que NICOSIA (o.c. 260-265) atribui natureza *civilis*; e cujo vocábulo *utilis* SAVIGNY (o.c. 171d) considera utilizado em sentido atécnico de eficaz.

Cfr. outras *exceptiones utiles* em: D. 16,1,17pr.; -18,5,3; -20,1,13,2; -21,1,51,1; -32,37,4; -44,1,16; -46,3,96,2 (em algumas das quais o adjectivo *utilis* significa eficaz).

Vid. NICOSIA, o.c. 253-254 e 280; e CANNATA, o.c. 348.

¹ A própria função correctiva do *ius civile* e de protecção de interesses não considerados *iure civili* justifica a natureza pretória das *exceptiones*. Vid. RICCOBONO, *Corso*, cit. 194-210; ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, o.c. 185²²⁹; MURGA, o.c. 192-198; e PALERMO, o.c. 90-91.

² Como *in ius*, a doutrina refere apenas — segundo nos parece — a *exceptio iusti domini* oposta pelo *dominus ex iure Quiritium* à *actio Publiciana*. No entanto, não lhe é conhecida uma extensão em via útil. Vid. MURGA, o.c. 198; CANNATA, o.c. 347²; e SCHULZ, o.c. 53.

sendo quase a única (no processo das fórmulas da época clássica), dispensa esta adjectivação³.

Quanto às *exceptiones (directae)*, também actuavam nas *actiones in factum*, como a doutrina observou quase pacificamente⁴. E, em relação à existência de *exceptiones in factum*, há perfeita unanimidade⁵.

Simplesmente, a pretexto de algumas *exceptiones* terem uma referência legal, os AA. têm-nas classificado de *civiles* em oposição às *honorariae*⁶. Todavia, os exemplos referidos — à parte a *exceptio iusti domínii* — mostram que essa referência legal (*v. g.* a *exceptio sc. Macedoniani*, a *exceptio sc. Velleiani*, a *exceptio legis Cinciae*, a *exceptio legis Laetoriae*) não permite atribuir-lhes uma natureza materialmente civil, como já vimos⁷.

Por outro lado, como refere CANNATA⁸, não devemos ver nas *exceptiones in factum* uma categoria oposta às *exceptiones in ius* porque a *exceptio* nunca é, pela sua natureza, *in ius*.

No entanto, ainda que admitamos a existência de *exceptiones civiles* — e a *exceptio iusti domínii* é uma delas —, sempre a sua natureza fictícia está excluída, pois da sua *probatio* depende a *absolutio* do demandado. Dir-se-á que a *denegatio actionis* substitui a *fictio*: se o pretor não tivesse dúvidas sobre a injustiça da *actio*

³ Referem expressamente a *exceptio in factum*: D. 4,2,14,3; -11,1,20pr.; -13,5,27; -14,6,20; -21,3,1,4; -23,3,7,3; -43,18,1,4; -44,1,14; -44,4,2,5; -44,4,4,32; FV. 310. Vid. WENGER, *Istituzioni*, cit. 151⁵⁶; DE MARTINO, *o.c.* 88² (que entende provável uma *exceptio in factum*); KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. 195; COLLINET, *o.c.* 503-504; SAVIGNY, *o.c.* 170; CANNATA, *o.c.* 348; e PALERMO, *o.c.* 104³.

⁴ Vid., *v. g.* MURGA, *o.c.* 198-199; CANNATA, *o.c.* 347; PALERMO, *o.c.* 93; e SOHM, *o.c.* 653-654. Apenas BETTI (*Istituzioni*, cit. 294⁵⁹) lhe recusa valor técnico, por não se contraporem à *intentio in ius*.

⁵ Vid. SOHM, *o.c.* 452-453; KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. 195 e 195⁴⁴; COLLINET, *o.c.* 493-495 e 503; SAVIGNY, *o.c.* 170 e 170b; CANNATA, *o.c.* 348; SCHULZ, *o.c.* 53; NICOSIA, *o.c.* 276; PALERMO, *o.c.* 104³; GIRARD, *o.c.* 996¹; D'ORS, *Derecho*, cit. 87; BURDESE, *o.c.* 87; e WENGER, *Istituzioni*, cit. 56 e 151. Cfr. *supra* § 5.3.3.

⁶ Vid. *v. g.* ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, *o.c.* 185; FUENTESECA, *o.c.* 68; e KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. 194.

⁷ Vid. *supra* § 9.5.2² e ⁶.

⁸ Vid. CANNATA, *o.c.* 348.

civilis, denegá-la-ia; de contrário, enviaria ao *iudex* uma fórmula com uma *exceptio* para provar os factos ali referidos.

Nada se finge, portanto.

O que ressalta nas *exceptiones utiles* — nos textos analisados — é uma inequívoca analogia com a *exceptio directa*.

Na verdade, é clara a semelhança entre o facto previsto (*v. g.* o menor realizou um negócio jurídico porque foi enganado e sofreu um dano) e o facto a disciplinar (o menor obteve uma *restitutio in integrum*, mas arrependeu-se e o comprador deseja, com base nela, reaver o *pretium*): em ambos, há um negócio jurídico, uma *circumscriptio adolescentium* e um dano⁹. E eram a semelhança das situações e a *eadem ratio* que justificavam a criação de uma nova *exceptio*.

Também a analogia, sobretudo na perspectiva da *ratio*, terá sugerido e orientado o pretor na criação da *exceptio utilis* modelada na *exceptio sc. Macedoniani*: em causa estava um falso *co-reus* e um verdadeiro *fideiussor*; portanto, uma *fraus sc. Macedoniano*. Impunha-se, por isso, criar uma *exceptio* semelhante à que já existia.

Em conclusão: como na elaboração das *actiones utiles não-ficticiae*, também a analogia sugeriu e guiou o pretor na criação das *exceptiones utiles* cuja natureza, não podendo ser fictícia, só pode ser *in factum*. Trata-se de *exceptiones* concebidas para e segundo os factos, através dos quais o demandado procurava infirmar a *intentio* e a *demonstratio* da *actio* contestada.

§ 9.6 A analogia e a *fictio*

§ 9.6.1 Porém, se a analogia explica a criação das *exceptiones utiles*, é no âmbito das *actiones utiles não-ficticiae* que atinge a sua maior expressão.

Destarte, importa ver como — e de que modo — as *actiones utiles* integraram o *ius*: por e sem analogia.

⁹ Se o não houvesse, o menor não teria obtido, decerto, a *restitutio in integrum*.

Sabemos que às *actiones utiles* pertencem — sem as esgotarem — as *actiones ficticiae*; por isso, urge averiguar os motivos que determinaram o abandono da *interpretatio prudentium* e o recurso à *fictio* para melhor compreendermos o seu *modus operandi*.

BIONDI caracteriza a *interpretatio prudentium* como uma atitude não-teorética, mas prática, pois, graças a ela, a tradição desenvolveu-se, adaptou-se e foi aplicada às novas e multiformes exigências da vida. Na sua opinião, a *interpretatio* apresenta dois factores: um, lógico; o outro, prático. Os juristas procuraram satisfazer as necessidades sempre novas da vida e, frequentemente, obtiveram este resultado em via lógica.

Porém, «l'evoluzione sociale arriva ad un punto in cui il diritto non può essere tutto 'interpretatio', cioè deduzione logica». Há «esigenze pratiche per cui non serve la logica più raffinata»; e, sendo «insufficiente la logica ed impossibile la fantasia, soltanto un atto di autorità può modificare, annullare precetti tradizionali, e porne dei nuovi». Este «atto di autorità non poteva che provenire dallo Stato qui fissa soltanto nuovi principi con la forza della sua autorità»¹.

Na verdade, o desenvolvimento da sociedade chega a um ponto a que a *interpretatio* — enquanto desenvolvimento lógico de princípios e preceitos tradicionais — não responde. Exige-se, então, que o órgão legítimo actue, oferecendo novas disposições normativas idóneas a responderem às novas necessidades que as determinaram.

Como dissemos², a inércia do legislador e a função verdadeiramente subalterna da *lex* perante o *ius* determinaram a actuação do pretor, cujo *ius* (*praetorium*) tinha por finalidade «*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*», nas palavras de PAPIANUS³.

Foi nesta tarefa que o pretor utilizou as suas *actiones utiles* cuja natureza já explicitámos: *ficticia*, *translativa* e *in factum concepta*.

¹ Vid. BIONDI, *Scritti Giuridici* I, cit. 328-329 e *Prospettive*, cit. 107-108. No mesmo sentido, cfr. CIFUENTES, o.c. 51; e COLACINO, o.c. 270.

² Vid. *supra* § 8.1.

³ Vid. D. 1,1,7,1.

§ 9.6.2.1 Determinada a natureza do instrumento integrador do *Ius Romanum* — a *actio utilis* — e compreendidos os motivos que o justificam, urge, agora, analisar o *modus operandi* de cada uma das suas modalidades para distinguirmos a ficção da analogia.

Quanto à *fictio*, basta-nos analisar e cotejar as *formulae directa* e *ficticia* duma *actio (civilis)*.

Escolhemos a fórmula da *actio furti*¹:

Iudex esto.

Si paret Ao. Ao. opeve consilio Ni. Ni. furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem Nm. Nm. pro fure damnum decidere oportet, quanti ea res fuit, cum furtum factum est, tantae pecuniae duplum iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito.

No caso de o autor de furto ser um peregrino, a correspondente *formula ficticia* era concebida assim²:

Iudex esto.

Si Dio Hermaei filius civis romanus esset, tum si paret Ao. Ao. opeve consilio Dionis Hermaei filii furtum factum esse patereae aureae, quam ob rem Dionem (Hermaei filium) pro fure damnum decidere oportet, quanti ea res fuit, cum furtum factum est, tantae pecuniae duplum iudex Dionem (Hermaei filium) Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito.

Como se vê, na *formula directa* o pretor ordena ao *iudex* que condene (ou absolva) Numerius Negidius, a favor de Aulus Agerius, no duplo do valor da taça de ouro furtada se provar (ou não) que a furtou ou aconselhou a furtar.

E, na *formula ficticia*, ordena ao *iudex* que finja ser o demandado *civis Romanus* e, nesta condição jurídica, condene (ou absolva), exactamente como na *formula directa*.

¹ Vid. LENEL, o.c. 328-329.

² Vid. GAIUS, 4,37.

Tudo se move no âmbito do *ius civile* que, para ser aplicado ao peregrino, se trata como *civis Romanus esset*. A alteração sofrida pela *actio furti nec manifesti* é mínima e destinou-se, tão-só, a vencer um obstáculo à sua aplicação: a ausência da cidadania romana do demandado. Quanto ao fulcro da *quaestio* — o delito de furto — mantém-se inalterado, devendo o *iudex* fazer a sua *probatio* para condenar (ou absolver) o demandado justamente no mesmo valor referido na *actio directa*.

Dir-se-á, portanto, que as *actiones directa* e *ficticia* são materialmente idênticas; tão-só a ficção de legitimidade processual, necessária para superar um obstáculo processual — a não-legitimidade de uma das partes —, as torna diferentes.

E, porque é notório ser o mesmo *ius (civile)* que se aplica — a ficção venceu o obstáculo processual para tornar possível a instauração da *actio civilis* — em ambas as situações, a *formula ficticia*, embora seja um instrumento formalmente pretório, é, no plano material, tão *in ius* como a *formula directa*.

Descendo ao mundo dos factos jurídicos, o *furtum nec manifestum* cometido, auxiliado ou aconselhado por um *civis Romanus* a outro *civis*, está previsto na Lei das XII Tábuas que outorga uma *actio (civilis)* na qual a *condemnatio* atinge o dobro do valor da *res* furtada.

Mas, se este mesmo *furtum* fosse cometido por (ou a) um peregrino, aquela *actio* não se aplicaria por estar fora da sua previsão: teríamos uma lacuna, pois, em sede da mera *interpretatio legis*, não era possível estender a *actio furti nec manifesti* a um *non-civis*, sob pena de se ofender e violar o princípio fundamental de *ius proprium civum Romanorum*.

No entanto, o delito não podia ficar impune e coube ao pretor utilizar, uma vez mais, um expediente que, accionado de fora, mas actuando no seio do *ius civile*, permitiu integrar essa lacuna sem o alterar formalmente.

Bastou vencer o obstáculo embaraçador à aplicação do *ius civile*: fingir que, para o efeito jurídico desejado — a punição do peregrino pelo furto cometido ou aconselhado —, o estrangeiro era *civis Romanus*.

Deste modo, os factos jurídicos são conscientemente deturpados, a fim de se adaptarem à previsão normativa que se

mantém (formalmente) estática em contraste evidente com o dinamismo (fictício) dos factos.

Em vez de criar uma *actio* (*praetoria*) que a analogia — a semelhança entre o caso *sub iudice* e a situação prevista na *actio* (*civilis*) *furti nec manifesti* — bem justificava, o pretor enveredou por uma via diferente. Não reconheceu, mesmo *iure praetorio*, a legitimidade aos *peregrini* para instaurarem *actiones* (materialmente) *praetoriae*, quiçá por envolver uma oposição frontal ao *ius civile*, evitada pela *fictio*.

Dir-se-ia que a analogia existe, pois a semelhança dos factos é algo que se impõe. Todavia, a sua existência só tem uma função a que poderíamos chamar sugestiva: a de sugerir um tratamento semelhante ao que é semelhante.

Ir mais além — aplicar abertamente este tratamento com uma nova *actio* —, não era possível, sobretudo quando outra via permitia a continuação de um sistema jurídico — o *ius civile* — alicerçado em princípios insuflados duma tradição respeitada e venerada. Não actuou o legislador, decerto por a *lex* não poder derrubar o edifício jurídico; e não agiu (abertamente) o pretor porque a integração do *ius civile* tinha um custo — a abertura (formal) do *Ius Romanum* a *non-cives* — que a *fictio* evitava: um *peregrinus* podia ser considerado *civis Romanus*, mas só para os efeitos da *actio furti nec manifesti*.

É certo, a solução prática é a mesma.

Se o pretor quisesse — e pudesse — criar uma *actio* (substancialmente) *praetoria*, com base na analogia do facto a disciplinar com a situação prevista na *actio civilis*, teria certamente elaborado a sua *condemnatio in duplum*; daria à *intentio* uma redacção muito semelhante à da acção-modelo; e transmitir-lhe-ia o carácter de perpetuidade. Seria um modo claro, aberto, directo, como o é a integração analógica.

Simplesmente, em vez de alterar o direito positivado, criando as *actiones* em falta, preferiu dinamizar os factos, moldando-os de forma a poderem subsumir-se a uma *actio* formalmente estática e dominadora duma vida que lhe parece dependente.

A solução é a mesma no seu aspecto prático: a da *actio* que o pretor elaboraria com fundamento na analogia ou semelhança

dos factos; e a da *actio civilis* aplicável em via fictícia. Mas a sua diversidade metodológica é notória, pois, na analogia, cria-se (formalmente) uma *actio*, enquanto, na *fictio*, a antiga *actio* não deixa de se aplicar.

É evidente que só no aspecto formal tem validade o estatismo do *ius civile* e das suas *actiones civiles*. Com efeito, no âmbito da materialidade, o «direito civil» estende-se e progride, já que as suas *actiones* se aplicam a casos estranhos às previsões originárias.

Porém, este enriquecimento material do *ius* é feito através de uma técnica alógica que, distorcendo a realidade fáctica em vez de criar *actiones*, insufla, nas poucas *actiones civiles* existentes, uma seiva nova e sempre renovada até que, amadurecida com o êxito das experiências fictícias, a consciência ético-jurídica permita quebrar os velhos e tradicionais princípios e substituí-los por outros, entretanto afirmados.

Estamos, pois, de acordo com a doutrina romanista que, na esteira de IHERING, vê a característica da *fictio* na forma como atinge o seu objectivo: em vez de alargar directamente a norma — melhor, em vez de criar uma *actio* —, de modo a fazer entrar a nova relação, é esta violentada e transfigurada para cair sob a norma — a *actio* — que permanece, por isso, formalmente imutável³.

A *fictio* é, portanto, um expediente alógico e, destarte, insusceptível de se confundir com a analogia que é um «procedimiento de lógica jurídica»⁴, embora a sua utilização seja determinada pela analogia dos factos (o já disciplinado e o a disciplinar)⁵.

³ vid. IHERING, *o.c.* 297-298; ROBBE, *o.c.* 639; DEMOGUE, *o.c.* 239; DE RUGGIERO, *o.c.* 185; BATIZA, *o.c.* 20; e ANGELESCO, *o.c.* 685.

⁴ Vid. GARCIA GARRIDO, *Casuismo*, cit. 102. No mesmo sentido, cfr. STEINWENTER, *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie em Studi Albertario II* (1953) 111; BUND, *Untersuchungen*, cit. 124; HACKL, *o.c.* 258; e DABIN, *o.c.* 301³ e 337¹.

⁵ É esta a tarefa sugestiva (que referimos no texto) em que a analogia se esgota. Sugestiva, porque a semelhança de factos sugere um tratamento jurídico semelhante que, todavia, não se obtém por analogia, mas por ficção. Comprendemos, por isso, DEMOGUE (*o.c.* 239) para quem

§ 9.6.2.2 Mas urge conhecer, também, o mecanismo das *actiones utiles* (não-*ficticiae*), onde a analogia cumpre, depois da tarefa sugestiva, igualmente a função metodológica de integração.

Escolhemos a *actio in factum* outorgada para integrar a *actio legis Aquiliae* (D. 9,2,9,2).

Para a sua compreensão é indispensável fixarmo-nos previamente na *actio (directa) legis Aquiliae* que, no caso do assassinio de um *servus* alheio, apresenta a seguinte fórmula (*adversus infintiantem*)¹:

Iudex esto.

Si paret Nm. Nm. illum servum iniuria occidisse, quam obrent, quanti is servus in eo anno plurimi fuit, tantam pecuniam Nm. Nm. Ao. Ao. dare oportet, tantam pecuniam duplam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito.

Na verdade, com fundamento na *lex Aquilia* (capítulo 1.º: «*si servum vel quadrupem iniuria occiderit*»), o pretor concedia ao lesado a fórmula da *actio legis Aquiliae*, na qual ordenava que o juiz condenasse (ou absolvesse) o demandado se provasse (ou não) que matou o *servus* do demandante. E fixava o valor da *condemnatio* que, *ex lege Aquilia*, era o duplo do maior valor do escravo atingido naquele ano.

Porém, como a *lex Aquilia* só previu os danos causados por *occidere, urere, frangere* ou *rumpere*, não se aplicaria «*si quis servum fame necaverit*»: teríamos, portanto, uma lacuna, cuja integração se impunha.

Através de que *actio utilis: ficticia* ou *in factum*?

O obstáculo à concessão da *actio directa* era a ausência de um *facere* tipificado — *occidere, urere, frangere* ou *rumpere* —, pois o *servus* morreu por inanição. Como está em causa um non-

a *fictio* dissimula uma analogia de situações. BETHMANN-HOLLWEG (o.c. 308-309) observa que o pretor dá expressão, através duma *fictio*, à lei da analogia seguida nas *actiones utiles*.

¹ Vid. LENEL, o.c. 201.

—*facere* — um *fame necare* — de cuja prova depende a condenação ou a absolvição do demandado, a *fictio* está excluída; de contrário, ofereceria ao *iudex*, como dado inquestionável, exactamente o *quid* a averiguar.

Afastada a natureza *ficticia* desta *actio utilis*, resta-nos a *actio in factum*, aliás expressamente atribuída por ULPIANUS (D.9,2,9,2) a NERATIUS e cuja fórmula terá sido:

Iudex esto.

Si paret Nm. Nm. illum servum iniuria fame necavisse, quam ob rem, quanti is servus in eo anno plurimi fuit, tantam pecuniam Nm. Nm. Ao. Ao. dare oportet, tantam pecuniam duplam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, abolvito.

Ao *iudex* era ordenado que provasse se o demandado matou (ou não) à fome, com *iniuria*, o *servus*; e, no caso de a prova ser positiva, devia condenar a *dare* ao lesado o duplo do maior valor que o *servus* teve naquele ano.

Há, como se vê, duas situações análogas: o *occidere* previsto na *lex Aquilia* e reparado através da *actio (civilis) legis Aquiliae*; e o lacunoso *fame necare*.

Em ambos os casos há um dano — a morte de um *servus* — imputável a um terceiro. Simplesmente, a causa do dano foi diferente: ali, um *facere (occidere)*; aqui, um *non-facere (fame necare)*.

A analogia das situações sugeriu uma solução igual.

Todavia, não podendo utilizar a *fictio*; e não havendo obstáculo à concessão de uma *actio praetoria*, NERATIUS sugeriu ao pretor a outorga de uma *actio in factum*; na qual a analogia deu o passo que lhe faltou na *actio ficticia*: além de sugerir, realizou a integração da *actio legis Aquiliae* através da criação de uma nova *actio* semelhante na *condemnatio* e no carácter perpétuo.

Diferentemente da *fictio*, o dinamismo tem, aqui, o seu *locus* na *actio* e não nos factos: estes não se deturpam, aceitam-se tais como são. Uma nova *actio* vem juntar-se à *actio civilis* e, embora *praetoria* na sua fonte, contém um regime jurídico verdadeiramente *ad exemplum legis Aquiliae*.

À semelhança dos factos corresponde a semelhança das duas *actiones* (a *civilis* e a *praetoria*): eis a utilização plena da analogia.

Mas não só a analogia dos factos justificou e realizou a integração numa *actio civilis*; também foi o veículo de integração de *actiones in factum conceptae*.

Vejamos a fórmula da *actio in factum* concedida no edito «*ne quis in suggrunda*» (D. 9,3,5,6):

Iudex esto.

Si paret Nm. Nm. in illa suggrunda protectove supra eum locum quo vulgo iter fiet inve quo consistitur, id positum habuisse cuius caus nocere cui possit, iudex Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium decem milia condemnato; si non paret, absolvito.

Nesta fórmula *in factum*², o pretor ordenava ao juiz que, se provar que o demandado pôs algo naquele telheiro ou beiral do telhado sobre o local de trânsito ou de estacionamento, cuja queda pode lesar alguém, condene em dez mil sestércios.

Trata-se, portanto, de uma *actio (in factum)* que visa impedir danos provocados pela queda de objectos colocados em telheiros ou em beirais (de telhado) situados sobre vias de trânsito ou locais de estacionamento.

Todavia, esta *actio* não se aplicava se alguém, *v. g.* um pintor, tivesse exposto, numa varanda, uma *tabula* que caiu e danificou um transeunte. De facto, refere SERVIUS (D. 9,3,5,12), a *tabula* não foi colocada nem «*in suggrunda*» nem «*in protecto*» como se referia no edicto «*ne quis in suggrunda*».

Havia, portanto, uma lacuna para cuja integração SERVIUS recorreu à analogia dos factos (o já disciplinado e o a disciplinar). Na verdade, a semelhança entre eles era tão significativa, que justificava um tratamento jurídico semelhante.

Afastada a hipótese de uma integração em via fictícia, já por ser *in factum* e não *civilis* a *actio* modelo, já por não ser possível que

² Vid. JOUSSERANDOT, L., *L'Édit Perpétuel I* (Paris 1883) 297 e II (Paris 1883) 593.

o pretor ordenasse ao juiz que tivesse, como dado adquirido, a colocação da *tabula* na varanda — pois da averiguação deste facto dependia a *condemnatio* do demandado —, estava aberta a via da analogia na integração desta lacuna. E *SERVIVS* explorou-a, recomendando a outorga de uma (nova) *actio in factum* para disciplinar a nova situação, com os mesmos efeitos jurídicos e a mesma perpetuidade.

A nova *actio* teria certamente a seguinte fórmula:

Iudex esto.

Si paret Nm. Nm. in pergula clipeum vel tabulam supra eum locum quo vulgo iter fiet inve quo consistitur, id expositum habuisse cuius casus Ao. Ao. nocet, iudex Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium decem milia condemnato; si non paret, absolvito.

Também aqui, os factos são apreciados e considerados na sua autenticidade: primeiro, para serem comparados com a situação prevista no edicto «*ne quis in suggrunda*»; e, depois, para transmitirem conteúdo à nova *actio*. Em vez de os factos se ajustarem dinamicamente à antiga *actio*, a analogia dos factos cotejados justifica e cria uma nova *actio*³.

Esgotar-se-á a analogia nas *actiones utiles* de natureza *in factum*? Não terá sido utilizada, também, na criação de *actiones utiles* com inversão de sujeitos: nas *actiones utiles translativae*?

Vejamos as fórmulas das *actiones institoria* e *ad exemplum institoriae actionis*. A primeira, dada a um credor em relação a uma dívida contraída por um *institor* no âmbito da sua *praepositio*, era concebida assim:

Iudex esto.

Quod As. As. de Lucio Titio, cum is a No. No. tabernae instructae praepositus esset, decem pondo olei emit, cui rei L. Titius a No. No. praepositus erat, quidquid ob ea rem L. Titium Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, Nm. N. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito.

³ Só por motivos didácticos — para melhor expormos o nosso pensamento — repetimos a transcrição desta fórmula, já feita no § 9.4.2.2.

Vemos, nesta fórmula⁴, uma *intentio in ius*: «... quidquid ob eam rem L. Titium Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona». E observamos, também, uma *demonstratio*: «Quod As. As. de Lucio Titio ... decem pondo olei emit». Mas na *demonstratio* há, ainda, uma parte — dir-se-ia, *cum grano salis* — *sui generis*: «cum is a No. No. tabernae instructae praepositus esset» e «cui rei L. Titius a No. No. praepositus erat». Finalmente, há na *condemnatio* uma pessoa cujo nome não figura na *intentio*: o *dominus negotii* (Ns. Ns.).

Estamos perante uma *formula translativa* em que o devedor (L. Titius) aparece na *intentio* e o *dominus negotii*, na *condemnatio*. No entanto, a sua natureza substancialmente *in ius* não oferece dúvidas⁵.

Nesta *actio*, o *iudex* devia provar a relação de *emptio-venditio* estabelecida entre o demandante-comprador e o devedor-vendedor: «decem pondo olei emit». E — aqui está a inovação *praetoria* — verificar se L. Titius foi proposto, como *institor*, pelo *dominus negotii* (N. Negidius) e se na venda do azeite agiu nessa qualidade. Só então, verificados estes requisitos, devia condenar o *dominus negotii* a satisfazer a obrigação contraída pelo *institor*.

Isto é, o pretor enxertou na *formula institoria* um conjunto de requisitos de cuja observância dependia absolutamente a *condemnatio* do *dominus negotii*. Tais requisitos eram *iure praetorio*.

Mas, se esta *actio* se aplicava havendo *institor* e tivesse actuado no âmbito dos poderes conferidos na sua *praepositio*, é evidente a sua inidoneidade para solucionar um litígio à volta de um débito contraído por um *procurator omnium bonorum*, encarregado, como sabemos, da administração de um património alheio e que, nessa qualidade, tinha necessidade de negociar com inquilinos e fornecedores, adquirir e vender frutos, realizar (activa e passivamente) mútuos, comprar mercadorias, máquinas, utensílios, animais e escravos, etc.⁶.

⁴ Vid. *infra* §§ 11(1-3), as *actiones translativae*.

⁵ Vid. *infra* § 11.4.2.

⁶ Vid. ARANGIO-RUIZ, V., *Il Mandato in Diritto Romano* (Nápoles 1949) 8.

Esta situação lacunosa tornar-se-ia insustentável. A sua integração não podia tardar, sobretudo quando a figura do *procurator* adquiriu evidência pela sua necessidade e pelas funções desempenhadas.

PAPINIANUS parece ter sugerido uma *actio ad exemplum institoriae actionis*, cuja fórmula terá sido, muito provavelmente:

Iudex esto.

Quod As. As. de Lucio Titio, cum is a No. No. procurator omnium bonorum nominatus esset, decem pondo olei emit, quidquid ob eam rem L. Titium Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito.

O que há de diferente em relação à *actio (directa) institoria* são, apenas, os requisitos (*iure praetorio*) necessários para o *iudex* condenar o *dominus negotii*: em vez de provar se *L. Titius* foi proposto como *institor* e se nesta qualidade vendeu o azeite, o *iudex* devia, agora, averiguar se *L. Titius* foi nomeado *procurator omnium bonorum*.

Tratando-se de condições não exigidas pelo *ius civile*, não se vê como o obstáculo da ausência do *institor* pudesse ser afastado por uma *fictio*. Com o mesmo empenho verificado na formulação dos requisitos para a *condemnatio* do *dominus negotii* numa dívida do *institor*, igualmente o pretor não deixaria de actuar na fixação das condições a observar, para aquele responder por um débito contraído pelo seu *procurator omnium bonorum*.

Dir-se-ia haver na *demonstratio* um conjunto de requisitos de natureza *in factum* ao lado de uma *intentio in ius*; e, como esta se mantém inalterada nas *actiones directa* e *ad exemplum*, esta última (*actio*) continua a ser *in ius*, como aquela.

É verdade: a *actio translativa* não é substancialmente uma *actio a se*, mas a *actio directa* — *in ius* ou *in factum* — ligeiramente alterada. Esta alteração, por ser breve, não lhe confere autonomia e individualidade no aspecto material, embora não deixe de ser um arranjo do pretor e, portanto, uma *actio* formalmente *praetoria*: é uma *actio praetoria*, quanto à fonte; e *in ius* ou *in*

factum, quanto à substância, porque *civile* ou *praetorium* é o *ius* que aplica⁷.

Ora, na elaboração desta nova *actio* (formalmente) *praetoria*, é fácil verificar a influência da analogia: porque a situação lacunosa é semelhante ao caso previsto na *actio institoria* — a relação de compra-e-venda realizada por outrem em proveito de um *dominus negotii* —, semelhante devia ser a nova *actio* na disciplina e na perpetuidade.

Uma vez mais, o dinamismo situa-se no âmbito da positivação do Direito e não em sede fáctica: os factos não se deturpam; uma nova *actio* foi elaborada, em tudo análoga à *actio institoria* pré-existente.

Podê afirmar-se, portanto, que a integração se realizou por analogia também nas *actiones utiles* de natureza *translativa*.

§ 9.6.3 Acabámos de ver que, na integração analógica, a analogia desempenhou duas funções: a de sugerir um tratamento jurídico semelhante a casos semelhantes; e a de guiar o pretor¹ na criação de *exceptiones* e de *actines utiles* (*in factum* e *translativa*) produtoras de efeitos jurídicos semelhantes aos das respectivas *exceptiones* (*praetoriae*) e *actiones directae* (*civiles* ou *praetoriae*).

Foi, em Roma, um raciocínio frequentemente espontâneo, onde se pode observar uma inferência do particular para o particular. Não assumiu um carácter reflectido ou de inferência do geral para o particular, precedida da inferência do particular para o geral².

⁷ Cfr. *infra* §§ 11(1-3).

¹ Citando STEINWENTER, KASER (*En Torno*, cit. 24⁴⁵) reconhece esta função de guia na criação de *actiones utiles* e *ad exemplum*.

² Como sabemos, a integração por analogia é entendida tradicionalmente como um método composto, ao mesmo tempo, de indução e de dedução: primeiro, induzem-se, a partir das *leges*, as regras essenciais ou princípios; depois, desses princípios deduzem-se as consequências para se aplicarem aos casos legalmente não previstos.

No entanto, como destacou STEINWENTER, este método pressupõe a ideia clara duma certa unidade sistemática de normas gerais que Roma ignorou; e faltou, ainda, a capacidade de abstrair e de generalizar.

Também WIEACKER refere que esta analogia não foi praticada em Roma, onde o pensamento jurídico geral, que ultrapassa a regra existente,

Porém, dado o carácter específico da lógica jurídica romana — realista, flexível, prático³ —, nem sempre a analogia foi utilizada e, quando o foi, lá estava o pretor para alterar, como *viva vox* da consciência ético-jurídica, as disposições que se afigurassem injustas. Neste aspecto, as *actiones (utiles) in factum* — e as *exceptiones utiles* — foram um instrumento extremamente idóneo às correcções de uma analogia estritamente lógica⁴.

Enquanto expediente lógico, a analogia difere metodologicamente da *fictio*: naquela, criava-se uma *actio* semelhante (nos efeitos e na duração) a uma *actio* que prevê uma situação diferente, mas semelhante ao caso a disciplinar; nesta, a *actio* permanecia estática, sendo violentados e transfigurados os factos para se lhe poderem subsumir⁵.

No entanto, a ficção e a analogia permitiam obter um resultado prático idêntico, circunstância que terá levado a doutrina a falar em relações muito estreitas e a situar a *fictio* num período imediatamente anterior ao da analogia⁶; e a ver, na

decerto causaria — se existisse — particulares incómodos à contemplação casuística do *Ius Romanum*.

Vid. STEINWENTER, *o.c.* 105-107 e 125-127; e WIEACKER, *o.c.* 109. Cf. ainda: LECOCQ, *o.c.* 13 e 235⁴; VOCI, *Istituzioni*, cit. 66; DELGADO-OCANDO, *o.c.* 80; e DE PAGE, M., *De l'Interprétation des Lois à la Recherche d'une Méthode Positive et Théories en Présence I* (Bruxelas, Paris 1925) 76-83.

³ Vid. *supra* § 9.1.3.

⁴ Vid. GARCIA GARRIDO, *Casuismo*, cit. 61-68.

⁵ Não aceitamos, a distinção assinalada por CIFUENTES (*o.c.* 51-53 e 193) que atribui à analogia uma função interpretativa e à ficção um trabalho integrador. É que tanto a analogia como a *fictio* são modos de integração, embora diferentes.

Sobre a analogia e os seus argumentos *a simili*, *a pari* e *a fortiori*, vid. EYCKEN, P. V., *Méthode Positive de l'Interprétation Juridique* (Bruxelas, Paris 1907) 303-307.

⁶ Assim, depois de assinalar, na sequência da «lei dos três estados» de Augusto Comte — o estado teológico ou fictício; o estado metafísico ou abstracto; e o estado científico ou positivo —, três períodos na *interpretatio* (a interpretação literal, a interpretação lógica e a interpretação positiva), EYCKEN (*o.c.* 395-412) vê, no segundo período, a fase do desenvolvimento da analogia a que atribui dois degraus: o da *fictio* e o da extensão analógica. No primeiro período — da interpretação literal —, situa o acto aparente; e, no terceiro — da interpretação positiva —, coloca a analogia: nesta, já

extensão por analogia, o aperfeiçoamento racional da *factio*⁷ e a coroa do edifício jurídico⁸.

Contudo, a identidade dos resultados práticos — todavia mais rigorosa na *factio* do que na analogia⁹ —, não elimina a fundamental diferença metodológica: na ficção, os factos são deturpados para lhes ser aplicada uma *actio* que se mantém formalmente estática; na analogia, os factos aceitam-se como realmente são e, para os disciplinar, é criada uma *actio* (*translativa* ou *in factum*) com uma disciplina e uma durabilidade semelhantes às da *actio directa* (civil ou pretória) que funciona de modelo; por isso, «*die Fiktion gehört nicht der Logik an, während die Analogie jedenfalls strukturell dort beheimatet ist*», nas palavras acertadas de BUND¹⁰.

§ 10. A *actio in factum concepta*

§ 10.1 *Ratio*

§ 10.1.1 Vimos que há, na *factio*, uma *actio civilis* que se aplica a novos factos, diferentes, mas semelhantes dos tipificados na sua *formula* (*in ius*). A analogia sugere a disciplina daquela *actio*,

não se cria um princípio para funcionar como intermediário; estudam-se as espécies para descobrir o que é a sua realidade jurídica, isto é, os fins sociais que implicam. Cfr. ainda DEMOGUE, *o.c.* 239³.

⁷ Vid. GÉNY, *o.c.* 390-391.

⁸ Vid. IHERING, *o.c.* 301. No entanto, não se justifica a afirmação de DERNBURG (*Pandette*, cit. 100) de que «*questa caratteristica operazione mentale (da factio) ha dunque lo scopo, di effettuare l'applicazione analoga di norma giuridiche*».

⁹ Este maior rigor advém do facto de, na *factio*, se aplicar a própria *actio civilis*, enquanto na *actio in factum* (*utilis* ou *ad exemplum*) o pretor goza de liberdade para a ajustar ao facto lacunoso.

Como refere BETHMANN-HOLLWEG (*o.c.* 308), o pretor aderia, em primeiro lugar, ao «direito civil» não só porque lhe faltava o poder de criar autonomamente Direito (naturalmente, civil), mas para associar organicamente as *actiones utiles* (= *ficticiae*) com o Direito existente.

¹⁰ Vid. BUND, *Untersuchungen*, cit. 122 e 124. Cfr. ainda: DELGADO-OCANDO, *o.c.* 81-82 e 87; e ESSER, *o.c.* 141.

mas por aqui se fica: não guia o pretor na criação de uma nova *actio*, pois a dinâmica opera somente na deformação dos factos sem o *ius civile* sofrer a mínima alteração (formal) nas suas *actiones*.

Notámos igualmente que, por vezes, a analogia vai mais longe: sugere e orienta o pretor na elaboração de *actiones* ora *translativae* ora — mais frequentemente — *in factum ad exemplum* de acções civis e até pretórias¹. Nestes casos, o *ius* enriquece-se com novas *actiones* destinadas a disciplinar os novos factos tais como existem, sem deformações fictícias.

Algo de comum existe em todas as *actiones utiles* (fictícias e não-fictícias): uma *actio* pré-existe que ora se aplica (na *fictio*) ora serve de modelo a uma nova *actio*.

Todavia, há lacunas não-integráveis através da *fictio* e dos expedientes analógicos: tais são, na terminologia de OLIVEIRA ASCENSÃO², as «lacunas rebeldes à analogia» e, também — acres-

¹ Além do que dissemos a propósito das *actiones utiles* de natureza *in factum* (vid. *supra* §§ 9.4.1(3-5); 9.4.3(3-4); 9.4.4; e 9.4.5), entendemos referir, ainda, a opinião dos seguintes AA.:

BETHMANN-HOLLWEG (o.c. 321⁸¹) vê na *actio utilis Serviana* um notável caso particular de extensão de uma *actio praetoria*.

ERMAN (Noch Einmal die 'Actiones in Factum' em SZ 23(1902) 448) entende que *utilis* designa uma pura qualidade.

WESENER (o.c. 496-503) julga que o modelo da *actio utilis*, a *actio directa*, pode ter uma *formula in ius* ou *in factum concepta*; e que *actio utilis* é uma 'terminus' do Direito material, sendo *actio in factum* um conceito processual relacionado com a concepção da fórmula: a mesma *actio* pode ser qualificada tanto *utilis* como *in factum*, segundo a entendermos como relação material transformada ou como formação processual da sua fórmula. Isto é, os conceitos *utilis* e *in factum* não se excluem porque estão em planos diferentes; por isso, as *actiones utiles*, a não ser que utilizem a *fictio* ou a inversão de sujeitos, são concebidas *in factum*.

SAVIGNY (o.c. 97) reafirma que o nome geral *utilis actio*, como designação duma *actio* nova que estende o Direito, convém perfeitamente às numerosas *actiones in factum*; e adverte que *utilis* tem de ser compreendido, no sentido duma *actio ficticia*, de modo restrito.

E WIEACKER (o.c. 111) afirma que a *formula in factum concepta* se apoia também, as mais das vezes, tal como a *actio utilis* — de que nem sempre se distingue —, em *formulae in ius conceptae* existentes.

² Vid. OLIVEIRA ASCENSÃO, o.c. 406.

centamos nós —, à *fictio*. Nestas situações, não havendo uma *actio* criada para resolver um caso análogo³, e sendo imperiosa a sua disciplina jurídica — que o legislador romano quase sempre não forneceu —, coube ao pretor criar as necessárias *actiones*.

§ 10.1.2 E, se tivermos em conta a exiguidade das *actiones civiles*, sempre mais notória ante o crescente progresso — sobretudo económico-social — de Roma e dos seus territórios, é fácil entender quão ingente foi a tarefa do pretor e enorme a sua obra verdadeiramente inovadora na criação do *ius (praetorium)*, indubitavelmente revelada no número elevado de *actiones in factum conceptae*, por meio das quais, sustenta RICCOBONO, se desenvolveu, essencialmente, a actividade «*supplendi iuris civilis gratia*»¹.

Com efeito, há *actiones in factum* nos mais diversificados domínios, merecendo destaque: a *actio depositi* e a *actio commodati*²; a *actio* contra o liberto que ofendeu o respeito devido ao patrono, chamando-o *in ius* contra o edicto do pretor³; a *actio* contra o *vindex* pelo não-comparecimento *in iure*

³ Vid. ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, *o.c.* 190; IGLESIAS, *o.c.* 204; MURGA, *o.c.* 229; BRAGA DA CRUZ e ALMEIDA COSTA, *o.c.* 209-210; COSTA, *o.c.* 50-51; VOLTERRA, *o.c.* 36; MACCHIAELLI, *o.c.*, 534; GIRARD, *o.c.* 1080; e KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. 175.

¹ Vid. RICCOBONO, *o.c.* 101. Cfr. ainda ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 130.

² Cfr. GAIUS 4,47. A fórmula da *actio depositi* é-nos dada por GAIUS: «*Si paret Am. Am. apud Nm. Nm. Mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Ni. Ni. Ao. Ao. redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato. Si non paret, absolvito.*»

Vid. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 130; VOCI, *Istituzioni*, cit. 628; BIONDI, *Istituzioni*, cit. 21; IHERING, *o.c.* 56⁵⁵; e RICCOBONO, *Corso*, cit. 104.

³ Cfr. GAIUS 4,46. Segundo MURGA, a antiga citação (*in ius te voco! eamus in ius!*) conservou, durante muitos anos, a possibilidade de forçar o réu fisicamente a comparecer perante o órgão jurisdicional. MURGA vê neste carácter violento a razão, talvez, que levou o pretor a não permitir a *in ius vocatio* sem autorização especial, no caso de o demandado ter uma relação familiar ou de patronato com o autor. Sem esta autorização, a *in*

do demandado⁴; a *actio rerum amotarum* concedida ao marido contra a mulher que lhe subtraiu bens na ocasião do divórcio⁵; a *actio* contra quem alienou uma coisa *iudicii mutandi causa*⁶; a *actio de dolo malo*⁷; a *actio quod metus causa*⁸; as *actiones* que protegem as relações jurídicas derivados de certos pactos⁹; as *actiones* que reprimiram furtos não tipificados em *actiones civiles*¹⁰; e muitas outras¹¹.

ius vocatio, embora provavelmente válida, devia entender-se abusiva, e destarte, sujeita a sanção jurisdicional.

Com a *actio in factum* dada contra o liberto, abria-se um novo *iudicium* que tramitava ao mesmo tempo que a *actio* contra o patrono e terminava com uma espécie de multa determinada *ad casum*.

Vid. MURGA, *o.c.* 258-259. Cfr. ainda: BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.* 319; e RICCOBONO, *Corso*, cit. 101-102.

⁴ Vid. D'ORS, *Epigraffa Jurídica de la España Romana* (Madrid 1953) 174-177; MURGA, *o.c.* 111-112; e WENGER, *Istituzioni*, cit. 93. Cfr. GAIUS 4,46.

⁵ Vid. D. 25,2. O pretor só não concede a *actio furti* por ter carácter infamante. Cfr. RICCOBONO, *Corso*, cit. 103.

⁶ Cfr. D. 4,7. Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 85²; e LENEL, *o.c.* 128-129.

⁷ Cfr. D. 4,3. Vid. BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.* 319-320; e FUENTESECA, *o.c.* 334.

⁸ Cfr. D. 4,2,14,1. Vid. BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.* 320; e D'ORS, *Derecho*, cit. 380.

⁹ Assim, a *actio de pecunia constituta* (D. 13,5; I. 4,6,8) e a *actio de recepto* que se funda num *receptum* (*arbitrii; nautarum; cauponum; stabulariorum; argentariorum; iusiurandi*). Vid. D. 4,8; -4,9. Cfr. FUENTESECA, *o.c.* 311-314; BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.* 316; e D'ORS, *Derecho*, cit. 380.

¹⁰ É o caso da *actio furti manifesti*; da *actio furti non exhibiti*; da *actio* pelo furto cometido por dependentes de *nautae, cauponis aut stabularii* (D. 47,5); da *actio* contra os publicanos que receberam injustamente impostos (D. 39,4); da *actio* contra o *servus* manumitido no testamento que furtou algo da herança antes de ser aceita; da *actio vi bonorum raptorum* (D. 4,2,14,12); da *actio* contra quem furtou ou danificou por ocasião de um incêndio, derrubamento, naufrágio ou abordagem (D. 47,9); da *actio* contra quem se deixou dolosamente vender como escravo; etc. Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 370.

¹¹ A doutrina refere muitas outras *actiones in factum*. Destacamos ainda: a *actio* concedida aos *filiifamilias* por injúrias e danos na ausência dos *patres*; a *actio* concedida, no caso de *ferruminatio*, ao *dominus* da coisa acessória; a *actio* outorgada contra os *heredes* enriquecidos em virtude

Inspirada por motivos bastante variados — de eficácia, justiça, respeito, enriquecimento sem causa, repressão da infâmia e de condutas dolosas e fraudulentas, combate à corrupção, etc.¹² —, a *actio in factum* foi, sem dúvida, o grande expediente do progresso jurídico, pois tornou possível o

duma *obligatio ex delicto* (intransmissível) do *de cuius*; a *actio* dada no caso de gestão voluntária dos negócios de um ausente ou de uma pessoa falecida enquanto não surgem os sucessores; a *actio* outorgada ao *missus* contra quem dolosamente impediu que tomasse posse; a *actio* contra o banqueiro por não ter fornecido os *instrumenta* com meio de prova; a *actio* concedida decorrido um ano após a violência que justificava o *interdictum unde vi*; a *actio* a favor dos prisioneiros obrigados a pagarem o resgate do que não regressou; a *actio* contra o *falsus tutor*; a *actio* contra os *iudices* que praticaram ilegalidades; etc.

Vid. BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.* 323; FUENTESECA, *o.c.* 113, 201, e 298; D'ORS, *Derecho*, cit. 90, 108 e 145³; RICCOBONO, *Corso*, cit. 102-103; e LENEL, *o.c.* 119-120 e 168-169.

Vid. outras *actiones in factum* em: LÉVY-BRUHL, H., *Prudent et Préteur* em *RHD* 5 (1926) 13-16 e 36¹; VOCI, *Istituzioni*, cit. 377-379; e D'ORS, *Derecho*, cit. 380.

Seguindo o rumo já assinalado (vid. *supra* §§ 9.4.3.3⁸ e 9.4.4²), VALIÑO entende interpolados todos os fragmentos em que é referida uma *actio utilis in factum*. Além dos textos já analisados, também o D. 25,2,21pr. não seria genuíno (*actio rerum amotarum utilis*).

¹² Na verdade, transmitindo a executoriedade às sentenças arbitrais, as *actiones in factum* foram expedientes de eficácia. Obviando a intransmissibilidade passiva ao *heres* das *actiones ex delicto*, asseguraram o triunfo da justiça. Defendendo a posse duma *res* contra a *vis armata*, afirmaram-se instrumento de paz. Permitindo accionar um liberto sem autorização prévia do pretor, consagraram o dever de respeito para com o patrono. Afastando o enriquecimento sem causa, consolidaram um instituto jurídico. Substituindo a *actio furti* na subtração de bens feita pela *uxor* ao marido na ocasião do divórcio, evitaram a infâmia. Tutelando os contratos inominados, satisfizeram novas necessidades do comércio jurídico e tornaram possível a afirmação de novas figuras jurídicas. Combatendo a resistência ao *missus* a quem o pretor decretara uma *missio in possessionem*, transmitiram força jurídica a este instituto. Oferecendo ao fiduciante a possibilidade de readquirir o *dominium* da *res* ou o pagamento do seu valor, enriqueceram e suavizaram a austera *fiducia cum creditore*. Permitindo accionar o *vindex* pela não-comparência *in iure* do demandado, solidificaram este instituto. Viabilizando a responsabilização de *corruptores de servi*, de *fili* e de *filiaefamilias*, permitiram combater a corrupção. Etc.

desenvolvimento do *Ius Romanum* com a protecção a (novas) situações que o rudimentar *ius civile* inevitavelmente excluía.

E é esse desenvolvimento, hábil e sempre oportunamente realizado, a razão de ser das *actiones in factum*.

§ 10.2 Natureza

§ 10.2.1 Urge determinar, agora, a natureza das *actiones in factum conceptae* da qual não falta, opondo-se à doutrina dominante, uma ou outra opinião em si divergentes.

É o caso de POKROWSKY que, a propósito da *consumptio* processual no Direito clássico, afirma que «*alle pratorischen Klagen 'actiones in factum conceptae' sind*»¹.

Na verdade, recusando a doutrina dominante — que, formulada por KELLER, foi acolhida por SAVIGNY, PUCHTA, KRÜGER e LENEL² — e influenciado, de algum modo, pelas doutrinas

¹ Vid. POKROWSKY, *o.c.* 80.

² KELLER explica a *consumptio ipso iure* (nas *actiones personales in ius conceptae*) e *ope exceptionis rei iudicatae* ou *in iudicium deductae* (nas *actiones in rem* e nas *actiones personales in factum conceptae*) na circunstância de somente na *litiscontestatio* das primeiras ser possível a *novatio* necessária. Com efeito, a *novatio* pressupõe que a relação jurídica, onde deve operar a *consumptio*, seja constituída por uma *obligatio* que só existe nas *actiones personales in ius*. Não a vemos no direito sobre as coisas nem nas *actiones in factum*, onde não há nenhuma relação jurídica, mas simplesmente factos que são o seu fundamento material; por isso, nas *actiones in rem* e nas *actiones in factum*, a regra «*bis de eadem re ne sit actio*» só podia concretizar-se indirectamente graças à *exceptio rei iudicatae*.

Todavia, POKROWSKY entende que há, nas *actiones in factum*, uma *obligatio honoraria*, um *debitum* e, assim, «*es dürfte auch der Novation nichts im Wege stehen*».

Notamos, porém, que um dos textos referidos (D. 13,5,1,8) não fala de *obligatio honoraria*, antes diz: «*Sed et is, qui honoraria actione, non iure civili obligatus est, constituendo tenetur: videtur enim debitum et quod iure honorario debetur*». E, no outro fragmento (D. 46,2,1,1), a referência «*obligatio (... honoraria*» é considerada interpolada (cfr., v. g. SEGRÈ, G., *Obligatio*,

Obligare, Obligari nei Testi della Giurisprudenza Classica e del Tempo di Diocleziano em Studi Bonsfante III (1930) 599²⁹¹).

Não nos parece convincente, portanto, a crítica dirigida a KELLER, tanto mais que a *consumptio* só actua *ipso iure* nas *actiones praetoriae* — na *actio translativa* e na *actio ficticia* — que têm natureza substancialmente *in ius*.

SAVIGNY justifica a oposição entre as *actiones in ius* e as *actiones in factum* no carácter da *intentio*: nas primeiras, é *iuris civilis*; nas segundas, afirmavam-se meros factos, sendo a *intentio* semelhante a uma *demonstratio*. Há, todavia, duas excepções: 1.ª — há *actiones civiles* que podem, de vez em quando, ser concebidas *in factum* (é o caso das *actiones depositi et commodati*); 2.ª — há *actiones praetoriae* cuja versão era essencialmente *in factum*, mas que receberam uma versão *in ius* (assim, muitas *actiones utiles* ou *ficticiae*); nestas *actiones*, a *intentio*, em si de facto, recebe uma coloração *in ius*, como, v. g. a fórmula *Publiciana*.

Importa, contudo, refrear o exagero a que chegou POKROWSKY em face da doutrina nem sempre clara de SAVIGNY. Na primeira excepção, não devemos falar de *actiones civiles* concebidas *in factum*. Houve, sim, *actiones civiles* que, em dado momento, apareceram ao lado das pré-existentes *actiones in factum*, mas sem haver qualquer influência: ambas as *actiones* permaneceram lado a lado, na época clássica, sem a mínima intromissão recíproca de elementos que as desfigurassem. Na segunda excepção, que a *intentio*, em si de facto, tenha recebido um colorido *in ius* — que transformou a sua natureza a ponto de deixar de ser *in factum* para vir a ser *in ius concepta* — é uma afirmação facilmente impugnável se tivermos em conta a natureza da *actio Publiciana*: uma *rei vindicatio utilis*, ou seja, *ficticia*.

PUCHTA entende ser decisivo, na divisão das *formulae*, considerar a posição do *iudex*: nas *formulae in ius*, é encarregado de julgar segundo o *ius civile*; nas *formulae in factum*, a sentença depende exclusivamente da averiguação de factos. E julga natural a possibilidade de fórmulas híbridas, nas quais a sentença do juiz depende da averiguação de um facto e também de normas jurídicas; mas as *actiones ficticiae* são, em geral, *actiones in ius conceptae*.

Porém, esse hibridismo, que desorienta para efeitos da *consumptio*, só existe por não ter sido compreendida a verdadeira função do *iudex*: probatória. Com efeito, para quê indagar se havia *ius*, se este lhe era transmitido na fórmula?

KRÜGER pensa que o efeito da *litiscontestatio*, *ipso iure* ou *ope exceptionis*, não é determinado pelo fundamento material das *actiones*, mas unicamente por considerações formais. E contesta resolutamente que as *actiones ficticiae* sejam *actiones in factum*: nelas, o *iudex* é instruído para

de BETHMANN-HOLLWEG, EISELE, BEKKER, BUCHTA e DEMELIUS³, POKROWSKY (cujo estudo se nos afigura extremamente impor-

judgar, segundo o *ius civile*, se há um «*rem Ai. Ai. esse*» ou um «*dare oporteret*».

Vid. estes AA. e a respectiva crítica *apud* POKROWSKY, *o.c.* 8, 9, 11, 14-16 e 23.

³ BETHMANN-HOLLWEG considera *in ius conceptae* as *actiones translativae*, por a *intentio* se fundamentar no *ius civile*; vê, na fórmula processual, quatro partes e duas afirmações a provar *in iudicium*: a dirigida a um facto; e a dirigida a um direito. Aquela é a verdadeira *intentio* da *actio utilis* pretória e, neste aspecto, é *in factum concepta*; esta, a *intentio* plagiada da *actio civilis directa* e, por isso, *in ius concepta*. Na sua essência, as *actiones ficticiae* seriam *actiones in factum* e, destarte, a *consumptio* operaria indirectamente.

Independentemente das críticas já dirigidas a BETHMANN-HOLLWEG sobre o carácter desnecessariamente complexo e confuso da fórmula (vid. *supra* § 5.2¹¹), importa acentuar que o *iudex* não está dispensado de provar — essa é a sua tarefa — os factos apresentados nas *formulae in ius*. O que as distingue das *formulae in factum* não é a inexistência de factos naquelas, mas a sua previsão *iure civili*. Por outro lado, a existência de duas *intentiones* — uma, com factos; a outra, com *ius* — não tem sentido, pois basta uma só *intentio* — com *ius* ou com factos — eventualmente completada pela *demonstratio* que, havendo várias *intentiones*, não se justificaria.

EISELE entende que, nas *formulae in ius conceptae*, o *iudex* é obrigado a decidir segundo os princípios do *ius civile*; e, nas *formulae in factum*, deve julgar determinados factos não considerados pelo *ius civile*.

Porém, EISELE conclui serem todas as *actiones praetoriae* concebidas *in factum*. Esta conclusão revela-se-nos extremamente apressada: por que hão-de ser *in factum* todas as *actiones praetoriae*? Não é verdade que nas *actiones ficticiae* e *translativae* se apresentam os factos previstos *iure civili*? E, todavia, não têm estas *actiones* a sua fonte no *ius praetorium*?

BEKKER afirma que a concepção *in ius* ou *in factum* não é um fenómeno exclusivo do processo formular, pois ambas as espécies já se encontravam no processo das *legis actiones*. Na sua opinião, o contraste baseia-se na versão da fórmula, já que também na redacção *in ius* os factos são afirmados e postos à prova. Há, todavia, misturas, aparecendo nas fórmulas redigidas essencialmente *in factum* peças que trazem as questões jurídicas perante o *iudex*; e há ainda *actiones in factum* que tanto podem ser concebidas *in ius* como *in factum*. Nas primeiras, temos as *actiones in ius conceptae* (v. g. as *actiones in factum civiles*, as *actiones praescriptis verbis*); nas segundas, as *actiones in factum in factum conceptae*.

BEKKER ignorou a dimensão jurídica dos factos. Quis vê-los despidos de valoração, como se fossem uma natureza cega e axiológico-

tante, não tanto pelas conclusões a que chegou, mas por ter analisado o tema com profundidade) procurou determinar a natureza das *actiones praetoriae* com base na con-

-juridicamente indiferente. E, deparando-se com factos jurídicos, deu à fórmula uma dimensão híbrida: tanto pode ser *in ius* como *in factum*. Tem razão POKROWSKY ao afirmar que «*der feste Boden unter unseren Füßen verschwindet*» e que «*die Lehre sozusagen zerfällt*».

BUCHKA sustenta que as *actiones praetoriae* teriam uma fórmula *in factum*.

Finalmente, DEMELIUS observou que o *iudex* só devia examinar a existência de factos e diz-nos que as expressões «*rem Ai. Ai. esse*» ou «*Nm. Nm. Ao. Ao. dare oportere*» são, apenas, curtas designações técnico-jurídicas dum certo complexo de factos: colocado perante elas, o *iudex* conhece os factos a investigar. Somente, quando um dever-prestação é insusceptível de ser assim formulado, surgem as hipóteses fácticas entre «*si — paret*» e é a enumeração destes factos que dá às *actiones in factum* a sua particularidade.

A *fictione* dispensa a enumeração dos factos; por isso, são verdadeiras *actiones in factum*, embora, para efeitos da *consumptio*, possam considerar-se *in ius conceptae*: a sua *consumptio* deve ocorrer *ipso iure*.

Também DEMELIUS ignorou que, no mundo humano da juridicidade, nem há factos puros e naturalmente indiferentes — sem uma intencionalidade axiológico-normativa — nem puras ideias onticamente vazias. Os factos do mundo jurídico têm um sentido axiológico-jurídico que lhes transmite uma realidade — a jurídica — própria, insusceptível de se identificar com a realidade que as ciências naturais enfrentam e procuram explicar através de princípios e leis físico-químicas. É com os factos jurídicos que o *iudex* trabalha e, por isso, nenhuma particularidade conferem às *actiones in factum*.

A *fictione* não dispensa a enumeração de factos, antes afasta um obstáculo à concessão das *actiones civiles*, cujos factos devem ser provados.

A doutrina de DEMELIUS é insustentável e prontamente desmentida pelas fontes.

Vid. estes AA. *apud* POKROWSKY, *o.c.* 14, 18-25 e 28-31. Cfr. BETHMANN-HOLLWEG, *o.c.* 313-315.

Sobre a realidade jurídica, vid. *supra* §§ 3(1-6) e, ainda, ESSER (*o.c.* 108-109) para quem «*das Recht ist keine hoch und unverbunden über dem 'Substrat' schwebende Eigenwelt, sondern ein unmittelbar an der Wirklichkeit orientiertes, weil auf diese bezogenes, Wertsystem. Obzwar die Rechtswissenschaft also in dieser Hinsicht an der Empirie orientiert ist, lassen sich doch naturwissenschaftliche Methoden nicht anwenden, weil das Recht sich über die Erfahrungswelt erhebt — nicht zwar vermittels 'seiner Logik', wie die Anhänger eines naturrechtlich und dennoch empirisch, nämlich begriffs-empirisch vorgehenden Positivismus glauben, sondern — vermöge seiner ideellen Herkunft*

sumptio processual, vindo a afirmar que eram (todas) *in factum*. Portanto, mesmo as *actiones adiecticiae qualitatis* e as *actiones ficticiae* — tradicionalmente consideradas *in ius* — não seriam *actiones praetoriae* independentes ou autónomas, mas verdadeiras *actiones in factum*.

Em dois textos de GAIUS se baseia o pensamento de POKROWSKY:

4,106: «*Et siquidem imperio continenti iudicio actum fuerit, sive in rem sive in personam, sive ea formula quae in factum concepta est, sive ea quae in ius habet intentionem, postea nihilo minus ipso iure de eadem re agi potest; et ideo necessaria est exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*».

4,107: «*Si vero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae vel in iudicium deductae*».

GAIUS diz-nos que, nas *actiones in rem* (*civiles* ou *praetoriae*) e nas *actiones in factum*, a *consumptio* opera através da *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*; e, nas *actiones in personam*, dotadas de *intentio iuris civilis* (na hipótese de um *iudicium legitimum*), tem lugar *ipso iure*.

Daqui, POKROWSKY extrai uma conclusão: se as *actiones ficticiae* fossem *in ius conceptae*, a sua *consumptio* realizar-se-ia *ipso iure*. E, fiel a esta ideia, exemplifica com a *bonorum possessio*: não podendo ser eliminado — o pretor *heredem facere non potest* —, o *heres* (civil), que é o *dominus ex iure Quiritium*, podia instaurar uma *actio*.

und Bezogenheit auf einen der Erfahrung vorgegebenen Wert (...). Sie (seine Begriffe) sind, wie man sich anschaulich, wenn auch nicht korrekt, ausgedrückt hat, gleichsam nur die 'Pflöcke', welche in die empirischen Bestände hineingeschlagen sind, um das Netz des Rechtssystems über letzteren im richtigen Verhältnis ausgespannt zu halten».

Quid iuris se o bonorum possessor instaurasse, depois, uma actio (ficticia) de eadem re?

Dizendo a fórmula desta acção o mesmo que a primeira — a do *heres* (civil) —, o *iudex* teria de condenar o demandado, visto ignorar ter sido instaurada aquela *actio*. É evidente que o pretor não deixaria de intervir com a *exceptio rei iudicatae*. De resto, a relação jurídica protegida pelas fórmulas *Serviana* e *Rutiliana* é a mesma, como *GAIUS* reconheceu; se houvesse alguma diferença, tê-la-ia referido, certamente.

Deste modo, ocorrendo a *consumptio propter exceptionem*, as *actiones ficticiae* não podem deixar de ser *in factum conceptae*.

POKROWSKY oferece-nos, ainda, um testemunho directo que, na sua opinião, a doutrina dominante não explica: a *actio* concedida ao *missus*, quando a *missio in possessionem* não é permitida, é *in factum* e a sua fórmula, transmitida pela *lex Rubria* (cap. XX), é fictícia. Como harmonizar aquela *actio in factum* com a (sua) fórmula fictícia?

Influenciado pela doutrina de *DEMELIUS*, *POKROWSKY* vence a incompatibilidade: a *intentio* não se limita às palavras «*quidquid dare facere oportet*», pois o *iudex* deve considerar, ainda, muitas e variadas circunstâncias (*v. g.* o *vicio loci*, *aedium*, *operis*; a ausência de culpa do autor; etc.) compreendidas nessas palavras. Portanto, a dispensa da enumeração destes factos foi a tarefa desempenhada pela *fictio* na *actio in factum concepta*⁴.

A doutrina de *POKROWSKY* não nos parece certa.

Quanto ao exemplo da *bonorum possessio*, a sua escolha revela-se, desde logo, pouco feliz.

Já *DEKKERS* refere que a *actio ficticia* consome o *ius* do *heres* (civil), em face da regra «*bis de eadem re ne sit actio*» que não postula, para se aplicar, a identidade das pessoas nem mesmo a da *actio*; basta a presença, nas duas *actiones* sucessivamente instauradas, de uma *eadem causa* e de um *idem corpus* (*de quo agitur*). Ora, não há, apenas, *eadem causa* e *idem corpus*, mas, ainda, *eadem actio*: o *bonorum possessor* e o *heres* agiriam *de eadem re eodem modo*, pelo que a primeira *litis contestatio* consumiria o *ius*

⁴ Vid. *POKROWSKY*, *o.c.* 69-78.

de agir: *ipso iure*, tratando-se de uma *actio personalis in ius concepta*; e *ope exceptionis*, nas restantes *actiones*⁵.

De facto, é suficiente cotejar três fragmentos de GAIUS (4, 45; 4,107; 4,111) para vermos que, nas *actiones ficticiae* — e expressamente na *actio* utilizada como exemplo por POKROWSKY —, a *consumptio* ocorre *ipso iure*.

Se *in ius conceptae* são as «*formulae in quibus de iure quaeritur*»; e se «*sunt et aliae, in quibus iuris civilis intentio est*» (4,45). Se, nas *actiones personales*, «*quae iuris civilis habe(n)t intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est*» (4,107). E se há *actiones* «*quibus imitatur ius legitimum: quales sunt eae, quas bonorum possessoribus accommodat*» (4,111), — a conclusão só pode ser esta: na *actio ficticia* do *bonorum possessor* a *consumptio* tem lugar *ipso iure*⁶.

E nem o facto de a relação protegida pelas *formulae Serviana* e *Publiciana* ser a mesma infirma esta conclusão: a circunstância de haver duas *actiones* — uma, *ficticia*; a outra, *translativa* — não significa que tenham a mesma natureza, como a não têm, *v. g.* na *actio depositi*, a *actio in factum* e a *actio civilis*⁷.

Relativamente à *actio in factum* expressamente referida no Digesto⁸ e em que POKROWSKY apoia a sua doutrina do carácter *in factum* das *actiones ficticiae*, a interpolação destes fragmentos é, hoje, um dado pacífico.

Na verdade, desde ALIBRANDI — para quem «*questa frase 'in factum' era comoda e simpatica agli ordinatori del Digesto*»; e refere

⁵ Vid. DEKKERS, *o.c.* 149-150.

⁶ Utilizando o silogismo, teríamos:

PM: nas '*actiones*' com *intentio iuris civilis* e pessoais, a *consumptio* opera *ipso iure*

Pm: A *actio ficticia* do *bonorum possessor* imita o *ius civile*

C: A *actio ficticia (personalis)* do *bonorum possessor* tem *intentio iuris civilis* e a sua *consumptio* opera *ipso iure*.

⁷ No II.º vol. deste trabalho, analisaremos as *actiones Serviana* e *Rutiliana*. Sobre as *actiones depositi (in factum e civilis)* vid. GAIUS 4,47.

⁸ Vid. D. 39,2,4,2; -39,2,15,36; -39,2,17,3; -39,2,18,13; -39,2,18,15.

«per esempio l'azione data contro colui che non voleva prestar cauzione de 'damno infecto', azione ch'era fittizia come si conosce dalle parole dell'editto e dalla stessa formola descritta nella legge Rubria (...) con graziosa metamorfosi diventò nelle mani de 'compilatori bizantini una bell'azione 'in factum'»⁹ — até D'ORS¹⁰, passando poi ERMAN¹¹, BONFANTE¹², SCIALOJA¹³, DE MARTINO¹⁴ e PALERMO¹⁵, é ponto assente que a *actio ficticia* foi substituída pela *actio in factum* pelos compiladores.

⁹ Vid. ALIBRANDI *apud* BETANCOURT, F., *Recursos Supletorios de la 'Cautio Damni Infecti' en el Derecho Romano Clasico em AHDE* 45(1975) 84²².

¹⁰ Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 380⁸.

¹¹ Segundo ERMAN, «Häufig ist nun dieser Ausdruck (*actio in factum*) für andere, formell oder sachlich austössiige klassische Begriffe interpolirt worden (...). Und so vermuthlich auch D. (39,2) in der Lehre vom 'damnum infectum'. Hier ist dem sonstigen Quellenmaterial nach an eine von den Klassikern auch als solche bezeichnete 'formula' (oder 'actio') 'ficticia' zu denken. Statt dieses für si unmöglichen Namens hätten dann die Compileren systematisch 'actio in factum' interpolirt». Vid. ERMAN, H., *Miscellen* (Noch einmal die 'Actiones in Factum') em SZ 23(1902) 448.

¹² Na sua opinião, os textos foram «interpol. dai compilatcri appunto per cancellare la menzione dell'*actio ficticia*». Vid. BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano I* (Roma 1925) 350³.

¹³ Segundo SCIALOJA, «questa azione fittizia, che conosciamo nella sua funzione originale dal testo della legge Rubria, fu modificata nei testi delle Pandette, i quali, invece di parlare di 'actio ficticia', parlano di 'actio in factum'. Avverto di ciò non perchè abbia grandi conseguenze giuridiche, ma perchè questo è uno dei casi in cui possiamo riconoscere con sicurezza l'interpolazione». Vid. SCIALOJA, V., *Teoria della Proprietà nel Diritto Romano I* (Roma 1928) 410. Cfr. ainda RICCOBONO, *Corso*, cit. 106.

¹⁴ Na opinião de DE MARTINO, «l'*actio ficticia*' del diritto classico è stata poi da Giustiniano trasformata in un 'actio in factum' (cfr. D. 39,2,4,2; -39,2,15,36) senza cancellare però i caratteri originari». Vid. DE MARTINO, F., *La Giurisdizione nel Diritto Romano* (Pádua 1937) 206¹.

¹⁵ Segundo PALERMO, «l'esistenza della finzione viene dimostrata chiaramente per il diritto provinciale dalla 'lex Rubria'. E ainda: «Nelle fonti Giustinianee vi sono parecchi luoghi in cui questa 'actio ficticia' è chiamata 'in factum': D. 39,2,4,2; -39,2,15,36; -39,3,17,3; -39,2,18,13; -39,2,18,15. Ma si tratta di passi notoriamente interpolati, nè ci sembra opportuno fermarci sull'esame di essi». Vid. PALERMO, A., *Il Procedimento Cauzionale nel Diritto Romano* (Milão 1942) 106 e 109.

Efectivamente, a fórmula transmitida pela *lex Rubria* era indubitavelmente fictícia¹⁶: ao lesado era concedida uma *actio* com a ficção de que foi celebrada a *stipulatio* geradora da *cautio damni infecti*.

E, sendo *ficticia*, esta *actio* jamais pode ser *in factum*, dados os antagonismos que as separam¹⁷.

Nada mais necessitamos para recusar a doutrina de POKROWSKY, já criticada por ERMAN¹⁸.

§ 10.2.2 Embora não esteja isolado¹, o pensamento de POKROWSKY é francamente minoritário em face da doutrina que, formulada por KELLER, é, ainda hoje, dominante.

¹⁶ *Iudex esto. Sei, antequam id iudicium qua de re agitur factum est, Q. Licinius damni infectei eo nomine qua de re agitur eam stipulationem, quam is quei Romae inter peregrinos ius deicet in albo propositam habet, L. Seio repromississet: tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona dumtaxat IIS ... eius iudex Q. Licinium L. Seio, sei ex decreto Ilvirei IIIIvirei praefective Mutinensis, quod eius is Ilvir IIIIvir praefectusve ex lege Rubria, seive id plebeive scitum est, decreverit, Q. Licinius eo nomine qua de re agitur L. Seio damnei infectei repromittere noluit, condemnato; sei non paret, absolvito».*

É outorgada uma *actio* contra quem não prestou a *cautio damni infecti*, fingindo-se tê-la prestado. Vid. FIRA I, 171-172, Cfr. *infra* § 14.1.4¹³ a *cautio damni infecti*, onde retomaremos esta matéria.

¹⁷ Vid. *infra* § 10.3.1-4.

¹⁸ Vid. AUDIBERT A., Heinrich Erman — *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure consumptio* em NRHD 24(1900) 260-264. *Infra*, § 11.2.3.2, referiremos (e analisaremos criticamente) a sua doutrina das *actiones translative*.

¹ Também SCHULZ (o.c. 28) vê uma «ingeniosa variante de las fórmulas 'in factum conceptae'» nas «llamadas 'formulae ficticiae'» de que é exemplo a *actio ficticia* concedida ao *bonorum possessor*: «No es ésta la 'formula in ius concepta', ya que la condena se subordina en ella a un derecho o pretensión hipotéticos del actor y como un derecho hipotético no es un derecho actual, la 'formula' es substancialmente 'in factum concepta'».

Todavia, o seu raciocínio não satisfaz. É evidente, a *actio* outorgada ao *bonorum possessor* contém um direito tão hipotético e actual como outro qualquer. Reconhecida pelo pretor e acolhida no seu *edictum*, a *bonorum possessio* e os seus instrumentos jurídicos constituíram um instituto tão importante e actual que veio, mesmo, a superar definitivamente a própria *hereditas*.

Cfr. igualmente BETHMANN-HOLLWEG, o.c. 313-314.

Mas o que são, no seu entendimento, as *actiones in factum*?

Segundo D'ORS, foram sendo criadas (sobretudo na primeira metade do séc. I a.C.) para reprimir diversas modalidades de comportamentos dolosos; por isso, originariamente teriam sido delituais, embora não necessariamente penais na sua *condemnatio*².

Umam seriam *decretales* — as criadas e outorgadas caso a caso — e as outras, *edictais* — as tipificadas e acolhidas no edicto —. Todavia, esta classificação nem pressupõe nem altera a sua natureza, tanto mais que as *actiones decretales* podem ser tipificadas e acolhidas no edicto, bastando, tão-só, que se afirmem positivamente em aplicações repetidas³.

A sua natureza jurídico-processual há-de ser revelada pela *formula (in factum)* sobre a qual há praticamente unanimidade: não tutela uma relação jurídica disciplinada pelo *ius civile*, mas uma situação de facto que o pretor entende merecer protecção jurídica. Isto é, enquanto as *formulae in ius* tutelavam um «direito (civil)» do demandante, as *formulae in factum* protegiam factos *iure civili* não previstos, cuja disciplina a consciência ético-jurídica reclamava e o pretor concretizava.

Na verdade, se cotejarmos ambas as espécies de *formulae* — *in ius* e *in factum* — veremos imediatamente que assim é. Vejamos GAIUS:

4,47: «...Quod As. As. apud Nm. Nm. mensam argenteam deposuit (...) quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona...».

Como GAIUS refere — «*illa enim formula, quae ita concepta est (...) in ius concepta est*» —, esta *formula* contém, na sua *intentio*, um

² Assim, a *actio in factum*, outorgada contra quem alienou uma coisa *iudicii mutandi causa* (D. 4,7), não é penal, mas «*videtur ex delicto dari*». Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 85. Cfr. ainda COLLINET, *o.c.* 345.

³ Vid. KASER, *Das römischen Zivilprozessrecht*, cit. 252, *Römisches Privatrecht*, cit. 129 e Zum 'Ius Honorarium' cit. 241-242; CABRAL DE MONCADA, *Elementos*, cit. 348¹; VOCI, *L'Estensione dell'Obbligo di Risarcire il Danno nel Diritto Romano Classico em Scritti Ferrini II* (1947) 377-379; e WESENER, *o.c.* 503.

«direito» do autor a que corresponde a obrigação de o demandado *dare facere*.

E GAIUS continua:

«... *Si paret Am. Am. apud Nm. Nm. mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Ni. Ni. Ao. Ao. redditam non esse...*».

Ainda na sua expressa indicação — «*At illa formula, quae ita concepta est (...) in factum concepta est*» —, esta é uma *formula in factum*: não refere o «direito» do autor a um *dare facere* do demandado, mas contém uma ordem para o *iudex* condenar no valor da *res* se provar que foi depositada e não restituída⁴.

⁴ Para comparação das fórmulas *in ius* e *in factum*, escolhemos as duas fórmulas da *actio depositi*.

Historicamente, a primeira foi a *formula in factum*. A propósito do advento da *formula in ius*, a doutrina tem extraído importantes conclusões:

ARANGIO-RUIZ diz-nos que, depois duma longa experiência através do *edictum tralaticium*, a consciência social acabou por reconhecer a obrigação jurídica.

RICCOBONO observa, na transformação da *actio in factum* em *actio civilis*, uma importante manifestação da força do desenvolvimento do *ius gentium* e do contínuo fluxo e refluxo de institutos entre o *ius gentium* e o *ius civile*.

GEORGESCU nota que, a partir dum certo momento, o *factum* transformou-se em *ius* num laborioso processo histórico.

LÉVY-BRUHL atribui a nova *formula (in ius)* aos jurisperitos que tinham o poder de criar *ius civile*.

E BIONDI justifica a precedência da *actio in factum* na circunstância de a *iurisprudencia* não ter encontrado (nessas relações) nenhum apoio ou analogia com relações já conhecidas: *v. g.* o depósito e o comodato não apresentavam nenhuma analogia com a figura da *obligatio* nem com as hipóteses da *obligatio consensu*. Isto mostra, na opinião de BIONDI, que, sem a intervenção do pretor, não era possível à *iurisprudencia* o reconhecimento das relações, pois não podia logicamente deduzi-lo do sistema.

Vid. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 130; RICCOBONO, *o.c.* 105; GEORGESCU, V., *L'Opposition entre 'Ius' et 'Factum' en Droit Romain et en Droit Moderne* em *Scritti Ferrini III* (1948) 147; LÉVY-BRUHL, *o.c.* 8-9; e BIONDI, *Prospettive*, cit. 106.

Há, aqui, um facto protegido pela *actio in factum*: o depósito de uma *res* não restituída pelo depositário ao seu *dominus*.

Podemos concluir: as *actiones in factum* são expedientes do pretor utilizados para dar a protecção jurídica a factos não disciplinados pelo *ius civile* e, todavia, merecedores de tutela. É, portanto, um instrumento de integração a que o pretor recorria como *viva vox* da consciência axiológica-jurídica romana⁵.

§ 10.2.3 Separando as *actiones in ius* e *in factum* um antagonismo radical, a referência, em alguns (poucos) textos, a uma *actio civilis in factum* é motivo de grande perplexidade.

Não surpreende que a doutrina dominante, sobretudo depois de POKROWSKY, sustente que se trata de uma expressão absurda que apenas surge em textos interpolados¹. Que é uma acção bizantina, síntese monstruosa de duas espécies de acções que necessariamente se excluía². E que um dos resultados mais sólidos da crítica interpolacionística diz respeito à afirmação da origem compilatória da frase «*actio civilis in factum*»³.

⁵ Vid. CRUZ, *o.c.* 337; MACCHIARELLI, *o.c.* 534; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 130; PROVERA, G., *Diritto e Azione nell' Esperienza Giuridica Romana em Studi Biscardi IV* (1983) 343; GEORGESCU, *o.c.* 146; GIRARD, *o.c.* 1080; e SOHM, *o.c.* 630.

¹ Assim, SCHULZ, *o.c.* 29. Vid. ainda: SOHM, *o.c.* 630¹; VOLTERRA, *o.c.* 229; e COLLINET, *o.c.* 343-344.

² Vid. AUDIBERT, *o.c.* 37-57.

³ Assim, SANTORO. Todavia, segundo este A., a expressão *actio civilis in factum* é genuína (somente) em dois textos atribuídos a LABEO: D. 19,5,1,1; 19,5,5pr. Tratar-se-ia de uma *actio* com *intentio in ius concepta*; e chamar-se-ia *in factum*, não por ser uma *actio in factum*, mas por aquela *intentio* ser precedida de uma referência (*praescriptio*) a um facto.

É uma verdadeira *actio civilis* que é modelada, na *praescriptio*, em relação à particularidade da «*fattispecie*». Esta terminologia (genuína) só aparece em dois textos que tratam de contratos inominados porque os juristas clássicos a deviam evitar para não incorrerem no risco de confundirem as *actiones civiles in factum* e as *actiones* com *intentio in factum*

A POKROWSKY deve a doutrina romanista a aclaração e o afastamento das dúvidas que a preocupavam.

Na verdade, ainda SAVIGNY caracterizava as *actiones in factum* como portadoras de *formulae in factum conceptae*, mas abria uma excepção: nos contratos inominados, surgem *actiones civiles* com os nomes de *actio praescriptis verbis* e *in factum civilis*; e a expressão *in factum* justifica-se a partir da narração expressa dos factos.

Pois bem, POKROWSKY estudou as fontes (D. 19,5,1,1; -19,5,1,2; -19,5,5,2) e concluiu: esta expressão, que parece uma *contradictio in adiecto* absurda — porque remexe todas as noções dos juristas clássicos —, é fruto do trabalho dos compiladores que introduziram, na *actio in factum*, o adjectivo *civilis*.

E porquê?

Na sua opinião, os compiladores teriam visto no D. 2,14, 7,⁴ uma divisão entre os jurisconsultos clássicos — para uns (doutrina nova), surge uma *obligatio (civilis)* e uma *actio civilis incerti*; para outros (doutrina velha), não há uma *obligatio*, mas um facto danoso que justifica a outorga de uma *actio in factum* — e, para lhe pôr cobro, acrescentaram *civilis* à *actio in factum* (D. 19,5,1,2; -19,5,5,2) e substituíram *actio in factum* por *actio praescriptis verbis* que é sinónimo de *actio in factum civilis* (D. 19,5,17,2)⁵.

Dissipadas as dúvidas, a *actio in factum* mantém a natureza que a sua *formula (in factum)* lhe transmite.

concepta. Interpolada seria a expressão *actio civilis in factum* em D. 19,5,5,2. Vid. SANTORO, R., *Actio Civilis in Factum, Actio Praescriptis Verbis e Praescriptio* em *Studi Sanfilippo IV* (1983) 683-719.

Também SCIALOJA (*Procedura*, cit. 338-339) sustenta que a *actio civilis* se pode dizer *in factum* quando a sua *intentio*, que é *in ius*, é precedida da narrativa do facto caracterizador da relação.

⁴ «*Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem (...) et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere...*».

⁵ Vid. POKROWSKY, o.c. 80-94.

§ 10.2.4 Mas, se a *formula in factum concepta* não refere «direito (civil)» algum nem, consequentemente, ordena ao *iudex* para condenar o demandado com fundamento numa *obligatio*, perguntar-se-á: tal *formula* terá *intentio*?

A doutrina não é pacífica. Confundem-na alguns textos de GAIUS que, por isso, interessa analisar:

4,41: «*Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit: velut haec pars formulae SI PARET NM. NM. AO. AO. SEST. X MILIA DARE OPORTERE; item haec QUIDQUID PARET NM. NM. AO. AO. DARE FACERE <oportere>; item haec SI PARET HOMINEM EX IURE QUIRTIUM AI. AI. ESSE*».

4,45: «*Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus NOSTRUM ESSE ALIQUID EX IURE QUIRTIUM aut NOBIS DARI OPORTERE aut PRO FURE DAMNUM <DECIDI OPORTERE; sunt et aliae, in> quibus iuris civilis intentio est*».

4 46: «*Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, <sed> initio formulae nominato eo quod factum est adiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur...*».

No primeiro texto, GAIUS define a *intentio* como a parte da fórmula onde o demandante conclui o seu pedido e exemplifica com «*desideria*» fundados *iure civili*. Portanto, surge a primeira dificuldade: por que motivo GAIUS seleccionou *intentiones in ius*?

No segundo, GAIUS diz-nos que são *in ius conceptae* as *formulae* cuja *intentio* se baseia no *ius civile*.

E, no último, fala das *formulae in factum* que são aquelas onde tal *intentio (in ius)* não foi concebida; apenas, com a nomeação de factos no início (da fórmula), são acrescentadas as palavras pelas quais é dado ao *iudex* o poder de condenar ou absolver.

Que sentido terá «*talis intentio*»?

Prima facie, os *desideria* descritos no primeiro texto não se nos afiguram taxativos, mas simplesmente exemplificativos: não excluem outros, *iure civili* infundados. Esta interpretação harmoniza-se com «*talis intentio*» do último texto: não foi concebida «*talis intentio*»; terá sido outra, decerto *in factum*.

Todavia, há também um outro texto que se opõe a esta *interpretatio*:

4,44: «*Non tamen istae omnes partes simul inveniuntur, sed quaedam inveniuntur, quaedam non inveniuntur. Certe intentio aliquando sola invenitur (...). Demonstratio autem et adiudicatio et condemnatio numquam solae inveniuntur, nihil enim omnino <demonstratio> sine intentione vel condemnatione valet: item condemnatio sine demonstratione vel intentione, vel adiudicatio sine demonstratione vel intentione nullas vires habet, <et> ob id numquam solae inveniuntur.*»

Uma fórmula pode não ter todas as suas partes. É mesmo possível que só tenha a *intentio*. Mas nunca a *demonstratio*, a *adiudicatio* e a *condemnatio* estão sós: é inútil a *demonstratio* sem *intentio* ou *condemnatio*; e é igualmente inútil a *condemnatio* sem *demonstratio* ou *intentio*, pelo que nunca se encontram separadas.

Isto é, a *demonstratio* carece da *intentio* ou da *condemnatio* e esta precisa da *demonstratio* ou da *intentio*. Literalmente, temos de concluir: à *condemnatio* basta a *demonstratio*. Havendo-a, a *intentio* pode tornar-se desnecessária.

Contudo, se uma fórmula pode ter, apenas, *demonstratio* e *condemnatio*, a leitura feita dos primeiros textos pode sofrer uma adaptação: os *desideria* não são meramente exemplificativos; e «*talis intentio*» não pressupõe uma outra sem fundamento no *ius civile*.

Porém, esta *interpretatio*, que é fruto da tentativa de harmonizar os três primeiros textos (4,41; 4,45; 4,46) com o último (4,44), choca frontalmente com um outro texto, igualmente de GAUUS:

4,60: «*...eum qui plus quam oporteret demonstraverit, litem perdere: veluti si quis una re deposita duas pluresve <se*

de) *posuisse demonstraverit (...); in ea vero quae in factum concepta est, statim initio intentinis alio modo res de qua agitur designetur his verbis SI PARET ILLUM APUD <ILLUM REM> ILLAM DEPOSUISSE: dubitare non debemus, quin si quis in formula, quae in factum composita est, plures res designaverit quam deposuerit, litem perdat, quia in intentione plus pos<uisse videtur>...».*

Segundo esclarece GAIUS, na *formula in factum concepta*, a *res de qua agitur* é designada, logo no início da *intentio*, com as palavras: «*si paret illum apud illum illam deposuisse*». E não devemos duvidar que perde a lide quem, nesta fórmula, tenha designado mais *res* do que haja depositado — *v. g.* depositou uma só *res* e demonstrou ter depositado duas ou mais — porque se entende que pediu mais na *intentio*.

GAIUS refere expressamente a existência de *intentio* nas *formulae in factum conceptae*; destarte, se este fragmento pode conciliar-se com os três primeiros, enfrenta o antagonismo do quarto (4,44).

Dir-se-á que o problema reside à volta de «*vel*» (4,44) que oferece uma leitura claramente desmentida em 4,60. Temos para nós, como mais provável, a inexistência de *intentio* nas *formulae in factum conceptae*. Sugere esta *interpretatio* um dos textos (4,46) onde a doutrina dominante vê uma alusão implícita a *intentiones in factum*: nessas *formulae*, diz-nos GAIUS, «*nulla talis intentio concepta est*». E acrescenta: «*Sed initio formulae nominato eo quod factum est*». Repare-se que o jurista substitui *intentio* por «*quod factum*» que, «*initio formulae*», é referido. Se se tratasse de uma *intentio*, decerto GAIUS tê-la-ia referido. Não há «*talis intentio*» (*in ius*), mas não há igualmente outra *intentio*; há, sim, no início da fórmula, a descrição de factos.

Esta, a leitura que o texto (4,46) oferece e que, afinal, se harmoniza com os três primeiros¹.

¹ A mesma leitura é-nos oferecida ainda por GAIUS num outro texto (4,106) onde contrapõe a *formula in factum* à *formula in ius* e reserva a *intentio* para esta última: «*Quae in factum concepta est — quae in ius habet*

De resto, sendo a *demonstratio* a «*pars formulae quae principio ideo inseritur, ut demonstretur res de qua agitur*» (GAIUS 4,40), ou seja, onde se expõe a causa da *actio*, quer a sua localização quer o seu conteúdo a deixam praticável nas *formulae in factum conceptae*: logo no início, são indicados os factos — a causa da *actio* — com base nos quais o *iudex* é intruído para condenar o demandado. E, porque essa *condemnatio* se apoia nos factos referidos na *demonstratio*, a *intentio* torna-se desnecessária.

Opor-se-nos-á, decerto, o incómodo texto ultimamente referido (4,60); daí, a pertinência de uma análise, embora sucinta.

Tenhamos presente que o «*noster*» GAIUS fala, neste fragmento, da sorte dos *iudicia*, referindo (em 4,53) o princípio: «*Si quis intentione plus complexus fuerit, causa cadit, id est rem perdit*». Ora, no caso da *actio (in factum) depositi* (4,60), começa por referir a opinião (de AA.) que se lhe deparou em *scripta* e onde não se fala de *intentio*, mas de *demonstratio*: «*Eum, qui plus quam oporteret demonstraverit, litem perdere*»; e exemplifica essa opinião: «*Veluti si quis una re deposita duas pluresve se deposuisse demonstraverit*». Não se fala, também aqui, de *intentio*, bastando uma *demonstratio* exagerada para o autor perder a lide. GAIUS adere a essa opinião e justifica referindo a *intentio* excessiva.

Isto é, nos «*scripta quae Gaius invenit*» não se falava de *intentio*, mas de *demonstratio*, cuja formulação exagerada provocava a perda da lide; pelo contrário, GAIUS, que adere à opinião expressa nesses *scripta*, fala não de *demonstratio*, mas de *intentio*. É muito provável que o jurista não se tenha apercebido de que estava a eliminar a possibilidade (referida em 4,44) de uma *condemnatio* apoiada unicamente na *demonstratio*. E tal descuido confirma, afinal, a imagem de GAIUS na romanística hodierna: «*Un pre-postclásico*», segundo D'ORS².

Mas, se é esta a conclusão desapaixonadamente extraída da leitura dos textos, o certo é que a doutrina dominante persiste em

intentionem». Cfr. SOLAZZI, S., 'Intentio in Factum Concepta'? em RIDA 2(1953) 411-418, máxime 418³².

² Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 52. Não falta quem veja interpolados os textos que referem ou indiciam uma *intentio in factum concepta*. Vid., v. g. SCHULZ, o.c. 28.

afirmar o contrário: enquanto elemento essencial do processo das fórmulas, a *intentio* continha (nas *actiones in factum*) o ponto litigioso de cuja verificação dependia a vitória do demandante. Neste sentido, pronunciaram-se *v. g.* KELLER, LEONHARD, MITTEIS³, BURDESE, VOLTERRA, VOCI, SOHM, IGLESIAS, BIONDI, BERGER, BETTI, AUDIBERT, WENGER, GIFFARD, LENEL, COLLINET e KASER⁴ sem, todavia, deixarem de reconhecer uma excepção na *actio iniuriarum*⁵.

³ A sua doutrina foi criticada por DE VISSCHER para quem, se a *intentio* enuncia o objecto das investigações do *iudex*, a *demonstratio* duma fórmula incerta merece seguramente, e ainda melhor, o nome de *intentio*.

WENGER não aceita esta crítica — que nos diz ser também a de PEROZZI e de BESELER — e manifesta-se pouco convencido da não-genuinidade da gaiana *intentio in factum*.

LENEL segue a crítica de DE VISSCHER e de PEROZZI e vê em GAIUS 4,44 uma «*Gegenbeweis*».

E GIFFARD refere que DE VISSCHER só pode sustentar a sua tese, afastando GAIUS (4,44; 4,45; 4,60).

Quanto a nós, o texto (4,46) pode não estar — e talvez não esteja — interpolado; mas o contraste entre a opinião dos AA. referida por GAIUS e a justificação dada à sua adesão mostra-nos não ser fruto do acaso a ideia que a romanística hodierna tem de GAIUS.

Vid. DE VISSCHER, F., *Les Formules 'In Factum'* em *RHD* 4(1925) 193-194 e 227-228; WENGER, *Istituzioni*, cit. 156¹²; LENEL, *o.c.* 129⁵; e GIFFARD, *o.c.* 191.

⁴ Vid. KELLER, LEONHARD e MITTEIS *apud* DE VISSCHER, *Les Formules*, cit. 227. Cfr. ainda: BURDESE, *o.c.* 115; VOLTERRA, *o.c.* 229; VOCI, *Istituzioni*, cit. 628; SOHM, *o.c.* 630; IGLESIAS *o.c.* 204-205; BIONDI, *Istituzioni*, cit. 21; BERGER, *o.c.* 475; BETTI, *Istituzioni*, cit. 282-283; AUDIBERT, A., *Formules sans 'Intentio' (Action d'Injures)* em *Mélanges Girard I* (1912) 35; COLLINET, *o.c.* 343; e KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. 239. Vid. também a bibliografia citada na nota anterior.

⁵ Segundo AUDIBERT (*o.c.* 35-65), o facto em virtude do qual se age não pode ser, ao mesmo tempo, objecto duma *demonstratio* e duma *intentio*. Admite a existência de duas espécies de *actiones in factum*: umas têm *intentio*; outras, *demonstratio*. Nas primeiras, se o demandante exigisse mais do que tinha direito, perderia a lide; nas segundas, não se produzia este efeito da *plus petitio*.

Contudo, trata-se de uma opinião que julgamos isolada e os textos não confirmam. Se a *actio iniuriarum* não tem *intentio* não será, no nosso ponto de vista, uma excepção, mas um princípio geral e, portanto, comum a todas as *actiones in factum*.

Minoritária é a doutrina que nega a existência da *intentio* nas *formulae in factum conceptae*. Podemos referir DE VISSCHER, SCHULZ, LOMBARDI, PEROZZI, BONFANTE, ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, COSTA, RICCOBONO e D'ORS que vê na *intentio* referida por GAIUS (4,60) não «una corrupción del texto, sino de una simple inexactitud de lenguaje, al llamarse 'intentio' a lo que podría llamarse 'nominatio facti'»⁶.

Seja como for, sem (como nos parece) ou com *intentio*⁷, o pretor expõe, na *formula in factum concepta*, factos civilmente não

⁶ Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 85 (que, todavia, observa: «Este problema requiere todavía nuevo estudio, pero la 'intentio' parece expresar la afirmación de un derecho y no de un hecho»).

DE VISSCHER (*Les formules*, cit. 196 e 235-238) vê na *formula in factum* um elemento *sui generis* tão distinto de uma *intentio* como de uma *demonstratio* e entende que os *veteres* não tinham uma denominação própria para o designar.

Vid. ainda SCHULZ, *o.c.* 28 (cuja doutrina CARCATERRA (*o.c.* 165-166) critica); LOMBARDI, L., *L'Actio Aestimatoria e I 'Bona Fidei Iudicia'* em *BIDR* 43(1960) 174 (para quem todas as *formulae in factum* são, por *definitio*, fórmulas sem *intentio*); PEROZZI, *o.c.* 63 (a expressão *intentio in factum* implica contradição, por a *intentio* designar o fundamento jurídico da pretensão do autor); BONFANTE, P., *Institutiones de Derecho Romano*⁸ (Madrid 1965) 125 (para quem a pretensão do autor não era reconhecida como direito; ao *iudex* apenas se expunha o facto na *demonstratio*); ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, *o.c.* 190²⁴¹; COSTA, *o.c.* 50; e RICCOBONO, *Corso*, cit. 101.

⁷ Merece ainda destaque a opinião de BETTI que julga eliminar as dúvidas sobre a *intentio* nas *formulae in factum*, afirmando: «All' affermazione di fatto delle 'formulae in factum conceptae' inerisce sempre un apprezzamento giuridico, in quanto vi è implicita l'affermazione di effetti giuridici (di diritto pretorio) cui l'avversario si oppone; e tanto basta a configurarla come ragione e a giustificare la qualifica di 'intentio'».

Na verdade, não há, no mundo do Direito, factos puramente naturais, mas coloridos por um transformador juízo-de-valor que lhes atribui existência como realidade especificamente jurídica. Há, sim, situações fáctico-normativas subsumíveis ou não a *actiones civiles* ou *praetoriae*.

Porém, não se recusa a *intentio* (nas *actiones in factum*) por serem referidos, nas suas *formulae*, simples factos não-jurídicos (nas *formulae in ius* como nas *in factum* só há lugar para factos jurídicos). Recusa-se, tão-somente, por não conterem *desideria* fundados *iure civili*, mas, sim, a

protegidos e ordena ao *iudex* para condenar o demandado se provar a sua existência; por isso, as *actiones in factum* são, já o dissemos⁸, expedientes do pretor, graças aos quais eram protegidos (juridicamente) factos não previstos em nenhuma *actio civilis*.

§ 10.3 A *actio in factum* e a *factio*

§ 10.3.1 É tempo de cotejar a *actio in factum* com a *actio ficticia*, para determinarmos o que as afasta e aproxima.

E, como tais *actiones* se caracterizam pela *formula* que apresentam, devemos, antes de tudo, analisá-las.

A *actio ficticia* do *bonorum possessor* tem, no caso de um débito ao *de cuius*, a seguinte *formula*¹:

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. sestertios x milia dare condemnato; si non paret, absolvito.

E a *formula* da *actio in factum* outorgada ao patrono contra o liberto que, violando o *edictum praetoris*, o chamou *in ius*, era²:

Recuperatores sunt.

Si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse, recuperatores illum libertum illi

exposição de factos (jurídicos) — causa da *actio* — cuja existência o *iudex* provará para condenar ou absolver o demandado.

Dir-se-ia que tais *formulae* têm a *causa desiderii*, sendo o *desiderium* substituído pela ordem de *condemnatio* dirigida pelo pretor ao juiz. Mas, ainda que o autor pudesse formular o seu *desiderium* com base numa das *actiones (in factum)* edictais, sempre estava impossibilitado de o fazer nas *actiones (in factum) decretales*.

Vid. BETTI, *Istituzioni*, cit. 283.

⁸ Vid. *supra* § 10.2.2.

¹ Vid. GAIUS 4,34.

² Vid. GAIUS 4,46.

patrono sestertium x milia condemnato; si non paret, absolvito.

No primeiro caso, há uma *actio certae creditae pecuniae* cuja titularidade se transmite do *de cuius* ao *heres*; porém, não sendo *heres* o *bonorum possessor*, houve necessidade de fingir «*si heres esset*». Com esta *fictio*, o *iudex* limitava-se a provar se o demandado devia ao *heres* (fictício) — que é o sucessor do *de cuius* — para o condenar ou absolver.

A *actio* é a mesma — a *actio certae creditae pecuniae* — e, portanto, em nada se altera a sua natureza (substancialmente) *in ius*. Tão-só o pretor lhe insere uma *fictio* para a tornar instaurável por quem, verdadeiramente, não é *heres* (civil); por isso, dir-se-á que se trata de uma *actio* concedida pelo pretor — portanto, tem a sua fonte no *ius praetorium* —, mas dirigida a aplicar o *ius civile* e, destarte, é materialmente *in ius*.

A integração do *ius civile* ocorre internamente: graças à deturpação dos factos, a *actio civilis* estende-se a uma situação diferente, na verdade, da típica e originariamente prevista. Oculta, mas verdadeiramente, o seu campo alarga-se, passando o *ius civile* a disciplinar situações novas e diferentes.

Não assim, na *actio in factum concepta*. Seja por não existir uma *actio civilis* seja por não ser possível a sua extensão através de uma *fictio* ou de uma *actio translativa*, a lacuna só pode integrar-se graças a uma *actio in factum concepta*.

Como vemos na fórmula transcrita, o pretor instrói o juiz para averiguar se o liberto accionou o seu patrono contra o *edictum* e, em caso afirmativo, ordena-lhe a sua *condemnatio*.

Há um facto (jurídico) não previsto *iure civili* — a *in ius vocatio* do patrono pelo seu liberto — e o pretor integrou esta lacuna outorgando uma *actio* especificamente criada para esta situação.

Nada se finge para se aplicar uma *actio* cuja inserção, no *edictum*, lhe transmite carácter edictal. Tudo se passa à margem do *ius civile* e, por isso, podemos caracterizar esta integração como externa ao *ius civile*.

Trata-se, portanto, de uma *actio* formal e substancialmente *praetoria*.

§ 10.3.2 Não haverá nada em que as *actiones ficticia* e *in factum* convirjam?

Já o dissemos: ambas são formalmente *actiones praetoriae*, pois as concede o pretor que é a sua *fons*. E de comum têm, ainda, o facto de serem expedientes que «*praetores introduxerunt supplendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*».

Integração que tem lugar de modo diferente, mas que é indubitavelmente a *ratio duarum actionum*.

§ 11. A actio translativa

§ 11.1 A representação nos negócios jurídicos

§ 11.1.1 Resta-nos estudar o último expediente do pretor, figura afim da *fictio*: a *actio translativa*.

Todavia, para o compreendermos devidamente e, em consequência, determinarmos o que o afasta e aproxima da *actio ficticia*, urge explicar a *ratio* da sua génese que se relaciona com a ausência da representação no ordenamento jurídico de Roma.

Como sabemos, a representação verdadeira e própria ou directa caracteriza-se pelo facto de o representante agir em nome e por conta do representado: os efeitos jurídicos produzidos pelo negócio, que o representante realiza, produzem-se imediatamente na esfera jurídica do representado que, assim, se torna proprietário dos bens adquiridos pelo representante e credor ou devedor do terceiro com quem este negociou¹.

Ora, a representação (directa) não foi conhecida no mundo romano clássico, onde valeu o princípio «*per extraneam personam*

¹ Não assim na representação dita imprópria ou indirecta: o representante age em nome próprio, de modo que os efeitos jurídicos do negócio se produzem exclusivamente na sua esfera jurídica; tão-só, por efeito da relação jurídica, que liga representante e representado (relação interna), aquele pode ser indemnizado nos prejuízos eventualmente sofridos e este investido nas vantagens económicas do negócio. Vid. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 94; e BIONDI, *Istituzioni*, cit. 187.

*nobis adquiri non posse*²; deste modo, não surpreende a ausência, nas fontes jurídicas, de um vocábulo que se lhe referisse³. Sempre os efeitos negociais se produziam imediata e exclusivamente na pessoa do representante, sem que entre o representado e o terceiro surgisse algum direito ou obrigação⁴.

§ 11.1.2 E porquê?

A doutrina apresenta várias explicações, decerto confluentes.

Refere-se, como factor determinante, a organização familiar, onde os *fili* e até os *servi* — civilmente considerados órgãos de aquisição, respectivamente do *pater* e do *dominus* — dispensavam o recurso à colaboração de estranhos, dando motivo à formação do rigoroso princípio «*per extraneam personam non adquiritur*»¹. Recorda-se o formalismo dos actos jurídicos e vê-se, aí, uma incompatibilidade com a representação (directa)². Fala-

² Cfr. GAIUS 2,95. Nem, tão-pouco, houve representação na posse, pois, como sustentam ORESTANO e RICCOBONO, a posse é *res facti*, não sendo o seu acto aquisitivo um negócio jurídico. Vid. ORESTANO, R., *Rappresentanza* em NNDI 14 (1967) 798; e RICCOBONO, *Corso*, cit. 253 e 256. Cfr. ainda: VOCI, *Istituzioni*, cit. 94-95; e DEKKERS, *o.c.* 207.

³ Vid. ORESTANO, *o.c.* 796; e BIONDI, *Istituzioni*, cit. 188.

⁴ Segundo BIONDI (*Istituzioni*, cit. 187-188), os Romanos apenas admitiram a figura do *muntius*, indivíduo que se limita a transmitir a *voluntas* alheia.

ORESTANO (*o.c.* 798-800) diz-nos que a representação foi realizada no processo cognitório e acentuou-se no Baixo Império, em consequência das profundas mutações económicas e sociais.

E RICCOBONO (*Corso*, cit. 253-255) observa, no *C.I.C.*, um grande número de testemunhos da representação (directa); porém, reconhece que, na época clássica, jamais o princípio civil foi derogado.

Não deixa de ser curioso o desnorte da doutrina (sobretudo francesa) ainda recente que ora vê ora contesta uma *fiction* na representação. Vid. DEKKERS, *o.c.* 208; DABIN, *o.c.* 319-320; GÉNY, *o.c.* 402; LECOQ, *o.c.* 56-61; LAURENT, F., *Principes de Droit Civil XX*³ (Bruxelas, Paris 1878) 144; e MACCHIARELLI, *o.c.* 567.

¹ Vid. IGLESIAS, *o.c.* 391; FUENTESECA, *o.c.* 39; e ORESTANO, *o.c.* 796.

² Assim, residindo a explicação da *obligatio* nos *verba stipulationis*, não se entendia que uma *stipulatio* pudesse vincular quem não proferiu os seus *verba*. E o mesmo se diga da *acceptilatio*, da *mancipatio*, da *solutio per aes et libram*, etc. Vid. DEKKERS, *o.c.* 162-163; BIONDI, *Istituzioni*, cit. 188; e LECOQ, *o.c.* 54.

-se da economia rudimentar de um povo eminentemente agrícola e pastoril, sem grandes relações com os vizinhos³. Observa-se, na tradição enérgica e viva, a razão da obediência ao princípio que exclui a utilização de pessoas não dependentes do *dominus negotii*⁴. Invoca-se o sentimento de liberdade que não permitia a uma pessoa livre servir de instrumento de aquisições alheias⁵. E refere-se a severidade da lei em relação ao devedor que chegava a pôr a sua vida à mercê do credor, circunstância que exigia um vínculo jurídico estritamente pessoal⁶.

Trata-se, é fácil compreender, de simples hipóteses num mundo e numa época que as tornam igualmente possíveis.

§ 11.2 As *actiones adiecticiae qualitatis*

§ 11.2.1 Porém, se os *sub potestate* — *fili* e *servi* — adquiriam todos os direitos (resultantes dos seus negócios) directa e imediatamente para o *pater* ou *dominus* que podia, destarte, instaurar contra os terceiros as correspondentes *actiones*¹, o princípio «*non potest deteriorem condicionem facere patris*» impedia estes de demandarem o *pater* ou o *dominus* pelas dívidas contraídas respectivamente pelos *fili* e *servi*².

Ora, esta limitação cedo se revelaria intolerável.

Na verdade, sendo a maioria dos actos jurídicos sinagmáticos, o *paterfamilias* e o *dominus* encontrar-se-iam impedidos de se tornarem credores: quem desejaria negociar com um *filius* ou *servus* se, por incapacidade patrimonial, não pudesse reaver os seus créditos?

Como fonte de obstáculos graves ao crescimento económico de Roma, que se acentuava a partir das guerras púnicas;

³ Vid. ORESTANO, *o.c.* 796; e LECOCQ, *o.c.* 54.

⁴ Vid. RICCOBONO, *Corso*, cit. 257.

⁵ Vid. RICCOBONO, *Corso*, cit. 257.

⁶ Vid. LECOCQ, *o.c.* 54.

¹ Cfr. GAIUS 3,163. Vid. SANTOS JUSTO, A., *A Situação Jurídica dos Escravos em Roma*, separata do BFDC 59(1983) 24.

² Vid. SERRAO, *Institore*, cit. 828; IGLESIAS, *o.c.* 391; VOCI, *Istituzioni*, cit. 448; e BIONDI, *Istituzioni*, cit. 189.

e não tendo o legislador eliminado o princípio «*non potest deteriorem condicionem facere patris*», veio o pretor oferecer aos terceiros *actiones translativae*, para demandarem os *patresfamilias* e os *domini* pelas dívidas contraídas pelos *filii* e *servi*: tais, as *actiones adiecticiae qualitatis*³.

§ 11.2.2 Assim chamadas pelos glosadores com base nas palavras de PAULUS «*hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur*»¹, estas *actiones* não constituem um tipo inteiramente novo: são as próprias *actiones* (v. g. a *actio empti*, a *actio locati*, a *actio certae creditae pecuniae*, etc.), resultantes dos negócios realizados pelos *filii* e *servi*, outorgadas, agora, contra os *patres* e *domini*, graças a alguns retoques breves e simples nas respectivas *formulae*².

Nelas, os titulares da *potestas* sobre os *alieni iuris* respondem «*in solidum*»³. E até um *dominus negotii* pôde ser demandado pelas obrigações contraídas por uma *extranea persona*⁴.

³ Vid. ORESTANO, o.c. 796; GUARINO, A., 'Actiones Adiecticiae Qualitatis' em NNDI 1¹ (1958) 271; ARANGIO-RUIZ, *Il Mandato*, cit. 7; DEKKERS, o.c. 163; e SANTOS JUSTO, o.c. 24.

¹ Cfr. D. 14,1,5,1. DEKKERS (o.c. 164) considera esta denominação bárbara e só parcialmente exacta. Na sua opinião, a expressão «*actio adicitur*» só é verdadeira no caso de um *filius* se ter obrigado; não o é no caso mais frequente: o de o contrato feito por um *servus*. Aqui, só o *dominus* é obrigado pela *actio praetoria*, pois o *servus* é obrigado *iure naturali*. Por isso, DEKKERS prefere chamar-lhes «*actions réflexes*». Vid. ainda: VALIÑO, E., *Las 'Actiones Adiecticiae Qualitatis' y sus Relaciones Basicas en Derecho Romano* em AHDE 37(1967) 340; ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, o.c. 706; e D'ORS, *Derecho*, cit. 231.

² Vid. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 129¹; VALIÑO, *Las 'Actiones Adiecticiae'*, cit. 340-341; BURDESE, o.c. 593; SERRAO, *Institore*, cit. 829; e IGLESIAS, o.c. 391.

³ Vid. VOCI, *Istituzioni*, cit. 448; e BURDESE, o.c. 596.

⁴ Que o *dominus negotii* pudesse demandar o terceiro (com quem o *filius* ou o *servus* tinha negociado), é o que MARCELLUS, referido por ULPIANUS (D. 14,3,1), nos diz: «*Marcellus autem ait debere dari actionem ei qui institorem praeposuit in eos, qui cum eo contraxerint*». Esta opinião não é, todavia, a de ULPIANUS, para quem o *dominus negotii* só podia demandar o próprio *institor* ou o seu *dominus*. Vid. SERRAO, *Institore*, cit. 832.

Todavia, não estabeleceram a representação (directa), pois nunca aos terceiros foi retirada a faculdade de demandarem o interveniente nos seus negócios.

§ 11.2.3.1 Urge, contudo, estudar as *formulae* das *actiones adiecticiae qualitatis* para determinarmos a sua natureza.

Segundo KELLER, cuja doutrina foi acolhida por LENEL e se tornou dominante, tratar-se-ia de fórmulas *in ius conceptae*.

LENEL baseia-se num texto de ULPIANUS que refere a *novatio* de uma *obligatio* que só pode ser a do *institor*¹: o *dominus negotii* responde pela *obligatio* assumida pelo *institor* se, entretanto, não foi novada; por isso, a *actio institoria* seria *in ius concepta*. Seguidamente, invoca um fragmento de IULIANUS onde se fala de uma *utilis institoria actio* outorgada ao terceiro contra o *dominus negotii* cujo *institor*, embora *servus* daquele, realizou, com o seu *dominus*, um negócio jurídico². LENEL entende que esta *actio* seria *utilis* por conter a ficção «*si liber esset ex iure Quiritium*»³. Teriam sido os compiladores quem eliminou, nos outros fragmentos, a expressão *utilis*, deixando-a, ali, certamente por erro⁴. E, sendo *ficticia*, a sua fórmula só poderia ser *in ius concepta*.

¹ D. 14,3,13,1: «*Neminisse autem oportebit institoria dominum ita denum teneri, si non novaverit quis eam obligationem vel ab institore vel ab alio novandi animo stipulando*».

² D. 14,3,12: «*Et ideo utilis institoria actio adversus me tibi competet...*».

³ LENEL (o.c. 261³) duvida, tão-somente, se a ficção teria sido «*si liber fuisset*» (scil. *tempore contractus*) ou «*si liber esset*», embora pareça inclinar-se para a segunda versão, sem deixar de admitir, ainda, ambas as ficções: «*si liber vendidisset et esset*». Rejeita, sim, a ficção proposta por GRADENWITZ («*si ... manumissus esset*») porque «*befriedigt auch nicht: warum soll der Kontrahent gerade als frei gelassen fingiert werden, da das Entscheidende auch nach G. doch nur die Fiktion der Freiheit war?*».

GRADENWITZ seguiu a doutrina de KELLER e julgou convincente a refutação (de LENEL) das objecções levantadas (sobretudo por BRINZ e MANDRY). No entanto, entende que a ficção «*si liber esset*» é impossível em virtude de ser escandalosa e ofender a sensibilidade social. A ficção teria de dizer «*si manumissus esset*». Vid. GRADENWITZ, O., *Zwei Bemerkungen zur 'Actio de Peculio'* em SZ 27(1906) 231-241.

⁴ LENEL (o.c. 262-263) avança, mesmo, com outra explicação: é muito provável que os juristas clássicos chamassem apenas *institoria* à *actio*

Finalmente, depois de criticar as doutrinas de BRINZ, de MANDRY e de BARON⁵, LENEL cita alguns textos que referem *actiones utiles* outorgadas contra *domini negotiorum* por obrigações contraídas por *institores* não *in potestate sua*⁶ e refere, como sugerindo a ficção de liberdade, outros dois textos: D. 19,1,24,2 e D. 45,2,12,1⁷.

ficticia, pois, as mais das vezes, os *servi* eram *institores*; destarte, se explicaria a omissão de *utilis* nos restantes textos e, se aparece em D. 14,3,12, é, talvez, devido ao caso extraordinário de alguém negociar com o seu escravo, *institor* de outrem.

⁵ BRINZ entende que a *formula* é *in factum* porque a *actio adiecticia* se fundamenta no negócio e não na *obligatio* do sujeito contraente.

LENEL rejeita esta doutrina que não permite explicar os casos de *utilis actio* e interroga: «Wenn der Prätor den Prinzipal des 'Institor' usw. nach den gewöhnlichen Grundsätzen des Kaufs und der andern Kontrakte hañbar machen wollte, wie konnte er die gewöhnliche Formel aus diesen Kontrakten aufgeben? Ist es etwa ganz gleichgültig, ob die Formel den 'Iudex' auf die 'bona fides' verweist oder nicht?»

Também MANDRY defende a natureza *in factum* destas *actiones*, entendendo que a formulação de KELLER torna impossível a *condemnatio* do *dominus negotii* numa série de casos, sobretudo quando o agente é um *servus* ou um *impubes* (D. 14,3,7,2; -14,3,7,8). LENEL vence o obstáculo com as ficções «*si liber esset*» e «*si pubes fuisset*».

BARON julga que a *formula* é *in ius*, mas entende que a sua *intentio* — a que chama *intentio iuris honorarii* — foi elaborada directamente com base na *obligatio* do *dominus negotii*. Segundo LENEL, a *actio praetoria* é uma criação nova e a sua *condemnatio* não depende duma *obligatio* juridicamente existente. E conclui: se o *iudex* fosse instruído para condenar o *exercitor* no *quidquid exercitorem praestare oportet*, «*so wäre dem 'iudex' nichts übriggeblieben als zu absolvieren. Denn wo war verordnet 'exercitorem praestare oportere' ? Im Zivilrecht nicht; im prätorischen Edikt ebensowenig: denn hier stand nicht 'exercitor praestato' (...), sondern ohne Zweifel nur 'adversus exercitorem iudicium dabo'.*».

Vid. LENEL, o.c. 264 e 267-269.

⁶ Assim: D. 14,3,5,8; -14,3,16; -14,3,19pr.; C. 4,25,5-6. Vid. LENEL, o.c. 263⁴ que admite, todavia, a sua interpolação.

⁷ Vid. LENEL, o.c. 265. À posição dominante parece ter aderido VALIÑO (*Las Acciones Adiecticiae*, cit. 349-354) para quem MANDRY se equivoca ao referir que não há traços de *formulae ficticiae*.

Também MURGA (o.c. 229) entende que as *actiones translativeae* permitiram o exercício da acção civil a favor ou contra outras pessoas diferentes. Estas *actiones praetoriae* são, todavia, *in ius*, «*ya que aún presentan una cierta base siquiera sea lejana y analógica, respaldada en il 'ius civile'.*».

Sendo *in ius concepta*, a fórmula das *actiones adiecticiae qualitatis* sofreu, todavia, uma «transposición de sujetos», figurando na *intentio* o nome do agente negocial e, na *condemnatio*, o do *dominus negotii*⁸.

§ 11.2.3.2 Diferente é a opinião de POKROWSKY, cuja doutrina merece ser exposta e analisada.

Estudando a natureza das *actiones adiecticiae* a propósito do problema da *consumptio*, POKROWSKY rejeita a doutrina de KELLER em virtude de a consumpção nem sempre ter lugar *ipso iure* — tal ocorreria se a fórmula fosse *in ius* — como sucede, desde logo, na possibilidade de a *actio de peculio* poder ser instaurada, várias vezes, contra o *dominus* (ou *pater*) ou contra o *servus* (ou *filius*) se o *peculium* aumentar posteriormente e em relação à parte da dívida que não foi satisfeita¹.

Se nem sempre a *consumptio* funciona *ipso iure*, POKROWSKY julga que a impossibilidade de uma segunda *actio* não se deve à *consumptio (ipso iure)*, mas a outros motivos.

Quais?

POKROWSKY volta-se para as fontes que, no seu entendimento, parecem considerar autónomas as obrigações do *dominus negotii* e do agente. E explica a extinção da dívida do *magister* (resultante da *solutio* feita pelo *exercitor*) com a regra geral «*quoniam et alius pro me solvendo me liberat*»².

⁸ A fórmula da *actio institoria* seria, na opinião de LENEL (o.c. 263): «*Quod As. As. de Lucio Titio, cum is a No. No. tabernae instructae praepositus esset, eius rei nomine decem pondo olei emit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem Lm. Tm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Nm. Nm. Ao. Ao. c.s.n.p.a.*».

Vid. ainda: VOCI, *Istituzioni*, cit. 628; IGLESIAS, o.c. 205; D'ORS, *Derecho*, cit. 84; WENGER, *Istituzioni*, cit. 155; KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. 262; e MURGA, o.c. 73.

¹ Vid. D. 15,1,30,4; -15,1,47,2. Cfr. POKROWSKY, o.c. 34-35.

² POKROWSKY cita: D. 14,1,1,24; -23,3,57. O A. observa duas relações jurídicas distintas: uma, entre o terceiro e o agente; a outra, entre o terceiro e o *dominus negotii*. A primeira é o pressuposto indispensável da segunda, mas esta ligação não é idêntica. A existência da obrigação do agente é o pressuposto necessário da *actio adiecticia*, mas não o único: são necessários, ainda, outros factos, quais a *praepositio*, o *iussus*, a *concessio peculii*, o *in rem verso*. Vid. POKROWSKY, o.c. 43-45.

Na sua opinião, ao criar as *actiones adiecticiae qualitatis*, o pretor quis apenas melhorar a situação do terceiro que negociou com um *filius* ou *servus* do *dominus negotii*. E, nas *actiones in solidum*, o credor é plenamente satisfeito, já que lhe é permitido instaurar uma *actio iudicati* sobre a totalidade do seu crédito. Não assim, nas *actiones* com a cláusula *dumtaxat* — v. g. na *actio de peculio* — porque a sentença podia determinar um valor inferior à pretensão do credor.

Isto é, POKROWSKY observa que nem sempre o credor é plenamente satisfeito: sê-lo-á nas *actiones in solidum*; pode não o ser nas outras *actiones*.

Ora, POKROWSKY vê que, nesta (última) hipótese, o credor pode voltar a demandar, embora apenas em relação ao que não foi inicialmente satisfeito: «*de residuo debiti agere potest*»³. Porém, se umas vezes não pode e outras pode voltar a demandar; e, recusada a *consumptio ipso iure* quando não pode — porque as suas regras têm de ser iguais para todos os casos —, só a intervenção do pretor justifica aquela proibição: se foi plenamente satisfeito, o pretor concede ao demandado a *exceptio rei indicatae vel in iudicium deductae*⁴.

E, porque se trata de uma *exceptio*, apenas necessária nas *actiones in factum*⁵, outra conclusão não é possível: as *actiones adiecticiae qualitatis* são *actiones in factum*.

É certo que o pretor utilizou a expressão «*si paret L. Titium magistrum Ao. Ao. x milia dare oportere*»; todavia, trata-se de uma expressão simples que abrange e substitui a enumeração de factos quase inumeráveis que, se não fossem substituídos, evidenciariam aquela natureza *in factum* da fórmula⁶.

§ 11.2.3.3 A necessidade de determinarmos a verdadeira natureza da fórmula das *actiones adiecticiae qualitatis* para

³ Cfr. D. 15,1,30,4. Vid. POKROWSKY, o.c. 49-51.

⁴ POKROWSKY (o.c. 42 e 52) encontra apoio em D. 44,2,21,4, texto que parece ter sido esquecido pelos AA. que se lhe opõem.

⁵ POKROWSKY (o.c. 56) cita GAIUS 4,107.

⁶ Vid. POKROWSKY, o.c. 57. Também RICCOBONO (*Corso*, cit. 107) considera serem *in factum* as *actiones adiecticiae qualitatis*. Cfr. ainda, *supra* § 11.2.3.1⁵, as doutrinas de BRINZ e de MANDRY.

sabermos o que as separa e aproxima das *actiones ficticiae*, impõem-nos a incómoda tarefa de analisar criticamente ambas as doutrinas.

Começemos pela de KELLER.

É certo que, sendo uma *obligatio* a obrigação (novada) do *institor*; e porque esta fundamenta a responsabilidade do *dominus negotii*¹, deve ser *in ius* a *actio institoria* a que ULPIANUS (D. 14,3, 13,1) se refere.

É igualmente certo que, sendo *institor* um *servus*, para que a *obligatio* do *dominus* fosse *civilis*, igual carácter deveria ter a obrigação contraída pelo *servus*: para tal, era absolutamente necessário fingir a sua *libertas* pois, doutro modo, só *naturaliter* se obrigaria². Destarte, tudo faz pensar que *ficticiae* tenham sido as *actiones* referidas nos fragmentos citados por LENEL. Ora, as *actiones ficticiae* eram materialmente *actiones in ius conceptae*³.

No entanto, à doutrina de LENEL — principal seguidor de KELLER — opõe-se a circunstância de também algumas *actiones in factum* terem sido concedidas em via *adiecticia* contra o *dominus negotii*⁴, facto que permite retirar a esta doutrina (dominante) o aspecto genérico da sua explicação.

Mas, se a doutrina de LENEL se revela parcialmente errada, também a de POKROWSKY é susceptível de crítica, embora diferente: enquanto a primeira vê fórmulas *in ius* em todas as *actiones adiecticiae*, a segunda considera-as *in factum*.

É certo, a *actio de peculio* nem sempre é susceptível de *consumptio ipso iure*: sempre o demandante pode voltar a accionar o *dominus negotii*, embora, tão-só, «*de residuo debiti*» (D. 15,1,30,4), o que se explica por se tratar de uma *actio* em que a sua

¹ Vid. D. 14,3,1: «*Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri...*».

² Vid. SANTOS JUSTO, o.c. 25⁴⁶; e DEKKERS, o.c. 168.

³ Como sabemos, a *fictio* visava afastar os obstáculos à aplicação das *actiones civiles*, considerando existentes ou inexistentes os requisitos *iure civili* impostos.

⁴ Assim: a *actio redhibitoria* (D. 15,2,2pr.; -21,1,23,4; -21,1,57,1), a *actio ex iureiurando* (D. 12,2,22), a *actio de pecunia constituta* (D. 13,5,1,3; -15,3,15), etc. Vid. VALIÑO, *Las Relaciones Basicas*, cit. AHDE 38(1968) 464.

responsabilidade é limitada ao valor do *peculium* e este poder ser enriquecido.

É igualmente certo que, em D. 44,2,21,4, POMPONIUS refere uma exceção «*de re iudicata*» oponível a uma *actio de peculio*.

Simplemente, concluir que são *in factum conceptae* as *actiones adiecticiae* só porque a *consumptio* nem sempre tem lugar (na *actio de peculio*) *ipso iure*, mas em via de *exceptio*, é, parece-nos, uma conclusão algo apressada e simplista que urge esclarecer.

Por outro lado, que a expressão «*si paret L. Titium magistrum Ao. Ao. x milia dare oportere*» abranja e substitua a referência a factos — quais a *praepositio*, o *iussum*, a *concessio peculii*, o *in rem verso* — não parece certo, visto que uma coisa é a *obligatio* assumida pelo agente (*institor*, *magister navis*, etc.) e que figura na *intentio*; e outra, bem diferente, é a *praepositio*, o *iussum*, etc. que tem o seu *locus* próprio na *demonstratio* e cujo âmbito e regularidade formal — incluindo a publicidade — o *iudex* terá de provar para determinar a sua sentença.

Quiçá influenciado pela conclusão errada de que todas as *actiones praetoriae* — incluindo, portanto, as *actiones ficticiae* — são *in factum conceptae*⁵, POKROWSKY não teve em devida conta a especificidade das *actiones* transmitida pelo aditamento «*dumtaxat*»; e, destarte, foi levado a excluir a *consumptio ipso iure* mesmo nas *actiones adiecticiae* em que a responsabilidade do *dominus negotii* é *in solidum*: na *actio institoria*, na *actio exercitoria* e na *actio quod iussu*.

No caso da *actio de peculio*, a faculdade de o demandante poder voltar a accionar — só possível em virtude de a *consumptio* não funcionar *ipso iure* — em relação à *pars debiti* não-satisfeita explica-se por se tratar de uma *actio sui generis* em que o *dominus negotii* só responde até ao montante do pecúlio. Nesta *actio*, a que o pretor juntava a disposição «*cum taxatione*», não podemos falar verdadeiramente de uma *novatio* (necessária), efeito da *litiscontestatio*: se o credor invoca a *obligatio* de 100 e o pretor ordena ao juiz a condenação até ao valor do pecúlio; se este totalizar 50, aquela *obligatio* só parcialmente será novada pela nova obrigação

⁵ Vid. *supra* § 10.2.1.

assumida pelo demandado de satisfazer até ao montante do pecúlio.

Não havendo *novatio* e ficando a *obligatio* reduzida ao valor que excedia o pecúlio, a *consumptio* só funcionava, em relação à nova *obligatio*, até ao valor do pecúlio; por isso, se compreende a opinião de ULPIANUS acerca do resíduo do débito (D. 15,1,30,4) e havemos de limitar a *exceptio de re iudicata* (D. 44,2,21,4) à *actio* cuja *obligatio* foi assumida na *litiscontestatio*.

E porquê a *exceptio*?

Naturalmente, haveria que provar o aumento ocorrido posteriormente (depois da instauração da primeira *actio*) no *peculium*. Se, apenas nesta circunstância e limitadamente ao valor do aumento, o *dominus negotii* responderia, idêntica seria a responsabilidade do *fideiussor*⁶. Porém, como esse incremento do pecúlio carecia de prova, o pretor devia utilizar não a *denegatio* — instrumento típico da *consumptio ipso iure* —, mas a *exceptio de re iudicata*.

Posta assim esta questão e explicada a *exceptio* pelo carácter *sui generis* das *actiones cum taxatione*, não temos que aderir à doutrina de POKROWSKY: nem todas as *actiones adiecticiae* são *in factum* e, desde logo, não o são as *actiones* em que a doutrina dominante reconhece a ficção «*si liber esset*».

Recusadas ambas as doutrinas, importa, todavia, determinar a verdadeira natureza da fórmula das *actiones adiecticiae qualitatis*.

Que umas sejam *in ius*, opina, com acerto, a doutrina dominante defendida por LENEL. Mas que as haja também *in factum conceptae*, não temos dúvidas. Com efeito, tanto a *actio redhibitoria*, como a *actio ex iureiurando* e a *actio de pecunia constituta* são *actiones honorariae* e, se a primeira é uma criação dos *edís curiis*, as restantes são *actiones in factum*⁷.

VALIÑO, cujo mérito reside em referir *actiones in factum* outorgadas adiecticiamente, justifica esta concessão na circuns-

⁶ Assim a justifica a acessoriedade da *fideiussio*. Cfr. CRUZ, *Direito*, cit. 240-241.

⁷ Vid. *supra*, a nota 4. Acrescentar-se-á a *actio* dita *civilis in factum* (D. 19,5,1,1) cuja natureza *in factum* não oferece dúvidas, como vimos *supra* § 10.2.3.

tância de algumas *actiones in factum* terem um *oportere*; e situa-as numa zona limite entre as acções civis e as acções pretórias⁸.

Porém, ver um *oportere* nas *actiones in factum* — quiçá para contornar o obstáculo de HUVELIN para quem estas *actiones* não podiam ser concedidas em via adjectícia por carecerem dum *oportere* — é, parece-nos, violentar a natureza da *actio in factum*, cuja existência se explica justamente pela ausência de um *oportere*, fundamento de uma *actio in ius*⁹.

A explicação é necessariamente diferente.

Não sendo as *actiones adiecticiae* «*se non adattamenti dell'azione tipica che normalmente sanziona l'obbligo derivante dal negozio concluso*»¹⁰; e podendo essa *actio* típica ser tanto *in ius* — se fundada numa *obligatio* gerada por um negócio jurídico civil — como *in factum* — se baseada numa responsabilidade derivada dum negócio jurídico próprio do *ius praetorium* —, tudo está em conhecer se tais «*adattamenti*» alteram ou não a natureza da *actio* adaptada.

Ora, sabendo nós que se traduzem na referência à *praepositio* (no caso das *actiones institoria* e *exercitoria*) ou na alusão a outros factos que tem lugar na *demonstratio*¹¹ e numa «*Wechsel im Subjekt*» como esclarecidamente nota KASER¹², é evidente que esses «*adattamenti*» não alteravam a natureza da *actio* típica e, destarte, as *actiones adiecticiae* podiam ser igualmente *in ius* e *in factum*.

Perguntar-se-á se o pretor tinha necessidade de adaptar uma *actio in factum* (pré-existente) e por que não criava uma (nova) *actio in factum* ajustada ao (novo) facto a disciplinar.

⁸ Vid. VALIÑO, *Las Relaciones Básicas*, cit. AHDE 38(1968) 464 e 475.

⁹ O próprio VALIÑO (*Actiones Utiles*, cit. 344 e 351) justifica as *actiones in factum* referidas em D. 11,3,14,1 e em D. 10,4,16 na ausência dum *oportere*.

Sobre *oportere*, vid. CRUZ, *Direito*, cit. 335; e LENEL, o.c. 269.

¹⁰ Vid. BURDESE, o.c. 593; e *supra* § 11.2.2.

¹¹ Vid. LENEL, o.c. 259-260.

¹² Vid. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. 262.

A resposta é, todavia, fácil.

Há, no *edictum*, devidamente fixadas e consagradas — porque outorgadas várias vezes com êxito — *actiones in factum*, algumas até com nome próprio, cuja aplicação é absolutamente satisfeita com uma ou outra alteração simples que não prejudica a sua configuração originária. Se, v. g. a *actio ex iureiurando* era outorgada contra o *filius* ou *servus* que realizou um *iusiurandum*, para quê elaborar uma nova *actio (in factum)* se bastava uma simples adaptação da sua (originária) fórmula?

Sempre essa nova *actio* iria complicar — seria mais uma — o sistema pretório e, porque desnecessária, atentaria contra a lei da economia lógica, segundo a qual «*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 maitresse*»¹³.

Podíamos, destarte, afirmar, desde já, que as *actiones adiecticiae qualitatis* são meras *actiones* cuja adaptação não prejudica a sua natureza (civil ou *in factum*) originária. No entanto, urge analisar, embora sucintamente, as suas várias espécies.

Estabeleceremos, então, a sua natureza.

§ 11.2.4.1 A *actio quod iussu* — já conhecida de LABEO¹ — era outorgada contra o *pater* ou *dominus* que autorizou — dando um *iussum* — um *filius* ou um *servus* a celebrar um negócio jurídico².

Esta autorização responsável — *iussum* —, que devia ser um convite dirigido ao terceiro contraente e no qual o *pater* ou o *dominus* declarava a sua *voluntas* de assumir as consequências da obrigação contraída pelo *filius* ou *servus*³, fundamentava a

¹³ Vid. IHERING, o.c. 235.

¹ Vid. D. 15,4,1,9.

² Cfr. GAIUS 4,70. vid. GUARINO, *Actiones 'Adiecticiae'*, cit. 272; IGLESIAS, o.c. 392; RICCOBONO, *Corso*, cit. 109; e CRUZ, *Direito* cit. 242 e 338.

responsabilidade do *pater* ou *dominus* que era *in solidum* e *in perpetuum*⁴.

Na opinião de VALIÑO, que neste aspecto segue PERNICE, a *actio quod iussu* não se aplicava nos actos de crédito, onde funcionava a *condictio* directamente contra o *pater* ou *dominus*; a sua esfera de aplicação teriam sido os contratos não enquadráveis na *praepositio*, ou seja, os contratos isolados não relacionados com uma *negotiatio* estável e contínua⁵.

Importa, todavia, determinar a natureza da sua fórmula.

Segundo VALIÑO, tinha por modelo a fórmula da *actio directa* outorgada contra o *filius* ou *servus*. A sua versão teria sido:

Iudex esto.

Quod iussu Ni. Ni. As. As. Gaio, cum is in potestate Ni. Ni. esset, togam vendidit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem Gaium filium Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona, eius Nm. Nm. patrem Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito.

Em relação à *actio venditi*, merecem destaque a referência, na *actio quod iussu*, ao *iussum* do *paterfamilias* e a transposição de nomes: na *intentio*, aparece o do *filiusfamilias* e, na *condemnatio*, o do seu *pater*⁶.

³ No entanto, a *ratihabitio* feita pelo *pater* ou *dominus* e comunicada ao terceiro valia o mesmo que um *iussum* pré-existente: D. 15,4,1,6. Vid. VALIÑO, *Las Acciones Adiecticiae*, cit. AHDE 37(1967) 420.

Quanto ao formalismo, depreende-se do D. 15,4,1,1 que era válido um *iussum* não formalmente expresso.

⁴ Vid. DEKKERS, o.c. 163; e D'ORS, *Derecho*, cit. 231.

⁵ Cfr. D. 15,4,5pr. Vid. VALIÑO, *Las 'Acciones Adiecticiae'*, cit. AHDE 37(1967) 407-409 e 429-431.

Este A. observa também (em *Las Relaciones Básicas*, cit. AHDE 38(1968) 403), que a *actio pro socio* era directa e não adjecticiamente outorgada contra o *pater* ou *dominus*: D. 17,2,84.

⁶ Com uma alteração insignificante, esta fórmula distingue-se da reconstruída por LENEL (o.c. 278). Vid. VALIÑO, *Las 'Acciones Adiecticiae'*, cit. AHDE 37(1967) 436.

Mantém-se inalterada a *intentio* da *actio* (*directa*) e, destarte, a natureza *in ius* desta *actio* estende-se à *actio adiecticia*⁷.

§ 11.2.4.2 Outra modalidade das *actiones adiecticiae* é a *actio institoria* outorgada a favor do terceiro e contra um *pater* ou *dominus* em relação a dívidas contraídas por um *filius* ou *servus* no exercício de uma actividade comercial terrestre¹.

Tinha dois pressupostos: a *praepositio* de um indivíduo livre ou escravo² no exercício de uma determinada actividade comercial; e a conclusão, pelo *institor*³,

⁷ No caso de a *res* ser vendida a um *servus*, terse-ia de acrescentar a ficção «*si liber esset*».

DEKKERS (o.c. 171-172) reconstrói a sua fórmula: «*Quod iussu Ni. Ni. As. As. Stichus, cum is in potestate Ni. Ni. esset, togam vendidit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem, si Stichus liber fuisset ex iure Quiritium, heredem eius dare facere oporteret ex fide bona, eius iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; s.n.p.a.*».

Sobre a necessidade da *factio*, vid. LENEL, o.c. 278.

¹ Cfr. GAIUS 4,71. Vid. BURDESE, o.c. 596; RICCOBONO, *Corso*, cit. 111; BIONDI, *Istituzioni*, cit. 119; e SOHM, o.c. 433.

² Sendo livre, o *institor* podia ser *sui iuris*, *alieni iuris*, *pubes* e *impubes*. Todavia, como o *impubes* não podia obrigar-se *ex iure civili* (só a partir de Antonino Pio se vinculava civilmente, mas só até ao valor do seu enriquecimento) e, portanto, era impossível demandar o *pater* por uma dívida inexistente, teria sido necessária a ficção «*si pubes fuisset*».

Esta *factio* terá sido eliminada pelos compiladores, sobretudo em D. 14,3,7,2 e D. 14,3,8. Vid. DEKKERS, o.c. 171; e LENEL, o.c. 265.

Sendo escravo, teria lugar a ficção «*si liber esset*», não estando excluída a ficção «*si liber fuisset*» e até a ficção «*si liber fuisset et esset*».

Vid. *supra* § 11.2.3.1 e ainda: DEKKERS, o.c. 168-170; RICCOBONO, *Corso*, cit. 115-117; e DE MARTINO, F., *Ancora sull'Actio Exercitoria* em *Labeo* 4(1958) 285-288. Cfr. D. 14,3,11,8; -14,3,12; -14,3,13pr.; -41,4,9,10.

³ Em sentido técnico, *institor* era, em Roma, alguém proposto para dirigir uma actividade negocial comercial terrestre (embora sem ter uma sede fixa) ou para realizar um determinado negócio: D. 14,3,3; -14,3,4; -14,3,18; GAIUS 4,71.

No entanto, depressa este conceito se dilatou. Já SERVIUS considerou *institor* o *insularius* (administrador de um edifício dividido em apartamentos locados) e LABEO viu *institores* no *praepositus pecuniis*

de negócios respeitantes a essa actividade prevista na *prae-sitio*⁴.

Esta *actio* — já conhecida de Servius Sulpicius RUFUS⁵ — tem a sua origem, pelo menos, no séc. I a.C. e o *dominus negotii* respondia *in solidum* juntamente com o *institor*; mas o credor só podia demandar um ou outro⁶.

faenerandis e no *agris colendis* (D. 14,3,5,2). Mas a extensão não parou.

Inicialmente, esse encargo era atribuído a um dependente (*filius* ou *servus*) do proponente e, depois, tornou-se hábito propor, como *institor*, uma pessoa livre independente e até mesmo escravos alheios: D. 14,3,1pr.; -14,3,7,1; -14,3,17,1; -14,3,19,1.

O *institor* foi, em Roma, um dos instrumentos principais do desenvolvimento económico e embrião da futura representação directa.

Vid. SERRAO, *Institore*, cit. 827-828; CERVENCA, G., *Institore (Diritto Romano)* em NNDI 8 (1962) 756; VALIÑO, *Las 'Acciones Adiecticiae'*, cit. AHDE 37(1967) 358; e DE MARTINO, *Studi*, cit. 205.

⁴ A *praepositio* era um pressuposto verdadeiramente essencial, pois dela — da sua publicidade e do seu conteúdo — dependia a responsabilidade do *dominus negotii*. Na verdade, este só respondia se e enquanto o *institor* tivesse agido segundo a *condicio praepositionis*, ou seja, nos limites assinalados pelo proponente: D. 14,3,5,11.

VALIÑO diz-nos que a *praepositio* significa colocação para funções permanentes; que é essencial ter o *institor* realizado negócios para os quais tivesse sido proposto; e que, para se falar de *praepositio institoria*, se requer a ideia de uma empresa mercantil voltada para um lucro (*quaestus*). Quanto à sua publicidade, a *condicio praepositionis* devia ser redigida em termos claros e legíveis na língua do lugar: era um édito fixado na porta da taberna (D. 14,3,11,2-5; -15,1,47pr.).

Vid. VALIÑO, *Las 'Acciones Adiecticiae'*, cit. AHDE 37(1967) 356-357 e 358-362 e *Las Relaciones Básicas*, cit. AHDE 38(1968) 377-378. Cfr. ainda VOCI, *Istituzioni*, cit. 448; SERRAO, *Institore*, cit. 829; e CERVENCA, *o.c.* 756-757.

⁵ Cfr. D. 14,3,5,1.

⁶ Vid. VOCI, *Istituzioni*, cit. 448; BURDESE, *o.c.* 596; e LONGO, G., *'Actio Exercitoria'*, cit. 603.

Um problema não insensível à doutrina (que a leva a ver a realização imperfeita do princípio da representação) reside na responsabilidade dos terceiros pelos seus débitos contraídos junto dum *institor* que não está *in potestate* do *dominus negotii*.

SERRAO (*Institore*, cit. 832) fala duma representação imperfeita, visto que o proponente só podia demandar o *institor* (sendo *sui iuris*) ou o seu

Qual a natureza da sua fórmula?

Como SERRAO observa, não era uma *actio a se*, mas a *actio* que nascia da relação substancial, adaptada de modo a ser dirigida contra o proponente. Esta adaptação obteve-se através de uma fórmula com transposição de nomes: na *intentio*, figurava o do *institor*; e, na *condemnatio*, o do proponente⁷.

E que assim é, logo nos damos conta na redacção da sua fórmula⁸.

Podemos concluir: não sendo uma acção *a se*, mas a própria *actio* derivada do negócio jurídico realizado pelo *institor* com breves adaptações que não alteram a sua natureza, a *actio institoria* é aquilo que esta for: *in ius* ou *in factum concepta*⁹.

§ 11.2.4.3 A outra *actio adiecticiae* relacionada com a actividade comercial não-terrestre, mas marítima, é a *actio exercitoria*.

dominus (se fosse escravo), respectivamente com a *actio mandati* e com as *actiones de peculio* e *de in rem verso*. No entanto, diz, inclina-se para a doutrina de RICCOBONO que, apoiado em MARCELLUS (D. 14,3,1), admite a concessão dum *actio* cuja fórmula tem, na *intentio*, o nome do *institor* e, na *condemnatio*, o do proponente.

ORESTANO (o.c. 799) pensa que o pretor outorgava ao proponente *actiones utiles* contra o terceiro se o *institor (sui iuris)* o não pudesse demandar por falecimento ou ausência (D. 14,3,2; -46,5,5).

⁷ Vid. SERRAO, *Institore*, cit. 830. Esta é, aliás, uma doutrina pacífica.

⁸ Vid. *supra* § 11.2.3.3¹⁴.

No caso de o *institor* ser um escravo, DEKKERS (o.c. 171) apresenta a seguinte fórmula: «*Quod As. As. de Stichum, cum is a No. No. tabernae instructae praepositus esset, eius rei nomine decem pondo olei emit, q.d.r.a, quidquid ob eam rem Stichum, si liber esset ex iure Quiritium, Ao. Ao. dare facere oporteret ex fide bona, eius iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; s.n.p.a.*».

⁹ Vid. *supra* § 10.2.3.3; e DEKKERS, o.c. 165.

Trata-se de uma acção concedida pelo pretor a um terceiro para demandar o *dominus* ou *pater* — *exercitor*¹ — pelas dívidas provenientes de negócios realizados pelo seu escravo ou *filius* — o *magister navis*² — com base nos poderes concedidos na *praepositio*³.

¹ Nas fontes romanas, *exercitor* é o armador do barco. Podia ser proprietário ou locatário e sê-lo-ia se alugasse o barco para uma viagem isolada ou várias viagens: D. 14,1,1,15.

A locação devia ser *per aversionem*, ou seja, em bloco, de modo que toda a gestão pertencesse ao *exercitor*.

Vid. DE MARTINO, F., '*Exercitor*' em NNDI 6 (1960) 1088; e VALIÑO, Las '*Acciones Adiecticiae*', cit. AHDE 37(1967) 381.

² O *Magister navis* era o comandante do barco, cabendo-lhe dirigir os negócios da empresa navegadora. Nomeadamente, contratar os serviços técnicos dum *gubernator* (responsável técnico pela navegação), quando não desempenhasse também estas funções; celebrar contratos para transporte de mercadorias (*locatio conductio operis*); adquirir coisas úteis à navegação; reparar o barco; contratar *nautae*; etc. Cfr. D. 14,1,1,7.

Inicialmente, os *magistri* eram indivíduos dependentes da *potestas* do *exercitor* (*filius* e *servi*) e, posteriormente, pessoas estranhas (*sui iuris* e *servi alieni*).

Vid. DE MARTINO, '*Exercitor*', cit. 1089; GUARINO, '*Acciones Adiecticiae*', cit. 271 e '*Magister*' e '*Gubernator Navis*' em *Labeo* 11(1965) 36-42; e VALIÑO, *Las Relaciones Básicas*, cit. 380.

³ A *praepositio* é, também aqui, um pressuposto essencial da responsabilidade do *exercitor*. Não só faz nascer a *obligatio exercitoris*, como define os seus limites: a *actio exercitoria* somente é outorgada nos contratos que reentrem nos poderes concedidos ao *magister*.

Na época clássica, esses limites eram mui rigorosos, sendo especificamente enumeradas as actividades permitidas ao *magister*. Todavia, porque podia surgir a necessidade de realizar actos ou contrair obrigações não previstas na *praepositio*, a doutrina tratou de os dilatar.

As fontes dão-nos conta das suas preocupações a respeito de um mútuo. Em face de uma corrente para a qual o *exercitor* só responderia se a *pecunia* tivesse sido realmente utilizada na reparação do barco, exigência que dificultava a realização desses mútuos, OFELIUS formulou uma teoria, segundo a qual bastava que o *magister* elaborasse uma *lex contractus* obrigando-se a aplicar o dinheiro mutuado na reparação do barco: D. 14,1,1,8.

Por sua vez, IULIANUS terá sustentado uma tese mais rígida: não basta aquela *lex contractus*; é necessário ver se o barco se encontrava

Esta *actio* — na qual o *exercitor* respondia *in solidum* com o *magister*⁴ — terá sido criada nos finais do séc. II a.C. por exigência das crescentes necessidades do tráfico marítimo⁵ e, como na *actio institoria*, também a sua fórmula apresenta uma adaptação simples relativamente à fórmula da *actio instaurável* contra o *magister navis*, de modo que participa inteiramente da sua natureza: *in ius* ou *in factum concepta*.

efectivamente, em condições de ser reparado: D. 14,1,7pr. Neste caso, a *actio* a outorgar seria *utilis*.

Para DE MARTINO, a concessão da *actio exercitoria* em via *utilis* mostra que o mútuo puro e simples não fundava a responsabilidade do *exercitor* que só teria lugar se o *magister* tivesse utilizado o dinheiro na reparação. A *actio utilis* fundar-se-ia numa *stipulatio*, através da qual o *magister* teria prometido ao mutuante utilizar a *pecunia* na reparação do barco.

Contra esta opinião, PUGLIESE entende que *utiliter acturum* não significa *actio utilis*, mas agir válida, eficazmente. IULIANUS não considerava suficiente a declaração do *magister*, exigindo que o mutuante tivesse razões para acreditar, enquanto o barco tivesse, efectivamente, necessidade de reparação. Há um elemento objectivo na exigência de IULIANUS, qual a necessidade real da reparação.

DE MARTINO contestou e, vendo na *praepositio* um elemento essencial da responsabilidade do *exercitor*, reafirma a existência da *actio utilis*.

É evidente que as divergências assentam na diferente interpretação da *praepositio*: se, no seu âmbito, puder incluir-se a realização de mútuos, *utilis* terá o sentido de *actio exercitoria* eficaz; porém, se não puder incluir-se, então esta *actio* só poderá ser, tecnicamente, uma *actio utilis*.

Neste caso, todavia, não se justifica uma *fictio*: em causa estava uma *obligatio (civilis)* e os requisitos (o alcance da *praepositio*) originariamente exigidos pertenciam ao *ius praetorium*; por isso, a sua dilatação, sendo estranha ao *ius civile*, não carecia de ser fingida.

Vid. *supra* § 9.4.2.4 e ainda: DE MARTINO, 'Exercitor', cit. 1089-1090, *Studi*, cit. 9-12 e *Ancora*, cit. 274-288; e PUGLIESE, G., *In Tema di 'Actio Exercitoria'* em *Labeo* 3(1957) 311-320.

⁴ Cfr. GAIUS 4,71. Vid. GUARINO, 'Actiones Adiecticiae', cit. 271; e VALIÑO, *Las 'Actiones Adiecticiae'* cit. *AHDE* 37(1967) 382.

⁵ Assim, VALIÑO, *Las 'Actiones Adiecticiae'*, cit. *AHDE* 37(1967) 345 e 383; SOLAZZI, S., *L'Età dell'Actio Exercitoria'* em *RDN* 7(1941) 181 e 212; DEKKERS, *o.c.* 163; e DE MARTINO, 'Exercitor', cit. 1089.

Na verdade, a *intentio* baseava-se na obrigação do *magister* e, se é certo que estamos reduzidos «*auf Erwägungen allgemeiner Natur*», não o é menos que as podemos retirar, por analogia, «*über die 'actio institoria'*»⁶.

§ 11.2.4.4 É igualmente uma *actio adiecticia* a *actio de peculio* outorgada pelo pretor aos credores de um *filius* ou *servus* para accionarem o *pater* ou *dominus* no caso de lhe ter atribuído um *peculium* dito *profectium*.

Como VALIÑO refere, tornou-se prática corrente a atribuição de *peculia* que oferecia ao *pater* (ou *dominus*) mais vantagens do que uma simples *praepositio*. Efectivamente, o *sub potestate* podia actuar sob o estímulo da obtenção de um ganho pessoal e, por outro lado, o *pater* (ou *dominus*) não só evitava vigiar a actividade do *filius* (ou *servus*), mas também via a sua eventual responsabilidade limitada ao montante do pecúlio¹.

Na verdade, ao conceder um *peculium*² ao *sub potestate*, o *pater* (ou *dominus*) estava a abrir, como refere GUARINO, uma espécie de «abertura de crédito», de modo que os credores só

⁶ Vid. LENEL, *o.c.* 258; e *supra* § 11.2.4.2.

Quanto às relações entre o *exercitor* e o *magister extraneus*, eram concedidas as *actiones locati* e *mandati*. Por vezes, o terceiro contraente podia ser demandado com uma *actio translativa* (D. 14,1,1,18). Vid. DE MARTINO, 'Exercitor', cit. 1092.

¹ Vid. VALIÑO, *Las 'Actiones Adiecticiae'*, cit. AHDE 37(1967) 391; e VOLTERRA, *o.c.* 55.

² O *peculium* a que nos referimos é um «capital» constituído pelo *pater* (ou *dominus*), com bens seus, a favor do *filius* (ou *servus*) para lhe fornecer os meios necessários ao desenvolvimento da actividade comercial. Excluimos, portanto, o outro *peculium*: o constituído pelo *filius* (ou *servus*) com as suas próprias forças ou donativos, sob autorização do *pater* (ou *dominus*).

Se, neste caso, o *peculium* é juridicamente propriedade do *pater* (ou *dominus*), de facto pertence ao *sub potestate*. A sua defesa, perante o egoísmo do *pater* (ou *dominus*) era assegurada pelo sentimento unânime de reprovação social. Mais tarde, Marco Aurélio ordenou ao *praefectus urbi* que recebesse a *querela* dos *servi* contra os *domini*, por os não terem manumitido depois de aceitarem o *peculium*.

Vid. VOLTERRA, *o.c.* 55.

podiam demandar o *dominus peculii* (o *pater* ou o *dominus*) até ao valor do pecúlio ³.

Esta *actio*, já conhecida de SERVIVS, tinha o carácter de acção geral e natureza não-mercantil. Era concedida em virtude dos negócios realizados por um *filius* (ou *servus*) na falta de *praepositio* ou de *iussum*. O seu pressuposto era a existência de um *peculium profecticium* que justificava e limitava a responsabilidade do *dominus* (*pater* ou *dominus*) *peculii*. Para determinar o seu valor, o *dominus* tinha a faculdade de retirar os seus créditos, mas era obrigado a computar o montante dos seus débitos e mesmo quanto houvesse dolosamente subtraído ⁴.

Não havia uma situação de concurso entre os credores: regia o critério de prioridade (temporal) e quem instaurasse esta *actio* após a extinção do *peculium* não obteria qualquer satisfação ⁵.

Tal como as restantes *actiones adiecticiae*, não era uma acção *a se*, mas a própria *actio* resultante do contrato realizado pelo *sub potestate* ⁶ com uma adaptação simples e breve, insusceptível de lhe transmitir uma natureza diferente ⁷.

³ Vid. GUARINO, '*Actiones Adiecticiae*', cit. 272-372. Cfr. ainda RICCOCONO, *Corso*, cit. 108.

⁴ Cfr. GAIUS 4,73 e o D. 15,1,21pr. Vid. GUARINO, '*Actiones Adiecticiae*', cit. 272; BURDESE, *o.c.* 593-594; VALIÑO, *Las 'Actiones Adiecticiae'*, cit. AHDE 37(1967) 391-392; e SOHM, *o.c.* 431-432.

⁵ Cfr. D. 15,1,10. Vid. GUARINO, '*Actiones Adiecticiae*', cit. 272; GIRARD, *o.c.* 811; e VALIÑO, *Las 'Actiones Adiecticiae'*, cit. AHDE 37(1967) 391-392.

⁶ Isto mesmo verifica DEKKERS (*o.c.* 166-167), para quem a *actio de peculio* é apenas «un dérivé, un effet réflexe, de l'action directe donnée contre le contractant sous puissance».

Frequentemente, a *actio de peculio* é até qualificada segundo a *actio directa* outorgada contra o *sub potestate*: «de peculio actio mandati» (D. 15,1,3,7); «in actione de dote (...) de peculio conveniretur» (D. 15,1,36); «... et ago depositi de peculio» (D. 15,1,38pr.); etc.

⁷ Basta comparar as fórmulas da *actio depositi* (*directa*) e da *actio de peculio*, adaptação daquela. A primeira era, segundo GAIUS (4,47):

Iudex esto.

Quod As. As. apud Nm. Nm. mensam argenteam deposuit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere

§ 11.2.4.5 Outra *actio adiecticia* é a *actio de in rem verso* outorgada pelo pretor contra o *pater* (ou *dominus*) em relação a uma dívida contraída por um *filius* (ou *servus*) e da qual o demandado obteve um enriquecimento.

Era instaurável na ausência duma *praepositio*, dum *iussum* e dum *peculium*, tendo apenas, como pressuposto e limite (da *condemnatio*), a existência de um enriquecimento no património do *pater* (ou *dominus*) demandado¹.

oportet ex fide bona, iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato, nisi restituat; si non paret, absolvito.

A segunda, reconstruída por LENEL, era a seguinte no caso de o *sub potestate* ser um escravo:

Iudex esto:

Quod As. As. apud Stichum, qui in Ni. Ni. potestate est, mensam argenteam deposuit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem Stichum, si liber esset ex iure Quiritium, Ao. Ao. dare facere oporteret ex fide bona, eius iudex Nm. Nm. Ao. Ao. dumtaxat de peculio et si quid dolo malo Ni. Ni. factum est, quo minus peculii esset vel si quid in rem Ni. Ni. inde versum est, condemnato; s.n.p.a.

A *intentio* (exceptuando a *fictio*) e a *demonstratio* (salvo a relação de dependência) são as mesmas. Relevante é o aditamento, na *condemnatio*, da limitação «*dumtaxat de peculio*» e a transposição de nomes: na *intentio*, o *sub potestate*; na *condemnatio*, o *dominus peculii*.

A mesma adaptação devia ocorrer na fórmula *in factum* da *actio depositi*.

Todavia, VALIÑO inclina-se a pensar que as *actiones in factum depositi* e *commodati* eram concedidas directamente contra o *pater*; não haveria lugar, portanto, para a *actio de peculio*.

Vid. LENEL, *o.c.* 282; SCHULZ, *o.c.* 148; e VALIÑO, *Las Relaciones Básicas*, cit. 419. Como veremos *infra* § 11.2.4.5, discordamos da cláusula «*vel si quid in rem Ni. Ni. inde versum est*».

¹ Na opinião da VALIÑO, os jurisconsultos preocupavam-se em determinar quando o acto do *sub potestate* produziu o enriquecimento no património do *pater*. Este enriquecimento tanto podia ser positivo como negativo (quando, *v. g.* se evita um desembolso). Vid. VALIÑO, *Las 'Actiones Adiecticiae'*, cit. AHDE 38(1968) 397-400.

A doutrina (talvez) dominante, que aceitou, decerto acriticamente, a tese de LENEL, entende que se tratava da *actio de peculio* com uma *condemnatio* dupla, na qual o *iudex* era convidado a condenar nos limites do enriquecimento e, na eventualidade de este ser inferior ao débito, até ao valor do pecúlio².

Não falta, todavia, quem defenda expressamente que se tratava de uma *actio* diferente, com a sua fórmula própria³, ou manifeste, de algum modo, a mesma opinião⁴.

Entusiástico defensor da doutrina de LENEL, que diz ter lucidamente demonstrado a existência de uma única fórmula, SOLAZZI reconhece, nos textos, uma *actio de peculio* pura⁵, mas rejeita a possibilidade de uma *actio de in rem verso* igualmente pura⁶. Baseado em GAIUS (4,74) e nas *Institutiones* de Justiniano (I. 4,7,4 e ss.), SOLAZZI entende que o *habere peculium* é

² Assim, BURDESE, *o.c.* 593; e GIRARD, *o.c.* 710.

Há, todavia, quem entenda que respondia, primeiro, nos limites do pecúlio e, só depois, nos limites do enriquecimento. Assim, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 95.

Limitam-se a referir a existência duma única fórmula: ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, *o.c.* 707; e IGLESIAS, *o.c.* 391.

LENEL (*o.c.* 276-280) fala-nos duma única fórmula, mas não considera surpreendente a existência, nas fontes, de exemplos de uma *actio de peculio* pura e duma *actio de in rem verso* igualmente pura. Na sua opinião, quando um litigante queria renunciar a uma ou a outra das cláusulas, o pretor nada tinha a objectar contra essa separação.

³ Assim LONGO, para quem a *actio de in rem verso* deve ser entendida como uma verdadeira e própria acção de enriquecimento. Fundados motivos textuais aconselham a ver separadas a *actio de in rem verso* e a *actio de peculio*.

Vid. LONGO, G., *Appunti Critici in Tema di Peculio em SDHI* 1(1935) 404.

⁴ Parece-nos ser o caso de: VOLTERRA, *o.c.* 55; SOHM, *o.c.* 433; MURGA, *o.c.* 75; FUENTESECA, *o.c.* 39; D'ORS, *Derecho*, cit. 78 e 231; e CRUZ, *Direito*, cit. 338.

⁵ SOLAZZI cita: D. 15,2,1,10; -15,3,19. Vid. SOLAZZI, S., *Peculio e 'in rem verso' nel Diritto Classico em Studi Brugi* (1910) 205-211.

⁶ Os textos (D. 15,3,1,1; -15,3,10,3; -15,3,14) não provam a existência duma *actio de in rem verso* pura. Vid. SOLAZZI, *Peculio*, cit. 212-215.

pressuposto comum à *actio de peculio aut de in rem verso*, não bastando o enriquecimento do *pater*; deste modo, julga impossível a instauração da *actio de in rem verso* pura, ou seja, sem qualquer referência ao pecúlio⁷.

A prova mais acabada da sua doutrina, vê-a SOLAZZI nos dois textos de SCAEVOLA (D. 15,3,20pr.; -15,3,21) onde a *actio de in rem verso* é qualificada de *utilis*. Porquê? «Perchè, entende SOLAZZI, *la figlia non aveva un peculio*». Se era necessário fingir a existência de um pecúlio, a *actio de in rem verso* tê-lo-ia justamente por fundamento⁸.

Que dizer desta doutrina?

É verdade, o seu entusiasmo surge-nos algo atenuado 47 anos depois, quando, em 1957, SOLAZZI diz que «*le questioni se i classici (...) scorgessero 'duae actiones' o 'duae condemnationes' non interessano il mio tema, perchè la loro soluzione anche positiva è compatibile con la mia dottrina*»⁹. Porém, se as *actiones* são duas, a *actio de in rem verso* teria o mesmo pressuposto da *actio de peculio*: a existência de um *peculium*.

Porquê?

SOLAZZI não esclareceu.

Dos textos do Digesto citados por LENEL em abono da sua tese de uma única fórmula com duas *condemnationes*, só dois, utilizando a conjunção «*et*», dão motivo a supor tratar-se de uma

⁷ Na opinião de SOLAZZI (*Peculio*, cit. 219-221), se, num texto das *Institutiones* (I. 4,7,5), a *versio* surge como único requisito à condenação «*de in rem verso*», deve-se aos compiladores que separaram a *actio de peculio* e a *actio de in rem verso* da conexão originária.

⁸ SCAEVOLA resolvia um caso prático: um marido fez um mútuo à sua *uxor* para adquirir alimentos prometidos pelo sogro inadimplente. Que *actio* devia o *maritus* instaurar contra o *pater uxoris*?

Para SOLAZZI, se tivesse existido um pecúlio, SCAEVOLA teria aconselhado a *actio de peculio*; mas, como não há pecúlio, concede uma *utilis actio de in rem verso*.

Tratar-se-ia duma *actio* com a ficção da existência de um pecúlio e o recurso à *fictio* mostraria que, sem o pecúlio, a *actio de in rem verso* não teria fundamento.

Vid. SOLAZZI, *Peculio*, cit. 221-229.

⁹ Vid. SOLAZZI, S., Sul '*Peculium*' nell'*A. de in rem verso*' em *AG* 21(1957) 16.

única *actio*¹⁰. Os demais, quer apresentem «et» quer utilizem «aut», sugerem tratar-se de duas *actiones* diferentes¹¹. De resto, LENEL não hesita em reconhecer, em três fragmentos, casos de isolamento de uma das duas cláusulas; e vê na *intentio* da fórmula única a não referência ao pecúlio e a «*de in rem verso*», pois modelava-se completamente na *intentio* da *actio directa* correspondente¹².

As fontes são difíceis: as *Institutiones* de GAUUS e de Justiniano pecam por falta de clareza¹³. E textos há em que só a *actio de in rem verso* é concedida porque a obrigação contraída se traduziu

¹⁰ Assim: D. 5,1,57 («...iudicium in patrem dumtaxat de peculio et quod in rem eius versum est»); -19,2,60,7 («... ex peculio dumtaxat et in rem versum...»).

Vid. LENEL, o.c. 279¹.

¹¹ D. 18,4,2,6 («...quidquid dumtaxat de peculio (...) aut in suam rem versum inveniatur»); -24,3,22,12 («... sufficit autem ad id damnandum quod est in peculio vel si quid in rem patris versum est»); -42,8,6,12 («... aut dumtaxat de peculio damnetur vel si quid in rem eius versum est»); C. 4,26,12 («Dominum per servum obligari non posse ac tantam de peculio (...) vel, si quid in rem eius versum probetur, de in rem verso edicto perpetuo declaratur»).

Mais esclarecedores, quando à eventual *actio de in rem verso pura*, são: D. 15,1,1,1 («Est autem triplex hoc edictum: aut enim de peculio aut de in rem verso aut quod iussu hinc oritur actio»); -15,1,41 («... eo nomine in peculium et, si quid inde in rem domini versum est, in dominum actio datur»); -15,2,1,10 («Et ait permitti debere dumtaxat de peculio, non etiam de in rem verso»); -23,3,57 («... si autem id, quod patrem de peculio vel in rem verso praestare oportebit...»).

Vid. LENEL, o.c. 279¹.

¹² Vid. LENEL, o.c. 280-281.

¹³ Assim, em 4,72a GAUUS sugere uma única *actio* («est etiam de peculio et de in rem verso actio a praetore constituta»); mas logo faz pensar em duas *actiones* («at si nihil sit versum, praetor dat actionem dumtaxat de peculio»).

Em 4,74 parece referir as duas *actiones* («... de peculio aut de in rem verso agere possit»). A mesma sugestão aparece no início de 4,74a («is quoque, cui tributoria actio competit, de peculio vel de in rem verso agere potest»); mas logo faz pensar numa única *actio* («sed huic sane plerumque expedit hac potius actione uti quam tributoria») e reforça, no fim, esta ideia («nam, ut supra diximus, eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur»).

Também as *Institutiones* de Justiniano enfermam da mesma confusão. Deve, todavia, destacar-se um texto (I. 4,7,5a) que indicia, com alguma clareza, que a *actio de in rem verso* é uma outra acção: «Certe, qui potest probare in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet».

no enriquecimento do *dominus* (ou *pater*) e não se pressentem a existência e a necessidade de um *peculium*¹⁴.

Todavia, a par duma inequívoca referência, há ainda uma justificação da *actio de in rem verso* como acção independente em situações variadas: «*nec videtur frustra de in rem verso actio promissa, quasi sufficeret de peculio*», diz-nos ULPIANUS (D. 15,3,1,1) para quem «*rectissime enim Labeo dicit fieri posse, ut et in rem versum sit et cesset de peculio actio*». Em abono desta ideia, interroga: «*Quid enim si dominus peculium ademit sine dolo malo? Quid si morte servi extinctum est peculium et annus utilis praeteriit?*». E conclui: «*De in rem verso namque actio perpetua est et locum habet, sive ademit sine dolo malo sive actio de peculio anno finita est*»¹⁵.

As fontes¹⁶ desmentem, assim, a doutrina de SOLAZZI¹⁷.

Rejeitada esta doutrina, urge esclarecer a natureza e a estrutura da sua fórmula.

LENEL segue a tese de KELLER de uma única *actio* e, em consequência, defende uma única fórmula com duas *condemnationes*. Porém, afastada aquela tese, esta fórmula perde sentido.

¹⁴ V. g. D. 15,3,3,10; -15,3,3,11; -15,3,5,1; -15,3,7pr.; -15,3,7,1; -15,3,7,2; -15,3,7,4; -15,3,10,1; -15,3,10,2; -15,3,10,6; -15,3,10,7; -15,3,10,9; -15,3,10,10; -15,3,15; -15,3,16; -15,3,17pr.; -15,3,19; -15,3,20,1.

¹⁵ Vid. ainda: D. 15,3,10,3 («*Si finita sit actio de peculio, de in rem verso conveniatur*»); -15,3,14 («*Quid enim dicemus, si peculium servo ab altero ademptum fuerit? Paulus: ergo haec quaestio ita procedit, si de peculio agi non potest*»); -15,3,18 («*... proprius est tamen, ut de peculio eo nomine, non de in rem verso agere possis*»).

¹⁶ Não se diga que todas estão interpoladas. Na verdade, segundo o critério utilizado — e quanto a nós, bem — por VALIÑO, não é muito admissível que os compiladores tenham conservado a citação de juriconsultos para lhes fazerem dizer o que não disseram. E em alguns textos surgem essas citações: v. g. D. 15,3,1,1 (onde ULPIANUS cita LABEO); -15,3,5,1 (onde é citado POMPONIUS); -15,3,14 (onde há uma citação de PAULUS).

¹⁷ Também VALIÑO (*Las 'Actiones Adiecticiae'*, cit. AHDE 37(1967) 405-406) considera inadmissível a opinião de SOLAZZI segundo a qual, na época clássica, a *actio de in rem verso* nunca podia surgir isolada da *actio de peculio*. Como VALIÑO adverte, o pretor não teria de prescrever ao juiz que investigasse a existência dum pecúlio quando verificasse antecipadamente a sua inexistência.

Como as restantes *actiones adiecticiae*, também a fórmula da *actio de in rem verso* era uma adaptação da fórmula da *actio directa* outorgada contra o *sub potestate*, *actio* que resultava do negócio gerador da sua *obligatio*¹⁸. E, porque tal adaptação se concretizava no aditamento, na *demonstratio*, da relação de dependência; na inserção, na *condemnatio*, da cláusula limitativa da responsabilidade ao valor do enriquecimento obtido pelo *pater* (ou *dominus*); e na transposição de nomes — na *intentio*, figurava o nome do *sub potestate*; e, na *condemnatio*, o do *pater* (ou *dominus*) —, a natureza da fórmula da *actio directa* mantinha a sua materialidade bem patente na manutenção, na *intentio*, da dívida gerada pela relação jurídica desencadeada entre o *sub potestate* e o terceiro contraente¹⁹.

Dir-se-ia existir um obstáculo: o de as «*de in rem verso utiles actiones*» aconselhadas por SCAEVOLA (D. 15,3,20pr.; -15,3,21).

Na opinião de SOLAZZI, seria uma *actio ficticia* onde se fingia a existência de um *peculium* que era um dos pressupostos necessários à concessão da *actio de in rem verso*. Já rejeitámos a sua doutrina, mas devemos acrescentar ainda a insustentabilidade da sua ficção.

Como repetidas vezes notámos, a *fictio* era utilizada pelo pretor para afastar um obstáculo à aplicação de uma *actio civilis*: se faltava um requisito civilmente exigido, o pretor fingia a sua

¹⁸ V. g. a *actio empti* (D. 15,3,3,1; -15,3,3,7; -15,3,3,8; -15,3,5,1, -15,3,16; -15,3,19); a *condictio* (D. 15,3,3,1; -15,3,3,6); a *actio locati* (D. 15,3,3,8); etc.

Vid. VALIÑO, *Las Relaciones Básicas*, cit. 394-399 e 429-430.

¹⁹ No caso de uma compra feita pelo *sub potestate* que enriqueceu o património do *pater* (ou *dominus*), a fórmula da *actio de in rem verso* pode ter sido:

Iudex esto.

Quod As. As. Titio, cum is in potestate Ni. Ni. esset, hominem q.d.a. vendidit, quidquid ob eam rem Titium Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona, eius iudex, Nm. Nm. Ao. Ao. dumtaxat quantum in rem Ni. Ni. versum est, condemnato; s.n.p.a..

Como vemos na *intentio*, que é a mesma, a fórmula da *actio adiecticia* conserva a natureza da *actio (venditi) directa*.

Vid. LENEL, o.c. 299.

existência; se, pelo contrário, um requisito (civil) obstava à *actio*, o pretor fingia-o inexistente. Isto é, o pretor distorcia os factos de modo a que fossem idênticos aos previstos na *actio civilis* a aplicar.

Ora, na nossa *actio adiecticia* a relação substancial (quando civilmente protegida) era a mesma da *actio directa*; por isso, não havia necessidade de fingir. O que havia, eram requisitos (apostos na *demonstratio*) exigidos pelo pretor — e não pelo *ius civile* — como necessários à concessão da *actio* a uma pessoa diferente do contraente negocial. O *iudex* devia provar a relação de dependência para poder condenar o titular da *patria* (ou *dominica*) *potestas*. Não havendo essa dependência, a *actio de in rem verso* não produzia efeitos.

Que se passa, então, com a situação exposta a SCAEVOLA?

Um *pater* prometeu um dote à sua filha e obrigou-se a alimentá-la. Não tendo cumprido, a *filia* contraiu um mútuo junto do seu *maritus* e faleceu durante o matrimónio. Consultado pelo marido, SCAEVOLA responde: se a *pecunia* mutuada foi gasta no necessário para alimentar a *ex-uxor* ou os *servi* do seu *pater*, dever-se-á conceder a *actio utilis de in rem verso*²⁰.

Desde logo, observamos algo que não se ajustava às exigências do pretor para a concessão da *actio de in rem verso*: a *filia*, porque *uxor*, deixou de estar sob a (*patria*) *potestas* do seu *pater*. Não sendo *sub potestate*, o *maritus* não podia accionar o *pater uxoris*. E, todavia, este enriqueceu-se com os alimentos não prestados ou, o que é o mesmo, com a *pecunia* mutuada à sua *filia* pelo *maritus*.

Para este demandar o ex-sogro, impunha-se que o requisito da *sub potestate* fosse ultrapassado. Ora, sendo este uma condição *iure praetorio* imposta, a *fictio* não teria sentido: com a mesma liberdade manifestada na elaboração e na exigência da *sub potestate*, o pretor podia, agora, ultrapassá-la neste caso

²⁰ Este caso, referido em D. 15,3,20pr., é praticamente idêntico ao abordado em D. 15,3,21 e igualmente solucionado.

Vid. VALIÑO, *Las 'Actiones Adiecticiae'*, cit. *AHDE* 37(1967) 401-402.

específico²¹. Simplesmente, como a *actio de in rem verso* já estaria fixada juntamente com os requisitos necessários à sua concessão; e, porque a situação a decidir e a prevista (no edicto que outorga a *actio de in rem verso*) eram substancialmente análogas, SCAEVOLA aconselhou ao pretor a criação, por analogia com a *actio (de in rem verso)* existente, de uma *actio* sem o requisito da *sub potestate*, mas produtora dos mesmos efeitos jurídicos: a *actio utilis de in rem verso*.

Trata-se, portanto, de uma integração analógica: à *actio adiecticia* originariamente criada, juntou-se uma nova *actio* nela inspirada e modelada, cuja identidade de efeitos é justificada pela analogia das situações disciplinadas²².

No entanto, tudo isto se passa no âmbito da *demonstratio*. A *intentio* mantém-se intacta e, destarte, se a relação jurídica fosse civil, *in ius* seria substancialmente tanto a *actio de in rem verso* primitiva, como a ulterior *actio utilis de in rem verso*; e, se fosse pretória, *in factum conceptae* seriam ambas as *actiones*.

§ 11.2.4.6 Não por ser verdadeiramente uma *actio adiecticia*, mas por ter algo de comum com as *actiones institoria* e *exercitoria*¹, incluímos a *actio tributoria* neste tema dispensado às *actiones adiecticiae qualitatitatis*.

Trata-se efectivamente de uma *actio* outorgada pelo pretor contra um *pater* (ou *dominus*) por não ter satisfeito proporcionalmente os débitos resultantes de negócios realizados por um *filius* (ou *servus*) no âmbito de um *peculium (profecticium)* afectado ao comércio².

²¹ Vid. *supra* § 9.4.2.4.

²² Vid. *supra* § 9.4.5.

¹ Os compiladores terão visto na *scientia* do negócio (da parte do *dominus*) uma *praepositio* debilitada; a *condemnatio* era igualmente in *solidum*; e esta *actio* tinha também carácter mercantil.

Vid. VALIÑO, *Las 'Actiones Adiecticiae'*, cit. *AHDE* 37(1967) 347; e D'ORS, *Derecho*, cit. 232¹.

² Cf. GAIUS 4,72; I. 4,7,3; D. 14,4,7,2. Vid. VALIÑO, *Las 'Actiones Adiecticiae'*, cit. *AHDE* 37(1967) 347; GIRARD, *o.c.* 711; BIONDI, *Istituzioni*, cit. 119; BURDESE, *o.c.* 595; SOHM, *o.c.* 432; D'ORS, *Derecho*, cit. 232; IGLESIAS, *o.c.* 392; e RICCOCONO, *Corso*, cit. 109-110.

Vários são os pressupostos indispensáveis à concessão desta *actio*: a existência dum *peculium*; a sua afectação ao desenvolvimento de uma actividade comercial; a *scientia domini*; a insuficiência do *peculium* em relação às dívidas contraídas pelo *sub potestate*; o *decretum praetoris*, ordenando ao *dominus* o pagamento proporcional aos credores; e a actuação dolosa do *dominus* que não cumpriu esse *decretum*.

O carácter mercantil desta *actio* justifica a não-preferência do *dominus peculii* em relação aos seus créditos, como sucedia na *actio de peculio*³, em relação à qual, observa MURGA⁴, terá sido originariamente não uma *actio* autónoma, mas apenas uma variante que, só mais tarde, adquiriu uma espécie de independência.

Quanto à sua fórmula, LENEL limita-se a observar que referia «quanto minus dolo malo Ni. Ni. Ao. Ao. tributum est, quam ex edicto meo Ao. Ao. tribui debuit»; e entende que, se fosse uma *formula bonae fidei*, a acção deveria ter uma *intentio iuris civilis* elaborada (ficticiamente, se necessário) em nome do *sub potestate*⁵.

Todavia, se entendermos que a responsabilidade do *pater* (ou *dominus*) se baseava, fundamentalmente, na desobediência ao *decretum praetoris* que lhe ordenou a satisfação proporcional de todos os débitos (incluindo os seus créditos), está justificada a sua natureza não civil, mas pretória: *in factum*⁶.

³ Vid. *supra* § 11.2.4.4. Cfr. D. 14,4,1pr.; -14,4,6; GAIUS 4,72; I. 4,7,3.

⁴ Vid. MURGA, *o.c.* 74-75. Quanto à sua data, VALIÑO (*Las 'Actiones Adiecticiae'*, cit. *AHDE* 37(1967) 347) entende que esta *actio* deve ser dos finais do séc. I. LABEO já a conhece (D. 14,4,7,4).

⁵ Vid. LENEL, *o.c.* 273.

⁶ Neste sentido, qualificando-a de *actio in factum*, vid. GARCIA GARRIDO, *Diccionario*, cit. 16.

A sua fórmula teria sido, muito provavelmente:

Iudex esto.

Si paret Am. Am. cum Lucio Titio, sciente No. No. cuius in potestate Lucius Titius tum fuit, peculiaris mercis nomine negotiatum esset, quanto ex ea merce quodque eo nomine receptum est dolo malo Ni. Ni. minus tributum est quam ex edicto

§ 11.2.5 É já tempo de concluir.

Na verdade, sentimo-nos, agora, habilitados a afirmar que as *actiones adiecticiae qualitatís* não têm uma natureza própria, susceptível de as individualizar das *actiones directae* de que são, afinal, simples adaptações.

Estas modificações ocorrem na *demonstratio*, com a referência à relação de dependência entre o *pater* e o *filius*, e o *dominus* e o *servus*; e, na *condemnatio*, por vezes com a inserção da cláusula limitativa «*cum taxatione*» e, sempre, com a indicação de um nome (o do *pater* ou *dominus*) diferente do referido na *intentio* (o do *sub potestate*). Esta permanece inalterada e, nem mesmo quando se inclui uma ficção («*si liber esset*», «*si liber fuisset*», «*si liber fuisset et esset*» ou «*si pubes esset*»), a sua natureza sofre alguma alteração substancial: será, neste caso, uma *actio ficticia* e, por isso, *in ius concepta*.

Com efeito, a *fictio* só teria sentido quando a *obligatio* assumida pelo *sub potestate* fosse civil e este um *servus*; e justificaria-se para o *dominus* ser demandado com a respectiva *actio civilis*¹. Quanto à sua essência — o *dare facere oportet* —, mantém-se intocável e, portanto, se *in ius concepta* fosse a *actio directa*, igual natureza teria a *actio adiecticia* correspondente.

Exactamente por não ser uma acção *a se*, mas uma adaptação (não substancial) da *actio* que sanciona a obrigação derivada do negócio realizado pelo *sub potestate*, a *actio adiecticia* teria a natureza daquela: *in ius* ou *in factum concepta*.

É certo, a *actio in factum* era uma acção pretória e, com a mesma liberdade e oportunidade que levaram o pretor a elaborar a *actio directa*, este podia criar (novas) *actiones (in factum)* para os credores do *sub potestate* demandarem os *patres* ou *domini*.

Todavia, a criação dessas *actiones* seria tecnicamente pouco recomendável, sobretudo por violar a lei da economia lógica;

praetoris tributi tenet, tantam pecuniam, iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; s.n.p.a.

Seguimos a reconstituição de JOUSSERANDOT (o.c. II, 612), apenas com a substituição de *oportet* por *tenet*, já que se trata de uma obrigação pretória.

¹ Além das considerações e dos AA. já citados, vid. ainda GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 320.

diminuir a importância de algumas *actiones in factum* eficazmente utilizadas e solidamente fixadas no edicto — com a inserção, ao seu lado, de outras *actiones* —; e dificultar a sua escolha aos interessados. Talvez por tudo isto, o pretor concedeu, em via adjectícia, as *actiones in factum* já consagradas, quais, *v. g.* a *actio redhibitoria*, a *actio ex iureiurando*, a *actio de pecunia constituta* e a *actio (civilis) in factum*.

No caso específico da *actio depositi*, não se compreenderia que o pretor só tivesse outorgado a *actio de peculio* modelada na sua versão *in ius* e já não com base na fórmula *in factum*². Sempre a adaptação desta evitaria a criação duma nova *actio*.

Em suma: na nossa opinião, as *actiones adiecticiae qualitatis* não eram, no aspecto substancial, *actiones* autónomas, mas tão-só *actiones (civiles ou praetoriae)* brevemente adaptadas sem prejuízo da sua natureza (*in ius* ou *in factum concepta*).

Apenas formalmente — porque são um arranjo do pretor e, portanto, têm a sua fonte no *ius praetorium* — as podemos considerar *actiones praetoriae*.

§ 11.3 A representação processual

§ 11.3.1.1 Também em matéria mais perspectivável sob a óptica processual¹, Roma não foi muito sensível, na época clássica, à representação directa, visto que a aplicou somente em

² Vid. *supra* § 11.2.4.47.

¹ Não ignoramos que o *ius* consiste essencialmente numa *actio*, de modo que ter *ius* é ter uma *actio* e ter esta é ter aquele.

Vid. CRUZ, *Direito*, cit. 333-334; IGLESIAS, *o.c.* 189-190; e BONIFACIO, F., '*Ius quod ad actiones pertinet*' em *Studi Betti* II (1962) 103-104: «Un'attenta analisi delle fonti induce alla conclusione che essi (i Romani) mai, in nessuna epoca della loro storia ed esperienza giuridica, hanno concepito l'azione come spettante a chiunque, vale a dire come diritto esclusivamente processuale che miri ad una pronunzia giurisdizionale. Per i Romani l'*actio* spetta solamente a chi è effettivamente titolare della pretesa, e cioè a chi ha ragione; e perciò essa non è altro che potere di agire ('*potestas agendi*') nel processo per far valere il proprio diritto».

casos excepcionais: *pro tutela, pro libertate, ex lege Hostilia e pro populo*².

Na verdade, quem agia por conta de outrem era parte processual e suportaria os efeitos positivos ou negativos se não houvesse uma série de expedientes susceptíveis de os deslocarem posteriormente para a esfera jurídica do *dominus litis*³.

Todavia, porque essa representação indirecta é veiculada pelas *actiones translativae* e tem, como intérpretes, o *cognitor* e o *procurator*, interessa naturalmente estudar estas figuras para melhor compreendermos tais *actiones*.

Decerto mais antigo do que o *procurator*⁴, o *cognitor* era nomeado pelo *dominus litis* com certas palavras sacramentais e solenes (*certis verbis*), na presença do adversário (*coram adversario*), e assumia o processo em nome próprio: a seu favor ou contra, seria proferida a *sententia iudicis*⁵.

² Já o sistema das *legis actiones* era avaro à representação directa, pois vigorava a regra de que os litigantes deviam comparecer pessoalmente *in iure e apud iudicem*.

Segundo MURGA, a *ratio* terá de procurar-se na evolução do processo romano: a antiga luta transformou-se, processualmente, num verdadeiro *iudicium*; mas a base conceitual arcaica de duas pessoas em luta nunca foi superada, tornando inconcebível imaginar que pudesse acorrer ao litígio uma pessoa diferente do interessado.

As excepções referidas, COSTA e ORESTANO juntam a representação, por um *cognitor*, dum velho sexagenário e dum doente.

Quanto às excepções assinaladas, FUENTESECA recusa que possamos apresentar, como sendo uma representação directa, as actividades do *tutor* e do *curator*, por se tratar de actividades vinculadas à instituição familiar.

Sobre o *adsertor libertatis*, D'ORS entende que não é propriamente um representante.

Vid. MURGA, *o.c.* 85-86; COSTA, *Perfil*, cit. 122; ORESTANO, *o.c.* 797; FUENTESECA, *o.c.* 40; e D'ORS, *Derecho*, cit. 96¹. Cfr. GAIUS 4,82; l. 4,10pr.

³ Neste sentido, MURGA (*o.c.* 96⁹⁰) vê uma representação indirecta na representação romana tanto do *cognitor* como do *procurator*, visto que são eles quem litiga e faz seu o processo.

Idêntica é a opinião de KASER (*Das römische Zivilprozessrecht*, cit. 152-153), para quem «*der Vertretene (dominus litis) wird weder Partei noch hat er auf sonstige Weise am Verfahren teil*».

⁴ Vid. MURGA, *o.c.* 89-90.

⁵ Cfr. GAIUS 4,83. Vid. DE SIMONE, E., *Rappresentanza in Giudizio (Dir. Romano)* em NNDI 14 (1967) 858; COSTA, *o.c.* 122; D'ORS, *Derecho*, cit. 96; e MURGA, *o.c.* 90-91.

A circunstância de ser nomeado solenemente *in iure* pelo *dominus litis* explica a *consumptio* da *actio*: o *dominus litis* não podia instaurar uma nova acção. Neste aspecto, como refere Ursicino ALVAREZ, ao demandado é indiferente que o demandante actue por si próprio ou por intermédio do *cognitor*⁶.

Urge, porém, distinguir: se o *cognitor* substituísse o demandado, porque a eventual *condemnatio* seria proferida em nome do *cognitor*, aquele deveria prestar a *cautio* (*satisdatio*) *iudicatum solvi*, através da qual se obrigava a satisfazer a *summa condemnationis* no caso de o *cognitor* não pagar ou não poder pagar; destarte, evitava-se, para o demandante, o perigo de o *cognitor* ser ou se tornar insolvente⁷. Se o *cognitor* substituísse o demandante, e uma vez que a *actio* do *dominus litis* sofria a *consumptio*, nem este nem aquele deveriam prestar qualquer garantia relativamente à ratificação⁸.

§ 11.3.1.2 Também o *procurator*¹ era considerado um representante indirecto do *dominus litis*.

⁶ Cfr. GAIUS 4,98. Vid. DE SIMONE, *o.c.* 858; COSTA, *o.c.* 124; D'ORS, *Derecho*, cit. 96; WENGER, *Istituzioni*, cit. 84; e Ursicino ALVAREZ, *Curso de Derecho Romano II. Derecho Procesal Civil Romano* (Madrid 1948) 194.

⁷ Cfr. GAIUS 4,101. Vid. DE SIMONE, *o.c.* 858; COSTA, *o.c.* 125; D'ORS, *Derecho*, cit. 96; WENGER, *Istituzioni*, cit. 84; MURGA, *o.c.* 91-92; e Ursicino ALVAREZ, *o.c.* 194.

⁸ Cfr. GAIUS 4,97. Vid. COSTA, *o.c.* 125.

¹ Podia intervir como *procurator* o encarregado da administração dos bens (*procurator omnium bonorum*) ou quem fosse especificamente encarregado (*procurator ad litem*).

Podia também desempenhar estas funções quem se apresentasse, sem prévio encargo, a sustentar o *iudicium* (*defensor*).

Não devem confundir-se com a figura do *procurator in rem suam* que age por interesse próprio.

Vid. ARANGIO-RUIZ, *Il Mandato*, cit. 7-9 e 12-15; ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, *o.c.* 161; Ursicino ALVAREZ, *o.c.* 195; e VOLTERRA, *o.c.* 150.

Sobre a diferença (e a convergência) entre *procurator* e mandatário, vid. FUNTESECA, *o.c.* 40; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 94; BONFANTE, *Scritti Giuridici Varii III* (Turim 1921) 258-260; LONGO, G., *Mandato (Dir. Romano)* em NNDI 10 (1964) 107-108.

Diferentemente do *cognitor*, o *procurator* substituía o *dominus litis* sem quaisquer formalidades e solenidades e mesmo «*absente et ignorante adversario*»²; porém, como o *cognitor*, assumia o processo em nome próprio e a *sententia iudicis* era proferida contra ou a seu favor³.

Não sendo nomeado solenemente *in iure* e *coram adversario*, a *actio* do *dominus litis* não sofria a *consumptio*, de modo que este podia intervir posteriormente, instaurando o *iudicium*⁴. Para evitar este risco, o *procurator* devia prestar uma *cautio*, garantindo a ratificação (pelo *dominus litis*) da *sententia*: era a *cautio de rato* ou *cautio rem ratam dominum habiturum*⁵. Se, todavia, substituísse o demandado, e uma vez que a *actio* sofria a *consumptio*, o demandante poderia exigir do *procurator* uma *cautio* ou *satisfactio iudicatum solvi*, obrigando-se a satisfazer a sentença no caso de lhe ser desfavorável⁶.

Entretanto, quer o *procurator* apresentado pessoalmente pelo *dominus litis* (*procurator praesentis*) quer o *procurator* instituído mediante declaração feita perante uma autoridade (*procurator apud acta factus*) foram equiparados, pela *iurisprudencia* do séc. II, ao *cognitor*; em consequência, a *actio* do *dominus litis* sofria a *consumptio*; este devia prestar a *cautio iudicatum solvi*; e aos

² Vid. GAIUS 4,84. Vid. DE SIMONE, *o.c.* 858; e MURGA, *o.c.* 92.

³ Vid. DE SIMONE, *o.c.* 858; e SOHM, *o.c.* 632.

⁴ Cfr. GAIUS 4,98. Vid. MURGA, *o.c.* 93.

⁵ Cfr. GAIUS 4,98. Se, contrariando a *cautio* do *procurator*, o *dominus litis* instaurasse um *iudicium*, o demandado disporia, contra o *procurator*, da *actio ex stipulatu*. Porém, respondendo o *procurator* perante o demandado, seria injusto que não pudesse verter a sua responsabilidade sobre o *dominus litis*.

Se houvesse — prática normal — um *mandatum* entre o *procurator* e o *dominus litis*, este responderia na *actio mandati*. Se a intervenção do *procurator* tivesse sido espontânea — tratar-se-ia dum *procurator* sem mandato —, aplicar-se-ia a figura da gestão de negócios no caso de os seus requisitos estarem cumpridos. Nesta hipótese, o *procurator* podia accionar o *dominus litis* com a *actio negotiorum gestorum*.

Se o pretor recusasse, o *procurator* ficaria sem protecção.

Vid. MURGA, *o.c.* 94-95.

⁶ Cfr. GAIUS 4,101.

procuratores (*praesentis* e *apud acta factus*) era dispensada a *cautio de rato*⁷.

§ 11.3.1.3 Agora que as situações processuais do *cognitor* e do *procurator* estão definidas, interessa esclarecer a natureza da fórmula das respectivas *actiones*.

A doutrina é pacífica ao reconhecer uma fórmula com «*transposición de personas*»: na *intentio*, aparecia «*el nombre del representado y, en la 'condemnatio', el nombre del representante que assume el resultado de la sentencia*»¹.

Na verdade, era fácil ao pretor contornar o obstáculo da ausência de representação directa com uma simples adaptação da fórmula: apondo, na *intentio*, o nome do *dominus litis*; e, na *condemnatio*, o do *cognitor* ou o do *procurator*.

Ora, mantendo-se a *intentio* inalterada, é óbvio que a natureza da *actio translativa* tinha de ser a mesma que a *actio directa* revestia: *in ius* ou *in factum concepta*².

⁷ Cfr. *FV.* 317 e 331. Vid. COSTA, *o.c.* 126-127; WENGER, *Istituzioni*, cit. 86; e Ursicino ALVAREZ, *o.c.* 196.

¹ Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 96. No mesmo sentido, cfr. SOHM, *o.c.* 632-633; ORESTANO, *Rappresentanza*, cit. 797; VOLTERRA, *o.c.* 148; e Ursicino ALVAREZ, *o.c.* 194¹⁵⁵.

² GAIVS (4,86) oferece-nos o exemplo de uma fórmula utilizada por «*qui alieno nomine agit*»:

«*Si paret Nm. Nm. P. Mevio sestertium x milia dare oportere, iudex Nm. Nm. L. Titio sestertium x milia condemna; si non paret, absolve*».

Trata-se, como sabemos, da fórmula da *actio certae creditae pecuniae* tão-só alterada na *condemnatio*: em vez de figurar *P. Mevius* apresenta-se *L. Titius*, o «representante» (*cognitor* ou *procurator*) daquele. A fórmula conserva a sua *intentio* (*in ius*) e, portanto, esta *actio translativa* é substancialmente *in ius concepta*.

Todavia, se em causa estivesse, *v. g.* a *actio depositi* na sua modalidade *in factum*, parece-nos que a *actio translativa*, nela modelada, não deixaria de ser igualmente *in factum*.

Vejamos:

Iudex esto.

Si paret A. Am. apud Nm. Nm. mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Ni. Ni. Ao. Ao. redditam non esse, quanti ea

§ 11.3.2.1 Outra *actio* que apresentava, por vezes, uma «*transposición de personas*» era a *actio iudicati*.

A doutrina dominante caracteriza-a como sendo uma acção executiva: se o vinculado não cumprisse o *debitum* em que previamente fora condenado ou cuja existência confessara, seria, decorridos trinta dias, demandado com a *actio iudicati*¹.

Tal *actio*, cuja origem parece remontar ao antigo sistema das *legis actiones*², facultava ao *damnatus* ou *confessus* (na *actio* declarativa pré-existente) a possibilidade de contestar a validade da sentença (condenatória) e a existência actual do *debitum*³ e permitia, ao mesmo tempo, executar a *obligatio iudicati* (resultante da *iudicatio* ou da *confessio in iure*)⁴: inicialmente, oferecia ao demandante a *ductio* do demandado e, a partir do

res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. P. Mo. condemnato; si non paret, absolvito.

Tão-só *Aulus Agerius* (o demandante) é substituído, na *condemnatio*, por *Publius Mevius* (seu representante: *cognitor* ou *procurator*); a *intentio* é a mesma e, portanto, *in factum*.

Perguntar-se-á: não poderia o pretor outorgar uma *actio in factum* inteiramente nova e independente da *actio depositi*? Não nos parece: o depósito efectuou-se junto do representado e, para o *iudex* condenar o representante, teria de fazer a sua prova.

¹ Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 113; GARCIA GARRIDO, *Derecho Privado Romano. I. Instituciones*, cit. 142-143; WENGER, *Istituzioni*, cit. 226; MURGA, o.c. 331-333; Ursicino ALVAREZ, o.c. 523; LA ROSA, F., 'Actio Iudicati' nel Diritto Romano Classico (Milão 1963) 15, 41-53, 60-62 e 89-109; e CRUZ, Da «Solutio» I (Coimbra 1962) 28³⁴ e 32³⁶.

Contra, sustentando que não era uma *actio* executiva, mas uma *actio* normal que, levando à absolvição ou à *condemnatio (in duplum)* do demandado, visava, tão-só, influenciar a sua *voluntas*, induzindo-o a cumprir espontaneamente a *obligatio iudicati*, vid.: BIONDI, B., *Appunti Intorno alla Sentenza nel Processo Civile Romano em Studi Bonsfante IV* (1930) 75-89; e ANDOLINA, I., *I Presupposti dell'Esecuzione Forzata nel Diritto Romano em IUS 17*(1966) 141-160.

² MURGA (o.c. 332-335) vê na *actio iudicati* um resíduo da velhíssima *manus iniectio*. Igual é a opinião de LA ROSA (o.c. 15, 18, 83, 86 e 89). Vdi. ainda CRUZ, *Direito*, cit. 187.

³ Se fosse vencido, a *condemnatio* elevar-se-ia ao duplo. Vid. BIONDI, *Istituzioni*, cit. 101; VOCI, *Istituzioni*, cit. 654; VOLTERRA, o.c. 237-238; e MURGA, o.c. 334.

⁴ Vid. LA ROSA, o.c. 17-22, 41 e 86; e CRUZ, *Direito*, cit. 187.

séc. II a.C., a possibilidade, ainda, de proceder à execução dos seus bens⁵.

Quanto à natureza da fórmula, urge, ainda aqui, fazer uma distinção: se na *actio* declarativa intervesse um *procurator*, também a *actio iudicati* lhe seria concedida. Esta legitimidade (activa e passiva) advém daquela. Mas, se a *actio* declarativa foi conduzida por um *cognitor*, a *actio iudicati* seria outorgada contra ou a favor do *dominus litis* que, de resto, já teria prestado a *cautio iudicatum solvi* (se tivesse sido demandado na *actio* declarativa).

Numa palavra: enquanto o *procurator* era a verdadeira parte processual na acção declarativa e na subsequente *actio iudicati*, o *cognitor* substituíu o *dominus litis* naquela e, depois, era substituído nesta por ele⁶.

§ 11.3.2.2 Trata-se, portanto, duma *actio translativa*, cuja fórmula LENEL não reconstruiu, porque «für die Rekonstruktion fehlen uns fast alle Anhaltspunkte»¹.

Para ser dada a favor e contra o *dominus litis* — apenas, repita-se, no caso de ter sido parte, na *actio* declarativa, um *cognitor* —, esta fórmula precisava somente duma breve adaptação que não alterava a sua natureza substancial: a substituição, na *condemmatio*, do nome do *cognitor* pelo do *dominus litis*. Em tudo o mais, a fórmula da *actio iudicati directa* se mantinha inalterada; por isso, se fosse *in ius* ou *in factum*²,

⁵ Vid. CRUZ, Da «Solutio», cit. 32³⁶; e LA ROSA, o.c. 101-109.

⁶ Vid. LA ROSA, o.c. 147-154.

¹ Vid. LENEL, o.c. 443. No entanto, LENEL recusa a fórmula proposta por BETHMANN-HOLLWEG que apresenta um «quidquid dare facere oportet» baseado na ficção duma *legis actio per manus iniunctionem*.

Na sua opinião, é extremamente provável a existência de duas fórmulas; a da *actio iudicati* baseada num *iudicium legitimum* que devia ser civil; e a da *actio iudicati* baseada num *iudicium imperio continens* que devia ser honorária.

Entende, porém, que «für die Fassung dieser Formeln aber, insbesondere dafür, dass die honorarische fiktizisch gefasst war, haben wir, wie bemerkt, keinerlei Anhalt».

Vid. LENEL, o.c. 445; e BETHMANN-HOLLWEG, o.c. 634.

² Neste aspecto, apreço-nos de acolher a doutrina de LENEL que vê duas *actiones iudicati*: uma, civil; a outra, honorária. Vid. a nota anterior.

igualmente *in ius* ou *in factum* seria a respectiva *actio iudicati translativa*³.

E idêntica natureza teria a *actio (translativa) iudicati*, mais tarde — a partir do séc. II — concedida a favor e contra o *dominus litis*, sempre que, na *actio* declarativa, tivesse participado um *procurator praesentis* ou um *procurator apud acta constitutus*, figuras equiparadas ao *cognitor*⁴.

Há, todavia, um problema que urge analisar: a concessão de uma *ex stipulatu actio utilis* ao *dominus litis* (C. 5,39,1)⁵.

³ MURGA (o.c. 334) oferece-nos a fórmula (tardia e evoluída) da *actio (directa) iudicati*:

«Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium x milia <dare oportere ex causa iudicati> iudicatum esse eamque pecuniam solutam non esse, tante pecuniae duplum, iudex, Nm. Nm. Ao. Ao. condemna, si non paret, absolve».

Na sua opinião, talvez inicialmente a fórmula se apoiasse na ficção de que a *manus iniectio* se tinha realizado (como BETHMANN-HOLLWEG): «si manus iniectisset».

LENEL, porém, contesta.

Vid. *supra*, a nota 1.

⁴ Vid. *supra* § 11.3.1.2; e LA ROSA, o.c. 155-157.

⁵ LA ROSA (o.c. 114-115) vê na frase «*iudicati actio indulgetur*» (D. 3,3,28) uma alusão à *actio utilis* e rejeita a doutrina (v. g. de WENGER e de SOLAZZI) que nega tratar-se da *actio iudicati utilis* (em sentido técnico).

Em apoio da sua opinião, invoca um instituto afim («*quasi ex causa iudicati*»): D. 4,4,41.

No entanto, a doutrina de LA ROSA não parece solidamente apoiada. Este fragmento fala duma *exceptio utilis* oponível pelo menor a quem deseja fazer valer os efeitos duma *restitutio in integrum* já decretada e LA ROSA parte duma concepção de *restitutio in integrum* — expediente diferente de *actio* — que não é pacífica e carece de análise.

Sobre esta *exceptio utilis*, vid. *supra* § 9.5.2.

Quanto ao D. 3,3,28, é dada ao *dominus litis* a *actio utilis ex stipulatu* com base na *cautio (iudicatum solvi)* prestada ao seu *procurator*. A justificação é dada por ULPIANUS: «*Sicuti iudicati actio mihi indulgetur*». Que esta *actio iudicati* seja *utilis* como pretende LA ROSA, é uma conclusão desmentida pelo próprio verbo «*indulgere*».

Quanto à *actio utilis ex stipulatu*, parece-nos ser uma *actio translativa*, tendo *utilis* o sentido atécnico de *actio* instaurável com eficácia: na *intentio*,

Nesta *constitutio* do ano 213, Caracala outorgou a *A. Septimus* uma *actio iudicati utilis* contra *Iuliana*, então maior de 25 anos, cujos *curatores* haviam sido condenados e justifica: «*Nam tutores curatoresque finito officio non esse conveniendos ex administratione pupillorum adulescentiumque saepe decretum est*».

Qual a natureza desta *actio utilis*?

Como refere Ursicino ALVAREZ, «el tutor que litigaba in nombre de un pupilo ausente o de un 'infans' fué considerado en una situación semejante a la del 'procurator', y siguió la misma evolución de éste»⁶. Ora, se aproximarmos os *curatores* dos tutores, como o texto faz; e se entendermos que a evolução do *procurator* (*praesentis* e *apud acta constitutus*) no sentido da sua equiparação ao *cognitor* teve o seu início já no séc. II⁷, podemos julgar que esta *actio iudicati* foi *translativa*. E, se foi adjectivada de *utilis*, tal só pode significar uma *actio* instaurável «com sucesso ou eficácia», como reconheceu WENGER⁸.

Na verdade, sendo a *actio utilis* ora uma verdadeira acção cuja natureza pode ser *ficticia* ou *in factum concepta*⁹ ora uma *actio* vulgar que se pode instaurar eficazmente¹⁰, importará, antes de tudo, ver se, na nossa fonte (C. 5,39,1), aquela *actio* é *ficticia*.

Ficticia não será. Primeiro, porque a *fictio* não pode incidir sobre a *res* objecto de prova que seria, na terminologia de LA ROSA, a *obligatio iudicati*. Com efeito, fingir que *Iuliana* tinha sido demandada e não o seu *curator*, implicava ordenar ao *iudex* que julgasse existente a *obligatio iudicati*. Depois, porque a *actio* declarativa podia ter natureza pretória (*in factum*) e a *fictio* só tinha lugar quando se tratava de *actiones in ius conceptae*. E, finalmente, porque, nas situações paradigmáticas do *cognitor* — e, mais tarde,

figurava o nome do *procurator*; e, na *condemnatio*, o do *dominus litis*. Não seria *ficticia*, por o *iudex* ter de provar a existência da *obligatio ex stipulatu*. E, não sendo *ficticia*, mas *civilis*, esta *actio utilis* só poderia ser (atecnicamente) uma *actio* eficaz.

⁶ Vid. Ursicino ALVAREZ, *o.c.* 197.

⁷ Vid. ORESTANO, *o.c.* 797; e *supra* § 11.3.1.2.

⁸ Vid. WENGER *apud* LA ROSA, *o.c.* 114-115.

⁹ Cfr. *supra* §§ 9.4.1.5; 9.4.2.4; 9.4.3.4; e 9.4.5.

¹⁰ Cfr. *supra* § 9.4.3.1.

de *procuratores praesentis* e *apud acta constitutus* —, sempre a *actio translativa* se applicava.

Recusada a sua natureza *ficticia*, àquela *actio utilis* resta o carácter *in factum*. Simplesmente, não pode excluir-se a natureza *civilis*, se *in ius concepta* foi a *actio (directa) iudicati*. Deparamos, todavia, com um obstáculo: se foi *in ius*, não será *utilis* (em sentido técnico), porque as *actiones civiles utiles* (tecnicamente entendidas) se identificam com as *actiones ficticiae*, aqui excluídas.

Isto é, a exclusão da *actio ficticia* implica a recusa da *actio utilis* (em sentido técnico) *civilis*. Se a *actio* é denominada *utilis* e se pode ser *civilis*, então tecnicamente não será uma verdadeira *actio utilis*, mas uma acção vulgar (eventualmente *in ius*) que é *utilis* por resultar eficaz.

E poderá ser uma *utilis actio in factum*?

Na nossa opinião, a *condemnatio* obtida numa *actio in factum* instaurada contra o *curator* pode fundar a *actio iudicati* a mover contra a *domina negotii*: tal como aquela, também esta será *in factum*.

Mas *utilis*, porquê?

Utiles seriam todas as *actiones in factum* e não apenas esta e as fontes só referem, como *utilis*, a *actio iudicati* contra *Iuliana*. Este isolamento levou SOLAZZI a considerar interpolado o vocábulo *utilis*¹¹, mas é bem possível que tenha sido utilizado na sua acepção atécnica.

Em suma: tudo leva a supor que a *actio iudicati*, cuja fórmula *translativa* é sugerida por GAIUS (4,86), tinha uma natureza *in ius* ou *in factum*. Seria *in ius*, se permitisse a execução duma *obligatio* em que o *cognitor* (ou, já no séc II, os *procuratores absentis* e *apud acta constitutus*) fora condenado ou tinha confessado. Seria *in factum*, se a execução se baseasse numa obrigação do *ius praetorium*. Isto, porque a mera transposição de pessoas não afectava a *intentio* e, portanto, não alterava a natureza da *actio directa*¹².

¹¹ Vid. SOLAZZI *apud* LA ROSA, o.c. 115.

¹² Agindo o *cognitor* — ou, já no séc. II, o *procurator praesentis* ou o *procurator apud acta constitutus* —, a *actio* declarativa apresentava, como vimos, uma transposição de nomes: na *intentio*, figurava o nome do

§ 11.3.3 Esboçando, agora, uma rápida síntese comparativa, podemos afirmar que, tal como nas *actiones adiecticiae qualitatatis*, também na representação processual a fórmula das *actiones* outorgadas a favor e contra o *cognitor*, o *procurator* (*praesentis e apud acta constitutus*) e o *dominus litis* continha uma transposição de nomes: uns figuravam na *intentio*; outros, na *condemnatio*.

Esta singela, mas engenhosa adaptação das fórmulas das *actiones directae* não alterava a sua natureza substancial que continuava a ser *in ius* ou *in factum concepta*, segundo *in ius* ou *in factum* fosse a *intentio* respectiva.

Ainda aqui, a *fictio* pode ter a sua *utilitas*¹, mas visaria tão-somente tornar aplicável a *actio* (*directa*) *civilis*, cuja natureza a *actio translativa* respeita e segue.

dominus litis; e, na *condemnatio*, o do *cognitor*. E, na *actio iudicati*, a transposição era inversa: na *intentio*, constava o nome do *cognitor*; e, na *condemnatio*, o do *dominus litis*. Só assim não seria, caso a *actio iudicati* devesse ser instaurada por um cessionário de um crédito: «*cognitor aut procurator in rem suam*».

Na verdade, a não-permissão, *iure civili*, da cedência de créditos era suprida através da representação processual: obtida a *condemnatio* do *debitor* a favor do *cognitor* ou *procurator*-cessionário, a *actio iudicati* era por este instaurada sem qualquer transposição de nomes.

Vid. SOHM, *o.c.* 426; ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, *o.c.* 668-669; MURGA, *o.c.* 97-98; D'ORS, *Derecho*, cit. 96; e SCIALOJA, *Procedura*, cit. 139.

¹ Imaginemos que alguém se tornou devedor de um mútuo contraído por um *servus*. O credor demanda o *dominus servi*, por intermédio de um *cognitor*.

Na *intentio* da *actio quod iussu*, que é a *actio* (*civilis*) *certae creditae pecuniae*, surge a ficção «*si liber esset*»; e, na *condemnatio*, em vez do nome do *dominus servi*, surge o do *cognitor*. A *fictio* interviria, na *actio* declarativa, para o *dominus servi* poder ser civilmente demandado. Simplesmente, porque este tinha sido processualmente substituído por um *cognitor*, a *condemnatio* seria proferida contra o *cognitor*.

A transposição de pessoas não afectaria, portanto, a natureza *in ius* da fórmula *directa*, tornada possível graças à ficção «*si liber esset*».

§ 11.4 A *actio translativa* e a *fictio*

§ 11.4.1 Determinada a natureza das *actiones translativae*, impõe-se, agora, esclarecer o que as afasta e aproxima da *actio ficticia*.

Uma divergência se revela, desde já: podendo ser *in factum conceptae*, estas *actiones translativae* não serão *ficticiae*, visto que a *fictio* serve, tão-só, para tornar aplicável uma *actio civilis*, graças à eliminação dos obstáculos que se lhe opõem; deste modo, dir-se-á que as *actiones ficticiae* imitam necessariamente o *ius civile*, enquanto nem sempre as *actiones translativae* o imitam.

Todavia, mesmo nas *actiones translativae* de natureza *in ius*, uma diferença no *modus operandi* as afasta da *actio ficticia*: nesta, é a *intentio* que sofre uma leve modificação com o aditamento da hipótese fictícia que o *iudex* terá como certa; segue-se depois a hipótese real, constituída pelos factos a provar. Na *actio translativa* (*in ius* ou *in factum*), é a *condemnatio* e não a *intentio* que se altera: a pessoa, que figura na *intentio* e devia figurar na *condemnatio*, é, aqui, substituída por outra.

§ 11.4.2 Porém, se estas diferenças permitem distinguir ambas as *actiones* (as *translativae* e as *ficticiae*), há algumas semelhanças que as aproximam¹.

Na verdade, tanto a *actio ficticia* como a *actio translativa in ius* visam tornar aplicável uma *actio civilis* a uma situação originariamente imprevista; e, em ambas as *formulae*, a *actio in ius* conserva-se imutável, apesar de disciplinar situações diferentes das que motivaram a sua elaboração. Todavia, neste aspecto, a semelhança é somente parcial, pois de fora está necessariamente a *actio translativa* de natureza *in factum*.

De comum, têm, ainda, a circunstância de não serem verdadeiramente acções *a se*; de as outorgar o pretor que é, formalmente, a sua *fons*; e de serem igualmente expedientes de

¹ WIEACKER (*Vom römischen Recht*, cit. 110) diz-nos que «*der Fiktion verwandt ist die Gewinnung neuer Formeln durch die Übertragung schon vorhandener Klangvoraussetzungen auf eine andere Person*».

integração (interna) do *Ius Romanum*, fruto do engenho do pretor que, destarte, dilatou sub-repticiamente o *ius civile* e o *ius praetorium*, sem terem sido criadas novas *actiones civiles* ou *praetoriae*.

Finalmente, se as *actiones directae* fossem *ficticiae*, sê-lo-iam igualmente as *actiones translatae* porque, inspirando-se e modelando-se nelas, plagiavam a sua natureza.

b) No comércio jurídico

§ 12. Os actos aparentes

§ 12.1 O negócio *dicis causa*

§ 12.1.1 Chama-se «*dicis causa*» («*propter veteris iuris imitationem*») ao negócio jurídico utilizado como simples meio destinado à obtenção de uma finalidade diferente da que lhe é típica.

Com efeito, trata-se dum expediente que, tendo uma estrutura própria e predeterminada à produção de certos efeitos jurídicos, é utilizado, forçada e indirectamente, para satisfazer novas necessidades, diferentes daquelas para que havia sido criado¹.

Deste modo, podemos definir os negócios *dicis causa* como expedientes negociais que, sem ruptura com a solenidade e o formalismo — que lhes transmitem a tipicidade e justificam os seus *iuris nomina* —, permitem obter um fim estranho ao que determinou a sua criação, modelou a sua estrutura e é a *ratio* dos seus efeitos jurídicos.

¹ Vid. IHERING, *o.c.* 273 e 281; BIONDI, *Istituzioni*, cit. 202-206; CUQ, *o.c.* 733-734; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 100¹; BETTI, *Istituzioni*, cit. 134 e 136; e DISTASO, N., *La Simulazione dei Negozi Giuridici* (Turim 1960) 86.

§ 12.1.2 Instrumentos abundantemente utilizados pela autonomia privada, tais negócios jurídicos caracterizam-se por um desvio de fins: não perseguem o escopo determinante da sua elaboração, mas uma finalidade diferente.

Esta função tornou-se possível graças à subalternização de um elemento essencial do negócio típico utilizado que, destarte, se vê violentamente descaracterizado na sua estrutura e na sua função originárias, a ponto de ter uma ligação não dogmática, mas puramente histórica, com o negócio aparente de que é imagem¹. E é exactamente esta descaracterização estrutural e funcional que, transformando um negócio (originariamente causal) em abstracto², nos explica a génese dos negócios *dicis causa*, cuja dimensão abstracta depressa afastou o seu precedente causal para o canto histórico das velharias.

IHERING viu nos actos aparentes (*dicis causa*) uma mentira jurídica consagrada pela necessidade³. Porém, se mentira foram, jamais degeneraram em pura galanteria, pois os Romanos sempre desejaram que as relações aparentes tivessem uma certa existência real: como refere ROBBE, «un certo 'decorum' esteriore doveva essere costantemente osservato»⁴. E, como o próprio IHERING reconheceu, o acto aparente (*dicis causa*) nada oculta; ninguém os ignorou e até a autoridade chegou a participar, como *v. g.* na *in iure cessio*⁵.

Verdadeiros meios artificiais da economia jurídica, os actos *dicis causa* são bem o testemunho da lógica pragmática do mundo

¹ Vid. ROBBE, *o.c.* 647; IHERING, *o.c.* 281-285; e BETTI, *Istituzioni* cit. 134-135.

² GAIUS (1,119) chama à *mancipatio* uma *imaginaria venditio* e, a propósito do seu formalismo, refere as palavras a pronunciar pelo comprador: «*hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*».

É clara a referência à *emtionis causa*; porém, reduzido a um sestércio, o preço tornou-se simbólico, adquirindo a dimensão solene de simples elemento formal. A *mancipatio* é, agora, um negócio abstracto e, portanto, susceptível de ser utilizado ao serviço de causas variadas. Vid. *infra* §§ 12.1.4(1-3); 12.2.4.1(1-4); 12.2.4(2-4); e DEKKERS, *o.c.* 109.

³ Vid. IHERING, *o.c.* 273.

⁴ Vid. ROBBE, *o.c.* 646³⁵.

⁵ Vid. IHERING, *o.c.* 273.

romano, pois, de todos os efeitos jurídicos possíveis, somente o efeito desejado se produzia: todos os demais eram negligenciados; por isso, refere acertadamente IHERING que nos actos aparentes (*dicis causa*) «la logique du droit romain consistait à bannir la raideur incommode de la logique, à éliminer toutes les conséquences dont on ne voulait point: en un mot, la logique du but primait celle des moyens»⁶.

Em conclusão: os negócios *dicis causa* são expedientes utilizados pela iniciativa privada que apresentam, em relação aos negócios a que historicamente se ligam, duas divergências que os tornam dogmáticamente diferentes: a divergência estrutural, revelada pelo seu carácter abstracto que é fruto da atrofia de um elemento essencial à causalidade do negócio originário; e a divergência funcional, patente na circunstância de visarem fins diferentes dos que inspiraram a elaboração dos primeiros negócios jurídicos.

Logicamente, são um produto requintado da lógica romana, pois, de todos os efeitos jurídicos, somente os desejados pelos contraentes se produzem⁷.

⁶ Vid. IHERING, *o.c.* 289-291. Cfr. ainda ROBBE, *o.c.* 646-647.

⁷ Há quem relacione a figura (contemporânea) do negócio jurídico indirecto com o negócio ou acto aparente. Assim, na opinião de BATIZA, a doutrina italiana entende que os negócios ou actos aparentes constituem uma subespécie dos negócios indirectos.

E, na verdade, segundo FERRARA, esta categoria geral de negócios poder-se-ia denominar «negócios oblíquos» ou «indirectos». E GRECO chega mesmo a enquadrar os negócios e actos aparentes do *Ius Romanum* na sua classificação de negócios indirectos: a *in iure cessio*, no tipo de negócios indirectos que não revelam, na sua estrutura jurídica, a intenção ulterior que os inspira; a *mancipatio fiduciae causa*, no grupo de negócios indirectos caracterizados pela circunstância de a intenção ulterior penetrar e se revelar na estrutura do negócio adoptado; e a *coemptio fiduciae causa* — utilizada para a mulher abandonar a tutela agnaticia —, no tipo de negócios indirectos, nos quais a intenção ulterior exige um acordo que, sendo distinto e separado, é estranho à estrutura e aos efeitos do negócio realizado, que não é intrinsecamente alterado.

Entre nós, Orlando de CARVALHO entende que «o acto 'dicis causa' será um procedimento indirecto em sentido lato», que «não chega a ser um emprego

§ 12.1.3 Como realidade jurídica, os negócios *dicis causa* deixam-se, antes de mais, explicar pelas regras gerais acerca da prioridade das diferentes formações jurídicas, segundo as quais o

indirecto tal como hoje deve configurar-se. Ainda segundo Orlando de CARVALHO, põe-se «nos actos aparentes, que o Direito Romano veio a conhecer, um problema semelhante, mas não o mesmo problema», pois «o que se pretendia era, tão-só, preservar a forma ou a aparência do acto, não o próprio acto em si, na sua função normal e na sua tipicidade».

Vid. BATIZA, o.c. 25⁹¹ e 27; FERRARA, F., *Della Simulazione dei Negozi Giuridici*⁵ (Roma 1922) 117¹²; GRECO, P., *Le Società di 'Comodi' e il Negozio Indiretto em RDC XXX Parte Prima* (1932) 771-783; e Orlando de CARVALHO, o.c. 45-46 e 48.

Não temos que participar nos problemas que a figura jurídica do «negócio indirecto» tem suscitado. Em todo o caso, é praticamente unânime a doutrina que vê no «negócio indirecto» um negócio típico e causal, utilizado para realizar não apenas o seu objectivo típico, mas ainda um fim económico-prático ulterior que não se obtém normalmente.

Como este fim ulterior se enquadra no negócio-meio adoptado, onde ocupa uma posição juridicamente secundária no campo dos motivos; e, porque só a causa possui relevância jurídica, o negócio indirecto não é uma categoria jurídico-dogmática: reduz-se ao negócio típico adoptado. É, sim, uma categoria prática ou económica.

Por outro lado, para que se possa utilizar indirectamente, o negócio-meio há-de ser causal, pois, se fosse abstracto, todos os fins, que permitisse obter, derivariam directa e não indirectamente.

Vários são os motivos que explicam o recurso — muito frequente em todos os sistemas jurídicos — aos negócios indirectos. Referem-se as necessidades, situações e inaptidões inerentes à existência do ordenamento jurídico (RUBINO). Fala-se da inércia jurídica, manifestada na tendência natural de as partes utilizarem as categorias de negócios tipificados, cuja disciplina é mais segura por ser já conhecida (ASCARELLI). Aponta-se o carácter incompleto dos ordenamentos que não dotam, com os respectivos meios, todos os fins desejados pela autonomia privada (ORTEGA). Invoca-se a divergência entre a oportunidade concreta e a idoneidade abstracta dos tipos legais, como expressão flagrante da luta do pensamento sistemático com a vida real (Orlando de CARVALHO). Referem-se as dificuldades e a existência de riscos que as invenções das formas jurídicas, de todo novas e por experimentar, apresentam nas suas primeiras aplicações (GREGO). Etc.

Na sua preocupação de definir o negócio indirecto, a doutrina distingue-o da simulação (o negócio simulado não é querido pelas partes que o adoptam para encobrir o verdadeiro negócio — dissimulado — que

meio jurídico menos perfeito é anterior ao mais perfeito e a via directa segue a via indirecta¹.

Aplicadas ao *Ius Romanum*, estas regras carecem, todavia, de justificação.

Nos tempos pré-clássicos, dominava um formalismo tão excessivo, que as fórmulas jurídicas tinham um «certo poder mágico» e gozavam de um carácter mui conservador². Simplesmente, com o desenvolvimento progressivo do tráfico, novos e crescentes interesses depressa iriam acentuar a insuficiência do *ius civile*, pondo o *ius vivens* em «guerra surda» com o sistema formalista, cujos instrumentos típicos (oferecidos à autonomia privada) se afirmavam sempre mais escassos³.

As novas necessidades exigiam disciplina, mas o *ius civile*, limitado às suas normas estáticas e insensíveis, não a oferecia.

A ruptura parecia inevitável e tê-lo-ia sido, não fora a oportuna intervenção da *iurisprudencia* a sugerir novos meios capazes de responderem às novas exigências.

Na verdade, em face do «desinteresse» do legislador e da impossibilidade de o pretor instaurar, no seio do *ius civile*, novas

celebram; no negócio indirecto, as partes querem efectivamente o negócio utilizado e sujeitam-se à sua disciplina e aos seus efeitos; nem há interesse em ocultar a terceiros o fim ulterior) e dos negócios *in fraudem legis* (a fraude não constitui uma categoria específica, mas uma esporádica qualidade; a *fraus legis* afecta um negócio formalmente regular e os negócios indirectos não estão isentos dessa possibilidade).

Finalmente, a doutrina tem-se ocupado do *negotium mixtum cum donatione*, parecendo inclinada a ver nele ou um negócio indirecto (quando o negócio é uma simples venda utilizada com o intuito de se realizar ulteriormente uma liberalidade) ou um negócio misto (quando a doação intervém em posição paralela à da venda).

Vid. BATIZA, *o.c.* 23-24; ASCARELLI, T., *Contrato Misto, Negócio Indirecto, «Negotium mixtum cum donatione»* (Lisboa 1954) 17-23; ORTEGA, G., *Negócio Indirecto*, cit. 7-18 e 21-42; Orlando de CARVALHO, *o.c.* 3-41, 49-97 e 113-147; RUBINO, D., *Il Negozio Giuridico Indiretto* (Milão 1937) 30, 63, 64, 76, 77, 120 e 121; GRECO, *o.c.* 771-784; Manuel de ANDRADE, *o.c.* 179-180; DISTASO, *o.c.* 86-94 e 104-110; AURICCHIO, A., *Negozio Indiretto em NNDI* 11 (1965) 221-222; e FERRARA, *o.c.* 56-67.

¹ Vid. IHERING, *o.c.* I³ 78-79; e BATIZA, *o.c.* 21.

² Vid. CRUZ, *Da «Solutio»*, cit. 53¹⁰³.

³ Vid. Orlando de CARVALHO, *o.c.* 47-48.

figuras negociais — que também não deixariam de oferecer aos contraentes o risco das incertezas próprias dos negócios *sui generis*⁴ —, a *iurisprudencia* recorreu aos negócios *dicis causa*, figuras verdadeiramente harmoniosas que, reflectindo a ponderação e o equilíbrio da *ars romana*⁵, permitiram dar resposta às novas necessidades sem ultrapassar «os justos limites da transigência recíproca da teoria e da prática», refere Orlando de CARVALHO⁶.

A sua origem é nebulosa e não falta quem neles veja negócios simulados que deixaram de o ser quando foram juridicamente reconhecidos⁷; e quem os atribua ao culto religioso e ao direito eclesiástico⁸.

Segundo IHERING, não se trata de figuras especificamente romanas, mas de um fenómeno geral e necessário na história das civilizações. No entanto, situando-os apenas numa certa fase da civilização, passada a qual se apagam pouco a pouco e acabam por desaparecer⁹, motivou a reacção de RABEL para quem os negócios aparentes são um fenómeno de todos os tempos¹⁰.

⁴ Vid. Orlando de CARVALHO, *o.c.* 52.

⁵ Segundo RABEL (*apud* PRINGSHEIM, *o.c.* 214), os Romanos dividem a sua fama com os outros povos na exploração moderada e engenhosa dos expedientes operacionais disponíveis, embora a preparação técnica e a lógica formalista lhes reservem o primeiro lugar.

E PRINGSHEIM acrescenta: «*Ich glaube, es ist mehr als technische Ausbildung und formalistische Folgerichtigkeit, was die Römer vor anderen Völkern auszeichnet: Ihr Streben, die Rechtsgeschäfte der Wirklichkeit des Lebens anzupassen, ist kräftiger und erfolgreicher als das anderer Nationen*».

⁶ Vid. Orlando de CARVALHO, *o.c.* 63.

⁷ Há quem (*v. g.* BETTI) pense que foram inicialmente negócios simulados, tendo a simulação esgotado a sua função genética com o seu reconhecimento jurídico.

Mas há também quem negue essa proveniência.

Vid. BETTI, *Istituzioni*, cit. 136; e PUGLIESE, G., *La Simulazione nei Negozi Giuridici* (Pádua 1938) 57-99. Cfr. *infra* § 13.1.2.

⁸ Assim, DEMELIUS, cuja opinião IHERING (*o.c.* 279-280) contesta: os actos aparentes são formas do progresso numa certa época da civilização e ninguém recusará ter sido o Direito profano mais acessível ao progresso do que o Direito eclesiástico.

⁹ Vid. IHERING, *o.c.* 280.

¹⁰ Vid. RABEL *apud* DISTASO, *o.c.* 86¹; e *apud* ORTEGA, *o.c.* 8.

IHERING, que «primeiro teve a intuição do fenómeno»¹¹, não deixou de advertir da periculosidade deste instrumento visto que observar apenas a forma das acções pode levar à justificação de acções imorais¹². Porém, a sua finalidade de integrar os hiatos entre o Direito e a vida foi admiravelmente atingida, assegurando àquele um progresso contínuo sem rupturas violentas e susceptíveis de abalarem a paz.

§ 12.1.4.1 A *mancipatio* foi originariamente uma *venditio* real celebrada na presença de, pelo menos, cinco testemunhas (todas *cives romani* púberes) e de um outro *civis* que segurava uma balança (*libripens*).

Utilizava-se para vender *res Mancipi* e o seu cerimonial consistia nos seguintes actos: 1.º — o adquirente tomava a *res* se fosse móvel (ou algo que a simbolizasse se fosse imóvel¹) e afirmava (no caso de se tratar de um *servus*): «*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra*»; 2.º — o *libripens* pesava o cobre que o adquirente dava ao alienante a título de preço².

¹¹ Vid. ORTEGA, *o.c.* 8.

¹² Aconteceu; *v. g.* a propósito da *lex Iulia et Papia Poppaea* que atribuía certas vantagens ao casamento. As pessoas contraíam uniões matrimoniais, mas limitavam os seus efeitos à aquisição dos benefícios. Vid IHERING, *o.c.* 259-260; e VANDER EYCKEN, P., *Méthode Positif de l'Interprétation Juridique* (Bruxelas, Paris 1907) 408.

Cfr., todavia, RABEL (*apud* DISTASO, *o.c.* 86¹) para quem o sacrifício do momento ético, assinalado por IHERING, é fortemente exagerado.

¹ Sendo a *traditio* da *res* vendida um elemento solene constitutivo da *mancipatio*, se fosse imóvel, um símbolo substituí-la-ia: *v. g.* um torrão simbolizava um *fundus*; uma telha representava uma *domus*; etc.

Sobre os símbolos — especialmente dos Direitos Romano e Grego —, vid. CRUZ, *Ius. Directum (Directum)* (Coimbra 1974) 21-30

² Vid. GAIUS 1,119. Note-se que o jurista não descreve uma *venditio* real, mas simbólica.

É opinião praticamente unânime a de que a *mancipatio* foi originariamente uma venda real e a pronto. Aliás, o próprio GAIUS (1,122; 3,174) sugere esta hipótese. Vid. a nota a seguir.

Era, reptimos, uma verdadeira *venditio*, recebendo o alienante o metal pesado — o cobre — e o adquirente a *res* vendida³.

Todavia, provavelmente com a introdução da moeda cunhada, que substituiu o pagamento em barras de cobre, a *mancipatio* terá assumido a fisionomia de *imaginaria venditio*: em vez da pesagem do cobre, o adquirente tocava na balança com uma pequena barra de cobre (*raudusculum* ou *aes*) que entregava ao alienante como preço simbólico (*quasi pretii loco*). É óbvio que esta *venditio* transformada em *imaginaria* reunia, no seu carácter abstracto, a idoneidade bastante para transferir a propriedade de *res Mancipi* e constituir outros direitos reais ao serviço dos mais diversos fins⁴.

³ Segundo CUQ (*o.c.* 253-260), o *libripens* era um indivíduo (romano e púbere) desinteressado no negócio e pessoa da confiança das partes.

As testemunhas deviam responder em termos solenes; daí, a incapacidade dos mudos. Incapazes eram ainda as mulheres, os impúberes, os pródigos, os castrados e quantos, a título de pena, fossem privados dessa capacidade.

Conjecturou-se que as testemunhas representavam as cinco classes do povo romano.

Quanto ao *libripens*, além de pesar o metal, atestava a autenticidade do cobre e a sua função de preço.

A *mancipatio* era, portanto, uma venda a pronto e destinava-se a colocar a alienação sob a garantia das cúrias.

Cfr. ainda: BATIZA, *o.c.* 6; FUENTESECA, *o.c.* 117-118; DE FRANCISCI, P., *Storia del Diritto Romano I* (Milão 1926) 323; e PUGLIESE, *La Simulazione*, cit. 65-66.

⁴ Na opinião de CUQ, a partir de 268 a.C., o sestércio (moeda de prata) foi utilizado no lugar da moeda de cobre e a *mancipatio* passou a fazer-se *sestertio nummo uno*. Todavia, a peça de cobre continuou a fazer parte da solenidade.

Note-se que a explicação dada no texto não é pacífica. Autores há (v. g. GIRARD, SEGRÈ e BECHMANN), para quem a transformação da *mancipatio* em *imaginaria venditio* se deve à satisfação da exigência da compra a crédito: para respeitar a estrutura formal da *mancipatio*, ter-se-ia realizado um pagamento simulado.

Esta teoria foi, porém, rebatida, com bons argumentos, por PUGLIESE, segundo o qual o resultado visado pelas partes ter-se-ia podido realizar muito mais facilmente através da combinação da *mancipatio* com o

Ora, uma dessas aplicações da *mancipatio* como puro acto aparente (*dicis causa*) foi exactamente o *testamentum per aes et libram*.

Quando, na iminência da morte, não fosse possível fazer um testamento *calatis comitiis* ou *in procinctu*, mancipava-se, *nummo uno*, o património (*familiae mancipatio*) a um amigo (*familiae emptor*) e eventualmente rogava-se-lhe que o repartisse «*post mortem*». O *familiae emptor* tornava-se proprietário dos bens do *de cuius* e devia, embora juridicamente não fosse obrigado, repartir os bens pelas pessoas eventualmente indicadas pelo *mancipio dans*.

Trata-se, como é evidente, de um negócio aparente (*dicis causa*), utilizado não como verdadeira *venditio*, mas ao serviço de uma disposição *mortis causa*: o *familiae emptor heredis locum optinebat*⁵.

Já no tempo de GAIUS, a *mancipatio familiae* dera lugar ao *tetamentum per aes et libram*; e, se ainda se recorre à *mancipatio*, é *dicis causa propter veteris iuris imitationem: post mortem*, os bens transmitem-se ao *familiae emptor* que, entretanto, se declarara simples depositário e mandatário para cumprir a *voluntas* do *de cuius* solenemente expressa na *nuncupatio*⁶.

Deste modo, surgiu o *testamentum per aes et libram* que, na feliz expressão de ROBBE, «è l'atto apparente elevato alla seconda potenza»⁷, legalmente reconhecido pela Lei das XII Tábuas (V,3): «*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*».

nexum: assim, era respeitada a estrutura exterior da *mancipatio* sem necessidade de simular nem de mudar o ritual do negócio.

Ainda na opinião de PUGLIESE, havia, na *mancipatio nummo uno*, dois preços: o *aes*, cuja função era conservar integralmente a exterioridade do ritual; e o *nummus unus* que formava o *simpulum* para a *autoritas*.

Tratando-se duma *mancipatio* não *nummo uno*, ao lado do preço ritual (*nummo uno*) estaria a indicação do verdadeiro preço, com base no qual seria instaurada a *actio auctoritatis* no caso de evicção: o *mancipio dans* era obrigado a dar ao *mancipio accipiens* o dobro do preço efectivamente pago.

Vid. CUQ, o.c. 256 e 259-263; e PUGLIESE, *La Simulazione*, cit. 65-85. Cfr. ainda: BIONDI, *Istituzioni*, cit. 206; D'ORS, *Derecho*, cit. 163; e SOHM, o.c. 49-50 e 52.

⁵ Vid. GAIUS 2,103.

⁶ Vid. GAIUS 2,104.

⁷ Vid. ROBBE, o.c. 649⁴⁴.

Posteriormente, em data não facilmente determinável, o *familiae emptor* tornou-se um verdadeiro *heres*⁸, pelo que o aperfeiçoamento deste acto como verdadeiro *testamentum* pode dizer-se definitivo.

Em suma: originariamente uma *venditio* real, a *mancipatio* sofreu, com a introdução da moeda cunhada, uma descaracterização. Deixou de ser um negócio causal para adquirir um carácter abstracto. Em consequência, tornou-se idónea para transferir o *dominium* e outros direitos reais por qualquer motivo; e a *mancipatio familiae* e o subsequente *testamentum per aes et libram* são outros tantos negócios nos quais a *mancipatio* foi aparentemente (*dicis causa*) utilizada⁹.

§ 12.1.4.2 Outro acto que adquiriu a natureza *dicis causa* foi a *acceptilatio*.

Como sabemos, a *acceptilatio* foi originariamente um dos meios de extinguir as obrigações «*quae ex verbis consistunt*»¹.

Era um negócio verbal e consistia numa pergunta do devedor («*quod ego tibi promisi, habesne acceptum?*») e na resposta do credor («*habeo*»)².

É óbvio que pressupunha um pagamento efectivo — uma *solutio* —, pois nunca o credor responderia afirmativamente se não tivesse recebido o seu crédito³.

⁸ Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 272; e PUGLIESE, *La Simulazione*, cit. 95.

⁹ Aos motivos referidos por Orlando de CARVALHO para recusar ao acto *dicis causa* o carácter de verdadeiro negócio indirecto, poder-se-ia juntar um outro: a natureza abstracta da *imaginaria venditio*. Cfr. *supra* § 12.1.27.

¹ Além da *acceptilatio*, também o pagamento efectivo (*solutio*) sem qualquer formalidade produzia a extinção do *creditum*, mesmo originado *ex stipulatu*. Vid. CRUZ, *Da «Solutio»*, cit. 205 e 219.

Contra, PUGLIESE (*La Simulazione*, cit. 97) sustenta que, numa época antiga, o pagamento não-formal não tinha eficácia extintiva.

² Vid. GAIUS 3,169.

³ É esta a opinião de Sebastião CRUZ (*Da «Solutio»*, cit. 219-220) que vê na *acceptilatio* um *dare certum* efectivo, uma *solutio* real.

No mesmo sentido, considerando insuficiente a pronúncia da fórmula e necessária, ainda, a entrega efectiva da *numeratio*, vid. PUGLIESE, *La Simulazione*, cit. 97-98.

Todavia, em época não determinada, mas decerto já na República, a *acceptilatio* adquiriu a natureza de negócio abstracto, utilizável para extinguir uma dívida: tornou-se uma *imaginaria solutio*⁴ e, destarte, podia ser utilizada para extinguir uma dívida efectivamente não paga e, por isso, idónea à realização de uma liberalidade⁵.

Deste modo, a *acceptilatio* — que terá desempenhado originariamente, mais uma função de prova do que de *solutio*⁶ — acabou por se descaracterizar como acto e na sua função: enquanto acto, adquiriu uma dimensão abstracta que o tornou idóneo para extinguir *obligationes verbis contractae* independentemente do efectivo cumprimento; funcionalmente, pôde ser utilizada para a realização de verdadeiras liberalidades, *v. g.* doações e legados.

§ 12.1.4.3 A *adrogatio* era o acto realizado por uma pessoa *sui iuris* a fim de ingressar sob a *patria potestas* doutro *pater familias*. Em consequência, tanto os seus *sub potestate* como o seu património passavam para a titularidade do *adrogator*, ao mesmo tempo que cessava o culto dos *sacra*.

Consistia, inicialmente, numa cerimónia realizada perante os *comitia curiata* presididos pelo *pontifex maximus* e visava proporcionar a descendência a quem a não tinha¹.

⁴ Vid. GAIUS 3,169.

⁵ Porque a *acceptilatio*, apesar de verbal e abstracta, só extinguia *obligationes verbis contractae*, para extinguir, por este meio, as *obligationes non verbis contractae* era necessário fazer uma *stipulatio* novatória que as refundisse numa única *obligatio* extingüível por *acceptilatio*: era a *stipulatio dita aquiliana*, atribuída a Aquilius GALLUS, contemporâneo de Cícero (I. 3,29,2).

Vid. BATIZA, *o.c.* 8-9; BIONDI, *Istituzioni*, cit. 206 e 412; FUENTESSECA, *o.c.* 197-198; VOLTERRA, *o.c.* 606; e D'ORS, *Derecho*, cit. 426.

Segundo PUGLIESE (*La Simulazione*, cit. 98-99), não é provável que a simulação do pagamento esteja na origem da passagem do negócio real a imaginário.

⁶ Vid. CRUZ, *Da «Solutio»*, cit. 219.

¹ Mais tarde, o acto realizava-se perante trinta *lictiores*, representantes das trinta cúrias. Vid. GAIUS 3,83.

Todavia, depressa a *adrogatio* foi utilizada para outro fim: os patrícios serviram-se dela para obterem a condição de plebeu (*transitio ad plebem*). Na verdade, sabemos que, para se tornar tribuno, *Clodius* ad-rogou-se ao plebeu *Fontelius* que o emancipou seguidamente. No entanto, o *adrogatus* conservou o seu nome patrício, os seus *sacra* e os direitos hereditários. Isto é, os pontífices limitaram os efeitos da *adrogatio* ao objectivo em vista: a *transitio ad plebem*.

Obviamente, ninguém ignorava o escopo destas *adrogationes* e o efeito jurídico produzido: no caso de *Clodius*, toda a Roma sabia e até o *pontifex* interveio.

Portanto, a *adrogatio*, utilizada para um fim diferente do normal, era um verdadeiro acto aparente (*dicis causa*): o *adrogatus* não desejava submeter-se à *patria potestas* do *adrogator* e sofrer todas as consequências jurídicas inerentes; apenas visava pertencer à plebe — no caso de *Clodius*, para poder ser tribuno —, conservando todos os direitos e deveres de patrício.

A descaracterização da *adrogatio* é, neste exemplo, inequívoca e mostra-nos como um acto, destinado a um certo escopo, era utilizado para um fim diferente. É certo que estruturalmente não sofreu a mínima alteração; todavia, deixou de produzir os seus efeitos normais para, tão-só, tornar possível a *transitio ad plebem*².

Uma vez mais, a lógica romana revela a sua especificidade: o sacrifício, a favor das necessidades concretas, do rigor das suas deduções³.

§ 12.1.4.4 A *sponsio*, cuja origem é, nas palavras de DE MARTINO¹, «ancora avvolta da ombre», terá sido um negócio solene, constituído por uma *interrogatio* e uma *responsio*. Inicialmente, não terá gozado de tutela jurídica, mas, talvez já antes do *nexum*, deve ter originado uma *obligatio*².

² Vid. DEKKERS, o.c. 111; e ROBBE, o.c. 649 e 650⁴⁷.

³ Vid. supra §§ 9.1.3; -9,2(1-3); 12.1.2⁶.

¹ Vid. DE MARTINO, F., *L'Origine delle Garanzie Personali e il Concetto dell'Obligatio* em SDHI 6(1940) 132.

² Inicialmente, a *sponsio* terá sido uma promessa sacral e, destarte, desprovida duma *legis actio*. Segundo GARCIA GARRIDO, (*Diccionario*,

Das suas características — autonomia (ou falta de acessoriedade) e correalidade — pode deduzir-se que transcendia os fins de mera garantia, sendo, portanto, um negócio gerador de uma *obligatio (civilis)*, na qual o *sponsor* era o verdadeiro *obligatus* principal.

Porém, acabou por se converter numa garantia pessoal, sendo historicamente a primeira de todas as garantias³.

Pois bem: em época indeterminada, mas ainda no antigo regime das *legis actiones*, a *sponsio* foi utilizada para tornar possível a demanda em situações não contempladas no número estritamente limitado das *legis actiones*. Recorrendo à *sponsio* dita *praeiudicialis*, uma das partes prometia solenemente à outra o pagamento de uma quantia pecuniária se o facto ou o direito alegado fosse certo.

Destarte, a *sponsio* tornou possível a instauração das *legis actiones sacramento in personam* e *per iudicis postulationem*⁴, nas quais, para condenar o *sponsor*, o juiz teria de provar que o facto ou o direito invocados era verdadeiro. Simplesmente, a *pecunia* prometida não era exigida, visto que a *sponsio* só tinha em vista levar a questão a júízo⁵.

Isto é, também a *sponsio* foi utilizada para um fim estranho ao que lhe era próprio: em vez de gerar uma *obligatio* — quer autónoma quer acessória (como garantia pessoal) —, a *sponsio* dita *prae-iudicialis* somente se destinava a possibilitar a instauração da *legis actio (sacramento* ou *per iudicis postulationem)* para, destarte, serem julgadas situações que ficavam de fora do acanhado sistema das *legis actiones*.

cit. 329), a reforma que lhe atribuiu carácter civil é anterior ao *sc. de Bacchanalibus* (de 186 a.C.). Sebastião CRUZ (Da «*Solutio*», cit. 36⁵⁷) entende que é provavelmente anterior ao *nexum*.

³ Vid. DE MARTINO, *L'Origine*, cit. 134; e CRUZ, *Da «Solutio»*, cit. 21¹³, 23¹⁵ e 36⁵⁷ e *Direito Romano*, cit. 241.

⁴ Em GAIUS (4,17a) fala-se de *stipulatio*, mas a fórmula reproduzida é a da *sponsio*: «*ex sponsione te mihi x milia sestertiorum dare oportere aio ...*» Vid. GARCIA GARRIDO, *Dicionario*, cit. 329.

Sobre a utilização da *sponsio* para tornar possível a *legis actio per iudicis postulationem*, vid. MURGA, *o.c.* 130; e Ursicino ALVAREZ, *o.c.* 242²³⁴.

⁵ Cfr. GAIUS 4,93-95.

A sua descaracterização é evidente: salvou-se a forma, mas a sua função foi violentamente transformada. O *sponsor* não satisfazia o *debitum* pecuniário porque, na verdade, não existia; mas, entretanto, instaurava-se um *iudicium*, doutro modo impossível⁶.

§ 12.1.4.5 Uma vez solicitada e obtida a *actio*, o demandado podia negar a pretensão do demandante (*infutiatio*); reconhecer fundado o pedido do autor (*confessio in iure*, nas *actiones in personam*; *in iure cessio*, nas *actiones in rem*); ou recusar intervir activamente, não se defendendo nem reconhecendo fundado o *desiderium* do autor (*indefensio*).

Nesta última hipótese, o magistrado podia interpretar a não-*contravindicatio* como uma renúncia do demandado ao seu direito (*in iure cessio*), no caso de uma *actio in rem*; e, nas *actiones in personam*, «el único remedio (...) es la de proceder contra o 'vindex' o contra el 'vas'»¹.

É evidente que, tratando-se de uma *confessio in iure* ou de uma *in iure cessio*, o *iudicium* terminava na fase *in iure*, sem ter de percorrer a fase *apud iudicem* — apenas necessária se, havendo uma *confessio*, a dívida não fosse de dinheiro e as partes não tivessem acordado no seu cumprimento específico².

No caso de *in iure cessio*, o pretor considerava encerrado o litígio e, através de uma *addictio*, adjudicava a *res* ao demandante se fosse móvel; ou autorizava-o a tomar a sua posse, se fosse imóvel.

Bem cedo, porém, se viu na *in iure cessio* um meio de transmissão de *res* (*mancipi*) mais cómodo e menos exigente do que a tradicional *mancipatio*³, tanto mais que a *confessio in iure* se equiparava à sentença (*confessus pro iudicato tenetur*) e a *confessio*

⁶ Vid. DEKKERS, *o.c.* 111.

¹ Vid. Ursicino ALVAREZ, *o.c.* 209-211; e MURGA, *o.c.* 113-116.

² Vid. CRUZ, *Direito Romano*, cit. 187.

³ Todavia, a *in iure cessio* terá caído em desuso já na época clássica, devido à dificuldade de as partes terem de comparecer perante o magistrado; e ainda por não proporcionar certas garantias dadas pela *mancipatio*, *v. g.* a *actio auctoritatis* e a *actio de modo agri*.

Cfr. GAIUS 2,25. Vid. CRUZ, *Da «Solutio»*, cit. 194²⁷³.

estava para as *actiones in personam* como a *in iure cessio* para as *actiones in rem*.

E, na verdade, a *in iure cessio* veio a traduzir-se também numa *rei vindicatio* aparente, num processo igualmente aparente: as partes compareciam perante o magistrado (o pretor, em Roma; e o governador, nas províncias) e o adquirente, tomando a *res* (se móvel; e um símbolo, se imóvel), afirmava (no caso de um *servus*): «*hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*». Em seguida, o magistrado interrogava a outra parte, perguntando se não contravindicava e, em face da resposta negativa ou do silêncio, adjudicava a *res* ao adquirente⁴.

Como acto aparente (*dicis causa*) — embora não negocial, mas processual —, servia para transferir o *dominium* sobre *res Mancipi* e *nec Mancipi*, para manumitir escravos, emancipar e adoptar *filiifamilias*, ceder a tutela e heranças, criar servidões, etc⁵.

Porém, a sua natureza jurídica é, ainda, motivo de controvérsia.

Na verdade, a doutrina dominante — que vê na *in iure cessio* um processo fictício de reivindicação — foi contestada por LÉVY-BRUHL, para quem se trata de uma alienação constituída pela renúncia do alienante e pelo apoderamento do adquirente, apoiado numa declaração ratificada pelo magistrado. A operação começava com um acto do alienante que tinha o sentido e o efeito duma *derelictio* (fazia passar a *res* à categoria de *nullius*); o adquirente afirmava, depois, que adquiria a propriedade da *res* deixada vacante pelo seu proprietário, tornando-se legítimo *dominus* sob reserva de ratificação do magistrado; e, finalmente, este editava uma *addictio*, que era um acto administrativo. Por isso, LÉVY-BRUHL sustenta que a *in iure cessio* era um acto de alienação muito próximo da *mancipatio*, pois tanto nesta como naquela há uma renúncia do alienante seguida da ocupação pelo adquirente, que o magistrado ratificava⁶.

⁴ Cfr. GAIUS 2,24.

⁵ Vid. BATIZA, *o.c.* 7-8; e PUGLIESE, *La Simulazione*, cit. 59.

⁶ Vid. LÉVY-BRUHL, H., *Quelques Problèmes du Très Ancien Droit Romain* (Paris 1934) 114-136.

Há, decerto, graves obstáculos à concepção tradicional que vê na *in iure cessio* uma *rei vindicatio* fictícia⁷.

Efectivamente, não se compreenderia a sua onerosidade⁸ nem a responsabilidade por evicção⁹ se considerássemos a *in iure cessio* um acto declarativo no qual o adquirente afirmava ter sido sempre *dominus*. E, não sendo um acto derivado, a evicção não teria igualmente sentido.

Estes foram os grandes argumentos invocados por LÉVY-BRUHL para rejeitar a teoria dominante que, na sua opinião, mergulha as suas raízes num texto de Santo Isidoro de Sevilha (*Origines*, 5,25), interpretado no séc. XIX.

Contudo, também a doutrina de LÉVY-BRUHL — para quem o adquirente ocupou uma *res nullius* — não explica a onerosidade e a eventual responsabilidade por evicção: se *nullius* fosse, não poderia falar-se de alienante e, portanto, nem de onerosidade nem de responsabilidade por evicção.

Por outro lado, GAIUS (2,24) fala de «*legis actio*» e a estrutura processual não permite explicar, como administrativa, a natureza da *addictio*.

É igualmente óbvio que um simples acto aparente não pode, só por si, gerar efeitos jurídicos de todo estranhos ao acto de que é imagem: o que pode é produzir, somente, um dos vários efeitos possíveis, mas nunca gerar efeitos absolutamente diferentes.

Trata-se, parece-nos, de um acto aparente de natureza formalmente processual: há um desvio, pois utilizou-se um instituto processual — a *in iure cessio* — não para resolver um verdadeiro *iudicium*, e sim para transmitir direitos (nem sequer litigiosos). Porém, é um acto aparente *sui generis*, porque mesclado substancialmente de um verdadeiro negócio translativo. E é este elemento substancial que justifica a onerosidade e a responsabilidade por evicção do alienante.

⁷ Preferimos chamar-lhe aparente, visto que, de contrário, teríamos de utilizar «fictício» em sentido amplo, vulgar ou atécnico. Vid. *infra* § 12.3(1-2).

⁸ Cfr. D. 44,4,4,28.

⁹ Cfr. D. 21,2,10; -21,2,46,1.

De todo o modo, a *in iure cessio* é um acto descaracterizado no processo em que se insere — porque artificial — e nos efeitos que produz¹⁰.

β) O negócio *fiduciae causa*

§ 12.2.1 *Fiduciae causa* é o negócio de transmissão de bens ou direitos em que o adquirente se obriga, através de um *pactum fiduciae* ou de uma cláusula fiduciária, a utilizar o seu direito apenas em vista de certa finalidade.

Atribui ao fiduciário uma posição jurídica cuja amplitude ultrapassa o necessário à normal prossecução do fim em vista; e assenta num princípio de confiança (*fides*): o de que o fiduciário só utilizará os seus poderes na especial direcção acordada.

É, portanto, um negócio que produz efeitos jurídicos excessivos em relação ao fim que determinou o seu uso; por isso, envolve um poder de abuso que o fiduciário pode, embora não deva, utilizar.

Podemos, assim, defini-lo: é *fiduciae causa* o negócio jurídico cujos efeitos jurídicos, sendo desproporcionados à finalidade prática em vista, coloca uma das partes — o fiduciário — numa situação económico-jurídica manifestamente excessiva em relação ao estritamente necessário¹.

§ 12.2.2 Quais são as características do negócio fiduciário?

Quiçá baseada em GAIUS (2,59), a doutrina parece concordar em ver na *fiducia* não um acto independente, *a se*, mas ligado a um negócio abstracto (*mancipatio*) ou a um acto aparente

¹⁰ PUGLIESE (*La Simulazione*, cit. 59-63) nega que a *in iure cessio* tenha sido originariamente uma simulação. Primeiro, porque, dado o seu carácter publicístico, os actos processuais têm um valor objectivo subtraído à livre determinação das partes; e o magistrado não participa, em regra, na simulação. E depois, porque a *in iure cessio* era eficaz também nas relações internas.

¹ Vid. ANDRADE, *o.c.* 175-176; BIONDI, *Istituzioni*, cit. 207; Orlando de CARVALHO, *o.c.* 98; BETTI, *Istituzioni*, cit. 135; DISTASO, *o.c.* 111-112; e NITTI, R., *Negozio Fiduciario* em NNDI 11 (1965) 203-204.

igualmente abstracto (*in iure cessio*), a que se juntava um *pactum fiduciae*¹.

Todavia, quanto às suas estrutura e sanção, existem grandes divergências, como adverte CUQ².

Na verdade, é visível um certo desnorte entre quem vê na *fiducia* uma figura semelhante a um contrato real³; e quem nega que se trate de um contrato⁴. São, decerto, divergências devidas ao facto de se pretender subsumir as figuras jurídicas romanas às modernas categorias negociais.

Subjacentes aos diversos entendimentos estão, naturalmente, diferentes concepções acerca da estrutura da *fiducia*. Parece, todavia, dominante a doutrina que a julga constituída por um acto formal (*mancipatio* ou *iure cessio*), no qual o *fiduciarius* assumia a obrigação de transferir a propriedade (*nuncupatio*, no caso de *mancipatio*; declaração análoga, feita durante a *in iure cessio*). Tratar-se-ia de um único acto; por isso, a *actio fiduciae* teria sido *in ius*⁵. Simplesmente, a fim de determinar como e em que

¹ No entanto, o texto gaiano diz-nos simplesmente: «*Qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit ... potest usucapere*». Não refere que a *mancipatio* e a *in iure cessio* são os únicos meios de constituir a *fiducia*, embora seja lícito extrair esta conclusão. Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 170⁵; CUQ, *o.c.* 641; SOHM, *o.c.* 52²; DISTASO, *o.c.* 118; e BELEZA DOS SANTOS, J., *A Simulação I* (Coimbra 1921) 136.

² Vid. CUQ, *o.c.* 641.

³ Assim, CUQ (*o.c.* 643-644) entende que é uma figura semelhante ao mútuo, visto supor, como este, uma transferência de propriedade com o encargo de restituição.

Também BURDESE (*o.c.* 500) diz que a *fiducia* é, estruturalmente, análoga aos contratos reais. Igualmente, NITTI (*o.c.* 203) vê nela um contrato real por força do qual um sujeito, que recebeu uma coisa para fins determinados, se obrigava a remancipá-la ou a retransmiti-la *in iure cessio*, quando o fim estivesse cumprido.

Já D'ORS (*Derecho*, cit. 458) vê, tão-somente, um contrato formal.

⁴ Assim, FUENTESECA (*o.c.* 253) para quem «no se operava con la idea de 'obligatio' consistente en la devolución ('reddere') de la cosa mancipada, sino en la esfera de la 'fiducia' y el 'fraus'. De ahí que no pueda hablarse de la 'fiducia' como contrato».

⁵ Se a *obligatio* assumida na *nuncupatio* justifica o carácter *in ius* da *actio fiduciae* no caso de a *fiducia* ter sido realizada numa *mancipatio*, já não

momento a restituição da propriedade devia ser feita, tornou-se necessário um pacto especial (*pactum fiduciae*) que permitia conhecer, ainda, o fim para que a *fiducia* fora realizada⁶.

Não nos cabe tomar posição, bastando-nos observar o que se afigura pacífico: estruturalmente, a *fiducia* era um negócio jurídico que revestia a forma de acto abstracto (*in iure cessio* ou *mancipatio*) completado por um *pactum fiduciae*; juridicamente, operava a transferência do *dominium* de uma *res* e conferia ao fiduciário a possibilidade de abuso; economicamente, pôs o fiduciário numa situação manifestamente excessiva à necessária ao escopo em vista⁷.

vemos, na *in iure cessio*, como essa *actio* pudesse revestir aquela natureza.

Na verdade, a declaração análoga (mas diferente) à *nuncupatio* não podia inserir-se estruturalmente na *in iure cessio*; teria de ficar de fora, como um verdadeiro *pactum*. Ora, os *pacta* não eram fontes do «direito civil» e, portanto, a *actio (fiduciae)* só podia ser, nesta hipótese, *in factum concepta*.

BETTI (*Istituzioni*, cit. 135) entende que o *pactum fiduciae* é certamente estranho ao negócio formal. No mesmo sentido, vid. CUQ, o.c. 644-645.

⁶ Vid. VOLTERRA, o.c. 486; D'ORS, *Derecho*, cit. 464; e SOHM, o.c. 51-52.

⁷ Tendo a *actio fiduciae* carácter *in personam*, o *fiduciarius* não era obrigado a retransmitir o *dominium* da *res*; se a tivesse vendido, somente incorreria numa indemnização sem o fiduciante poder reclamar do terceiro adquirente. Vid. ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, o.c. 311; BETTI, *Istituzioni*, cit. 136; e NITTI, o.c. 203.

Como verdadeiro *dominus ex iure Quiritium*, o fiduciário dispunha de todas as *actiones* que tutelavam o *dominium*: a *rei vindicatio* e a *condictio furtiva* (PS. 5,26,4; D. 13,7,22pr.). Tinha todas as faculdades de gozo e fazia seus, *iure dominii*, os frutos (PS. 2,13,2). Vid. AMBROSINO, R., *Le Applicazioni Innovative della 'Mancipatio'* em *Studi Albertario II* (1953) 610-613.

A estas faculdades correspondiam, naturalmente, os inconvenientes que a *fiducia* provocava ao fiduciante, alguns dos quais podiam ser afastados: deixando o fiduciário a *res* na posse — a título precário ou de arrendamento — do fiduciante. Vid. ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, o.c. 311; e CRUZ, *Direito Romano*, cit. 243.

Não tem razão CUQ (o.c. 646-647) quando entende que o fiduciário tinha uma propriedade interina. Nem SOHM (o.c. 52²) para quem se tratava de uma propriedade limitada.

No caso da *mancipatio fiduciae causa*, é inequívoca a sua descaracterização relativamente à sua originária estrutura causal típica: estruturalmente, a pesagem do metal foi substituída pelo toque simbólico do *raudusculum* na balança e o *pretium* real em barras de cobre cedeu o lugar a um sestércio; isto é, de causal, tornou-se abstracta⁸. Funcionalmente, em vez de transferir o *dominium* a título de compra-e-venda, transfere-o, agora, em vista de finalidades bem diferentes e variadas, como veremos *infra*⁹.

Mas também esta aparência se revelava na *fiducia* veiculada em *in iure cessio*. De facto, não estava em causa um *iudicium* verdadeiro, no qual o comportamento do demandado levasse o magistrado a adjudicar a *res* litigiosa ao demandante. Tratava-se, na verdade, de um aproveitamento desse acto, desviado para transferir, em abstracto, o *dominium* de *res* ao sabor dos mais diversificados fins.

Ainda aqui, a descaracterização é evidente, não estrutural ou formal, mas substancial e espiritual¹⁰.

⁸ Vid. *supra* § 12.4.1.

Quanto à subsunção (ou não) do negócio fiduciário à categoria «negócio indirecto», a doutrina hodierna apresenta-se dividida, pese embora domine a que rejeita ser aquele uma espécie deste. Na verdade, alguma doutrina italiana (v. g. ASCARELLI, FERRARA e GRECO) vê no negócio fiduciário uma subespécie ou forma do negócio indirecto.

Todavia, partindo do facto de os negócios fiduciários serem abstractos e de os negócios indirectos serem causais — e de estes não se basearem, como aqueles, na *fiducia* —, a doutrina dominante (defendida, com eloquência, por ORTEGA e, entre nós, por Orlando de CARVALHO) entende que jamais um negócio fiduciário pode ser indirecto. Prova esta incompatibilidade a estrutura diferente: abstracta, no negócio fiduciário; causal, no negócio indirecto. Alimenta-a, a base diferente (o negócio indirecto não se baseia na *fiducia*). E justifica-a, historicamente, a posterioridade do negócio abstracto: este surgiu para superar as deficiências do negócio indirecto e, se ainda tem utilização, é por os seus conteúdo e funções não serem os mesmos.

Vid. BATIZA, *o.c.* 24-25; ORTEGA, *o.c.* 17-20; Orlando de CARVALHO, *o.c.* 100-113; e DISTASO, *o.c.* 119. Sobre o complexo problema da causa, vid. VOLTERRA, *o.c.* 138-140; BETTI, *Istituzioni*, cit. 122-123; D'ORS, *Derecho*, cit. 170; e BATIZA, *o.c.* 23.

⁹ Vid. *infra* §§ 12.2.4.1(2-4); 12.2.4(2-4).

¹⁰ Vid. *supra* § 12.1.4.5.

§ 12.2.3 Os negócios *fiduciae causa* desempenharam funções extremamente importantes, quais as de integrar e, principalmente, suavizar o duro e insensível *ius civile*.

Em face da tipicidade dos negócios jurídicos escassamente predispostos pelo ordenamento civil romano; e perante as novas necessidades a eles estranhas, que exigiam protecção jurídica, a *fiducia* realizou uma dupla função: a de satisfazer essas necessidades; e a de abrir a porta à formação de novas figuras negociais, embora no âmbito do *ius praetorium*.

Como satisfazer a necessidade de ceder gratuitamente o uso de uma *res* se não existia o *commodatum*?

Como entregar uma *res* à custódia de um amigo — para o seu *dominus* poder, *v. g.*, viajar tranquilamente — se o *depositum* não era conhecido?

Como satisfazer as preocupações de um credor e de um devedor — aquele em se ver garantido contra um eventual empobrecimento do *debitor*; e este em obter a *pecunia* necessária a uma determinada actividade — se Roma não dotara o seu *ius* do *pignus* e da hipoteca?

Numa palavra: como satisfazer as necessidades sempre crescentes da actividade comercial e industrial romana?

Perante o «desinteresse» do legislador, a *iusprudentia*, sempre fecundamente inovadora, ofereceu a solução: a *fiducia cum amico* e a *fiducia cum creditore*¹,

Mas não era só!

Sem descendentes, a família perder-se-ia. Sempre dependentes dos *patres*, os *filiifamilias* veriam os seus matrimónios dificultados quer pela necessidade de obterem a *auctoritas patrum* quer pela natural aversão das futuras *uxores* em ficarem na dependência dos sogros. Sem liberdade para testar, as mulheres sentir-se-iam oprimidas, sujeitas a tutores que limitavam e controlavam os seus actos; e ver-se-iam eternamente oneradas com o culto dos *sacra*.

Esta situação de falta de liberdade impressiona, cada vez mais negativamente, a renovada consciênciava ético-jurídica romana.

¹ Vid. BIONDI, *Istituzioni*, cit. 207.

Impunha-se uma actuação legislativa.

Todavia, foi a *iurisprudencia* quem interveio: ofereceu aos *fili* e às *filiae* a *fiducia* e, com ela, a possibilidade de afastarem as limitações e os ónus impostos pelo velho e anciloso *ius civile*.

É certo, a *fiducia* envolvia alguns inconvenientes; mas os efeitos, que permitia obter, compensavam-nos e a escassez de meios justificava-a.

§ 12.2.4.1.1 A *coemptio* era, como sabemos, uma forma de *conventio in manu* e consistia na *mancipatio* da mulher. É provável que tenha sido, originariamente, uma verdadeira compra da *uxor*, sendo o *pretium* o correspectivo da perda da *patria potestas* do antigo *paterfamilias*. Todavia, bem depressa — mesmo antes da transformação da *mancipatio* devida à reforma monetária — se reduziu a uma medida mínima: *imaginaria venditio*¹.

Em época antiga (ainda na República), a *coemptio* passou igualmente a utilizar-se não *matrimonii causa*, que era o seu fim normal, mas para escopos diferentes, quais *tutelaevitandae causa*, *testamenti faciendi causa* e libertação do culto dos *sacra*.

Esta nova *coemptio*, denominada *fiduciae causa*, era constituída por três actos: 1.º — *coemptio (fiduciae causa)*: realização de um casamento *in manu* na forma ordinária de *coemptio (mancipatio nummo uno)* com a cláusula acessória (*pactum fiduciae*) de remanipação a fazer pelo *coemptionator*; 2.º — *remanipatio (fiduciae causa)*: venda da mulher *in mancipium* com a cláusula acessória (*pactum fiduciae*) da sua libertação a efectuar pelo *manceps fiduciarius*; 3.º — *liberatio* da mulher².

É evidente, a mulher corria dois riscos muito sérios: o de ficar sujeita à *manus* do *coemptionator*; e o de ficar *in mancipium* do *manceps*³; mas estes riscos são, afinal, inerentes à possibilidade do poder de abuso, característica dos negócios fiduciários e, portanto, são normais e indispensáveis.

¹ Vid. PUGLIESE, *La Simulazione*, cit. 88-89; DE FRANCISCI, *Storia*, cit. 315; e FUENTESSECA, *o.c.* 357.

² Vid. IHERING, *o.c.* 275; ROBBE, *o.c.* 649⁴¹; e DEKKERS, *o.c.* 112-113.

³ Vid. GAIUS 1,115b. Não nos parece acertada ao pinião de SOHM (*o.c.* 52²) para quem, não sendo *maritus*, mas *coemp-*

§ 12.2.4.1.2 Baseada na Lei das XII Tábuas, a *tutela legitima mulierum*¹ tinha, por fim, tornar os agnados autênticos guardiões do património da mulher *sui iuris*, permitindo-lhes velar pelos seus próprios direitos sucessórios.

Simplemente, se esta tutela nada tinha de anormal na época antiga, o instituto veio a repugnar à ideia de liberdade manifestada posteriormente no sentido da emancipação social da mulher: o antigo ponto de vista do interesse do herdeiro-tutor cedeu às novas ideias de dignificação da mulher².

Porta-voz da renovada consciência ético-jurídica, a *iurisprudentia* encarregou-se de adaptar a *coemptio* ao escopo de a mulher substituir o *tutor legitimus* por um tutor da sua confiança (*tutor fiduciarius*). Na verdade, a *coemptio* fazia cessar a *tutela legitima agnatorum* e viria a ser tutor (*fiduciarius*) o *manceps* que a libertasse da situação de *mancipium* em que episodicamente se encontrava.

Deste modo, utilizando uma *coemptio* não *matrimonii causa*, a mulher libertava-se dum tutor incómodo, substituindo-o por alguém da sua confiança.

tionator, este não adquiria os direitos e o poder inerentes à condição marital.

Que o risco existia, deduz-se da condição de *filiae loco* expressamente referida no texto gaiano; e da circunstância de, as mais das vezes, o *coemptionator* ser um *senex*, portanto com poucos anos de vida.

Vid. também MARTINI, R., 'Coemptio Fiduciae Causa' e 'Senes Coemptionales' em *Studi Biscardi* II (1982) 177-178.

¹ A Lei das XII Tábuas conferia a tutela: 1.º — aos agnados sobre a agnada solteira; 2.º — ao patrono sobre a liberta celibatária; 3.º — ao *parens manumissor* sobre a filha ou neta emancipada e solteira.

A mais importante era a *tutela legitima agnatorum*, abolida por Cláudio.

O *tutor legitimus* podia recusar a sua *auctoritas* à mulher para testar, mancipar e contrair *obligationes* por acto civil. Não podia vetar o casamento que foi utilizado, *fiduciae causa*, exactamente para a mulher substituir o *tutor legitimus* por um *tutor fiduciarius*. Vid. SOHM, *o.c.* 498¹.

Segundo IHERING (*o.c.* 277), o *tutor legitimus* podia ser obrigado a dar a sua *auctoritas* ao casamento da pupila.

² Vid. IHERING, *o.c.* 275 e 277; D'ORS, *Derecho*, cit. 296; e DEKKERS, *o.c.* 114-115.

É evidente, a *coemptio* era, aqui, um mero acto aparente (porque descaracterizada na sua finalidade); mas era, ainda, um negócio fiduciário: para se libertar dum tutor legítimo, a mulher tinha que passar sucessivamente pela *manus* do *coemptionator* e pelo *mancipium* do *manceps*.

§ 12.2.4.1.3 Relativamente à *testamenti factio* activa das mulheres, há discordância entre os AA. que a rejeitam — v. g. BIONDI e KASER vêem no *testamentum per aes et libram* um acto insusceptível de ser feito mesmo com a *auctoritas tutoris* — e os AA. que a aceitam — v. g. VOCI e IHERING —, embora a condicionem à *auctoritas* dos tutores legítimos.

Todavia, quem rejeita a *testamenti factio* (activa) entende que a mulher podia adquirir-la, realizando a *coemptio fiduciae causa*¹.

Destarte, é pacífico: as mulheres celebram esta *coemptio*, tão-só para adquirirem a capacidade de testar, como, de resto, GAIUS (1,115a) refere inequivocamente.

Também aqui se tratava, portanto, de um negócio aparente — porque realizado não em vista do fim normal: o matrimónio — e fiduciário: para adquirir a *testamenti factio* activa, a mulher tinha que sujeitar-se à *manus* e ao *mancipium*, respectivamente, do *coemptionator* e do *manceps*².

§ 12.2.4.1.4 A mulher *sui iuris* tinha o ónus do culto dos *sacra* e, se permanecesse solteira, esse ónus acompanhá-la-ia em toda a sua vida. Porém, se contraísse matrimónio *cum manu*, tais *sacra* passariam para o marido e nele permaneceriam se a *uxor* saísse da sua *potestas*¹.

Todavia, com o tempo, as instituições religiosas decaíram e o culto dos *sacra privata* tornou-se, na opinião de IHERING², «un fardeau».

¹ Vid. MARTINI, *o.c.* 173-175; e IHERING, *o.c.* 277⁴³⁶.

² Vid. DEKKERS, *o.c.* 114.

¹ Discutida tem sido a questão de saber se, à morte do marido, os *sacra* se extinguíam ou passavam aos herdeiros. Há, todavia, quem pense que os *sacra* se extinguíam com a *coemptio*.

Vid. IHERING, *o.c.* 275; MARTINI, *o.c.* 179-180; e DEKKERS, *o.c.* 114.

² Vid. IHERING, *o.c.* 275.

Era fácil à mulher escolher um *senex* celibatário não longe da morte, com quem celebrava uma *coemptio* exclusivamente destinada a transmitir ao *coemptionator* o culto dos *sacra*. Remunerá-lo-ia com o necessário às despesas dos sacrifícios, mas ficar-lhe-ia barato: o culto pouco tempo duraria, por o *coemptionator* ser um *senex*, quiçá doente³.

Esta *coemptio* era, igualmente, um acto aparente (descaracterizado na sua finalidade) e fiduciário: para se libertar do culto dos *sacra*, a mulher tinha que passar pela *manus* do *coemptionator* e, eventualmente, pelo *mancipium* de um *manceps*.

§ 12.2.4.2 A *emancipatio* não era possível nos primeiros tempos de Roma: faltava um instituto jurídico adequado, ausência justificada, de resto, pelo absoluto predomínio da situação do *paterfamilias* no âmbito familiar, onde gozava do *ius vitae et necis*, do *ius vendendi*, do *ius noxae dandi* e do *ius exponendi*.

Todavia, enquanto estes *iura* vieram a sofrer uma série de limitações que paulatinamente afastavam o seu carácter desumano, também a sempre renovada consciência ético-jurídica, sensível aos novos valores e às novas necessidades, não deixou de fomentar a criação dum instituto que tornou possível juridicamente a subtracção dos *fili* à *patria potestas* dos *patresfamilias*. Exigia-a, a dignidade humana; e justificavam-na interesses de várias índole nem sempre compatíveis e satisfeitos com uma sujeição deveras incómoda. Basta recordar a possibilidade de um *filiusfamilias* desempenhar importantes funções políticas; e a situação em que ficaria a *uxor* de um *filius*, para compreendermos a necessidade daquela subtracção¹.

³ Outra hipótese era a mulher comprar um escravo velho (decerto, barato): manumitia-o e seguidamente celebrava a *coemptio*, encarregando-se o liberto dos *sacra* como preço da liberdade. Vid. IHERING, *o.c.* 275.

¹ CORNIL diz-nos que Denis de Halicarnasso atribui a Numa uma lei que interditou ao *pater* a venda do *filius* que tivesse contraído um matrimónio justo. E, segundo Plutarco, esta medida teria sido tomada no interesse da mulher do filho, pois era inadmissível que uma mulher, tendo desposado um homem livre, fosse obrigada a viver com um escravo.

Ainda segundo CORNIL, numa civilização em que o trabalho servil tomou uma extensão enorme, as vendas dos filhos impunham-se aos

Como sempre, havia que explorar todas as virtualidades oferecidas pelo *ius civile* e, uma vez mais, foi a *iurisprudencia* que, trabalhando com os materiais existentes, elaborou essa figura jurídica idónea à produção, no seio do *ius civile*, do efeito desejado: tal, a *emancipatio*.

Com efeito, para penalizar as vendas dos *fili* que se tornaram odiadas — apesar de os *patres* se desculparem com a miséria em que se encontravam —, a Lei das XII Tábuas² dispunha: «*Si pater filium ter venum duit (dedit) filius a patre liber esto*»³.

A partir desta disposição, os *iurisprudentes* elaboraram a *emancipatio* constituída pelos seguintes actos: 1.º — o *pater* mancipava o seu *filius* a uma amigo (o terceiro *fiduciarius*) perante quem ficava *in mancipio*; 2.º — o *fiduciarius* manumitia e o *filius* regressava, *ipso iure*, à *patria potestas* originária; 3.º — o *pater* fazia a segunda *mancipatio*; 4.º — o *fiduciarius* voltava a manumitir e o *filius* regressava, ainda, à *patria potestas*; 5.º — o *pater* mancipava a terceira vez; 6.º — o *fiduciarius* manumitia e, porque já fora mancipado três vezes, não regressava à *patria potestas*, tornando-se *sui iuris*⁴.

É evidente, também a *emancipatio* era um acto aparente, pois continha três *mancipationes* igualmente aparentes: não se tratava de verdadeiras vendas, mas tão-só de um cerimonial necessário

patres pobres, incapazes de conservarem perpetuamente os *fili* sob o seu encargo e desejosos de lhes assegurarem a subsistência.

Vid. CORNIL, G., *Contribution à l'Étude de la 'Patria Potestas'* em NRHD 21(1897) 439-443.

² Na opinião de DE FRANCISCI (*Storia*, cit. 315), o instituto da *emancipatio* — cuja forma clássica foi construída sobre a máxima «*si pater...*» da Lei das XII Tábuas — é antiquíssimo e devia representar originariamente a expulsão do grupo.

Vestígio deste carácter primitivo, vê-c DE FRANCISCI no facto de o patrício emancipado se tornar plebeu, isto é, estranho na comunidade primitiva: a *emancipatio* teria separado, originariamente, o indivíduo da família, da *gens* e da *civitas*.

³ Cfr. a Lei das XII Tábuas (IV, 2).

⁴ Interpretando restritivamente esta disposição da lei decemviral, as *filiae* e os netos emancipavam-se só com uma *mancipatio* (e uma *manuissio*). Cfr. GAIUS 1,132.

à definitiva quebra da *patria potestas*. E era, ainda, um acto fiduciário porque o *filius*, para adquirir a condição de *sui iuris*, tinha de ficar três vezes *in mancipio* do aparente *manceps*⁵.

§ 12.2.4.3 Também a *adoptio* não foi conhecida na primitiva Roma.

Todavia, necessidades diversas, desde sócio-políticas — preservar a família, assegurando-lhe a continuidade — até religiosas — manter o cumprimento das obrigações para com os deuses —, exigiam que um *pater* sem *fili* naturais pudesse receber, na sua família, elementos que lhe garantissem a sobrevivência à veracidade do tempo¹.

Esse instituto, que deparamos em todos os tempos e nos mais diversos povos², foi, em Roma, elaborado pela *iurisprudencia* a partir da mesma disposição da Lei das XII Tábuas (IV, 2): «*Si pater filium ter venum duit (dedit) filius a patre liber esto*».

Na verdade, para um *pater* poder adoptar um elemento *alieni iuris*³ como *filius*, eram necessários os seguintes actos (acordadamente realizados pelos *patres* natural e adoptivo): 1.º — o *pater* mancipava o *filius* com o *pactum fiduciae* da sua manumissão; 2.º — o *fiduciarius* manumitia e o *filius* voltava, *ipso iure*, à *patria potestas* do *pater*; 3.º — o *pater* fazia a segunda *mancipatio*; 4.º — o *fiduciarius* voltava a manumitir e o *filius* regressava à *patria potestas*; 5.º — o *pater* fazia a terceira

⁵ PUGLIESE (*La Simulazione*, cit. 93) rejeita que as *mancipationes* fossem simuladas. Na sua opinião, eram realizadas seriamente e produziam os seus efeitos normais.

Sobre a *emancipatio*, vid. ainda: ROBBE, *o.c.* 649⁴³; VANDER EYCKEN, *o.c.* 407; D'ORS, *Derecho Romano*, separata da NEJ 1(1949) 20; e DEKKERS, *o.c.* 110.

¹ Vid. MACCHIARELLI, *o.c.* 565.

² Assim, os Ostrogodos conheciam-no e rodeavam-no dum ritual belicoso: davam ao adoptado um escudo, uma espada e um cavalo para, destarte, o associarem ao seu carácter guerreiro.

Os Muçulmanos recebiam o adoptado nu; e outros povos fugiam que nasceu no leito, símbolo do nascimento da prole natural.

Vid. MACCHIARELLI, *o.c.* 565.

³ Tratando-se de um *sui iuris*, praticava-se a *adrogatio*. Vid. *supra* § 12.1.4.3.

mancipatio; 6.º — o *fiduciarius* remancipava o *filius* ao *pater*, ficando, agora, *in mancipio* e não *sub patria potestate* (porque já fora mancipado três vezes); 7.º — o adoptante e o *pater* realizavam a *in iure cessio*: aquele formulava a *vindicatio in suam patriam potestatem* e, perante o silêncio do *pater*, o magistrado reconhecia o adoptado como *filius* do adoptante⁴.

Ainda aqui se tratava de um acto aparente, em cuja estrutura apareciam, além de duas *manumissiones* e duma *remancipatio*, três *mancipationes* e uma *in iure cessio*, todas aparentes porque descaracterizadas em relação aos seus fins originários: não se vendia para transmitir (onerosamente) o *dominium*; nem havia verdadeiramente litígio algum. E era, também, um acto fiduciário, pois, para ser adoptado, o *filius* tinha de passar quatro vezes pela situação de *in mancipio*⁵.

§ 12.2.4.4 A *fiducia* era um negócio jurídico em que, através de uma *mancipatio* ou de uma *in iure cessio* a que se juntava um *pactum fiduciae*, alguém — o fiduciante — transferia para outrem — o fiduciário — o *dominium* de uma *res (mancipi)*¹, com vista à obtenção de um fim determinado, sendo os efeitos

⁴ Vid. GAJUS 1,134. Cfr. IGLESIAS, *o.c.* 535; e VOLTERRA, *o.c.* 486-487.

⁵ Uma espécie de *adoptio* foi a adoção régia. Verdadeira *adoptio* nos primeiros imperadores — conferia ao adoptado a posição de *filius* do adoptante em toda a sua plenitude: *v.g.* Tibério portou-se absolutamente como *filius* de Augusto —, transformou-se numa simples formalidade com um fim determinado: estabelecer a sucessão imperial. Nenhuma influência exerceu nas relações privadas: *v.g.* Antonino Pio deixou a sua *hereditas* à sua filha natural e não ao filho adoptivo.

Segundo IHERING, a *adoptio* régia é o acto aparente mais recente que a história do *Ius Romanus* nos mostra.

Vid. IHERING, *o.c.* 290-292; e ROBBE, *o.c.* 650⁴⁸.

Na opinião de PRÉVOST, Júlio César adoptou Octávio, filho da sua irmã Júlia, aquando do regresso de Espanha, em 13/9/45, para fazer dele o seu sucessor político. É que a *adoptio* tornara-se, nessa época, o melhor meio encontrado pelos imperadores para assegurarem o poder supremo aos sucessores escolhidos.

¹ Quanto às *res nec mancipi*, estão excluídas na *mancipatio*, mas a sua probabilidade é, pelo menos teoricamente, questionável na *in iure cessio*. Todavia, as fontes não as referem.

jurídicos produzidos manifestamente excessivos em relação aos estritamente necessários.

Esse fim era diversificado, podendo ser, *v. g.*, a garantia de uma *obligatio*, a custódia de uma *res*, a sua utilização gratuita, etc.²; por isso, a *fiducia* era chamada *cum creditore* quando garantia uma dívida; e *cum amico* nos restantes casos.

A utilização da *fiducia cum amico* era justificada pela inexistência de contratos — alguns dos quais viria a dar lugar, *v. g.* o *depositum* e o *commodatum* — e pelas exigências do tráfico jurídico. E a *fiducia cum creditore* foi utilizada devido à inexistência das garantias reais — o *pignus* e a *hypotheca* — que as garantias pessoais nem sempre compensavam.

A mais importante terá sido a *fiducia cum creditore*: o *debitor* ou um terceiro transferia o *dominium* de uma *res mancipi* para o *creditor* e, à *mancipatio* ou à *in iure cessio*, juntava-se um *pactum fiduciae* que, nas palavras de D'ORS, «da contenido al derecho del fiduciario» e «servia para limitar el ejercicio de la acción de la 'fiducia'»³,

Uma das *obligationes* contraídas pelo *creditor-fiduciarius* era a de realizar a retransmissão do *dominium* para o garante (ou outrem indicado no *pactum fiduciae*) após a satisfação do crédito. Simplesmente, a *actio* daí resultante (dita *fiduciae*) era *in personam*⁴ e, destarte, inidónea a neutralizar os efeitos reais da transferência⁵.

² Além dos objectivos — que o *depositum* e o *commodatum* viriam a satisfazer —, a *fiducia cum amico* podia visar outros: *v. g.*, a transmissão de um escravo a um terceiro para ser manumitido, a *donatio* modal, a *donatio mortis causa*, etc. Vid. IGLESIAS, *o.c.* 414; e SANTOS JUSTO, A., *As Garantias Reais das Obrigações (Direito Romano)* (Coimbra 1988) 5-6.

³ Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 464.

⁴ Na opinião de CUQ (*o.c.* 645), o *pactum fiduciae* foi, nos primeiros tempos, só indirectamente protegido pelo Direito: o alienante podia apoderar-se da *res* sem praticar furto (GAIUS 3,201) e, uma vez na posse, recuperava o seu *dominium* decorrido um ano (mesmo tratando-se de um imóvel) por *usureceptio ex fiducia*. Vid. ainda CRUZ, *Direito Romano*, cit. 243, onde refere os dois modos de acautelar a posição do credor garantido.

⁵ Vid. ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, *o.c.* 311; e Orlando de CARVALHO, *o.c.* 98-99.

Não assim na *fiducia* germânica, onde a transferência da propriedade está sujeita a uma condição resolutiva com efeitos reais que fará, *ipso iure*,

Também nos casos de *fiducia cum creditore* e *cum amico* estamos na presença de um acto aparente, utilizado com efeitos fiduciários. O acto-meio era descaracterizado na sua estrutura (caso da *mancipatio* que se vê transformada em *nummo uno*) e na sua funcionalidade: não visava transferir o *dominium* em contrapartida do *pretium*, mas dar satisfação a outros (e diferentes) interesses, quais os de garantia, custódia, comodato, etc.

Sempre, todavia, se emprega «um mais para obter um menos»⁶, desproporção caracterizadora do negócio fiduciário.

§ 12.3 Os actos aparentes e a *fictio*

§ 12.3.1 Cotejando, agora, os actos aparentes com a *fictio*, observamos algumas divergências que os afastam significativamente.

Desde logo, se prestarmos atenção ao *modus operandi*, notaremos que os actos aparentes eram expedientes utilizados pela autonomia privada, interessada em, por seu intermédio, obter a satisfação de necessidades não previstas e, destarte, não dotadas, pelo ordenamento civil romano, dos necessários meios adequados.

Urgia obter um efeito jurídico determinado e os indivíduos interessados utilizavam os recursos que obliquamente o ofereciam. Sempre, todavia, eram eles quem actuava, embora aconselhados normalmente pela audaciosa e sensível *iurisprudencia*. E, porque só o efeito em vista interessava, os restantes eram negligenciados ou afastados através de pactos e de cláusulas habilmente concertadas. A violência pertencia-lhes.

Não assim, na *fictio*.

regressar a coisa alienada ao património do fiduciante, uma vez cumprida a determinação pactada.

Vid. a *fiducia* germânica em: Orlando de CARVALHO, *o.c.* 99; NITTI, *o.c.* 203; e DISTASO, *o.c.* 114-115.

⁶ Vid. Orlando de CARVALHO, *o.c.* 99.

Como muito bem referiu IHERING, «ce que l'acte apparent obtient par le moyen plus compliqué d'un acte, la fiction le réalise plus simplement au moyen de la pensée»¹.

Na verdade, enquanto os actos aparentes eram expedientes que não dispensavam a actuação dos indivíduos, já esta actividade era, na *fictio*, de todo desnecessário: como instrumento do pretor, bastava-lhe ordenar ao juiz que considerasse existente ou inexistente determinado facto para que a sua existência ou inexistência se tornasse inquestionável. Os indivíduos eventualmente interessados eram estranhos a essa ordem, não esboçavam a mínima actividade preparatória e indispensável ao seu cumprimento pelo juiz.

Por isso, o acto aparente «trouvait sa principale application plutôt dans le commerce juridique romain que dans la procédure, tandis que cette dernière était précisément le terrain où se mouvait surtout la fiction», observou IHERING².

Mas, se há diferenças no *modus operandi* e na sede em que ambos preferencialmente se moviam, também a violência, que provocavam³, atingia matérias diferentes: nos actos aparentes, os negócios (e o instituto processual da *in iure cessio*) eram descaracterizados estrutural e funcionalmente. De causais, tornaram-se abstractos e o escopo, plasmado na sua causalidade típica, foi subalternizado por fins bem distantes, quais *v. g.* a celebração de um matrimónio somente para mudar de tutor, afastar o culto dos *sacra* ou adquirir a *testamenti factio* activa; a realização de uma *mancipatio* (ou *in iure cesso*) não *venditionis causa*, mas simplesmente para garantir uma dívida; etc.

Esta, a descaracterização dos actos que os tornou aparentes: o esvaziamento da sua causalidade e a redução a meras formas ocas de conteúdo próprio e, destarte, idóneas ao cumprimento de funções de que originariamente estavam afastadas.

Bem diferente era a *fictio*.

¹ Vid. IHERING, *o.c.* 299.

² Vid. IHERING, *o.c.* 299-300.

³ IHERING (*o.c.* 299) diz-nos que o acto aparente e a ficção «s'emparent violemment du rapport qu'ils traitent, pour le coucher sur le lit de Procuste des actes, des principes, et des actions judiciaires qui existent déjà».

Para tornar possível a concessão de uma *actio civilis*, o pretor ordenava ao juiz que distorcesse os factos, violentando a sua existência real com o aditamento ou a subtracção de um elemento incómodo inexistente ou existente. Todavia, sempre a «vítima» eram os factos e não a *actio civilis* que permanecia estática.

Na verdade, enquanto nos actos aparentes as figuras jurídicas se desnaturavam, na *fictio* a desnaturação somente afectava os factos; por isso, o *ius civile* mantinha-se formalmente imóvel, sem aumentar as suas disposições e sem estas sofrerem o mínimo retoque susceptível de as alterar.

Por tudo isto, não se nos afigura certa a opinião de quem, decerto alheio ao conceito técnico-jurídico de *fictio*, vê nos actos aparentes uma categoria de ficções variadas que se traduzem em gestos ou declarações destinadas a fazer crer no cumprimento exacto de formalidades legalmente prescritas⁴; afirma que na base de todos os negócios *dicis causa* está uma *fictio*⁵; ou caracteriza a *in iure cessio* como uma *vindicatio fingida*⁶.

§ 12.3.2 Mas há, igualmente, coincidências entre os actos aparentes e a *fictio* que os tornam afins.

As mesmas necessidades do tráfico jurídico estão na sua origem; a inércia do legislador permitia que as partes e o pretor actuassem; e a lei da economia lógica, lei fundamental da técnica jurídica — base da arte de utilizar habilmente os meios disponíveis — justifica-os.

Perante as mesmas causas, os efeitos práticos foram os mesmos: ambos — os negócios aparentes e a *fictio* — permitiram que o *ius civile* se applicasse a novas situações, diferentes das originariamente previstas nos tipos negociais e nas *actiones in ius conceptae*.

⁴ Assim, DABIN *o.c.* 286; e GÉNY, *o.c.* 371-374.

⁵ É o caso de ACCARDI-PASQUALINO, *o.c.* 1104; e de RICCOBONO, *Corso*, cit. 298.

⁶ Vid. BIONDI, *Istituzioni*, cit. 206; VOLTERRA, *o.c.* 171; e GARCIA GARRIDO, *Derecho*, cit. 217.

É certo que, nas *actiones ficticiae*, o *ius civile* era aplicado sem limitações; mas se, nos actos aparentes, não se produziam todos os efeitos, as limitações actuavam no âmbito do *ius praetorium* — sede dos *pacta* — e não no seio do *ius civile*. Pode, assim, dizer-se que os actos aparentes e a *fictio* foram expedientes de integração do *ius civile*: as mesmas causas, o mesmo efeito.

De comum, há, ainda, a aparência e a transparência.

Os actos foram aparentes porque, utilizados não para o escopo predeterminado na sua causalidade originária, mas para outros objectivos, o *ius civile* veio a proteger novos interesses (diferentes) e, destarte, sofreu um enriquecimento com a dilatação substancial do seu campo. O mesmo efeito aparente encontramos nas ficções: só formalmente o *ius civile* se manteve imutável; substancialmente, a sua actuação estendeu-se porque passou a disciplinar situações sempre novas e diferentes.

E foram transparentes, pois tanto os actos aparentes como a *fictio* jamais ocultaram algo: ninguém ignorava a sua *ratio* e os seus efeitos; tudo era claro, feito sem propósitos enganadores e ocultos. E se, em relação à *fictio*, IHERING disse que era «*un mensonge technique consacré par la nécessité*»¹, a mesma afirmação vale inteiramente para os actos aparentes que, tal como a *fictio*, perseguem apenas um escopo técnico: «*quello di ottenere un risultato approvato dal diritto stesso, mediante un'applicazione un po' forzata dei mezzi esistenti*», como referiu ROBBE².

Finalmente, há uma característica idêntica nos actos aparentes e nas ficções: são expedientes alógicos.

Na verdade, os Romanos afastaram-se, nos actos aparentes, da via lógica, pois só aceitavam, de todos os efeitos normalmente produzidos pelo acto utilizado, o que estritamente interessava: se uma mulher celebrava uma *coemptio tutelae evitandae causa*, a *manus* não produzia os seus efeitos regulares; os *bona da uxor* não se transferiam para o *dominium mariti*; nem a *uxor* era considerada *loco filiae*. Do mesmo modo, se a *adrogatio* se fizesse para a *transitio ad plebem*, nem o *adrogatus* perderia o seu *nomen* patricio e os seus

¹ Vid. IHERING, *o.c.* 296.

² Vid. ROBBE, *o.c.* 647.

iura hereditários nem o adrogator adquiria o património daquele e o ónus dos sacra.

Como referiu ROBBE, «la logica del diritto romano consisteva precisamente nel bandire il rigore incomodo della logica, ad eliminare tutte le conseguenze che non si volevano punto, in una parola, la logica dello scopo primeggiava su quella dei mezzi»³.

Também a *fictio* foi um expediente tipicamente alógico, pois traduziu-se em deformações conscientes da realidade jurídica para a sujeitar à disciplina do *ius civile*: à extensão analógica das *actiones civiles* opôs a extensão ou a restrição dos factos⁴.

§ 13. A simulação

§ 13.1 Natureza

§ 13.1.1 Ainda hoje, a simulação constitui, na doutrina romanista, uma verdadeira *vexata quaestio*.

Até final de Oitocentos considerou-se pacificamente que a nulidade do negócio simulado e a eventual validade do negócio dissimulado se justificavam no predomínio conferido à *voluntas* sobre a sua declaração. Até aí, a *simulatio* era vista como uma divergência entre a vontade e a declaração, podendo ser absoluta ou relativa e subjectiva ou objectiva: sobre a natureza do negócio ou sobre o valor¹.

Porém, já no nosso século, esta teoria principiou a ser contestada, procurando valorizar-se a declaração; coerentemente, o relevo, outrora atribuído à *voluntas*, foi deslocado para os *verba*; e os textos, que atribuem o predomínio à vontade —

³ Vid. ROBBE, *o.c.* 647-648.

⁴ Vid. *supra* § 9.6(1-3).

¹ Vid. ANDRADE, *o.c.* 172 e 186 (onde apresenta, ainda, outra classificação: a *simulatio* inocente e a *simulatio* fraudulenta). Vid. igualmente: CAPITANT *apud* ISSA-SAYEGH, *o.c.* 86; IGLESIAS, *o.c.* 180; BIONDI, *Istituzioni*, cit. 205; VOLTERRA, *o.c.* 171; DISTASO, *o.c.* 322 e 368; e FERRARA, *o.c.* 41.

ferindo com a nulidade o negócio simulado e afirmando a eventual validade do negócio dissimulado — foram considerados interpolados.

Contra esta nova e revolucionária teoria² reagiu um sector importante da doutrina romanista italiana, merecendo destaque RICCOBONO; C. LONGO e G. LONGO. Todavía, RICCOBONO limitou-se a considerações gerais, sem fazer a exegese dos textos (com excepção do D. 44,7,54). C. LONGO não pôde examinar as fontes. E só G. LONGO confutou a nova doutrina no campo exegético; daí, a referência selectiva que lhe fazemos³.

Após uma exegese das fontes literárias — com destaque para Cícero, Séneca e Varrão — e jurídicas, LONGO⁴ chegou à conclusão de que a doutrina tradicional estava certa: «*A mio credere, si potrebbe, senza tema d'errori, tener fede, almeno nel campo contrattuale, al principio volitivo*», sendo «*si casi di simulazione discordanze volute tra volontà e dichiarazione*». E sustenta que «*lo studio della simulazione può essere proficuo (...) per la prova, nel campo romanistico, che vi si considerò operativo il principio della volontà*»⁵.

Em defesa da doutrina tradicional, invoca textos literários e jurídicos, cujas interpolações rejeita ou a que atribui valor não substancial. Refere que há, nas decisões clássicas, recepção de elementos do pensamento grego. E observou que o elemento *animus* foi o mais utilizado pelos juristas romanos para fazerem progredir o Direito⁶.

Por outro lado, censura a doutrina objectivista porque, negando ao elemento *animus* um valor independente e relevante na época clássica, desprezou o ensinamento de PAULUS⁷ que

² Faremos a sua exposição, *infra* § 13.1.2.

³ Vid. PUGLIESE, *Simulazione (Diritto Romano)* em NNDI 17 (1960) 354 e *la Simulazione nei Negozi Giuridici* (Pádua 1938) 6-7.

⁴ Doravante, referir-nos-emos a Giannetto e não a Carlo LONGO.

⁵ Vid. LONGO, *Sulla Simulazione dei Negozi Giuridici* em *Studi Riccobono III* (1936) 113-114.

⁶ Vid. LONGO, *Sulla Simulazione*, cit. 116-117.

⁷ D. 32,25,1 («*Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*»); -34,5,3 («*In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id*

manifesta o relevo dado à *voluntas* no caso de *ambiguitas verborum*; e o conselho de ULPIANUS de que «*in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*»⁸.

§ 13.1.2 Esta era a doutrina romanista, mais ou menos pacífica até 1921¹, quando PARTSCH abalou os seus alicerces, sustentando que foram interpolados os textos onde consta a nulidade do negócio simulado e a eventual eficácia do negócio dissimulado; e afirmando que o predomínio da *voluntas* sobre a declaração pertence às escolas pós-clássicas e ao direito justiniano².

O que seria, então, a *simulatio*?

Um contraste entre duas declarações, sem a *voluntas* assumir qualquer relevo³ e sem o ordenamento jurídico atribuir qualquer efeito: o negócio simulado era perfeitamente válido, de harmonia com o princípio «*uti lingua nuncupasset, ita ius esto*» consagrado na Lei das XII Tábuas (VI, 1)⁴.

Apesar de tão revolucionária e audaz, esta doutrina depressa encontrou sequazes tão ilustres como KASER, VOLTERRA, BURDESE

dumtaxat quod volumus: itaque qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult neque id quod vult, quia id non loquitur»).

⁸ Cfr. D. 50,16,219. Vid. LONGO, *Sulla Simulazione*, cit. 115-117.

¹ Já IHERING declarou guerra ao dogma da vontade, na sua luta contra SAVIGNY. E, embora não tomasse posição no problema dogmático do valor da *voluntas*, GRADENWITZ ofereceu uma «*arma formitabile ai demolitori della dottrina della 'voluntas'*», dando um elenco de testi interpolati mediante la inserzione di 'mens', 'velle', 'sentire', 'animus', 'affectu', 'affectio', 'voluntas', specialmente negli atti di ultima volontà», escreve RICCOBONO, *Corso*, cit. 336-337.

Também na Itália, FERRARA (o.c. 119) fez uma crítica implícita aos textos romanos, referindo que foi aplicado um critério material e objectivo: o negócio simulado é nulo por não corresponder à realidade; a antítese não era entre vontade e manifestação, mas entre realidade e aparência, entre *simulata gesta* e *veritatis substantia*.

² Vid. PARTSCH apud PUGLIESE, *Simulazione*, cit. 354 e *La Simulazione*, cit. 5-6.

³ Assim deduz PUGLIESE, *Simulazione*, cit. 354.

⁴ Vid. RICCOBONO, *Corso*, cit. 371.

e GUARINO⁵. Todavia, merece destaque, pela especificidade que reveste, a teoria de BETTI.

Segundo BETTI, «una fiacca e poco concludente difesa dalla opinione tradizionale (Scialoja) senza una visione dal punto di vista tecnico e senza un inquadramento generale del problema nel sistema del diritto classico, ha poi tentato Gianni Longo»⁶. Com efeito, «vi è simulazione quando le parti di un negozio bilaterale d'intesa fra loro — o l'autore di una dichiarazione recettizia d'intesa col destinatario — dettano un regolamento d'interessi diverso da quello destinato a valere ne' loro rapporti, perseguendo col negozio uno scopo (dissimulato) divergente dalla sua funzione tipica»⁷.

Não é necessário que o fim divergente, na verdade perseguido, seja oculto de modo a permanecer irreconhecível: pode suceder que seja reconhecível pelo teor do negócio (v. g. pela exiguidade da contraprestação na *venditio*) ou pelo nexo com outro negócio. Quem nega, ao negócio, o carácter simulado quando o escopo é reconhecível, não pode ver e entender o nexo genético que liga a *simulatio* à reprodução *dicis causa* ou *fiduciae causa*. E quem afirma que a *simulatio* é uma forma de discordância entre a manifestação e a vontade interior, utiliza uma concepção que se afirmou no direito justinianeu, mas não é clássica⁸.

⁵ Vid. KASER, *Römische Privatrecht*, cit. 45; VOLTERRA, *o.c.* 172-173; BURDESE, *o.c.* 224; e GUARINO, *Diritto*, cit. 341.

No entanto, a teoria objectivista foi recebida, em alguns destes AA., com breves correcções.

Segundo VOLTERRA, os juristas clássicos tutelavam indirectamente os lesados (fossem eles os sujeitos ou terceiros) mediante a *exceptio* ou a *replicatio doli*; e através da *actio utilis* quando a simulação revestisse uma importância prática.

BURDESE diz que, em relação aos negócios não-formais, é visível a tendência de negar valor ao negócio simulado e de o atribuir ao negócio dissimulado sempre que não haja obstáculo à sua validade.

E GUARINO refere que os Romanos não deixaram de atribuir relevo, em casos singulares, à discordância entre a manifestação e a vontade.

⁶ Vid. BETTI, E., *Consapevole Divergenza della Determinazione Causale nel Negozio Giuridico (Simulazione e Riproduzione 'dicis causa' o 'fiduciae causa')* em *BIDR* 42(1934) 301¹.

⁷ Vid. BETTI, *Istituzioni*, cit. 131-132 e *Consapevole*, cit. 302.

⁸ Vid. BETTI, *Consapevole*, cit. 303-304.

Ainda na opinião de BETTI, a *simulatio* justifica-se no facto de, mui frequentemente, a iniciativa privada deparar com limites demasiado estreitos aos fins práticos perseguidos ou com escassos meios legais predispostos pelo ordenamento jurídico. Portanto, a simulação foi o expediente utilizado para suprir as deficiências do *ius* em face das exigências da autonomia privada. Assim aconteceu, entende BETTI, com a reprodução *dicis causa* de negócios existentes que foram inicialmente simulados, ou seja, utilizados para fins dissimulados, para os quais o Direito não apresentara ainda meios idóneos. Por isso, quando, em virtude do costume e por obra da *iuris prudentia*, essa prática obteve o reconhecimento oficial do Direito e se formaram novos tipos de negócios jurídicos, a *simulatio* cumpriu a sua função genética e perdeu sentido para ressurgir, mais tarde, quando renascerem outras exigências práticas sem protecção jurídica⁹.

Interessantes são os termos segundo os quais, refere BETTI, a *iurisprudencia* clássica teria analisado a *simulatio*. Tendo presente o sistema da tipicidade dos negócios jurídicos (que não permite à autonomia privada desenvolver-se livremente e lhe impõe o ónus e o risco de escolher o tipo de negócio mais apto à obtenção do fim que interessa) e não devendo ainda ignorar o escopo dissimulado — sob pena de tornar o Direito surdo às exigências práticas de que a *simulatio* é, frequentemente, índice e porta-voz —, a *iurisprudencia* clássica teria actuado do modo seguinte:

- a) Primeiro, interessava ver se a *simulatio* ocultava uma ilicitude, ou seja, uma fraude à lei ou a terceiros. Se o escopo dissimulado fosse ilícito, o negócio seria nulo (se *in fraudem legis*), revogável pelos terceiros lesados ou inexistentes em relação a estes. Destarte, era puramente objectiva a razão — a ilicitude do escopo dissimulado: *causa iniusta* — que determinava e justificava a nulidade,

⁹ Também na opinião de BETTI (*Consapevole*, cit. 305-307 e 310), nem sempre a simulação oculta uma licitude; pode servir para ocultar uma fraude à lei ou a particulares.

v. g. da venda entre cônjuges para ocultar uma *donatio* proibida¹⁰;

b) Depois, se o escopo dissimulado fosse lícito, os *iurisprudentes* teriam observado o seguinte critério:

1. Se esse escopo se enquadrasse na função típica do negócio utilizado, este seria objecto duma *interpretatio* correctiva destinada a averiguar em que sentido e para que efeitos secundários as partes utilizaram um expediente de qualificação imprópria. Neste aspecto, a convenção entre as partes tornava-se relevante e eficaz quer *iure civili* quer *iure praetorio*¹¹;

2. Se o escopo (dissimulado) não se enquadrasse na função típica do negócio utilizado, por ser incompatível, então:

α) O negócio seria nulo, se o escopo fosse reconhecível¹²; ou

β) se não fosse reconhecível — por não ter sido expresso —, o negócio seria válido de har-

¹⁰ BETTI (*Consapevole*, cit. 312²) cita, a propósito, os seguintes fragmentos que entende interpolados por fazerem depender a nulidade do negócio de um vício da *voluntas*: D. 18,1,38; -24,1,5,5; -24,1,7,5; -24,1,31,3; -24,1,31,4; -24,1,49; -24,1,64; C. 5,16,20.

¹¹ BETTI exemplifica com a *simulatio* referida em C. 2,4,21 (ano 293): um *iudicium* é composto por transacção e a *res* é entregue por uma das partes a título de *emptio-venditio* com a indicação de um *pretium* fictício. As partes qualificaram o negócio de *emptio-venditio* para assegurarem a aplicação dos princípios que regem a garantia contra a *evictio*. Ora, a *emptio-venditio* não só repugna, mas também não se enquadra na função típica da transacção. Vid. BETTI, *Consapevole*, cit. 312-313.

¹² Seria o caso de um contrato comutativo — v. g. uma *emptio-venditio* ou uma *locatio* — em que se pactou a não-contraprestação pecuniária, seu elemento essencial (D. 12,1,20; -18,1,36; -18,1,55; -19,2,46; -41,2,10,2; C. 4,38,3 primeira parte; C. 4,38a *itp*; C. 4,49,6).

Vid. BETTI, *Consapevole*, cit. 315.

monia com o seu teor objectivo; de contrário, dar valor ao escopo dissimulado inexpresso significaria dar corpo a uma sombra¹³.

Todavia, BETTI não excluiu a hipótese de uma disciplina diferente, no âmbito do *ius praetorium*. Só que não tutelaria a *voluntas*; apenas seria uma exigência da *aequitas*¹⁴.

§ 13.1.3.1 Na literatura extrajurídica, VARRO (*De Lingua Latina*, VI, 69) escreveu, a propósito de *spondere*:

«*Spondere est dicere: spondeo, a sponte; nam id valet a voluntate. Itaque Lucilius ... Eandem voluntatem Terentius significat ... Spondet enim qui dicit a sua sponte: spondeo*».

Como vemos, o enciclopedista relaciona *spondere* com *voluntas*: é, com efeito, um termo utilizado para assumir uma *obligatio* voluntariamente¹.

A *voluntas* está, portanto, na base da *obligatio* contraída pelo *promissor*.

¹³ A propósito, BETTI refere o D. 45,1,21: após o divórcio, o ex-marido promete à ex-*uxor*, a título de liberalidade, a restituição do dote, que jamais existiu, ou o duplo do seu valor.

Utilizou uma *stipulatio dotis nomine*, com a indicação da causa: *restitutio dotis*. A causa típica do negócio (*restitutio dotis*) é incompatível com o escopo prático dissimulado: a liberalidade.

No entanto, o negócio realizado é válido, por não ser reconhecível o escopo dissimulado e porque a falta de clareza deve ser suportada. Vid. BETTI, *Consapevole*, cit. 316-319 e 321.

O A. afasta, porém, os textos contrários que entende interpolados: D. 44,7,54; C. 4,22,1-4; -4,29,17; -5,12,30pr.; -8,53(54),10.

¹⁴ Seria o caso da exigência do pagamento do preço numa venda que dissimula uma doação para proteger certas conveniências sociais (D. 18,1,36; C. 4,38a) ou é susceptível de levar a uma iniquidade, afastada pelo pretor através da *exceptio doli*.

Vid. BETTI, *Consapevole*, cit. 322.

¹ Era, como sabemos, um dos vocábulos da fórmula da *stipulatio*, através do qual o *promissor* se obrigava. Vid. CRUZ, *Direito Romano* cit. 305.

Também CICERO escreveu:

Top. XVII 8-13: «*Etiam ea, quae fiunt, partim sunt ignorata, partim voluntaria: ignorata, quae necessitate effecta sunt; voluntaria, quae consilio*».

Referindo que são voluntários os efeitos resultantes de uma decisão, o filósofo apresenta a causa dos efeitos voluntários: a *voluntas*.

É evidente que, tratando-se de negócios jurídicos, a sua explicação há-de ser a mesma. E, se é a vontade que os justifica, não pode ser naturalmente estranha na elaboração da sua disciplina. Não o foi, obviamente, na criação das típicas figuras negociais, pois ambas as partes eram chamadas a manifestar a sua vontade no ritual e nas palavras sacramentais.

Mas tê-lo-á sido na *interpretatio*?

CICERO dá a resposta:

Top. XXV 96: «*Tum enim defenditur non id legem dicere quod adversarius velit, sed aliud: id autem contigit, quum scriptum ambiguum est, ut duae differentes sententiae accipi possint. Tum opponitur scripto voluntas scriptoris ut quaeratur, verbare plus, an sententia valere debeat. Tum legi ex contraria adfertur. Ita sunt tria genera, quae controversiam in omni scripto facere possunt, ambiguum, discrepantia scripti et voluntatis et scripta contraria*».

Como retórico e *advocatus*, CICERO indica o *modus* de actuar nas *res iuridicae*: a lei pode ser ambígua enquanto utilize termos equívocos ou ofereça um sentido duplo. Então, se necessário, opor-se-á a *voluntas* do legislador aos *verba*²; ou opor-se-á à lei uma lei contrária. E precisa, referindo o que pode suscitar uma controvérsia: a *ambiguitas verborum*, a discrepância entre *verba* e *voluntas* e entre *leges* contrárias.

² Vid. também QUINTILLIANUS (Decl. 331): «*Multa ergo venientur frequenter, quae legum verbis non teneantur, sed ipsa vi et potestate tenentur*».

Trata-se de *topica* a utilizar na *interpretatio* não só de leis, mas também de negócios jurídicos, como aliás CICERO (*Top.* XXVI 96) refere: «*Iam hoc perspicuum est, non magis in legibus quam in testamentis, in stipulationibus, in reliquis rebus quae ex scripto aguntur, posse controversias easdem exsistere.*»

É notório o relevo conferido à *voluntas* ante a subalternação dos *verba*: há que averiguar a vontade (do legislador ou das partes) e não ficar prisioneiro da sua manifestação exterior.

De resto, esta posição não deve surpreender se tivermos presente um outro texto que é extremamente sugestivo e rico no seu aspecto filosófico-jurídico a propósito da *lex (iniusta)*:

De Legibus I 15: «*Iam vero illud stultissimum, existimare omnia quae sint in legibus aut institutis populorum esse iusta.*»

Se a *lex* pode ser *iniusta*, é evidente que um negócio jurídico pode revelar-se injusto para com a *voluntas partium* se apreciada tão-somente na sua exteriorização: nos *verba*. Neste caso, a *iustitia* reclama a observância daquela e não destes.

E que assim devia ser, di-lo expressamente CICERO:

De Off. III 14: «*...Nondum enim Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis quum ex eo quaereretur quid esset dolus malus, respondebat, quum esset aliud simulatum, aliud actum (...)* Ergo (...) omnes aliud agentes aliud simulantes, perfidi, improbi, malitiosi sunt. Nullum igitur factum eorum potest utile esse, quum sit tot vitiis inquinatum.»

De Off. III 15: «*Quod si Aquiliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est. Ita, nec ut emat melius, nec ut vendat, quidquam simulabit aut dissimulabit vir bonus. Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus (...) et sine lege, iudiciis in quibus additur ex fide bona...*».

Segundo CICERO, Aquilius (GALLUS) definiu o *dolus malus* como um acto simulato, ou seja, diferente do que é, na realidade. E CICERO reprova tais condutas nos termos mais enérgicos, sustentando que nenhum acto dessa natureza pode ser eficaz, por estar inquinado de todos os vícios.

Mais: tanto a *simulatio* como a *dissimulatio* devem ser banidas, pois um *vir bonus* nem vende mais caro nem compra mais barato. De resto, este *dolus malus* era reprovado por leis e, mesmo na ausência destas, por *iudicia ex fide bona*.

É óbvio que CICERO fala, aqui, mais como moralista do que jurista. Mas, se o *dolus malus* aquiliano se traduz numa *simulatio* e numa *dissimulatio* e chegou a ser até punido juridicamente, a *voluntas simulationis dissimulationisque* devia ser necessariamente provada a fim de se averiguar ou não se divergia dos *verba* que exteriormente a manifestassem.

O seu relevo jurídico é, portanto, evidente.

É certo que CICERO diz ainda:

Pro Murena XI 25: «*Primum dignitas in tam tenui scientia non potest esse; res enim sunt parvae, prope in singulis litteris atque interpunctionibus verborum occupatae. deinde etiamsi quid apud maiores nostros fuit in isto stúdio admirationis, id enuntiatis vestris mysteriis totum est contemptum et abiectum*».

CICERO refere-se à *iurisprudentia* que persiste, decerto, no respeito pelas velhas formas. Mas revela o desprezo e o descrédito em que caiu.

Dir-se-á que, na época ciceroniana, a *iurisprudentia* era ainda prisioneira das velhas formas, gozando os *verba* de um valor absoluto?

— Só *cum grano salis*, parece, devemos entender o texto.

CICERO censura a *iurisprudentia* por ter mantido as *formulae*, cuja divulgação as fez perder sentido. Mas não pode deduzir-se que os *iurisprudentes* — alguns amigos, que CICERO não se cansou de elogiar — sacrificaram a *voluntas* aos *verba* tipificados em cada fórmula. Aliás, a actuação da *iurisprudentia* compreende-se pela

circunstância de não ser ainda *fons iuris civilis* e de o pretor não ser legislador: sempre a disciplina jurídica a fornecer, no caso de divergência entre *verba* e *voluntas*, teria de pertencer ao *ius praetorium* enquanto a *conventio* não foi inserida no âmbito dos tipos negociais e considerada seu elemento essencial.

Que esta opinião acerca do relevo a conferir à *voluntas* se tinha formado e consolidado, é a notícia de SENECA:

De Benef. II 19: «Leonem in amphitheatro spectavimus, qui unum et bestiariis agnitum, cum quondam eius fuisset magister, protexit ab inpetu bestiarum; num ergo beneficium est ferae auxiliium? minime, quia nec voluit facere nec faciendi animo fecit».

Se um leão, reconhecendo um domador, o protege do ataque dos outros animais, não se trata de um *beneficium* porque não agiu com intenção reflectida.

Se transpusermos esta conclusão para uma liberalidade, esta só existirá se for realizada com o respectivo *animus* característico; destarte, na sua *interpretatio* a averiguação da *voluntas* tornar-se-ia fundamental.

Em conclusão: decerto, não se esperará retirar dos textos literários — e da literatura extrajurídica — a resposta inequívoca ao problema da relevância ou não da *voluntas* nos negócios jurídicos em geral e na *simulatio* em particular.

Todavia, não escasseiam os indícios do seu relevo jurídico: se determinava os indivíduos a negociar, a simular e a dissimular; se os tipos negociais foram criados em vista da produção dos efeitos voluntariamente desejados; se a *voluntas* era chamada para se determinar o sentido de *leges* e de *negotia* ambíguos ou de sentido duplo; se a *simulatio* e a *dissimulatio* — ou seja, a *voluntas* — deviam ser provadas a fim de o *dolus malus* ser punido; e se a qualificação de um acto dependia da averiguação do *animus*, parece óbvio que a *voluntas* não podia ter sido ignorada como elemento essencial da *simulatio* enquanto divergente da sua manifestação — dos *verba*.

§ 13.1.3.2 Urge, agora, analisar as fontes jurídicas, predispostos por uma certeza incómoda: as dúvidas acerca da sua genuinidade, suscitadas e rejeitadas, respectivamente, pelas doutrinas objectivista e voluntarista que sustentam a interpolação e a autenticidade (pelo menos substancial) dos mesmos textos.

Relativamente à *interpretatio legis*, CELSUS adverte:

D. 1,3,18: «*Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur.*»

Interessa, fundamentalmente, observar e acatar a *voluntas legis*, cujo predomínio sobre os *verba* é igualmente afirmado:

D. 1,3,17: «*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.*»

Trata-se, pois, de um princípio hermenêutico: não basta a interpretação literal; importa, sim, determinar a *ratio legis*¹.

Todavia, se este princípio vigorava na *interpretatio legis*, terá sido aplicado, igualmente, na interpretação dos negócios jurídicos?

Se o texto não é ambíguo², «*non debet admitti voluntatis quaestio*», diz-nos PAULUS (D. 32,25,1) a propósito de um legado. E, em relação aos actos *inter vivos*, IAVOLENUS escreve:

D. 44,7,55: «*In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest.*»

¹ No mesmo sentido, cfr. D. 1,3,19; -1,3,24.

² A propósito de ambiguidade, escreveu PAULUS (D. 34,5,3): «*In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat quod volumus: itaque qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult neque id quod vult, quia id non loquitur.*» Este fragmento foi considerado interpolado por BESELER a partir de [*itaque...*].

A *voluntas* (o *affectus*, o *animus*) deve necessariamente estar presente em ambos os contraentes, a fim de o negócio produzir os seus efeitos.

Este fragmento foi considerado profundamente interpolado (o que não surpreende) por quem se opõe à teoria voluntarista que entende ser necessária a intenção recíproca das partes em alienar e adquirir o *dominium*. No entanto, embora o texto não apresente o *consensus partium* como necessário à transferência do *dominium*, segundo a opinião negativa, sempre o *animus* é exigido na aquisição e transmissão da *possessio*, conforme BONFANTE esclarece³.

E, se à *voluntas* se ligam esses efeitos, não pode surpreender a advertência de PAPIANUS (D. 50,16,219): «*In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*»⁴.

É certo, uma *venditio* com um preço irrisório é nula, não por ter sido feita *donationis causa*, mas por faltar um elemento essencial: o *pretium*. Mais do que *simulatio* (no sentido de divergência entre *verba* e *voluntas*) há um motivo objectivo e estrutural, como refere ULPIANUS:

D. 18,1,36: «*Cum in venditione quis pretium rei ponit donationis causa non exacturus, non videtur vendere*»⁵.

³ Vid. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano II Sezione II* (Roma 1928) 174-178.

⁴ Também no caso apreciado por IULIANUS (D. 12,1,20), se recusa uma *donatio*, «*quia non ea mente pecunia daretur*»; nem há mútuo, «*quia exsolvendi causa magis daretur quam alterius obligandi*».

No entanto, se é assim «*propter suptilitatem verborum: benignius tamen est utrumque valere*». Isto é, a *voluntas* explica, ainda, a validade da *donatio* e do mútuo.

Este fragmento foi considerado profundamente interpolado. PUGLIESE (*Simulazione*, cit. 353) observa apenas que o expediente imaginado para dar uma coisa para ser restituída é considerado uma deformação incompatível com a estrutura essencial dos negócios. E BETTI (*Consapevole*, cit. 325) diz que o rigor dos critérios não foi firme em todos os casos.

⁵ PUGLIESE (*Simulazione*, cit. 356 e, máxime, *La Simulazione*, cit. 107-111) entende que se trata de uma *venditio* acompanhada de um pacto *in continenti donationis causa* da não cobrança do preço. Julga provável a

É igualmente certo que uma *venditio* feita por um preço inferior — mas não irrisório — não envolve uma *simulatio*. Tratar-se-á de um *negotium mixtum cum donatione*⁶. Assim nos autoriza POMPONIUS a considerar:

D. 24,1,31,3: «*Si duo mancipia fuerint singula quinis digna, sed utrumque unis quinque donationis causa a viro mulieri vel contra venierint, melius dicetur communia ea esse pro portione pretii nec tandem spectandum esse, quanti mancipia sint, sed quantum ex pretio donationis causa sit remissum: sine dubio licet a viro vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi*».

Há uma venda de dois escravos entre *vir* e *uxor* por cinco mil. Sendo dez mil o valor real dos dois escravos, há uma *venditio* e uma *donatio*, ambas no valor de cinco mil. Se o negócio fosse simulado, a *venditio* (negócio simulado) seria nula e a *donatio* (negócio dissimulado) sê-lo-ia igualmente, em virtude de os cônjuges não poderem doar.

Todavia, trata-se de um *negotium mixtum cum donatione*: de uma *venditio* e de uma *donatio*. Simplesmente, como a *venditio* foi realizada por metade do preço com a intenção de doar; e porque as *donationes* entre cônjuges eram proibidas, POMPONIUS salvou o negócio, afastando a *donatio*: colocou ambos os *servi* em

ocultação do *pactum* e, destarte, supõe que essa *venditio* é um negócio simulado.

Parece-nos, todavia, que «*non exacturus*» não implica necessariamente a existência de um *pactum in continenti donationis causa*, antes indicia um *pretium* inexacto e irrisório.

Julgamos preferível a interpretação de FERRARA (o.c. 120-121) para quem se trata de uma *venditio* sem preço.

Uma venda com um pacto de remissão do preço é claramente abordada em POMPONIUS (D. 24,1,31,4). PUGLIESE (*Simulazione*, cit. 356-357 e *La Simulazione*, cit. 123-126) entende que o pacto não é *in continenti*, mas *ex intervallo*, o que exclui uma *simulatio*.

Sobre a ausência de *simulatio*, vid. ORTEGA, o.c. 83-85.

⁶ Segundo a doutrina hodierna, pode ser um negócio indirecto ou um negócio misto. Vid. *supra* § 12.1.27.

compropriedade do *vir* e da *uxor*. Tudo se passa, destarte, como se um dos cônjuges tivesse vendido apenas metade da sua propriedade⁷.

Mas, se a *voluntas* está necessariamente presente no *negotium mixtum cum donatione* para caracterizar os respectivos tipos negociais — no nosso caso, a *venditio* e a *donatio* —, a ausência de *simulatio*⁸ dispensa-nos a apreciação daquela para o efeito de determinarmos a eventual natureza voluntarista desta.

No entanto, há situações em que a *simulatio* se nos apresenta de modo claro. Resta saber, tão-só, que natureza assume: objectiva ou voluntarista.

Em matéria de divórcio susceptível de simulação, IAVOLONUS escreve:

D. 24,1,64: «*Vir mulieri divortio facto quaedam idcirco dederat, ut ad se reverteretur: mulier reversa erat, deinde divortium fecerat. Labeo: Trebatius inter Terentiam et Maecenatem respondit, si verum divortium fuisset, ratam esse donatinem, si simulatum, contra. sed verum est, quod Proculus et Caecilius putant, tunc verum esse divortium et valere donationem divortii causa factam, si aliae nuptiae insecutae sunt aut tam longo tempore vidua fuisset, ut dubium non foret alterum esse matrimonium: alias nec donationem ullius esse momenti futuram*».

Como se vê, a IAVOLONUS é apresentado um caso de doação precedida de divórcio: um ex-marido doara à ex-*uxor*, para refazer o matrimónio; só que a mulher regressou e voltou a divorciar-se. Num caso semelhante — entre *Terentia* e *Mae-*

⁷ Também PUGLIESE (*La Simulazione*, cit. 103-106) entende que se trata de um negócio indirecto e observa que, de todo o modo, falta a característica essencial da *simulatio*: o contraste entre o valor objectivo das manifestações internas.

Vid. ainda LONGO, *Sulla Simulazione*, cit. 130-132.

⁸ Diferentemente da *simulatio*, a partes utilizam o *negotium mixtum (cum donatione)* para se regerem pela sua disciplina. Nada ocultam e ninguém enganam. Vid. ORTEGA, *o.c.* 85.

cenas —, TREBATIUS respondeu: se o primeiro divórcio foi verdadeiro, a doação subsequente é válida (tratava-se, nesta hipótese, de uma *donatio* entre não-cônjuges); mas, se tal divórcio foi simulado (irreal), a doação é inválida. Neste caso, trata-se de uma *donatio* feita pelo marido à esposa, pois o divórcio (simulado) não quebrara a situação matrimonial *inter conjuges*.

PROCLUS e SABINUS⁹ manifestaram a mesma opinião que IAVOLENUS aprovou: se, após o divórcio, houve novas núpcias ou decorreu tempo bastante para não se duvidar da existência do segundo matrimónio, a *donatio* é válida; de contrário, não.

Também este fragmento foi, como não podia deixar de ser, considerado interpolado pela doutrina objectivista.

No entanto, à luz do critério utilizado — não se explica muito bem que os compiladores tenham mantido a citação de jurisconsultos e interpolado as suas opiniões para lhes fazerem dizer o que não disseram —, a existência destas interpolações torna-se dificilmente aceitável.

PUGLIESE acentua o carácter particular do matrimónio romano (fundado permanentemente na *maritalis affectio*) e sustenta que o divórcio não consistia numa declaração de vontade acompanhada ou não de determinada forma, mas simplesmente na cessação dum estado de facto material e espiritual. Para descobrirem o elemento espiritual, os Romanos recorreram à duração da *separatio* de modo que, se fizesse presumir a existência de motivos sérios, o matrimónio considerava-se dissolvido; se o período de separação fosse curto, o vínculo matrimonial entender-se-ia não dissolvido.

Destarte, PUGLIESE sustenta que «*il divorzio romano non poteva essere colpito da vera e propria simulazione*». Mas não deixa de admitir que «*non si può tuttavia negare che i Romani conoscessero la figura del divorzio simulato*»¹⁰.

⁹ Na tradução castelhana do Digesto, aparece-nos «*Cecilio <Africano>*». No entanto, sendo IAVOLENUS anterior a AFRICANUS, a citação deste jurista não se compreende. Ter-se-á tratado, sim, de Caecilius SABINUS, como refere PUGLIESE (*Simulazione*, cit. 355).

¹⁰ Vid. PUGLIESE, *La Simulazione*, cit. 200-201.

No entanto, tendo presente que, na situação referida na primeira parte (do D. 24,1,64), o marido doou para induzir a mulher a retomar a convivência, PUGLIESE entende que não se tratava de um divórcio simulado, mas de um «*fivusculum*»¹¹.

Tem razão PUGLIESE em destacar a dificuldade em averiguar o elemento subjectivo. Porém, já o recurso a presunções¹², que destarte se justifica, mostra indubitavelmente que a intencionalidade está presente, como elemento essencial, tanto no matrimónio como no divórcio. E não vemos como a dita especificidade romana possa afastar a *simulatio*.

Com efeito, se os cônjuges se tivessem divorciado tão-só para fazerem validamente uma doação, voltando depois a contrair um novo matrimónio, por que não haviam de ser simulados o divórcio e o subsequente matrimónio, especialmente no caso de a sua vida em comum não ter sido interrompida substancialmente?

Parece-nos mais certa a opinião de LONGO¹³ para quem o texto trata de um divórcio (simulado) seguido de novo matrimónio (igualmente simulado); e, se alguma particularidade contém, é a de nos referir o pensamento de TREBATIUS seguido por juristas de escolas opostas.

Ora, é visível, em tais *simulationes*, a discordância entre duas *voluntates*: a manifestada nos actos (no divórcio e no matrimónio); e a verdadeira que os factos deixam presumir. Discordância ditada pelo objectivo de o marido fazer validamente uma doação à sua *uxor*.

E que tal prática simulatória terá sido frequente, não deve surpreender se considerarmos o princípio referido por GAIUS que nela se inspirou:

D. 23,2,30: «*Simulatae nuptiae nullius momenti sunt*».

Retirado do *liber secundum ad legem Iuliam et Papiam*, este fragmento não foi considerado interpolado por satisfazer ambas as teorias que se propõem estudar e caracterizar a *simulatio*.

¹¹ Vid. PUGLIESE, *La Simulazione*, cit. 201.

¹² Cfr., v. g. D. 23,2,33. Vid. ainda C. 5,17,3.

¹³ Vid. LONGO, *Sulla Simulazione*, cit. 125-127.

Todavia, vemos PUGLIESE — defensor crítico da teoria objectivista — explicar as *simulatae nuptiae* na falta de *maritalis affectio*. Na sua opinião, o matrimónio não podia ser afectado duma verdadeira *simulatio* e GAIUS teria querido dizer que as *simulatae nuptiae* eram não nulas, mas ineficazes perante a *lex Iulia* sobre o celibato¹⁴.

Mas não vemos o motivo por que o matrimónio romano não podia ser simulado.

Na verdade, constituindo-o dois elementos — um, subjectivo e intencional (*consensus* ou *affectio*); o outro, objectivo e material: a convivência (*coniunctio, individuae vitae consuetudo*) —, não vemos por que razão dois celibatários não podiam simular a celebração dum casamento para evitarem penas — *v. g.* a incapacidade de receberem legados — cominadas pelas *leges Iulia et Papia Poppaea*.

Não seria difícil aparentar o elemento material e, destarte, dificultar-se-ia a averiguação da sua realidade; mas sempre a ausência do *animus contrahendi matrimonii* revelaria o seu carácter simulado.

É certo, a descoberta dessa *voluntas* nem sempre seria fácil. Porém, esta é uma questão diferente que em nada infirma, antes supõe, a possibilidade de casamentos simulados¹⁵.

No domínio dos negócios jurídicos não-matrimoniais, um texto de MODESTINUS oferece algumas dificuldades:

D. 44,7,54: «*Contractus imaginarii etiam in emptionibus iuris vinculum non optinent, cum fides facti simulatur non intercedente veritate*».

Na verdade, RICCOBONO — para quem o texto foi abreviado, mas reflecte o pensamento clássico — diz-nos que «*il negozio giuridico manca, perchè manca l'accordo*»¹⁶.

¹⁴ Vid. PUGLIESE, *Simulazione*, cit. 355 e *La Simulazione*, cit. 204-205.

¹⁵ Vid. BELEZA DOS SANTOS J., *A Simulação I* (Coimbra 1921) 233-234; e LONGO, *Sulla Simulazione*, cit. 127-129.

¹⁶ Vid. RICCOBONO, *Corso*, cit. 371.

PUGLIESE considera o texto bastante interpolado pelos compiladores, com base em motivos quer gramaticais e literários — desconexão e deselegância — quer conceituais — a simulação tem, aqui, mais relevo nos outros contratos do que na venda; ora, na *venditio* está o seu ponto de partida e não de chegada¹⁷.

E LONGO, que admite a alteração do texto, mas sem alcance substancial, entende que esboça o conceito de *simulatio* absoluta.

Julgamos que a expressão «*contractus* — ou, talvez originariamente «*actus*», como prefere RICCOBONO¹⁸ — *imaginarii*» não afasta a possibilidade de serem simulados.

Com efeito, nos negócios ditos aparentes — tolerados e consagrados *iure civili* — em virtude da subalternização ou descaracterização de um dos seus elementos essenciais (*v. g.* o *pretium* na *emptio-venditio*), os seus efeitos jurídicos são reconhecidos e protegidos pelo *ius civile* que tolerou e até consagrou a sua prática; deste modo, a circunstância de serem *imaginarii* não indicia, só por si, o carácter simulado: são *negotia* efectivamente desejados e cuja disciplina jurídica as partes aceitam nas suas relações internas; e, se é certo que a limitam ao objectivo em vista, não o é menos que a ninguém a ocultam nem alguém desejam enganar.

Ora, bem pode suceder o contrário: a utilização de um negócio imaginário (*dicis aut fiduciae causa*) simplesmente para ocultar algo a terceiros; e cujos efeitos jurídicos (mesmo limitados); as partes não desejam. Nesta hipótese, um negócio imaginário seria simulado como outro qualquer negócio não-imaginário.

Se, *v. g.* um *debitor*, para defraudar o seu *creditor*, realiza uma *donatio* na forma de uma *imaginaria mancipatio*, esta *donatio*, só por si, não é simulada: a atrofia do *pretium* não é índice de *simulatio* e o *ius* reconhece os seus efeitos de doação. Apenas, se as partes nenhuma *donatio* quiseram realizar, mas enganar (e, no nosso caso, prejudicar) terceiros em relação aos quais se produziram

¹⁷ Vid. PUGLIESE, *La Simulazione*, cit. 157-160.

¹⁸ Vid. RICCOBONO, *Corso*, cit. 371.

efeitos jurídicos de todo não queridos e afastados *inter partes*, a questão da *simulatio* (absoluta) se porá.

Deste modo, é óbvio que todo o *actus imaginarius* pode ser e não ser simulado¹⁹. Simplesmente, caso o seja, não produzirá efeitos jurídicos.

São estes o sentido e a oportunidade do texto de MODESTINUS, cujas observações críticas de PUGLIESE são facilmente impugnadas se o considerarmos abreviado: originariamente, teriam sido referidos, além da *emptio*, outros *negotia imaginaria*.

Se tivéssemos de fundamentar, como PARTSCH²⁰, a nulidade da venda imaginária na falta de preço, teríamos de considerar igualmente nulos todos os *negotia imaginaria*, nos quais, é ponto assente, se atrofiou um elemento essencial: não haveria negócios imaginários, mas unicamente simulados.

Por isso, conscientes desta dificuldade, afastamos as críticas da doutrina objectivista e, em consequência, a sua afirmação de que o texto está substancialmente interpolado.

Tudo leva a supor que os jurisconsultos romanos entenderam a *simulatio* como uma divergência entre as *voluntates*: a declarada e a real.

Ainda a propósito de uma *venditio* entre cônjuges, um texto de ULPIANUS refere-nos um *rescriptum* de Caracala:

D. 24,1,7,6: «...Si tibi maritus pignora propter dotem et pecuniam creditam data non donationis causa vendidit, quod bona fide gestum est, manebit ratum. at si titulus donationis quaesitus ostenditur atque ideo venditionem irritam esse constabit, iure publico causam pignorum integram obtinebis».

¹⁹ Não confundamos os actos imaginários, que se dizem igualmente reproduzidos «*dicis causa propter veteris iuris imitationem*», com os contratos consensuais celebrados «*nummo uno*».

Aqui, a dimensão irrisória da contraprestação afasta a possibilidade de serem simulados: irrisório equivale a inexistente, ninguém se engana e nada se oculta. O contrato não existe porque um dos seus elementos essenciais não existe. Assim, não existe a *locatio* (D. 19,2,46; -41,2,10,2). Vid. ORTEGA, o.c. 84-85.

²⁰ Vid. PARTSCH *apud* LONGO, *Sulla Simulazione*, cit. 140.

Se o marido vendeu à esposa, não *donationis causa*, as *res* que garantiam a *dotis restitutio* e um mútuo, a venda será válida; mas, se ocorreu *donationis causa*, será nula (*irrita*).

Também não vemos o interesse que teriam os compiladores em manter a citação do *rescriptum* para lhe alterarem substancialmente o sentido; melhor teria sido a omissão pura e simples. Talvez por isso, a crítica interpolacionista não insistiu neste fragmento.

PUGLIESE situa-se no domínio das conjecturas e pensa numa venda *nummo uno*, nula enquanto privada dum elemento essencial; ou numa venda *donationis causa* com a promessa «*in continenti*» do não recebimento do *pretium*, na qual subsiste a possibilidade de *simulatio*²¹.

Ora, se em causa estivesse uma venda *nummo uno*, o imperador tê-la-ia referido no seu *rescriptum*: a alternativa «*quod bona fide gestum est*» ou «*si titulus donationis quaesitus ostenditur*» permite considerar possíveis ambas as hipóteses e justifica o afastamento da referência «*nummo uno*». Em causa está a hipótese de simulação relativa, sendo nulos os negócios simulado (a venda) e dissimulado (a doação).

Ainda aqui, é possível observar a natureza voluntarista da *simulatio*.

Relativamente a uma *simulatio pretii*, ULPIANUS dá-nos conta das opiniões de IULIANUS, NERATIUS e POMPONIUS:

D. 24,1,5,5: «*Circa venditionem quoque Iulianus quidem minoris factam venditionem nullius esse momenti ait: Neratius autem (cuius opinionem Pomponius non improbat) venditionem donationis causa inter virum et uxorem factam nullius esse momenti, si modo, cum animum maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus sit, ut*

²¹ Vid. PUGLIESE, *La Simulazione*, cit. 119-123. Cfr. ainda: D. 18,1,55 (texto passível de puras conjecturas, pois «*tante sono le incongruenze e le oscurità*», segundo PUGLIESE (*La Simulazione*, cit. 156); e que, segundo LONGO (*Sulla Simulazione*, cit. 140), não merece as divergências críticas de que foi objecto, pois delinea o conceito de simulação absoluta); -24,1,32,25 (PUGLIESE (*La Simulazione*, cit. 116-118) julga possível ser uma venda *sine pretio* e, portanto, nula por estar privada de um elemento essencial).

donaret: enimvero si, cum animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hactenus non valere, quatenus facta est locupletior: itaque si res quindecim venit quinque, nunc autem sit decem, quinque tantum praestanda sunt, quia in hoc locupletior videtur facta.

Para IULIANUS, a venda feita por um preço menor é nula. No entanto, segundo NERATIUS, cuja opinião POMPONIUS aceita, a venda entre marido e esposa só é nula se feita *donationis causa* e o marido não teve o *animus vendendi*. Porém, se o teve e tão-só diminuiu o preço, a venda é válida, não o sendo a diminuição do preço por ter enriquecido a *uxor*; por isso, se a *res* foi vendida por cinco, valia quinze e, agora, vale dez, só deve pagar cinco por ser este o valor do seu enriquecimento.

Este fragmento é considerado interpolado.

PUGLIESE divide-o em quatro partes pouco homogêneas entre si. Na sua opinião, o valor decisivo atribuído à vontade não é genuíno, mas bizantino; e julga provável que ULPIANUS se referiu à *venditio minoris*, circunstância que nos afasta da *simulatio*²².

Por sua vez, LONGO entende que o texto exprime inequivocamente o princípio da nulidade do negócio simulado, tendo os juristas operado com uma análise fina da intencionalidade dos agentes²³.

A opinião de IULIANUS só tem justificação se considerarmos simulada a venda feita por um preço menor. Todavia, é mais realista o entendimento de NERATIUS, que POMPONIUS segue, de que o negócio só é nulo no caso de ao marido ter faltado o *animus vendendi*. Nesta hipótese, há que pensar em duas situações que o silêncio do texto permite: se o preço foi irrisório, a *venditio* teria sido nula por falta de um elemento essencial (o *pretium*); se o não foi, a nulidade justificar-se-ia na *simulatio* — as partes acordaram um preço inferior, mas não a quiseram.

Na venda feita *animo vendendi* por um preço menor, estamos perante um *negotium mixtum cum donatione*, onde apenas a *donatio*

²² Vid. PUGLIESE, *La Simulazione*, cit. 129-132.

²³ Vid. LONGO, *Sulla Simulazione*, cit. 130.

será inválida por ofender a lei que a proíbe. Trata-se, aqui, de uma figura jurídica estranha à *simulatio* e cujos efeitos a parte final do texto não é feliz a explicitar²⁴.

De todo o modo, paira a doutrina de IULIANUS que sugere uma *simulatio*; e a necessidade do *animus vendendi* para, segundo NERATIUS e POMPONIUS, se considerar válida a *venditio* feita por um preço inferior. As dúvidas sobre a interpolação, suscitadas pela heterogeneidade do texto, não permitem, todavia, uma posição inequívoca, embora a citação de NERATIUS e de POMPONIUS sugira a sua autenticidade.

Em conclusão: as fontes jurídicas consultadas²⁵ não permitem recusar a função essencial que a *voluntas* desempenhou nos

²⁴ Mais feliz é a decisão de POMPONIUS (D. 24,1,31,3) já estudada.

Vid. também: D. 18,1,38 (que PUGLIESE (*La Simulazione*, cit. 113-116) entende clarificar a *venditio minoris donationis causa* não como simulação (relativa), mas como uma *venditio* séria, através da qual se realiza indirectamente uma liberalidade. Não está em causa a valorização do elemento subjectivo; decisivo é o *pretium* cuja existência, embora reduzida, valida a venda. Para LONGO (*Sulla Simulazione*, cit. 138-140) ULPIANUS argumenta com a presença ou não da intenção liberal: «L'intenzione direttrice si scruta anche et in antitesi alla forma data al negozio»; -24,1,7,5 (que, para LONGO (*Sulla Simulazione*, cit. 138-139), testemunha a utilização do critério retirado da *voluntas* pelos clássicos. PUGLIESE (*La Simulazione*, cit. 103) entende que é um *negotium mistum cum donatione*, configurável como negócio indirecto, não havendo nenhum indício que faça pensar em simulação).

²⁵ Aos textos já referidos, podemos acrescentar: C. 2,4,21 (que, segundo BETTI (*Consapevole*, cit. 313) mostra uma simulação relativa — uma venda dissimula uma transacção —; e, na opinião de LONGO (*Sulla Simulazione*, cit. 149-150), é uma simulação absoluta); -4,38,7 (uma mulher adquiriu onerosamente um *servus* de um terceiro. Não podendo doá-lo ao marido, simula que lhe foi doado por este para que, revogada a doação, o *servus* seja adquirido pelo marido. Trata-se, pois, de uma *simulatio* absoluta. Vid. BELEZA DOS SANTOS, *o.c.* 235²; LONGO, *Sulla Simulazione*, cit. 147; e FERRARA, *o.c.* 122-123); -4,38,10 (vid. LONGO, *Sulla Simulazione*, cit. 147-148).

Cfr. ainda: C. 4,2,6; -4,22,2; -4,22,3; -4,29,17; -4,38,3; -5,16,20; -8,27,10 (vid. LONGO, *Sulla Simulazione*, cit. 146-147, 151-154 e 156-159; PUGLIESE, *La Simulazione*, cit. 134-145, 168-182 e 206-208; e FERRARA, *o.c.* 122-125).

negócios jurídicos; nem a explicação, que fornece, relativamente à natureza da *simulatio* como uma divergência entre a *voluntas* declarada e a *voluntas* real. Só a doutrina objectivista não entende assim, talvez predeterminada por um excessivo apego aos *verba*, nada justificado numa época de esplendor jurídico como os tempos clássicos. A sua arma são as interpolações que, cilindrando quase todos os textos, transferiram a grandeza clássica para a época de Justiniano.

Mas importa, ainda, fazer algumas observações acerca da *voluntas*.

§ 13.1.4 É opinião unânime a de que, na mentalidade arcaica, não bastava querer: em si, a *voluntas* não era tomada em consideração, ligando-se os efeitos jurídicos ao *agere*¹. O *ius civile* dominava com as suas formas solenes e imutáveis e os *verba* adquiriram um respeito absoluto: a palavra era tudo («*uti lingua nuncupassit, ita ius esto*»); e a *voluntas partium* não se indagava.

Deste modo, especial importância assumia a tarefa desenvolvida pela *iusprudentia* de cuidar pela pronúncia das palavras idóneas à obtenção dos efeitos (processuais e negociais) desejados². E a *interpretatio* era rigorosa e estritamente ligada aos *verba*, como refere CICERO: «*veteres verba tenerunt*»³.

Todavia, sobretudo a partir das guerras púnicas, manifestou-se um enorme desenvolvimento na vida romana; e as suas novas e crescentes necessidades depressa afirmaram um contraste sempre mais vivo com o rudimentar *ius civile*, fechado num formalismo incapaz de acompanhar o progresso duma vida em movimento acelerado e que, por isso mesmo, se revelava, em cada dia, retrógrado e insustentável.

¹ Vid. BIONDI, *La Terminologia*, cit. 82-83.

² Vid. RICCOBONO, *Stipulatio ed Instrumentum nel Diritto Giustiniano* em SZ 43(1922) 374 e Corso, cit. 320.

Sobre o *agere* e o *cavere*, funções desempenhadas pela *iusprudentia*, vid. CRUZ, *Direito Romano*, cit. 291-292.

³ Vid. CICERO, *Pro Murena* XI. Cfr. ainda *De Off.* III 16 («... *Nam quum, ex XII tabulis, satis esset ea praestari quae essent lingua nuncupata*...»)

Por outro lado, a cultura grega começa a chegar a Roma e, nas escolas retóricas, é elaborada, no último século da República, uma doutrina nova da *interpretatio iuris* que, baseada na teoria aristotélica da *aequitas*, iria «a scalzare la rigida interpretazione letterale fin' allora assolutamente dominante»⁴.

O antigo formalismo tornou-se obsoleto e os *verba* multiplicavam a sua insuficiência⁵; por isso, não deve surpreender que, no último século da República, o novo método da interpretação — destinado a eliminar o rigor excessivo do *ius civile* — tenha sido aplicado, sobretudo por influência de dois grandes jurisconsultos da época de CICERO: Aquilius GALLUS e Servius Sulpicius RUFUS⁶.

Com a nova *interpretatio* dirigida a fazer prevalecer a *aequitas*, triunfa a *voluntas* (*legis et partium*) que passa a ser reconhecida como «l'energia produttrice di tutti gli effetti giuridici»⁷. Também aqui, o antigo sistema não foi bruscamente substituído; a renovação cumpriu-se naturalmente (*more romano*), realizada pela *iurisprudencia* e pelo pretor, cujo *ius* ofereceu também a possibilidade de novas normas serem experimentadas antes de o *ius civile* as assumir⁸.

Destarte, o relevo outrora atribuído aos *verba* foi deslocado para a *voluntas*. Na verdade, ela passou a ser o centro vital da juridicidade romana, como vemos na *exceptio doli* que, baseada na *voluntas*, transformou e aniquilou boa parte do *ius strictum* determinado pelos *verba*⁹. Na *conventio*, que, nas palavras de CELSUS (D. 33,10,7,2), «prior atque potentior est quam vox mens

⁴ Vid. RICCOBONO, *Corso*, cit. 319-322 e 357.

⁵ Espelhando, decerto, o sentimento do seu tempo, CICERO (*De Off.* I 33) disse que «imitandos esse maiores, primum illud exceptum sit, ne vitia sint imitanda».

⁶ Vid. RICCOBONO, *Corso*, cit. 321-322 e 326.

⁷ Vid. RICCOBONO, *Corso*, cit. 322.

⁸ Vid. RICCOBONO, *Corso*, cit. 327 e 330-331.

⁹ Como CICERO (*De Off.* III 14) informa, Aquilius GALLUS é o autor da fórmula de dolo que tem lugar quando «quum aliud simulatum esset, aliud actum». É evidente que tal comportamento revela-se não interpretando literalmente o acto, mas indagando o *animus* de quem o realiza.

dicentis», os *verba* revestem, agora, o carácter de mera forma, simples elemento de exteriorização de um acordo de *voluntates* que é a força geradora dos efeitos jurídicos¹⁰. Nos negócios *mortis causa*, vigora, desde o séc. II, o princípio «*in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur*»¹¹. Na famosa *causa Curiana*, onde o triunfo de Licinius CRASSUS sobre Q. M. SCAEVOLA (defensor da exegese gramatical) assinala o triunfo da *voluntas* em relação ao *scriptum*¹². E nas *actiones ficticiae* que, dispensando os

¹⁰ Note-se que a declaração solene reduzida a mera forma não deixa de cumprir a sua função de validar os actos. Simplesmente, os efeitos deste são determinados, agora, pela *conventio*; por isso, no caso de o acto solene ser nulo *iure civili*, mas haver uma *conventio*, esta produzirá os seus efeitos como *pactum conventum*, protegido pela *exceptio* respectiva; e se a *conventio* está essencialmente viciada, o acto é nulo.

Na opinião de RICCOBONO (*Corso*, cit. 358-361), o desenvolvimento completo desta doutrina ocorre já no séc. II com PEDIUS (D. 2,14,1,3, considerado interpolado, mas perfeitamente reconstituído com a doutrina da *interpretatio* que transportou a força geradora dos efeitos jurídicos dos *verba* para a *voluntas*). Este fragmento, observa RICCOBONO (o.c. 362-363), corresponde ao texto de CELSUS (D. 33,10,7,2), contemporâneo de PEDIUS, no qual a *mens* é, juntamente com os *verba*, elemento do acto: aquela, a substância; estes, a forma.

Cfr. ainda D'ORS, *Derecho Romano*, separata da NEJ cit. 28 (para quem a teoria dos quatro contratos consensuais serviu para evidenciar o *consensus*, a *conventio*, como elemento essencial do contrato). Ainda segundo RICCOBONO (*Corso*, cit. 379), o relevo atribuído à *conventio* foi uma inovação profunda nos negócios solenes que não perturbou o sistema do *ius civile*: «*La forma solenne rimane intatta, imprescindibile, come il 'ius civile' esigeva. Ma si richiede ora, in più, la 'conventio', che rimane elemento interno, ma sostanziale*».

¹¹ Cfr. D. 50,17,12. Vid. ainda: D. 50,16,116; e CRUZ, *Direito Romano*, cit. 257-258.

¹² Quando redigiu o testamento, pouco tempo antes da sua morte, o testador não tinha filhos, mas julgava que a *uxor* estava grávida. Instituiu *heres* o nascituro e nomeou-lhe um substituto para o caso de o *filius* falecer *impúbere*.

Nenhuma criança nasceu e, decorridos dez meses, o *heres* substituto reivindicava a *hereditas*.

O parente do testador, a quem pertence a *hereditas ab intestato*, contesta. A sua defesa é feita pelo jurista Q. M. SCAEVOLA, sendo a do autor assegurada pelo orador L. Licinius CRASSUS. Este invoca a *voluntas testatoris*; aquele, a rígida *interpretatio* literal, a natureza do testamento e o

verba stipulationis, evidenciam a subalternização em que tinham caído¹³.

carácter específico do direito hereditário que exigia a escrupulosa adesão ao texto.

O tribunal dos *centumviri* pronunciou-se unanimemente a favor de CRASSUS.

Na opinião de RICCOBONO (Corso, cit. 347), o tribunal criou um precedente de grande importância para a vitória da *aequitas*. Todavia, Sebastião CRUZ (Da «Solutio», cit. 220³¹⁸) entende que o êxito da *causa Curiana* «foi restrito e temporário» e «só dois séculos mais tarde é que principia a ter relevância e um certo predomínio o 'animus contrahentis'» devido «à falta de fórmulas».

Cfr. CICERO, *De Orat.* I, 180; e *Pro Caecina*, 69.

¹³ RICCOBONO vê uma ficção («*ac si stipulatio interposita esset*») em D. 27,7,4,3; e uma ficção («*ac si liber esset*») em D. 45,2,12.

Afastado o caso referido neste último texto, por se tratar de uma ficção indispensável à instauração da *actio de peculio* (vid. *supra* § 11.2.4.4), vale a pena analisar o primeiro fragmento atribuído a ULPIANUS:

«*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. eadem causa videtur adfirmatorum, qui scilicet cum idoneos esse tutores adfirmaverint, fideiussorum vicem sustinent*».

Na parte que nos interessa, o texto não sofreu a suspeita de interpolação; apenas RICCOBONO propôs a substituição de [perinde ... legitimo] por <*in eos formulam ficticiam dari ac si*>.

ULPIANUS diz-nos que os *fideiussores* nomeados pelos tutores tinham estado presentes (*in iure*) e, não contestando, toleraram que os seus nomes figurassem nas actas públicas; devem responder como se tivessem feito a *stipulatio*.

Trata-se, parece, de uma *actio ficticia* (*ex stipulatu*), a que permitiria ao pupilo accionar directamente os *fideiussores* nomeados pelo demandado, mas realmente não vinculados. E a possibilidade aumenta se tivermos em atenção que, das *fictiones* se formaram, mais tarde, as *obligationes tacitae* e *ex lege*, de todo desconhecidas no Direito clássico; e ainda se entendermos, como devemos, que a redacção do texto exclui a eventualidade mínima duma *actio in factum* tão do agrado dos compiladores.

Vid. RICCOBONO, Corso, cit. 329-330, *Stipulatio*, cit. 267-268, *Punti de Vista Critici e Riconstruttivi* em AUPA 12(1929) 528, 531 e 541 e *Die Vererblichkeit der Strafklagen und Fiktion der Litiskontestation nach classischen*

Trata-se de motivos abundantes e demasiado óbvios (na nossa opinião) para não podermos deixar de reconhecer à

und justinianischen Rechte em SZ 47(1927) 95; DONATUTI, G., *Il Silenzio come Manifestazione di Volontà em Studi Bonfante IV* (1930) 477; e CORREIA, A. e SCIASCIA, G., *Manual de Direito Romano I*² (São Paulo 1953) 302-303.

Outra *fictio* parece encontrar-se, com igual probabilidade, num texto de PAULUS:

D. 45,1,134,2: «*Idem respondit, cum Septicius litteris suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint: si inter praesentes actum est, intellegendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis*».

Segundo PAULUS, se *Septicius* garantiu, por carta, a satisfação da *pecunia* (depositada em *Sempronius*) e os juros; e isto ocorreu na presença das duas partes (depositante e depositário), os *verba stipulationis* pronunciados pelo credor devem considerar-se anteriores. Isto é, considera-se perfeitamente celebrada a *stipulatio*, na verdade não realizada, pois nem o credor interrogou o garante nem este respondeu (oralmente).

Ainda aqui, a precedência da *fictio* em relação à *praesumptio (iuris et de iure)* e às *obligationes tacitae* sugere que *ficticia* é a *actio* outorgável ao credor para demandar o garante. Destarte, a *fictio* teria cumprido, nas palavras de Alexandre CORREIA e de Gaetano SCIASCIA (o.c. 302) uma dupla função: «*Ficou inalterado o rigor das formas durante toda a época clássica*»; e «*exerceu uma forte influência no desenvolvimento do direito, pois, no período pós-clássico, abriu o caminho na praxe judiciária a novas categorias jurídicas*» como as *praesumptiones iuris* e as *obligationes tacitae* e *ex lege*.

Vid. ainda FEENSTRA, R., 'Epistula' comme Preuve d'une Stipulation em *Studi Betti II* (1962) 427.

É ainda PAULUS que nos refere o caso seguinte:

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 patronus omnimodo excludatur? et hoc praetor quoque sentit operas dumtaxat promissas*».

Um patrono concedeu a *libertas*, onerando-a com a obrigação de o contemplado lhe dar *viginti* se não prestar *operas* durante dez dias.

O juriconsulto é consultado sobre a *actio* a conceder ao patrono: não será a *actio* pelos *viginti* porque estes foram prometidos para onerar a

voluntas a sua função de elemento fundamental na justificação dos efeitos jurídicos produzidos pelos *negotia (mortis causa e inter*

manumissio; nem a *actio operarum*, visto que as *operae* não constituem o objecto da *stipulatio*. E interroga: acaso deve fingir-se que as *operae* foram prometidas? Para não ficar sem *actio*, o pretor entende que só as *operae* foram prometidas.

É óbvio que se finge uma *stipulatio* bem diferente da que as partes realizaram; por isso, a *actio* a outorgar devia ser *ficticia (ex stipulatu)*.

Vid. BETANCOURT, F., *Recursos Supletorios de la 'Cautio Damni Infecti' en el Derecho Romano Clasico* em AHDE 45(1975) 9.

Mas é sobretudo a propósito da *cautio damni infecti*, que a *actio ficticia (ex stipulatu)* é pacífica.

Na verdade, o cap. XX da *lex Rubria* (cuja data oscila entre 49 e 42 a.C.) concede aos *Iiviri* ou *IIIiviri* a faculdade de «*iubere caveri praetoria stipulatione*» e de outorgarem a *actio ficticia* contra quem não tivesse prestado a *cautio damni infecti* imposta por decreto.

Em Roma, o interessado expunha ao pretor a ameaça do dano e pedia-lhe que obrigasse o adversário a prometer-lhe, mediante *stipulatio*, uma certa *pecunia* a satisfazer no caso de o dano se verificar. Se recusasse, o pretor outorgaria ao interessado, *ex primo decreto*, uma *missio in possessionem rei* (D. 39,2,7pr.; -39,2,15,12), cuja função era coagir o dono da *res* em ruínas a prestar a *cautio*.

Se este se opusesse, o pretor ditaria uma *missio in possessionem ex secundo decreto* que transformava a *possessio* em propriedade bonitária (D. 39,2,7pr.; -39,2,15,15 ss.). No entanto, se o dano tivesse ocorrido antes da *secunda missio* e depois de o interessado ter solicitado a prestação da *cautio*, o vizinho responderia numa *actio* onde se fingia a prestação da *cautio* (D. 39,2,4,2; -39,2,7pr.; -39,2,15,36; -39,2,17,1-3; -39,2,18,13-15; -43,4,4,2; -43,4,4,4).

É certo que, em alguns destes fragmentos (D. 39,2,4,2; -39,2,15,36; -39,2,17,3; -39,2,18,13; -43,4,4,4), a *actio* é expressamente qualificada de «*in factum*».

No entanto, como a doutrina esclarece (apenas BETANCOURT entende que se trata de uma *actio in factum*, em virtude da sua origem delitual), estes fragmentos estão interpolados: em todos, a *actio ficticia* foi substituída pela *actio in factum*, afirmando mesmo SCIALOJA que é este «*uno dei casi in cui possiamo riconoscere con sicurezza l'interpolazione*».

Esta *actio ficticia* teria, na opinião de BRANCA, a seguinte fórmula:

«*Si paret Ni. Ni. aedes (opus...) in Ai. Ai. fundum decidisse, q.d.r.a., tum si, antequam id iudicium q.d.r.o. factum est, Ns. Ns. d. inf. nom. Ao. Ao. repromisisset, quidquid ex ea stipulatione (opp. ob eam rem) Ns. Ns. Ao. Ao. dare facere*

vivos); e, conseqüentemente, na determinação dos seus vícios e na caracterização da *simulatio*.

oporteret ex fide bona (?) dumtaxat ..., eius iudex Nm. Nm. Ao. Ao. dumtaxat ... condemnato, s.n.p.a.».

Também aqui, a *actio ficticia* dispensa a *stipulatio* e, destarte, o cumprimento dos seus *verba*. Não estará em causa, decerto, uma *voluntas* subjacente, mas basta-nos observar que a *aequitas* impôs o sacrifício dos *verba*.

Deste modo, não nos parece aceitável a opinião do nosso Mestre, Sebastião CRUZ (*Direito Romano*, cit. 337), para quem o pretor «não podia fingir como existente um negócio jurídico inexistente, pois seria a subversão da ordem jurídica e a negação da necessidade dos negócios jurídicos».

Na verdade, não vemos que essa subversão e esta negação pudessem ocorrer nas *actiones ficticiae* e já não na *actio in factum* que, segundo Sebastião CRUZ (*Direito Romano*, cit. 309³⁷⁶) o pretor podia conceder em vez da *stipulatio praetoria*: trata-se de dois expedientes do pretor, sendo até a *actio ficticia* menos ousada, por veicular (substancialmente) o *ius civile*; e a negação da necessidade dos negócios jurídicos é igualmente afirmada em ambas as *actiones*. Por outro lado, o inequívoco testemunho da *lex Rubria* e os indícios das fontes aqui expostas (sobretudo a redacção do D. 27,7,4,3) não nos permitem seguir esta doutrina.

Ainda em relação à *actio in factum* como uma acção predilecta de Justiniano, vid. ERMAN, *Noch Einmal die 'Actiones in factum'*, cit. 445 e 448.

Estudaremos, no II vol. deste trabalho, as ficções nos negócios jurídicos. Entretanto, vid.: MACCHIARELLI, o.c. 545; SERRAO, F., *La Iurisdictio del Pretore Peregrino* (Milão 1954) 92-103; VILLERS, R., *La Procedure Formulaire a la Lumière des Recentes Découvertes* em *Studi Biscardi* I (1982) 214-215; KASER, M., *Oportere und Ius Civile* em *SZ* 83(1966) 11; MOZZILLO, A., *Denuncia di Nuova Opera e di Danno Temuto* em *NNDI* 5 (1960) 458-466 e *Contributi allo Studio delle Stipulationes Praetoriae* (Nápoles 1960) 54-55; AMARAL SANTOS, M., *Cautio Damni Infecti* em *RFDSP* 52(1957) 224-235; SCIALOJA, V., *Teoria*, cit. 389-411 e *Procedura*, cit. 245-247; URSICINO ALVAREZ, o.c. 436-437; DE MARTINO, o.c. 205, 206 e 246; BRANCA, G., *Danno Temuto e Danno da Cose Inanimate nel Diritto Romano* (Pádua 1937) 3-372 e *La Responsabilità per Danni nel Rapporti di Vicinanza e il Pensiero dei Veteres* em *Studi Albertario* I (1953) 337-343; BETANCOURT, o.c. 9-117; PALERMO, A., *Il Procedimento Cauzionale nel Diritto Romano* (Milão 1942) 106-109; TOMULESCU, C. St., *La Clause «ex fide bona» dans la Soit-Disant 'Lex Rubria de Gallia Cisalpina'* em *BIDR* 17(1975) 175-191; GIARO, T., *Il Limite della Responsabilità 'ex cautione damni infecti'* em *BIDR* 17(1975) 282; PASTORI, F., *La Genesi della Stipulatio e le Menzione della 'bona fides' nella 'Lex de Gallia Cisalpina' con Riferimento all'Actio ex stipulatu* em *Studi Betti* III (1962) 567-586; BONFANTE, *Corso*, cit., 327, 328,

Sentimo-nos, portanto, atraídos a rejeitar a doutrina objectivista que, utilizando a crítica interpolacionista «*senza direttive, doveva fatalmente sboccare in un'opera distruttiva*»¹⁴: a de retirar à *iusprudentia* clássica a inovação e a criatividade atribuídas aos Mestres de Beirute.

Mas se, em verdade, o problema da *simulatio* nem sequer teria sentido na doutrina de PARTSCH — o Direito clássico teria afirmado a validade do negócio simulado: «*uti lingua nuncupassit, ita ius esto*»¹⁵ —, todavia encontra uma explicação na teoria (afim) de BETTI.

Trata-se, porém, de uma doutrina que envolve um sofisma, nas palavras de PUGLIATTI: «*La dichiarazione per sè, non è rilevante, perchè si reduce soltanto ad un modulo tecnico, cioè a dire ad una espressione verbale (...). Essa è giuridicamente rilevante per il fatto che può essere qualificata dichiarazione di volontà, e distinguersi da ogni altro tipo di dichiarazione, come quella di scienza, di sentimento, e così via. Certo, la dichiarazione, una volta emessa, va considerata obbiettivamente. Il soggetto, però è sempre presente in codesto prodotto della sua azione cosciente e volontaria*»¹⁶.

337, 338, e 363; KELLER, o.c. 148; LENEL, o.c. 371-373; CIFUENTES, o.c. 57-58; RICCOBONO, *Stipulatio*, cit. 267-268 e 272-273 e *Corso*, cit. 190, 224-230 e 564; e ACCADRI-PASQUALINO, o.c. 1105.

Dos AA. citados, escolhemos alguns excertos, apenas, de KELLER, LENEL, CIFUENTES e RICCOBONO.

Segundo KELLER, tudo indica que, «*in der täglichen Jurisdiction, auch ohne edictmäßige Festsetzung solche As. ficticiae bei gar vielen Anlässen hergerichtet wurden*».

Para LENEL, «*aus den Formeln der 'lex Rubria c. XX hervorgeht, ohne allen Zweifel fiktizisch 'quidquid ... oporteret, si ... cautum fuisset'*».

CIFUENTES entende que a *fictio* exerceu «*un gran influencia en el desarrollo de la 'stipulatio'*».

E RICCOBONO considera que «*dalla 'lex de Galia Cisalpina' (...) apprendiamo che il pretore in date occasioni dava una 'formula ficticia' come se la 'stipulatio' fosse stata interposta; e 'dato l'uso quotidiano di questa forma di negozio, è da supporre che il pretore avesse frequentissime occasioni di ricorrere a quell'espediente per evitare a persone degne di protezione un dano irreparabile*».

¹⁴ Vid. RICCOBONO, *Corso*, cit. 337-339.

¹⁵ Vid. LONGO, *Sulla Simulazione*, cit. 123; e PUGLIESE, *La Simulazione*, cit. 5.

¹⁶ Vid. PUGLIATTI, S., *Finzione em ED 17 (1962) 670*.

Contra BETTI se insurgiu igualmente PUGLIESE, pondo em causa a sua noção ampla de *simulatio* que engloba, também, a realizada «*in modo esteriormente riconoscibile*». PUGLIESE julga-a «*contraria al significato linguistico della parola (chè nulla si finge, quando chiunque è in grado di conoscere la verità)*» e critica porque nela «*si raggruppano in un' unica categoria giuridica fenomeni eterogenei da disciplinarsi diversamente*»; para concluir: «*Le idee de Betti appaiono infondate*», pois «*una simile definizione — o negócio é querido não em si, na sua causa, mas como meio para obter um fim diferente do representado na sua causa — può ammettersi per un negozio indiretto (...), ma non si addice affatto al negozio simulato*»¹⁷.

Porém, a doutrina de BETTI não peca somente por estas deficiências. Também a sua funcionalidade prática se antevê difícil, quiçá impossível: no caso de simulação relativa, não se vê como a licitude do escopo dissimulado pudesse apreciar-se devidamente sem apelar à *voluntas* verdadeira dos contraentes; e, sobretudo, não vemos como esse escopo, sendo incognoscível, se pudesse enquadrar ou não na função típica do negócio utilizado.

Mas os seus efeitos revelam-se ainda insustentáveis, no caso de ignorarmos o que as partes quiseram (escopo dissimulado) e sabermos o que não quiseram (negócio simulado): este, que é seguro não ter sido querido pelas partes, é-lhes violentamente imposto como válido.

Obviamente, este culto tão exigente dispensado ao formalismo não faria da *simulatio* um dos instrumentos do progresso jurídico, como BETTI pensa. Causaria, também, obstáculos graves ao comércio jurídico e provocaria consequências práticas imorais, nem sempre afastadas pela *exceptio doli* com a eficácia e a estabilidade necessárias.

Destarte, não será fruto do acaso a receptividade que o alarme de RICCOBONO encontrou na doutrina romanista moderna que vê na *simulatio* simplesmente «*una divergencia entre al voluntad y la declaración*»¹⁸.

¹⁷ Vid. PUGLIESE, *La Simulazione*, cit. 20-23.

¹⁸ Assim, IGLESIAS, *o.c.* 180. Cfr. igualmente: ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, *o.c.* 125; e VOCI, *Istituzioni*, cit. 179.

Merece destaque o significativo «revirement» de ARANGIO-RUIZ ao reconhecer: «Io stesso mi vado avvicinando a idee que altre volte combattevo, così voglio aggiungere (...) que nessuno vorrebbe riprendere quella discordinata e presuntuosa caccia alle interpolazioni, contro la quale Riccobono ha rivolto gli strali della sua polemica»¹⁹. E digna de referência é, igualmente, a opinião de BIONDI segundo a qual «la posizione del Riccobono, da prima osteggiata, ora si fa strada»²⁰.

Sabemos que os juristas não formularam uma regra geral que sancionasse o negócio simulado com a nulidade ou a ineficácia²¹; e que sempre actuaram pragmaticamente, sensíveis à realidade²². No entanto, assim como é possível extrair princípios dominantes da regulamentação dispersa, também podemos apreciar a natureza que a *simulatio* revestiu na época clássica e acolher, como mais bem fundada, a explicação fornecida pela doutrina voluntarista²³.

¹⁹ Vid. ARANGIO-RUIZ *apud* BIONDI, *Contratto e Stipulatio em Scritti Giuridici* III (Milão 1965) 249.

²⁰ Vid. BIONDI, *Contratto*, cit. 249.

Todavia, BONFANTE (*Sui 'Contractus' e sui 'Pacta' em Scritti Giuridici Varii* III (1921) 138) diz-nos que a tese de RICCOBONO fê-lo meditar, mas não abalou as suas convicções.

²¹ Enquanto o negócio simulado era nulo (D. 18,1,55; -44,7,54), pois, como refere BIONDI (*Istituzioni*, cit. 205-206), «non c'è infatti ragione di attribuire efficacia ad un negozio che le parti sono d'accordo nel non volere»; e, em relação às núpcias, se diz que «nullius momenti sunt» (D. 23,2,30; -24,1,7,6), já na simulação relativa vale o negócio dissimulado, «perchè effettivamente voluto». Vale, aqui, a regra «plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur» (C. 4,22) no caso de à validade não se opor uma disposição legal ou um princípio jurídico (como sucede, v. g. na *venditio* que dissimula uma *donatio inter virum et uxorem*: D. 24,1,5,5). A mesma doutrina valia na *simulatio* por interposição de pessoas: «Si quis gestum a se fecerit alium egisse scribi, plus actum quam scriptum valet» (C. 4,22,4).

Vid. ainda: ANDRADE, *o.c.* 189; FERRARA, *o.c.* 119-120; BELEZA DOS SANTOS, *o.c.* 237-238; e LONGO, *Sulla Simulazione*, cit. 124.

Sobre a simulação e os terceiros de boa fé, vid. BELEZA DOS SANTOS, *o.c.* 239 e 239¹.

²² Vid. PUGLIESE, *Simulazione*, cit. 354 e 359 e *La Simulazione* cit. 209 e 217-218; e BELEZA DOS SANTOS, *o.c.* 236.

²³ PUGLIESE, (*La Simulazione*, cit. 218-225) observa que os Romanos valorizaram a simulação como um fenómeno accidental da vida

Podemos, destarte, concluir: tudo nos faz pensar que a *simulatio* era, já na época clássica, uma divergência intencional entre a *voluntas* e a declaração negocial; tinha por base um acordo entre o declarante e o declaratário e visava enganar terceiros.

§ 13.2 A simulação e a *fictio*

§ 13.2.1 Quiçá induzida em erro pela utilização atécnica do verbo *fingere* no sentido de *simulatio*¹, alguma doutrina chega a considerar a *simulatio* sinónima de *fictio*² sem ter em atenção

sócio-económica, sem a terem considerado uma anomalia do negócio jurídico susceptível de poder sujeitar-se a uma regra unitária deduzível dos princípios fundamentais do próprio negócio jurídico; por isso, entende que não pode determinar-se a sua concepção teórica de *simulatio*: «Se lo (negócio jurídico simulado) abbiano considerato frutto di una divergenza intenzionale tra manifestazione e volontà, o vi abbiano invere ravvisato l'attribuzione consapevole ad un atto di volontà, di in valore diverso dell'ordinario».

Ainda segundo PUGLIESE, nem sequer os «giustiniani abbiano scorto nel negozio simulato una divergenza tra volontà e manifestazione», pois «non si può dire, in base a tali interpolazioni, quali criteri avrebbero seguito gli stessi compilatori».

Todavia, parece-nos haver em PUGLIESE uma falsa questão: onde está a diferença entre a «divergenza intenzionale tra manifestazione e volontà» e a «attribuzione consapevole ad un atto di volontà di un valore diverso dell'ordinario»?

¹ Vid. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 312, onde cita: MARCELLUS (D. 4,2,1,10), PAPINIANUS (D. 48,5,12(11),12; -50,5,84), PAULUS (Sent. 5,25,11; D. 38,1,39pr.) e sobretudo ULPIANUS (D. 2,15,8,20; -7,29,5,13; -25,4,1,8; -27,5,11; -27,10,6; -29,2,30,5; -29,4,1,19; -29,4,1,4; -40,12,16pr.; -44,4,4,26; -47,2,52,15). Vid. ainda CIFUENTES, o.c. 158.

² Assim, BIONDI (*Istituzioni*, cit. 205) diz-nos que «la simulazione è sinonimo di finzione od apparenza», sendo «negozio simulato appunto il negozio finto».

E BONILLA Y SAN MARTÍN (o.c. 18) refere que «habremos de reconocer que la ficción de Derecho pertenece al género de las simulaciones, de las que se han llamado mentiras convencionales».

Vid. ainda: ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 100; VOCI, *Istituzioni*, cit. 178; ISSA-SAYEGH, o.c. 86; e PUGLIESE, *Simulazione*, cit. 352.

que se trata, tecnicamente, de duas figuras profundamente diferentes e, por isso, inconfundíveis.

Na verdade, enquanto a *fictio* é um expediente dos órgãos encarregados das funções legislativa e jurisdicional (seja o pretor, com base no seu *imperium* e, mais especificamente, na *iurisdictio*; seja o legislador, com o seu *imperium*; seja a *iurisprudencia*, com a sua *auctoritas*), a *simulatio* é uma figura utilizada pelos indivíduos³.

Por outro lado, a *fictio* foi um expediente técnico utilizado para integrar o *ius civile* sem comprometer a estabilidade e a segurança que as inovações apressadas nem sempre asseguram; ninguém enganava e nada ocultava. Pelo contrário, a *simulatio* foi (e é) um instrumento negativo, pois serve para ocultar realidades, afirmando-se um expediente ao serviço de propósitos as mais das vezes ético-juridicamente censuráveis.

Por isso, a atitude dos órgãos que velaram pelo Direito teria de ser necessariamente diferente: a *fictio* foi bem acolhida porque servia o Direito; a *simulatio* era rejeitada por ocultar à autoridade e aos particulares — que as partes desejavam enganar — objetivos quase sempre reprováveis⁴.

§ 13.2.2 Perguntamos: não haverá, todavia, afinidades entre a *simulatio* e a *fictio*?

A *fictio* foi um expediente *adversus veritatem* (*iuris civilis*), pois, para tornar possível a actuação das *actiones civiles* em

³ Vid. LECOCQ, *o.c.* 32; ISSA-SAYEGH, *o.c.* 87; PÉREZ SERRANO, *o.c.* 24; e CIFUENTES, *o.c.* 158.

⁴ Segundo DEKKERS (*o.c.* 108-109), a *fictio* difere profundamente da *simulatio*, pois, enquanto naquela nada se esconde, nesta o desejo de esconder é essencial. O A. entende que um grande número de simulações data da época em que os imperadores abusavam do seu poder. E também as regras antiquadas deram, por vezes, «naissance à des simulations à ce point tolérables que les juriconsultes eux-mêmes les organisèrent, et que les pouvoirs publics, devant la stérilité du législateur en matière de droit privé, les laissèrent se muer en droit».

Vid. ainda: ROBBE, *o.c.* 657-659; e BONILLA Y SAN MARTÍN, *o.c.* 18-19.

Também VOLTERRA (*o.c.* 171¹) entende que não devemos identificar a *fictio* com a *simulatio*. Simplesmente, vê uma ficção nos actos aparentes, quando se trata de figuras bem diferentes (como vimos *supra* § 12.3(1-2)).

situações diferentes das previstas, falseava a realidade jurídica civil¹. Ora, a *simulatio* foi, também, um modo de as partes actuarem *adversus (suam) veritatem*, criando falsas e ilusórias aparências.

Por outro lado, se aceitarmos a opinião de BETTI sobre a génese dos actos aparentes, há-de ver-se na *simulatio*, como vimos na *fictio*, um expediente utilizado para suprir as insuficiências do *ius* reveladas pelas crescentes exigências da autonomia privada²: a *simulatio* cumpriu uma função genética, apresentando-se como um dos meios (oblíquos) de integração do Direito³.

¹ Vid. *supra* § 3.5.

² Vid. *supra* § 12.1.37.

Note-se, todavia, que esta explicação de BETTI não foi aceita pacificamente. V. g. PUGLIESE (*La Simulazione*, cit. 57-99 e *Simulazione*, cit. 351-353) e FERRARA (o.c. 81) rejeitam-na com entusiasmo.

Quanto à diferença entre os actos aparentes e a *simulatio*, a doutrina é pacífica em reconhecer serem aqueles efectivamente queridos na plenitude das suas notas essenciais e da sua função económico-jurídica determinada.

Como refere Orlando de CARVALHO (o.c. 117), «neste querer ou não querer da função normal e essencial do negócio declarado é que radica a diferença entre a simulação (relativa) e o negócio indirecto».

Vid. ainda: DISTASO, o.c. 104-107; AURICCHIO, o.c. 222; BELEZA DOS SANTOS, o.c. 238⁶; FERRARA, o.c. 80-82; ANDRADE, o.c. 180; ROBBE, o.c. 648; IHERING, o.c. 272-273; e VOLTERRA, o.c. 140.

Sobre os negócios fiduciários e a simulação, vid. BATIZA, o.c. 27; BIONDI, *Istituzioni*, cit. 207; SOHM, o.c. 192¹; ANDRADE, o.c. 176; e BELEZA DOS SANTOS, o.c. 144-145.

³ Não tendo nenhuma afinidade com a *fictio*, não se nos impõe o estudo da *fraus legi*.

Trata-se, como é sabido, de uma violação indirecta da lei, ou seja, não da letra, mas do seu espírito: quem age assim, não contraria os *verba legis*, mas frustra, na realidade, o escopo visado pela disposição legal (D. 1,3,29).

Em Roma, a *fraus legi* (ou a forma mais recente *in fraudem legis*) não foi uma figura jurídica autónoma, regida por normas especiais e expressa através de uma terminologia técnica (tal figura remonta, segundo ROTONDI, aos juristas medievais).

Provam-no: a inexistência de uma *exaequatio* (necessária, se os jurisconsultos recorressem a critérios especiais de interpretação e

considerassem, portanto, a *fraus legi* uma figura jurídica autónoma: para a sujeitarem às sanções da lei que, segundo os cânones usuais, não lhe seriam aplicáveis, seria preciso uma disposição legislativa expressa, isto é, uma *exaequatio*; a falta duma expressão técnica (é frequente encontrar, em vez de *fraus legi* — e de *in fraudem legis* — expressões genéricas, v. g. *committre in legem*, *incidere in legem*, *circumscribere*, *circumvenire legem*, etc.); o alcance da expressão *contra legem* — ou de *committre in legem* ou *offendere legem* — que refere ora a violação da letra da lei ora a do seu espírito (D. 28, 6,43,3); o valor genérico que, por vezes, a expressão *fraus legi* assume, compreendendo qualquer forma de violação (D. 5,1,15,1); o próprio carácter genérico do conceito de *fraus legi* (D. 1,3,29; -1,3,30) que, segundo ROTONDI, tem no direito justiniano um alcance geral que não tinha na época clássica; e, sobretudo, porque a *fraus legi* era apenas uma modalidade de violação da *lex*, solucionada no âmbito da *interpretatio legis*: a «teoria» dos actos *in fraudem legis* era, tão-só, uma aplicação nada singular e anómala do princípio de que o intérprete deve procurar e aplicar sempre a *sententia* e não os *verba*, dando a prevalência, no caso de divergência, à *sententia*.

ROTONDI — cuja análise conceitual é, na opinião de ALBERTARIO, forte e penetrante, ousada e segura — refere-nos algumas situações ainda não de *fraus legi*, por «*di nuovo intervenire lo Stato, con una legge che integra l'antica*». Nestes casos, a *iurisprudencia* não tinha ainda «*armi proprie per colpirlo*».

Teriam sido verdadeiros precedentes da *fraus legi* (entendida como solucionável no âmbito da *interpretatio legis*) estes casos referidos por ROTONDI:

a) A *lex Licinia Sextia de modo agri et pecoris* (de 367 a.C.) que fixou em 500 jeiras o limite máximo do *ager publicus* que alguém podia possuir. Foi violada por um dos seus autores, *Licinius Stolo* que emancipou (aparentemente) o *filius* para, continuando a viver na mesma economia doméstica, poder possuir mais 500 jeiras. *M. Popilius Laenas* queixou-se ao *populus* que aplicou uma multa;

b) Para iludir a lei que estabelecia um limite aos juros, figurava como vinculado um *non-civis*, em relação a quem a *lex romana* não se applicava. O tribuno *M. Sempronius Tuditanus* fez aprovar um plebiscito — a *lex Sempronia* de 193 a.C. — que estabelecia: «*Ut cum sociis ac nomine latino pecuniae creditae ius idem quod cum civibus romanis esset*». Tratava-se duma *fictio* («*cum civibus romanis esset*») *legalis* e a intervenção do

legislador revela a insuficiência, nessa época, dos meios usuais da *interpretatio*;

c) A *lex Furia*, que proibiu os legados superiores a 1.000 asses, era violada pelos testadores que, em vez de redigirem um legado superior, faziam vários legados. Interveio uma nova *lex* — a *lex Voconia* de 169 a.C. — e a reforma foi ultimada pela *lex Falcidia*, no ano 40 a.C.; etc.

Exemplos de *fraus legi* são-nos oferecidos em matérias diversificadas, disciplinadas, v. g. pela *lex Aelia Sentia* (D. 40,9,7,1; -40,9,16,1), pelo *sc. Velleianum* (D. 16,1,8,14; -16,1,32,3), pelo *sc. Macedonianum* (D. 14,6,3,3; -14,6,7,3) e pelas *leges Iulia de maritandis ordinibus* e *Papia Poppaea* (D. 30,103; -34,9,10pr.).

Um problema que dividiu a doutrina liga-se à utilização da *simulatio* como meio ou simples ocultação da *fraus legi*.

FERRARA entende que a ocultação (*dissimulatio* relativa) nada acrescenta nem retira ao negócio concluído, pois, removido o véu enganador, resta o negócio na sua verdadeira essência, na sua realidade; e, se contraria uma *lex*, teremos um *contra legem agere*, não um *in fraudem legis agere*. A simulação não é um meio para iludir a lei, mas tão-só ocultar a sua violação; por isso, inexatamente se fala de simulação em fraude à lei.

Esta opinião, que parece ser hoje dominante, foi criticada, todavia, por ROTONDI que vê em FERRARA um conceito «*troppo preciso e ristretto della fraus legi*», uma forma autónoma claramente distinta da violação directa e, portanto, insusceptível de os habituais critérios hermenêuticos a poderem solucionar.

A esta opinião aderiu BELEZA DOS SANTOS para quem «*a distinção absoluta entre simulação e fraude à lei, tal como Ferrara quer, perde a sua razão de ser desde que a fraude à lei não constitui, como realmente acontece, uma situação que tenha uma configuração própria absolutamente diferenciada dos actos 'contra legem'. Desde que a 'fraus legi' é apenas uma modalidade de violação da lei, menos aparente, mais disfarçada, mas sempre uma infracção de norma imperativa, desaparece essa diferenciação rigorosa que Ferrara quer encontrar entre a fraude à lei e a simulação*».

Parece-nos, todavia, que os críticos de FERRARA não têm razão, pois o notável civilista italiano refere que «*sempre più esatta e merita d'essere accolta*» é a opinião de que a fraude «*possa rintuzzarsi semplicemente con una razionale interpretazione del divieto, dovendo il giudice applicare la legge non alla lettera, ma secondo il suo contenuto spirituale: non è necessario uno speciale rimedio dell'ordine giuridico per combattere la frode*».

Na verdade, a *simulatio* é um simples meio de ocultar a violação duma lei. Simplesmente, esta pode, se oculta, revestir igualmente duas

c) Na actividade jurisprudencial

§ 14. A praesumptio iuris

§ 14.1 Caracterização

§ 14.1.1 A *praesumptio*, que não tem (nas fontes) um significado unívoco e preciso¹, consiste, no aspecto jurídico, em

formas (directa e indirecta): se *A* vendeu simuladamente a *B*, sua *uxor*, um *fundus* ocultando uma *donatio* legalmente proibida, afastada a venda, a doação surge inequivocamente *adversus legem*. Mas, se *A*, menor de 25 anos, na impossibilidade de manumitir um *servus* por falta dos requisitos exigidos pela *lex Aelia Sentia*, mancipa simuladamente o escravo a *B* que seguidamente o manumite, é evidente que, afastada a *mancipatio*, fica a *donatio* (dissimulada) e a cláusula modal de manumissão que não foram literalmente previstas naquela *lex* e, todavia, violam o seu espírito: trata-se, aqui, duma violação indirecta, ou seja, duma *fraus legi*, oculta por uma *simulatio* (a *mancipatio servi*).

Quanto à *fictio*, é bem de ver que nenhuma afinidade tem com a *fraus legi*. Separam-nas: a fonte (o magistrado e o legislador não podem cometer fraude às suas *leges* sob pena de instaurarem o arbítrio e o despotismo no campo do Direito) e o objectivo (a *fictio* é um expediente de integração e, portanto, do progresso jurídico, enquanto a *fraus legi* é um instituto ao serviço da ilicitude).

Vid. PEREZ SERRANO, *o.c.* 27-28; DEKKERS, *o.c.* 108; CRUZ, *Direito Romano*, cit. 266-267; KASER, *Römisches Privatrecht*, cit. 48; BIONDI, *Istituzioni*, cit. 77; BETTI, *Istituzioni*, cit. 129; ROTONDI, G., *Gli Atti in Frode alla Legge nella Dottrina Romana e nelle sua Evoluzione Posteriore* (Turim 1911) 5-160, 175-180 e 220-221 e *Ancora sulla Genesi della Teoria della 'Fraus Legi'* em *BIDR* 25(1913) 221-222 e 234-235; ALBERTARIO, E., *Recensioni* em *BIDR* 25(1913) 251-254; ANDRADE, *o.c.* 180-181; DISTASO, *o.c.* 131-136; BOVE, L., *Frode (Diritto Romano)* em *NNDI* 7 (1961) 631; PUGLIESE, *La Simulazione*, cit. 52-54; FERRARA, *o.c.* 67-77; BELEZA DOS SANTOS, *o.c.* 101-102; e LONGO, *Sulla Simulazione*, cit. 129.

¹ Na verdade, significa ora privilégio (D. 37,10,3,13; -43,4,3,3; C. 8,11,12; -8,14,7) ora usurpação (C. Th. 8,5,12; -8,5,61), arrogância (C. Th. 6,4,22; -8,5,65; C. 3,2,1) e opinião (D. 29,2,30,4; -33,7,18,3). Mas é, também, a ideia a que se recorre quando os factos a provar são incertos (D. 32,33,2; -32,73,3; -36,1,2; -40,5,24,8); e a argumentação fundada no

ter antecipadamente por verdadeiro o que é, talvez, verdadeiro duma maneira geral, mas só é provável ou mesmo simplesmente possível em cada situação particular.

Enquanto instrumento da técnica jurídica, é uma disposição juridicamente vinculativa segundo a qual, de um facto determinado, deve inferir-se necessariamente a existência de outro, de modo que a prova daquele dispensa a deste².

§ 14.1.2 Na opinião de DEKKERS, a *praesumptio* é «la principale des opérations mentales qui ont pour but d'atteindre la sûreté d'application de la règle aux cas d'espèce»¹.

DABIN assinala-lhe um papel duplo: o de aliviar a prova dos factos, eliminando certas dificuldades duma prova *in concreto* (função probatória)²; e a de meio intelectual de elaboração do Direito (função construtiva). A primeira função é desempenhada pela «presunção-prova»; a segunda, pela «presunção-conceito»³.

provável (D. 23,3,57), natural (D. 34,3,28,3) ou conforme à *opinio communis* (D. 22,3,24; -23,3,57; -34,3,28,3).

Vid. REGGI, R., *Presunzioni* em ED 35 (1986); e DONATUTI, G., *Le 'Praesumptiones Iuris' come Mezzi di Svolgimento del Diritto Sostanziale Romano* em RDP 3(1933) 167.

² V. g. provado que o parto de uma mulher casada ocorreu depois de 182 dias após a celebração do casamento e antes de decorridos 300 dias depois da sua dissolução, não é necessário provar que o marido é o pai da criança nascida.

Vid. ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, o.c. 210²⁷².

¹ Vid. DEKKERS, o.c. 24. Também GÉNY (o.c. 267) vê na *praesumptio* um dos instrumentos da elaboração técnica do Direito, por ser um artifício do pensamento consciente que informa as coisas em vista do objectivo perseguido pela ordem jurídica.

² V. g. a paternidade legítima prova-se pelo casamento. Vid. DABIN, o.c. 239.

³ Segundo DABIN (o.c. 239-240), a própria regra resulta, no seu conteúdo ou nos seus motivos, da «presunção-conceito». É certo que estas presunções não deixam de resolver uma questão de prova, visto enunciarem, como certo, o que só é provável ou mesmo possível. Todavia, esta questão é resolvida por eliminação, decretando que jamais, *in concreto*, a prova poderá ser questionada.

Também GÉNY (o.c. 339) nos diz que, embora a *praesumptio* tenha a sua origem e encontre a sua justificação profunda nas exigências práticas

Por seu lado, esta «presunção-conceito» tanto pode ser instrumento da regra nos seus elementos constitutivos — sendo causa do seu conteúdo formal⁴ — como só afectar os motivos que a justificam⁵. No primeiro caso, está afastada a prova contrária, pois, doutro modo, a regra seria destruída; no segundo, pode sempre perguntar-se em que medida a *praesumptio* interdita essa prova, já que esta questão em nada altera o conteúdo da regra⁶.

Só que a *praesumptio*-«conceito» intervém como guia utilizado pelo legislador para determinar e justificar o âmbito de aplicação e o conteúdo das normas, atrás das quais se mantém como causa e justificação; e a que o intérprete recorrerá para melhor compreender os preceitos legais na sua génese e no seu alcance. Trata-se, como GÉNY⁷ observa, duma «virtualidade contingente» que esbate o papel técnico da presunção: esta, quando sai do domínio da prova, só aparece entre os numerosos motivos susceptíveis de justificarem uma regra categoricamente formulada; desempenha, aqui, o papel desses expedientes do

da prova concreta, transborda facilmente este terreno estreito para penetrar na constituição profunda do Direito. Com efeito, o legislador elabora as suas normas em vista de situações de facto que deve considerar gerais e abstractas. Ora, são frequentes obscuridades e contradições; e, para chegar ao rigor e à precisão exigidas pelas normas jurídicas, é necessário resolver as infinitas causas de dúvida, recorrendo a probabilidades para se ter por certo o que é equívoco.

⁴ Assim, a não-maturidade do espírito é a causa da incapacidade dos menores. Vid. DABIN, *o.c.* 243-244; e GÉNY (*o.c.* 347-348) que, todavia, identifica estas presunções com as justificadoras dos motivos.

⁵ É o caso, *v. g.* das presunções de vontade que DABIN (*o.c.* 250-252) exemplifica com os arts. 251.º (a mulher divorciada ou separada, que não aceitou a *communauté* nos três meses e quarenta dias após o divórcio ou a separação, é considerada ter-lhe renunciado), 780.º e 1038.º (que enumeram os actos que importam a revogação do testamento, actos esses que são manifestações tácitas de vontade) e 1738.º (não denunciada, a locação considera-se um novo arrendamento, regra explicada por uma presunção de vontade) do Código de Napoleão.

Vid. ainda GÉNY, *o.c.* 339-345.

⁶ Vid. DABIN, *o.c.* 248-249.

⁷ Vid. GÉNY, *o.c.* 348-350 e 356.

espírito que, só pela virtualidade do fermento intelectual, sustentam e vivificam os preceitos directamente surgidos do «doné».

Não é esta a função em que a *praesumptio* se revela como verdadeiro expediente técnico, activamente utilizado na realização concreta do Direito. Na verdade, o papel aí ocupado é o de guia do legislador, quedando-se atrás das normas de que é um *prius*: cumprida esta função, a *praesumptio* desaparece e, se a devemos ter em conta, é tão-só para melhor compreendermos a *ratio* dessas normas.

Interessa-nos, sim, a função dita probatória que lhe dá vida contínua e incessantemente na realização «in concreto» do Direito e, destarte, justifica a sua dimensão técnica de instrumento da *ars iuridica*. Função esta que é o seu domínio originário⁸ ou natural⁹: o da prova dos factos e das circunstâncias que servem de *substratum* indispensável às decisões do Direito.

Ora, sendo necessário verificar se determinado facto existe para se lhe aplicar o Direito, bem pode surgir um grave obstáculo que, não sendo eliminado, ditaria a inaplicabilidade das normas jurídicas e a consequente persistência *ad aeternum* dum conflito susceptível de comprometer grave e seriamente a *pax* social.

Na verdade, nem sempre os factos se nos apresentam claramente e nem todos são susceptíveis de prova directa. E é aqui que a *praesumptio* desempenha a sua função propriamente técnica: a de aliviar a prova.

Efectivamente, quando se está perante factos vagos, obscuros, equívocos ou incertos, bastará admitir a sua substituição por outros elementos mais fáceis de provar e cuja equivalência assenta em probabilidades judiciosamente pesadas e consideradas segundo a experiência; por isso, não pode falar-se verdadeiramente de uma inversão, mas dum alívio do *onus probandi*¹⁰.

⁸ Assim, GÉNY, *o.c.* 268.

⁹ Assim, DEKKERS, *o.c.* 25.

¹⁰ É certo que esse alívio pode ser tão importante e traduzir uma facilidade de prova tão significativa, que a posição das partes na prova

Sendo esta a sua função (probatória), a contraprova deve permanecer admissível segundo os princípios gerais; e não só para abalar a existência dos elementos que sustentam a presunção, mas até para estabelecer a possibilidade de circunstâncias particulares dos factos desmentirem a indução em que a *praesumptio* se traduz (prova contrária à *praesumptio*)¹¹.

Todavia, pode suceder que, em face de uma probabilidade extrema de indução ou para eliminar discussões inúteis e mesmo perigosas, o Direito dê à *praesumptio* um carácter inilidível que a põe ao abrigo de uma contraprova¹². Porém, a natureza de presunção fica seriamente abalada, sofrendo uma descaracterização assaz importante que no-la impede de situar entre as verdadeiras *praesumptiones iuris*.

Em conclusão: enquanto expediente propriamente técnico, a *praesumptio iuris* é uma operação intelectual que, baseada em probabilidades testadas pela experiência comum¹³, infere de determinados factos — cuja existência se considera provada — a existência de outros cuja prova (directa) se afigura difícil, se não mesmo impossível.

parece ficar invertida: à prova facilitada ao autor corresponde a contraprova difícil do demandado.

Mas sempre o demandante terá de fazer a sua prova. Como refere GÉNY (o.c. 281 e 285), a *praesumptio* realiza uma mutação dos elementos a provar, subsistindo o ónus de os estabelecer fixado pelos princípios gerais do Direito; por isso, a ideia de que a presunção não é mais do que uma dispensa da prova repousa numa análise insuficiente da situação.

No mesmo sentido, vid. DABIN, o.c. 239; MURGA, o.c. 318; e DONATUTI, *Le Praesumptiones*, cit. 172.

Referem que a *praesumptio* dispensa a prova e inverte o respectivo ónus: ROBBE, o.c. 644; DELGADO-OCANDO, o.c. 94; SCIALOJA, *Procedura*, cit. 295; D'ORS, *Derecho Romano*, cit. 106; e RAMPONI, L., *Note sulle Presunzioni in Diritto Civile em RISG 14(1892) 329-330*.

¹¹ Vid. GÉNY, o.c. 281-282; e DEKKERS, o.c. 25.

¹² Vid. DEKKERS, o.c. 25; e GÉNY, o.c. 282 e 297-301.

Sobre estas *praesumptiones* inilidíveis ditas *iuris et de iure*, cfr. *infra* § 14.1.3.

¹³ RENARD (o.c. 137¹) entende que a teoria jurídica da presunção deve ligar-se à teoria filosófica do sinal, pois há uma analogia evidente entre a definição jurídica de presunção e a definição filosófica de sinal.

Trata-se, por isso, de um instrumento de prova indirecta¹⁴ que, em Roma, era — como veremos *infra*¹⁵ — imposta pelos órgãos criadores do *ius civile*¹⁶ ao *iudex*, cerceando, deste modo, a sua liberdade probatória.

E, sendo prova (embora indirecta), está sujeita necessariamente a contraprova¹⁷.

¹⁴ Segundo RAMPONI (*o.c.* 329), provar significa chegar a verificar, por via de indução lógica, a verdade de um facto, que era ignorado, a partir de um facto conhecido. A divergência entre a prova e a presunção está na diferente estrutura da relação lógica em que o facto conhecido se liga ao ignorado: segundo a relação seja imediata ou mediata, assim temos a prova (directa) ou a presunção (prova indirecta).

¹⁵ Vid. *infra* § 14.2.3(1-5).

¹⁶ No Direito moderno, GÉNY (*o.c.* 314-332) interroga-se a quem pertence a criação de *praesumptiones*; e entende não ser apenas à *lex*, como é opinião corrente, pois as necessidades da vida pressionam constantemente o intérprete a integrar as suas lacunas.

Segundo GÉNY, também um costume bem caracterizado pode, ainda hoje, estabelecer as bases duma verdadeira presunção de Direito; e a doutrina e a jurisprudência mantêm-se fundadas para suprirem as lacunas reveladas, nesse ponto, pela prática.

Também nas presunções inilidíveis, GÉNY não vê por que rejeitar o seu uso a órgãos capazes de contribuírem na formação de todas as regras jurídicas. Todavia, só com prudência a doutrina e a jurisprudência devem completar o sistema das presunções legais.

Quanto ao efeito retroactivo das presunções, GÉNY (*o.c.* 331-334) põe as mais sérias dúvidas, visto tratar-se duma solução totalmente anormal.

¹⁷ Segundo DONATUTI (*Le Praesumptiones*, cit. 172-174), convém distinguir as *praesumptiones iuris* de:

a) Inversão do ónus da prova: aquelas limitam-se a mudar o *thema probationis*, no sentido de que o onerado, em vez do facto afirmado, pode provar um facto diferente, do qual o juiz deve, porém, argumentar a existência do primeiro; as regras sobre a inversão do ónus da prova libertam totalmente deste ónus e enviam à parte contrária a contraprova. Enquanto nas *praesumptiones* há, simplesmente, um aligeiramento ou mutação do *thema probationis*, nas regras que invertem o ónus da prova quem afirma um facto está totalmente dispensado de o provar, cabendo à outra parte a prova do contrário;

b) Regras de interpretação: são disposições legislativas acerca do significado a dar às manifestações de vontade não-claras; por isso,

§ 14.1.3 É pacífica a classificação das *praesumptiones iuris* em *iuris tantum* — as que admitem a contraprova — e *iuris et de iure* — que não consentem a prova do contrário.

Todavia, já não há unanimidade sobre a natureza de *praesumptio* em relação às *praesumptiones* ditas *iuris et de iure*.

DABIN entende que o seu carácter inilidível em nada lhes retira esta natureza, pois subsiste filosoficamente, *in abstracto*, a ideia de prova ligada à de probabilidade em que se apoia¹.

DEKKERS considera ser *praesumptio* uma disposição que se verifica ora exacta ora inexacta. É certo, a presunção inilidível pode consagrar uma irrealidade; todavia, enquanto esta não for senão possível, a verdade mantém-se verosímil e tanto basta para que a *praesumptio iuris et de iure* seja uma verdadeira presunção².

E SCIALOJA pensa que não há necessidade de «*fare uno strappo*» e negar às *praesumptiones iuris et de iure* o seu carácter de

enquanto as *praesumptiones iuris* se dirigem ao juiz limitando a sua liberdade em matéria de provas, as regras de interpretação visam somente manifestações de vontade;

c) Normas dispositivas: integram as lacunas de manifestações de vontade. O carácter processual das *praesumptiones* diferencia-as destas regras de Direito material;

d) *Obligaciones tacitae*;

e) *Fictiones*.

Ainda segundo DONATUTI (*Les Praesumptiones*, cit. 167), devemos distinguir as *praesumptiones iuris* de: a) *coniectura* (argumentação dum factio incerto, baseada em indícios: D. 6,2,8; -24,1,47; -33,7,12,47; -37,2,1; -45,1,137,2); b) *suspicio* (argumento fundado sobre leves indícios); c) *indicium* (facto certo que serve de meio para argumentar a existência dum factio incerto).

¹ Vid. DABIN, *o.c.* 240-243 e 276-277. Segundo este A., não importa que a prova contrária seja radicalmente excluída quando o factio presumido se mantém dotado de probabilidade. Como esta prova não é administrada, a hipótese de probabilidade permanece; daí resulta que, longe de modificar a sua natureza, o carácter inilidível da presunção nem sequer poderia ofendê-la: «*par définition, la probabilité d'un fait est antérieure et extérieure à la preuve réelle, comme à la contre-preuve, qui sont 'in concreto'*».

² Vid. DEKKERS, *o.c.* 30.

presunção, embora não pertençam à teoria da prova e sejam uma forma de disposição jurídica³.

Opinião diferente tem GÉNY para quem as *praesumptiones iuris et de iure* são regras de Direito, visto tratar-se de um expediente técnico novo que excede o domínio da prova para reger o fundo do Direito⁴.

DONATUTI entende que tais *praesumptiones*, aliás ignoradas no *Ius Romanum*, não são presunções em sentido técnico, mas normas de Direito material⁵.

E, vendo a essência da presunção numa probabilidade — de modo que, se não é possível provar o contrário, a presunção desaparece —, ARON considera as *praesumptiones iuris et de iure* não presunções legais, mas regras de Direito, ou seja, disposições legais imperativas fundadas em presunções que desaparecem atrás das regras, sendo por estas absorvidas: é essencial o princípio *praesumptio cedit veritati, id est probationi*⁶.

Temos para nós que a *praesumptio iuris et de iure* não é uma verdadeira presunção no sentido técnico a que nos temos referido (de presunção-prova). É, com efeito, um expediente que, tendo por base uma certa probabilidade ou normalidade, justifica a elaboração de normas jurídicas evitando, deste modo, que a inoportunidade ou a inadequação à realidade as condene a letra morta.

Socorrendo-se da necessária experiência, o Direito utiliza as *praesumptiones iuris et de iure* para explicarem geneticamente a formação de muitas das suas normas e lhes transmitirem uma garantia de eficácia; mas a sua função esgota-se aqui: a

³ Vid. SCIALOJA, *Procedura*, cit. 294.

⁴ Segundo GÉNY (*o.c.* 281-285) três são os traços principais que especificam a *praesumptio iuris*: a incidência sobre factos; a actuação exclusivamente no domínio da prova jurídica onde aligeira a prova a fornecer, reportando-a sobre elementos de facto mais fáceis de provar; e a possibilidade de contraprova.

⁵ Vid. DONATUTI, *Le Praesumptiones Iuris in Diritto Romano* em *AUPE* 43(1931) 5-6.

⁶ É clara a influência de GÉNY. Vid. ARON, G., *Les Présomptions 'Iuris et de iure' et leur Origine Historique* em *NRHD* 20(1896) 508-513. Igual é a opinião de PÉREZ-SERRANO, *o.c.* 22-23.

probabilidade, que encerram, é de eficácia, não de verdade⁷.

Deste modo, apenas em sentido amplo⁸ lhes devemos chamar *praesumptiones*⁹.

§ 14.1.4 Vários motivos justificam a existência das *praesumptiones iuris*.

A doutrina destaca a necessidade de eliminar as obscuridades, os equívocos e as incertezas, defendendo a segurança e a precisão postuladas pela realização prática do Direito¹; de afastar toda a discussão acerca da ignorância da lei²; de proteger e defender a família, evitando que sobre a *uxor* sejam lançadas suspeitas injuriosas e libertando os *fili* da incerteza acerca da paternidade³; de assegurar a justiça, a equidade e o bem comum

⁷ Note-se que GÉNY (*o.c.* 287²) refere que não se pode afirmar que a presunção de direito se baseia sempre em probabilidades e ilustra com o § 20 do BGB: é manifestamente contrária às probabilidades mais plausíveis a regra segundo a qual «se várias pessoas pereceram num acidente comum, presume-se que pereceram no mesmo instante».

Ora, esta *praesumptio* de comoriência é uma *praesumptio iuris et de iure*.

⁸ Segundo HEDEMANN (*o.c.* 79), o conceito de *praesumptio iuris et de iure* encerra um equívoco desde a sua raiz: queria-se alcançar efeitos materiais e dava-se, as mais das vezes irreflectidamente, o inútil rodeio através de uma regra probatória de carácter processual.

⁹ As *praesumptiones* ditas *facti* ou *hominis* não são igualmente *praesumptiones iuris*: consistem em o juiz inferir, de factos certos aduzidos pelas partes, a existência de outros factos incertos; mas esta inferência é livremente realizada, sem o juiz estar obrigado a fazê-la.

Vid. ROBBE, *o.c.* 643; IGLESIAS, *o.c.* 212; BURDESE, *o.c.* 150; VOLTERRA, *o.c.* 259; SCIALOJA, *Procedura*, cit. 290; REGGI, *o.c.* 257; DONATUTI, *Le Praesumptiones*, cit. 168; e HEDEMANN, W., *Las Presunciones en el Derecho* (Madrid 1931) 80.

Cfr. D. 4,2,23pr.; -11,7,14,8; -21,1,31,21; 21,1,37; -22,3,25; -48,10,18,1.

¹ Vid. GÉNY, *o.c.* 266.

² Assim, a presunção do conhecimento das leis. Vid. DEKKERS, *o.c.* 31; DABIN, *o.c.* 270; e *infra* § 14.2.4⁶.

³ Assim, a *praesumptio Muciana* e a *praesumptio pater is est quem nuptiae demonstrant*. Vid. REGGI, *o.c.* 257; DEKKERS, *o.c.* 26; e DABIN, *o.c.* 264. Cfr. *infra* § 14.2.3(1-2).

moral, social e económico⁴; de afastar a possibilidade de os litígios se protelarem indefinidamente e de receberem soluções contraditórias, susceptíveis de abalarem a *pax* social e o prestígio da autoridade judicial⁵; de proteger certas pessoas especialmente merecedoras de protecção⁶; de assegurar a verdade dos julgamentos⁷; e, especificamente no *Ius Romanum*, de operar a transição das antigas formas solenes orais para as escritas⁸.

Obviamente, nem todas as *praesumptiones* assim justificadas são verdadeiramente técnicas. Mas é indesmentível constituírem um instrumento do progresso jurídico, ou não façam parte, como salientou GÉNY, do «material de exploração» indispensável ao jurista⁹. É evidente, enquanto houver dúvidas, for limitada a capacidade humana de atingir a verdade e se fizer sentir a necessidade de preservar valores de ofensas que desestabilizam a vida humana e comprometem gravemente a sociedade, a *ars iuridica* não pode dispensar as *praesumptiones*.

Mas resta saber se o *Ius Romanum* clássico as utilizou.

§ 14.2 Origem histórica

§ 14.2.1 Bem pode falar-se de uma doutrina dominante que, talvez na sequência de FERRINI, sustenta que o *ius* clássico não conheceu as *praesumptiones iuris*.

⁴ Assim, a presunção de consumo dos frutos que impede a sua restituição pelo possuidor de boa fé; as curtas prescrições liberatórias de dívidas, explicadas pela presunção de pagamento; e a presunção de tolerância do proprietário que explica a não-prescrição como modo de aquisição de servidões descontínuas; etc.

Vid. DABIN, *o.c.* 262; e GÉNY, *o.c.* 292.

⁵ Assim, a presunção «*res iudicata pro veritate habetur*». Vid. DEL VECCHIO, *o.c.* 40-41; DABIN, *o.c.* 262 e 270; e *infra* § 14.2.4⁶.

⁶ Assim, a incapacidade dos menores e a interdição de certas operações entre o menor e o tutor. Vid. DABIN, *o.c.* 264.

⁷ Assim, a presunção de parcialidade explica a impossibilidade de certas pessoas serem testemunhas. Vid. DABIN, *o.c.* 265.

⁸ Vid. RICCOBONO, *Stipulatio ed Instrumentum*, cit. 327.

⁹ Vid. GÉNY, *o.c.* 264 e 359.

Na verdade, FERRINI fez uma cuidadosa exegese dos textos jurídicos e concluiu ter sido a palavra *praesumere* utilizada no sentido de «crer», «opinar», «supor», excluindo toda a relação com a forma e a prova de actos ou factos jurídicos¹; e que estão interpolados os textos atribuídos aos juristas clássicos onde tal palavra tem o significado técnico-jurídico (de algo que se admite sem necessidade de prova)².

Para FERRINI, não há um texto clássico de âmbito genérico que apresente uma *praesumptio iuris* visto que os pareceres dos juristas e os decretos e rescritos imperiais não têm esse alcance nem pretendem regulamentar o ónus da prova³; e o objectivo dos juristas foi, tão-só, o de prevenir possíveis erros do *iudex*⁴.

Quanto à presunção de vontade, FERRINI sustenta que dela não se falava na época clássica; a doutrina dominante (teoria da vontade) não corresponde ao conceito romano de negócio jurídico, cujos efeitos não derivam exclusivamente da *voluntas partium*⁵. E conclui, afirmando que, no Direito justinianeu, «il

¹ Cfr. D. 12,3,7; -12,6,3; -21,1,31,21; -21,1,37; -29,2,30,4; -31,67,10; -33,7,18,3; -41,3,44,4; C. 2,42,4, textos referidos por FERRINI, *Opere* III (Milão 1929) 419.

² FERRINI (*Opere*, cit. 420) cita: D. 4,2,23pr.; -11,7,14,8; -22,3,24; -22,3,25pr.; -23,3,57; -32,33,2; -32,73,3; -34,3,28,3; -34,5,10(11),1; -36,1,2; -40,5,24,8; -40,7,40,7; -48,10,18,1.

³ A título de exemplo, FERRINI (*Opere*, cit. 428) cita: D. 4,2,23pr.; C. 2,19(20),2.

⁴ FERRINI (*Opere*, cit. 429) cita: D. 22,3,3; -49,3,27.

⁵ FERRINI, (*Opere*, cit. 433-437) vê, nos vários *favores (libertatis, matrimonii, etc.)*, o exemplo mais claro da tendência objectivista do Direito clássico.

Refere que não há presunção na regra de que, na dúvida sobre o alcance da *obligatio*, se admite o seu mínimo (D. 50,17,9; -50,17,17; -50,17,34). Não reconhece uma presunção na inadmissibilidade de prova da vontade divergente, pois esta é afastada pela circunstância de não ser lícito dar às palavras um sentido diferente do comum (D. 33,10,7,2). E entende que muitas resoluções em matéria contratual e em legados se fundam apenas no uso geral (D. 22,3,9; -50,17,144). Longe de aludirem à vontade presumida, os textos expressam uma sanção da ordem jurídica (D. 2,14,39; -18,1,21; 18,6,4pr.; -45,1,99pr.; -50,17,17).

nome de 'praesumptio' appare in un significato novello, e indica preferibilmente quello che noi diciamo 'praesumptio iuris'; e que «il diritto giustiniano trova naturalissimo che si determini per legge un' inversione nell' ordine naturale della prova, che la legge imponga di ritenere come provato quanto non lo è»⁶.

Apesar das críticas dirigidas por RAMPONI — para quem o modo de conceber a presunção como uma *subrogatio* da prova e não como uma prova depende de considerar unicamente o efeito descurando a causa; e conceber as presunções absolutas como verdadeiras ficções é ignorar ou falsear o carácter intrínseco da 'praesumptio'⁷ — e não obstante as censuras de DONATUTI — que entende não ser infalível o argumento interpolacionista, pois subsiste a possibilidade de algumas interpolações terem sido operadas com material clássico; e considera que FERRINI não investigou todas as fontes⁸ —, o certo é que transparece, na maioria dos AA., a opinião de que as *praesumptiones iuris* pertencem ou à época pós-clássica ou ao Direito justiniano.

Assim, ROBBE acolheu plenamente a doutrina de FERRINI e entende que o Direito clássico conheceu, tão-somente, as *praesumptiones* naturais ou lógicas, chamadas «*praesumptiones facti*» ou «*hominis*» pelos Comentadores⁹.

KASER julga que o processo das fórmulas ignorou as *praesumptiones* e sustenta que as deduções conclusivas de determinados factos, feitas pelos juristas romanos, não tiveram o carácter de presunções no sentido de regras processuais de prova, mas de simples regras de interpretação que pertencem ao Direito material. Só na época pós-clássica, as regras sobre o ónus da prova levaram à formação de presunções em sentido jurídico: «*Die gebundene Beweisordnung des nachklassischen Rechts weist dagegen diesen Regeln* (interpretativas, apresentadas pelos juristas

⁶ Vid. FERRINI, *Opere*, cit. 449.

⁷ Vid. RAMPONI, o.c. 330-333.

⁸ Vid. DONATUTI, *Le Praesumptiones*, cit. 168, 169, 171 e 175-176. Como exemplo de interpolações operadas com material clássico, DONATUTI cita: D. 21,1,31,21; -21,1,37; -29,2,30,4; -41,3,44,4.

⁹ Vid. ROBBE, o.c. 643-644.

como Direito material, não como ónus da prova) *ihren Platz im Prozessrecht zu und macht damit aus ihnen echte Vermutungen*¹⁰.

E a mesma opinião encontramos substancialmente em ARON¹¹, em WENGER¹², em BERTOLINI¹³, em LEVY¹⁴, em

¹⁰ Vid. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. 279 e 487-488.

Ainda segundo KASER (o.c. 487²⁹), é pós-romana a terminologia que distingue entre a *praesumptio iuris tantum* e a *praesumptio iuris et de iure*; e o segundo tipo é estranho às fontes romanas. Nos clássicos, *praesumere* significa, sempre, tão-só um «glauben, für wahr halten».

Na sua opinião, os textos em que *praesumere* e *praesumptio* têm o sentido de «*Rechtsvermutung*» estão interpolados: I 3,29,3a; D. 4,2,23pr.; -11,7,14,8; -22,3,24-25pr.; -23,3,57; -32,33,2; -32,73,3; -34,3,28,3; -34,5,10,1; -36,1,2; -40,5,24,8; -40,7,40,7; -48,10,18,1; C. 4,5,11,1; -4,28,7,1; -6,27,5,1b; -8,14,7; N. 22,20,2; -39,1pr.

¹¹ Este A. diz-nos que a expressão *praesumptio iuris et de iure* não provém do *Ius Romanum*. Na sua opinião, os juristas romanos não elaboraram uma teoria das presunções legais e nem sequer conheceram as *praesumptiones iuris tantum* e *iuris et de iure*. Atribui esta última expressão aos Glosadores e vê a sua origem em dois textos das Decretais relativos aos casamentos presumidos: as promessas de casamento transformavam-se em casamento quando os promitentes exprimiam a sua *voluntas* actual de se casarem; e se, após a promessa, houvesse cópula. Neste caso, presumia-se a vontade actual de se casarem sem possibilidade de prova do contrário.

Vid. ARON, o.c. 501-508.

¹² Segundo WENGER (*Istituzioni*, cit. 298), na época clássica só existiam conjecturas como simples deduções lógicas chamadas, no Direito comum, *praesumptio facti* ou *hominis*; e encontramos, no Direito justinianeu, as *praesumptiones iuris* criada pela prática e pela *iurisprudencia* pós-clássica como demonstrou a pesquisa interpolacionística.

¹³ Para BERTOLINI, as *praesumptiones iuris* são uma instituição do Direito justinianeu; o Direito clássico só conheceu as simples presunções naturais ou lógicas, ditas pelos Comentadores «*praesumptiones hominis*».

Vid. BERTOLINI, C., *Appunti Didattici di Diritto Romano II* (Turim 1914) 138.

¹⁴ LEVY atribui a teoria das provas ao Direito canónico, na Idade Média. Na sua opinião, há em Roma, na época clássica, uma certa regulamentação das provas que limita a liberdade de acção do juiz e das partes: impõe o ónus da prova, em princípio, ao demandante; exclui certos indignos da prova testemunhal, etc. Simplesmente, nem a existência dos modos de prova nem a sua regulamentação ultrapassam o empirismo da prática e não basta para constituir uma teoria das provas.

Ainda segundo LEVY, os juristas romanos estudavam o Direito, mas negligenciavam o estabelecimento dos factos. Só mais tarde, no início do

PEROZZI¹⁵, em HEDEMANN¹⁶, em D'ORS¹⁷ e em outros AA.¹⁸.

§ 14.2.2 Está em minoria a doutrina que sustenta terem existido verdadeiras *praesumptiones iuris* já na época áurea do *Ius Romanum*.

Todavia, nem por isso merece que a minimizemos.

DEKKERS viu, num texto de ULPIANUS (D. 38,16,3,11) e na *praesumptio Muciana* (D. 24,1,51), exemplos de *praesumptiones iuris*, embora não destaque a sua prática na época clássica¹.

E também MURGA observa a frequência de várias *praesumptiones*. Não evidencia a sua classicidade, mas não deixa de referir: «*Estas presunciones de las que nos habla Ulpiano* (D.

Baixo-Império, surgiram as *praesumptiones* e, com elas, o descenso a um grau inferior: o da *probatio* semiplena.

Vid. LEVY, J. P., *La Formation de la Théorie Romaine des Preuves* em *Studi Solazzi* (1948) 418-436.

¹⁵ PEROZZI (*Istituzioni*, cit. 51) entende que *praesumptio* significa, na época clássica, simplesmente «*opinione*»; e vê na falta do conceito de presunção um aspecto da liberdade de prova.

¹⁶ Na época clássica, os juristas utilizaram *praesumere* com o significado de «*crer*» e «*opinar*». Os clássicos nenhuma regra conheceram em matéria de prova, tudo regulando sobre bases materiais; e só os compiladores começaram a extrair das suas *sententiae* regras de carácter processual. Os textos em que *praesumptio* reveste um carácter processual estão interpolados.

Vid. HEDEMANN, *o.c.* 13, 18-21, 40, 44 e 76.

¹⁷ Segundo D'ORS (*Derecho*, cit. 106), vigorava, na Roma clássica, o princípio dispositivo: o juiz era livre na apreciação da prova, mas devia ater-se às provas que as partes apresentavam, não podendo inquirir outras.

Ademais, embora houvesse, tão-pouco, regras fixas sobre o ónus da prova, a prática estabeleceu que, em geral, o demandante devia provar a *intentio* e o demandado, a *exceptio*.

O processo clássico ignorou as presunções que são «*dispensas de prueba*»; e só conheceu regras de interpretação que se converteram, na época pós-clássica, em presunções.

¹⁸ Vid. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 154; GUARINO, *Diritto Privato*, cit. 245; BETTI, *Istituzioni*, cit. 351⁴⁹; BURDESE, *o.c.* 150; e VOLTERRA, *o.c.* 258.

¹ Vid. DEKKERS, *o.c.* 26.

34,5,9,1-4), procedieron seguramente de una cierta praxis introducida en los tribunales. Con todo, Adriano — según podemos deducir del texto — introdujo, por medio de rescriptos, algunas modificaciones en la propia mecánica de la presunción»².

SCIALOJA parece inclinar-se para a doutrina de FERRINI — «cosa che anche a noi par giusta (...). Noi crediamo che il Ferrini abbia dato completamente la dimostrazione di ciò». Porém, quiçá influenciado pelas críticas de RAMPONI, diz-nos não concordar plenamente com a *definitio* de presunção. Entende que se trata, verdadeiramente, de um género de prova no seu conceito fundamental. E afirma que «si debba ammettere, che nel diritto classico esse (as *praesumptiones iuris*) erano in numero molto minore di quello che non siano nel diritto giustiniano, ma non le escluderemmo del tutto, e neppure in questi casi speciali, in cui il Ferrini ha creduto di dare la dimostrazione della non esistenza di esse»³.

REGGI nota que a contraposição *praesumptio-probatio*, repetidas vezes encontrada nas fontes — em várias das quais a *praesumptio* surge como um substituto da prova (D. 22,3,24) —, mostra a atinência que tem com a *probatio*. E observa que o tratamento das «*quaestioni facti*», que a *praesumptio* tendia a regular, pertencia à retórica, sendo aquela, no seu significado técnico-jurídico, uma aplicação do conceito estóico a casos em que havia, para uma *quaestio facti*, uma *probatio artificialis*. É certo, o conceito de *praesumptio iuris* não aparece, nas fontes, elaborado pelos juristas clássicos e só encontramos os seus primeiros traços entre os juristas bizantinos; no entanto, o instituto *praesumptio iuris* tem a sua origem na *iusprudentia* clássica. Na sua opinião, a origem clássica é confortada pelo facto de a filosofia estóica se manifestar no pensamento dos juristas clássicos e de o conceito justiniano de *praesumptio* (C. 5,13,1,13; -8,14,7) ser muito mais amplo do que o técnico (argumentação provável, fundada sobre o que é conforme à *opinio communis*).

REGGI julga verdadeiramente excessivo o argumento interpolacionista que nega a origem clássica das *praesumptiones*

² Vid. MURGA, o.c. 319⁴⁵⁰.

³ Vid. SCIALOJA, *Procedura*, cit. 290-293.

iuris; e à não-harmonia entre estas e o princípio da plena liberdade do *iudex* na apreciação dos meios de prova, opõe que este princípio não era absoluto. Como exemplo de *praesumptiones* clássicas, refere a *praesumptio Muciana* (D. 24,1,51; C. 5,16,6,1) e a *praesumptio dotis* (D. 23, 3, 40); e afirma que o *ius respondendi ex auctoritate principis* conferia aos *responsa* dos juristas privilegiados o carácter vinculativo, de modo que as suas *praesumptiones iuris* impunham-se ao *iudex*⁴.

Mas o A. que verdadeiramente se empenhou no combate à doutrina de FERRINI foi DONATUTI para quem: 1) o argumento interpolacionista não é infalível, visto subsistir a possibilidade de algumas interpolações terem sido realizadas com material clássico⁵; 2) o princípio da livre valorização da prova não basta para negar a classicidade das *praesumptiones*, já que essa liberdade era esporadicamente limitada; 3) muitas interpolações têm um valor puramente formal, por serem resumos ou elaborações pós-clássicas ou compilatórias de elementos substancialmente clássicos; 4) e por FERRINI não ter estudado a totalidade das fontes⁶.

DONATUTI sintetiza uma série de argumentos a favor da classicidade das *praesumptiones iuris*⁷. E, embora reconheça que falta um nome e um conceito — os seus primeiros traços encontram-se apenas nos juristas bizantinos⁸, — entende que o

⁴ Ainda segundo REGGI (o.c. 256-260), o *Ius Romanum* não terá conhecido as *praesumptiones iuris et de iure*.

⁵ Vid. *supra* § 14.2.1⁸.

⁶ Vid. DONATUTI, *Le Praesumptiones*, cit. 175-176.

⁷ Assim: a) a influência do pensamento estóico, manifestado regularmente no dos juristas clássicos e não no dos bizantinos, educados na filosofia neoplatónica; b) o carácter das presunções em sentido técnico — admissão da prova contrária — derivado das suas estrutura e função de prova, que falta nas presunções de que fala Justiniano (C. 5,13,1,13a; -8,14,7), as quais mostram um conceito mais amplo do que o técnico; c) a existência de *praesumere* com o significado genérico de *opinare* nos juristas clássicos (D. 12,3,7), significado esse que é uma derivação do significado estóico.

Vid. DONATUTI, *Le Praesumptiones*, cit. 168-170.

⁸ DONATUTI (*Le Praesumptiones*, cit. 175) cita: *Theophili Paraphrasis* 3,20,8 e *Bas.* 11,1,17 *sch.* 9.

instituto não deixou de ser praticado na época clássica, como nos mostra a explícita referência à prova na *constitutio* de Alexandre Severo (C. 5,16,6,1) e revela um fragmento de POMPONIUS (D. 24,1,51) que atribui a Q. M. SCAEVOLA a presunção de considerar provenientes do marido os bens em poder da sua *uxor*⁹.

Também aqui, as divergências da doutrina justificam a análise das fontes. Uma expectativa, porém, nos atormenta: será que a época clássica ignorou as *praesumptiones iuris* que dissemos constituírem um instrumento do progresso jurídico e que, pertencendo ao «material de exploração», é indispensável ao jurista para proteger valores que acompanham o Homem e, por isso, não têm época?

§ 14.2.3.1 A propósito da *praesumptio* dita *Muciana*, lemos em POMPONIUS:

D. 24,1,51: «*Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse.*»

POMPONIUS refere-nos a opinião de Quintus Mucius SCAEVOLA relativamente a uma controvérsia acerca da proveniência dos bens adquiridos pelas mulheres: é mais verdadeiro e honesto entender que os adquiriu do seu marido ou de quem

⁹ Segundo DONATUTI (*Le Praesumptiones*, cit. 178-179), ter-se-ia tratado, originariamente, de uma *regula iuris* que não era uma norma jurídica, mas uma instrução.

Simplemente, os juristas posteriores utilizaram-na, acabando por se transformar numa *opinio communis* dos *veteres iuris auctores* e, assim, numa norma que estabelecia a conduta a seguir pelo *iudex*.

Ora, o texto de POMPONIUS (D. 24,1,51) e a constituição de Alexandre Severo (C. 5,16,6,1) apresentam a *praesumptio* viva e operante nos sécs. II e III, não havendo razão para negar a classicidade, pelo menos esporádica, de *praesumptiones iuris*.

estava sob a sua *potestas*; mas só quando a diferente proveniência «*non demonstratur*».

Este fragmento — cujas dúvidas de interpolação somente recaem na justificação — consagra uma verdadeira *praesumptio* que nos parece ser *iuris tantum*. E a sua classicidade não está em causa¹.

§ 14.2.3.2 Acerca do princípio «*pater is est quem nuptiae demonstrant*», é muito importante um texto de ULPIANUS que nos transmite, também, as opiniões de IULIANUS e de SCAEVOLA:

D. 1.6.6: «*Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. sed si fingamus afuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia hunc non esse mariti filium. non tamen ferendum Iulianus ait eum, qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium adgnoscerere quasi non suum. sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine pater familias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse*».

Em regra, é filho quem nasceu «*ex viro et uxore eius*»; porém, se o marido esteve ausente, *v. g.* durante dez anos e, ao regressar, encontra uma criança de um ano, procede a opinião de IULIANUS

¹ Neste sentido se pronunciaram MURGA (*o.c.* 318), REGGI (*o.c.* 258) e DONATUTI (*Le Praesumptiones*, cit. 178-180).

Segundo DONATUTI, cuja doutrina REGGI segue, tratar-se-ia, originariamente, duma *regula iuris* que dava uma instrução ao *iudex*; porém, ao ser acolhida pela *iurisprudencia*, transformou-se numa norma que estabelecia a conduta a observar pelo *iudex*, ou seja, numa verdadeira *praesumptio* legal.

O texto de POMPONIUS (D. 24,1,51) e a *constitutio* de Alexandre Severo (C. 5,16,6) do ano 229 mostram que esta *praesumptio* era bem viva e operante nos sécs. II e III, não havendo, por isso, motivo para negar a existência de verdadeiras (e técnicas) *praesumptiones iuris* na época clássica.

Contra a natureza ilidível e referindo esta *praesumptio* como «*irréfragable*», vid. DEKKERS, *o.c.* 26.

segundo a qual o marido não é o pai. Ainda como ULPIANUS diz, IULIANUS entende que não deve permitir-se o não-reconhecimento de um filho a quem viveu assiduamente com a sua esposa. No entanto, tal como SCAEVOLA, ULPIANUS julga que se o marido provar que não pôde copular com a sua *uxor* em virtude de uma enfermidade ou de outra causa impeditiva de procriar, a criança nascida em sua casa não é *filia mariti*.

Trata-se, também aqui, de uma verdadeira *praesumptio* em sentido técnico (dita *iuris tantum*)¹. É certo que a admissibilidade de o *maritus* afastar a paternidade em determinadas circunstâncias não exclui a eventualidade de estarmos perante uma regra de interpretação². Simplesmente, esta não afasta a existência e a utilização de uma *praesumptio*³, enquanto, sendo materialmente

¹ É esta a opinião, a que aderimos, de BRAGA DA CRUZ e de ALMEIDA COSTA, o.c. 512. Também SOHM (o.c. 487) a sustenta.

² D'ORS (*Derecho*, cit. 126) entende que se trata duma regra de interpretação que se converteu, na época pós-clássica, em *praesumptio*.

Igual opinião é a de HEDEMANN (o.c. 76 e 252) para quem os clássicos tudo regulavam sobre bases materiais; e o facto de a *praesumptio* «*pater is est...*» proceder da época clássica demonstra a possibilidade duma emanção absolutamente material.

Também KASER (*Das römische Zivilprozessrecht*, cit. 488) é da opinião de que «*im klassischen Recht werden zahlreich Tatbestände solcher Art als Auslegungsregeln überliefert*», entre as quais salienta «*die Vermutung (...) dass das von der Ehefrau geborene Kind für ehelich zu halten sei*».

³ DONATUTI (*Le Praesumptiones*, cit. 172-173) distingue as regras de interpretação das presunções: aquelas são disposições legislativas acerca do significado a dar a manifestações de vontade não-claras, ambíguas. O critério distintivo estaria em tais regras terem, por objecto, somente manifestações de vontade, enquanto as *praesumptiones* se dirigem ao *iudex*, limitando a sua liberdade probatória e podem referir-se à vontade e a qualquer facto.

Ora, no caso da *praesumptio* em análise, a ausência duma *voluntas* afasta o carácter interpretativo da eventual regra. Porém, com base na decisão jurisprudencial — já manifestada por IULIANUS e por SCAEVOLA —, o pretor ordenaria ao *iudex* que presumisse a paternidade de um *filius*, a menos que o *maritus* da *mater* provasse o contrário. O «*filius*» devia, entretanto, provar que nasceu depois dos 182 dias após o casamento ou antes dos 300 dias posteriores à sua dissolução, isto é, beneficiava dum aligeiramento na sua prova, efeito típico da *praesumptio*.

Vid. ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, o.c. 210²⁷².

impossível a prova directa da paternidade do *maritus*, esta é substituída por aquela presunção⁴ cuja natureza ilidível⁵ lhe dá a nota característica de verdadeira *praesumptio iuris (tantum)*.

E que foi já utilizada na época clássica, parece-nos um dado inquestionável, sobretudo devido à referência às opiniões de IULIANUS e de SCAEVOLA, cuja interpolação se não deixa explicar: seria muito mais fácil eliminar a citação destes juristas do que mantê-la para lhe alterar o sentido.

§ 14.2.3.3 Relativamente a uma eventual *praesumptio dotis*, PAULUS refere-nos:

D. 23,3,30: «*Dotem, quae in prius matrimonium data est, non aliter converti in posterius matrimonium dicendum est, quam cum hoc agitur: dum hoc agi semper interpretemur, nisi probetur aliud convenisse*».

Nas palavras de PAULUS, o dote do primeiro casamento não deve dizer-se convertido em dote de um matrimónio posterior se tal não foi convencionado; todavia, sempre interpretamos a sua conversão, a menos que se prove o contrário.

⁴ Cfr. ainda: D. 2,4,5 («...*pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*»).

Esta presunção é complementada pela *praesumptio* de que se consideram concebidos *in matrimonio* os filhos nascidos 182 dias, pelo menos, depois de iniciada a vida conjugal ou dentro dos 300 dias seguintes à dissolução do matrimónio: D. 38,16,3,11-12.

Estabelecidos segundo as doutrinas de Hipócrates (D. 1,5,12) acerca do tempo mínimo e máximo da duração da gravidez, estes limites vigoram ainda entre nós (apenas os 182 dias foram arredondados para 180): art. 1796.º, do Cód. civil.

Vid. ARIAS RAMOS e ARIAS BONET, *o.c.* 210²⁷²; BRAGA DA CRUZ e ALMEIDA COSTA, *o.c.* 512²; GIRARD, *o.c.* 184-185; SOHM, *o.c.* 487; D'ORS, *Derecho*, cit. 126; e GÉNY, *o.c.* 288-290.

Sobre o D. 2,4,5 vid. SOLAZZI, S., *Pater is est quem nuptiae demonstrant* em *IURA* 7(1956) 131-135.

⁵ A opinião de FORIERS (*Présomptions et Fictions* em *Les Présomptions et les Fictions en Droit. Études Publiées par Ch. Perelman*, cit. 10) não vale para o *Ius Romanum*.

Neste fragmento, as palavras finais «*dum ... convenisse*» têm, como referiu BONFANTE, «*sapore interpolatizio, si per la contraddizione con quanto precede, si per la forma*»¹. E, na verdade, a contradição e a forma tornam-no altamente suspeito, pelo que não se afigura idóneo à defesa da classicidade da *praesumptio* aí consagrada.

No entanto, ULPIANUS dá-nos conta de um rescrito de Séptimo Severo:

D. 23,3,40: «*Divus Severus rescripsit Pontio Luciano in haec verba: 'Si mulier, quae dotem dederat, post divortium rursus in matrimonium redit non revocatis instrumentis, non dubitabit ist, apud quem res agetur, secundum voluntatem mulieris, quae utique non indotata redire in matrimonium voluit, partibus suis fungi quasi renovata dote'*».

Uma mulher tinha constituído o seu dote, divorcia-se e volta a casar sem, entretanto, o ter revogado. O imperador estabeleceu que o juiz não duvidará em considerar o dote renovado segundo a *voluntas mulieris* que não quis, decerto, regressar ao matrimónio sem dote.

REGGI² vê uma verdadeira *praesumptio iuris* e considera genuínos ambos os textos (D. 23,3,30; -23,3,40). E DONATUTI fala de um desenvolvimento que, iniciado na época clássica, teve o seu ponto de chegada na *praesumptio*; o rescrito de Severo foi acolhido pela *iurisprudencia* clássica e este acolhimento traduz a sua transformação em norma geral e, em consequência, numa *praesumptio iuris*³. Embora válido e eficaz *in concreto*, o *rescriptum* de Séptimo Severo estabeleceu uma *praesumptio iuris* que a *iurisprudencia* se encarregaria (decerto) de generalizar, ainda na época clássica.

¹ Vid. BONFANTE, *Corso*, cit. I, 309.

² Vid. REGGI, *o.c.* 259.

³ Vid. DONATUTI, *Le Praesumptiones*, cit. 183-187.

Parece-nos que a opinião de DONATUTI é altamente provável. E é indubitável a classicidade daquela *praesumptio*, pelo menos na sua aplicação *in concreto* ⁴.

§ 14.2.3.4 Nas situações de morte de várias pessoas ocorrida no mesmo acidente ou catástrofe, o *Ius Romanum* conheceu as seguintes regras: entre marido e esposa, esta faleceu primeiro; entre filhos impúberes e *pater*, este faleceu depois; entre *pater* e filhos púberes, aquele morreu primeiro.

Mas tratar-se-ia, na época clássica, de regras interpretativas pertencentes ao Direito material como sustentam KASER ¹ e D'ORS ²? Ou seriam verdadeiras *praesumptiones iuris*?

Em abono da sua tese, KASER defende a interpolação dos textos que admitem a possibilidade de contraprova. Porém, a fragilidade deste argumento — quiçá, ao serviço de uma opinião preconcebida — e a não referência a outros textos que disciplinam a mesma matéria ³ impedem-nos uma atitude quiescente.

DONATUTI vê nos textos dos jurisconsultos ⁴ a resolução de casos concretos segundo um princípio de probabilidade, mas sem a fixação de princípios gerais. Só na época pós-clássica, quando as opiniões dos juristas se tornaram normas gerais de

⁴ GÉNY (*o.c.* 357 e 359²) fala-nos, também, da presunção *donasse videtur* com base na qual certos intérpretes do *Ius Romanum* pretendiam justificar a recusa da indemnização por trabalhos feitos pelo possuidor de má fé num *fundus* alheio (D. 39,5,14; -41,1,7,12; C. 3,32,2).

Trata-se, porém, duma norma de Direito material assente numa presunção atécnica: a «presunção-conceito» de que nos fala DABIN.

Vid. *supra* § 14.1.2; e ACCARIAS, C., *Précis de Droit Romain* I⁴ (Paris 1886) 648-649.

¹ Vid. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. 488.

² Vid. D'ORS, *Derecho*, cit. 126.

³ Na verdade, KASER (*Das römische Zivilprozessrecht*, cit. 488) só refere dois textos: D. 34,5,9,4 e D. 34,5,10,1.

Porém, estes não esgotam esta matéria, havendo que assinalar ainda: D. 34,5,9(10),2; -34,5,9(10),3; -34,5,22(23); -23,4,26pr..

⁴ Assim: D. 23,4,26; -34,5,22; -34,5,23. Cfr. DONATUTI, *Le Praesumptiones*, cit. 198.

Direito, surgiram as verdadeiras *praesumptiones* sendo, então, necessário acrescentar a reserva «*nisi contrarium adprobetur*»⁵.

No entanto, DONATUTI esqueceu outros fragmentos nos quais a *praesumptio iuris* aparece mui claramente. E não é preciso esperar pela época pós-clássica, para as decisões da *iurisprudencia* adquirirem o carácter genérico das normas jurídicas.

Importa, deste modo, analisar as fontes.

Seleccionámos dois grupos. No primeiro, a *praesumptio* não transparece na sua dimensão técnica de expediente sujeito a contraprova: se, de facto, alguma presunção existe, tratar-se-á simplesmente de uma probabilidade que orientou, tão-só, o conteúdo material da norma⁶. No segundo, surge a *praesumptio* técnica, restando saber, apenas, se os textos estão (ou não) interpolados.

D. 34,5,9(10),1: «*Cum bello pater cum filio perisset materque filii quasi postea mortui bona vindicaret, adgnati vero patris, quasi filius ante perisset, divus Hadrianus credidit patrem prius mortuum*».

TRYPHONINUS fala-nos de um *pater* que faleceu *in bello* juntamente com um *filius* e questiona: a quem pertencem os *bona*? Naturalmente, se o *filius* pereceu depois do *pater*, aquele será *heres* deste e a *mater* herdará os *bona filii*; se o *pater* faleceu depois, então os *bona* hão-de pertencer aos seus agnados. Chamado a decidir este caso, Adriano estabeleceu que o *pater* falecera antes e, deste modo, os *bona* pertencem à *mater filii*.

Trata-se, como se vê, de uma regra de Direito material, quicá baseada na probabilidade de o *filius pubes* ter sobrevivido ao *pater* durante algum tempo, embora mínimo. A presunção assume, aqui, uma função meramente construtiva — serviu para orientar o imperador —, desaparecendo atrás da norma que explica. Por isso, não podemos falar de uma *praesumptio iuris* em sentido

⁵ Assim: D. 34,5,9,4. Vid. DONATUTI, *Le Praesumptiones*, cit. 198-199.

⁶ Será uma «presunção-conceito» se quisermos usar a terminologia de DABIN. Vid. *supra* § 14.1.2.

técnico, ou seja, como prova indirecta e, destarte, susceptível de contraprova⁷.

Ao segundo grupo pertence, *v. g.*, um outro texto de TRYPHONINUS:

D. 34,5,9(10),2: «*Si cum filio suo libertus simul perierit intestati, patrono legitima defertur hereditas, si non probatur supervixisse patri filius: hoc enim reverentia patronatus suggerente dicimus*».

TRYPHONINUS analisa um caso em que se pretende saber a quem pertencerão os *bona* de um *libertus* que faleceu juntamente com o seu *filius*. O jurista decide que a *hereditas* legítima deve pertencer ao patrono, a menos que se prove a sobrevivência do *filius* em relação ao seu *pater*.

Estamos perante uma verdadeira *praesumptio iuris* em sentido técnico: em virtude do *favor patroni*, presume-se a pré-morte do *filius*, mas esta *praesumptio* admite a prova contrária⁸.

Também este fragmento não escapou à crítica interpolacionista, salientando FERRINI que «*tutto ciò (ou seja, as frases «si non probatur supervixisse patri filius» e «hoc enim reverentia patronatus suggerente dicimus») è, come la sostanza e la forma chiaramente provano, emblemata*». Na sua opinião, a primeira frase é inútil porque «*dimostrazione di premorienza non possa darsi*»; e «*vana la seconda, poichè non è la riverenza del patronato che detta la decisione, bensì la natura stessa delle cose*»⁹.

Porém, temos para nós que a inutilidade da primeira frase não é algo de adquirido visto que se impunha investigar, *in concreto*, o acidente e as circunstâncias em que faleceram o liberto e o seu filho. E a segunda, de modo nenhum é «*vana*» pois sabemos que é uma regra jurídica — com ou sem presunção é outro problema — o princípio de que os filhos púberes sobreviveram aos *patres*, regra que se manteria caso o *favor patroni* não justificasse uma decisão diferente.

⁷ No mesmo sentido, cfr. D. 34,5,23(24).

⁸ Cfr. igualmente: D. 34,5,9,(10),3; -34,5,9(10),4.

⁹ Vid. FERRINI, *Opere*, cit. 445.

Deste modo, se o texto estiver interpolado, não será pelos motivos sugeridos por FERRINI.

Mas a decisão de TRYPHONINUS não está isolada: já LAVOLENUS¹⁰ e PAPINIANUS¹¹ decidiram igualmente; e, se a crítica interpolacionista também os atingiu, não é, só por si, motivo para julgarmos do mesmo modo¹².

Finalmente, se pensarmos que os interesses em causa — tais, *v. g.* o destino duma *hereditas* e a pertença de um dote — ocorreram tanto na época clássica como nos períodos subsequentes (pós-clássico e justiniano), não surpreende que a *praesumptio iuris* tenha sido utilizada, na época clássica, para os solucionar condignamente: a *hereditas* e a *dos* seriam atribuídas a um dos interessados, a menos que o outro fizesse a prova do contrário.

§ 14.2.3.5 Para os sequazes da teoria objectivista que nega todo o relevo à *voluntas* nos negócios jurídicos e sustenta, portanto, uma *interpretatio* exclusivamente *ex verbis* na época clássica, é evidente que os textos, onde a *voluntas partium* se presume, só têm uma explicação: foram interpolados.

Todavia, porque esta *interpretatio* sacrificaria intolerável e injustificadamente o desenvolvimento económico romano, sobretudo notório após as guerras púnicas; e o afluxo da cultura

¹⁰ Vid. D. 34,5,22(23): «Cum pubere filio mater naufragio periit: cum explorari non possit, uter prior extinctus sit, humanius est credere filium diutius vixisse».

Se é verdade que a prova da sobrevivência de um em relação ao outro não pode fazer-se neste caso *sub iudice*, a sua referência mostra que, sendo possível, a *praesumptio* não funciona.

¹¹ Vid. D. 23,4,26pr.: «Inter socerum et generum convenit, ut, si filia mortua superstitem anniculum filium habuisset, dos ad virum pertineret: quod si vivente matre filius obisset, vir dotis portionem uxore in patrimonio defuncta retineret. mulier naufragio cum anniculo filio periit. quia verisimile videbatur ante matrem infantem perisse, virum partem dotis retinere placuit».

¹² MURGA (o.c. 319⁴⁵⁰) entende que estas *praesumptiones* — por lapso atribuídas a ULPIANUS — procedem, seguramente, duma certa *praxis* introduzida nos tribunais. E refere ainda: «Con todo, Adriano introdujo por medio de rescriptos, algunas modificaciones en la propia mecánica de la presunción». Vid. D. 34,5,9,1-4.

grega era já evidente nos últimos tempos da República com especial relevo para a *interpretatio* baseada na teoria aristotélica da *aequitas*, pensamos que a *iurisprudencia* não podia deixar de ser sensível à *voluntas* cujo triunfo sobre os *verba* é patente na *exceptio doli*, no relevo atribuído à *conventio*, na *interpretatio ex voluntate* nos negócios *mortis causa* (sobretudo desde o séc. II) e até nas *actiones ficticiae ex stipulatu*¹.

No entanto, mesmo os AA., que defendem a existência das *praesumptiones iuris* na época clássica, manifestam um certo recuo em matéria de *voluntas*; e, sustentando a origem pós-clássica das presunções de vontade, consideram interpolados os textos atribuídos aos juriconsultos clássicos onde tal *praesumptio* se revela².

Desembocando na mesma origem pós-clássica das *praesumptiones ex voluntate* apresenta-se a doutrina de Alexandre CORREIA e de Gaetano SCIASCA para quem, no período pós-clássico, a *fictio* da *stipulatio* «abriu o caminho, na praxe judiciária, a novas categorias jurídicas», tornando-se, *v. g.* *praesumptiones iuris*³.

Julgamos, porém, que são dois expedientes cujo originário uso específico não punha em causa a sua utilização contemporânea. Basta pensar que a *fictio* tinha lugar quando nenhuma *stipulatio* realmente existia⁴ e se recorria à *praesumptio ex voluntate* sempre que existisse uma *stipulatio* ou outro negócio jurídico

¹ Vid. *supra* § 13.1.4.

² Assim, *v. g.* DONATUTI (*Le Praesumptiones*, cit. 187-194 e 206) que, não obstante assinalar, no último período republicano, uma corrente voltada para a *interpretatio ex voluntate* nos negócios *mortis causa*, entende que a sua lenta extensão se processou, na época clássica, através da obra da *iurisprudencia* e dos *rescripta et decreta principum*.

Todavia, tanto o *responsum* como o *rescriptum* e o *decretum* esgotavam a sua validade no caso examinado e, só na época pós-clássica, adquiriram um carácter genérico; surgiram, então, as *praesumptiones ex voluntate* com o aditamento do apêndice «*nisi contrarium sensisse adprobetur*».

Estariam, deste modo, interpolados: D. 28,7,2; -30,49,3; -33,4,17; -33,9,3,2; -34,1,6; -34,2,31; -50,16,243.

³ Vid. CORREIA, A., e SCIASCA, G., *o.c.* 302-303.

Idêntica doutrina já a havia formulado RICCOBONO, *Corso*, cit. 226-228.

⁴ Vid. *supra* § 13.1.4¹³.

(*inter vivos* ou *mortis causa*) em que a respectiva *voluntas* não se manifestava em sentido inequívoco⁵.

De resto, encontramos expressa esta *praesumptio (iuris) ex voluntate* na opinião de PAULUS, que LABEO nos transmite:

D. 14,2,10pr.: «*Si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. PAULUS: immo quaeritur, quid actum est, utrum ut pro his qui impositi an pro his qui deportati essent, merces daretur: quod si hoc apparere non potuerit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium*».

Alguém realizou, com outrem, um contrato de transporte — *locatio conductio* — de escravos e um dos *servi* morreu *in nave*. LABEO entende que ao *conductor* não é devido o preço do transporte deste escravo. E cita PAULUS para quem deve, antes de tudo, averiguar-se o que foi acordado: se o pagamento do transporte dos escravos embarcados ou dos transportados; porém, se não puder averiguar-se claramente, bastará ao *nauta* provar que o *servus* foi embarcado.

Este fragmento foi considerado interpolado por DONATUTI, sobretudo em virtude da forma⁶. Trata-se, contudo, de uma justificação facilmente eliminável se recorrermos mesmo ao pensamento de DONATUTI, segundo o qual a alteração dos textos não nos autoriza, necessariamente, a concluir pela sua não-classicidade visto que muitas interpolações têm somente um valor formal, mais não sendo do que resumos ou elaborações pós-clássicas ou compilatórias de elementos substancialmente clássicos⁷.

E, na verdade, o não afastamento da citação de PAULUS é, segundo pensamos, um dos motivos decisivos a favor da

⁵ Cfr., *v. g.*, em negócios *mortis causa*: D. 28,7,2; -30,49,3; -33,4,17; -33,9,3,2; -34,2,31; -34,3,28,3; -34,9,12; -40,4,17,2; -50,16,243. E em negócios *inter vivos*: D. 12,4,6; -22,3,24; -32,33,2; -45,1,135pr.

⁶ Vid. DONATUTI, *Le Praesumptiones*, cit. 203-204.

⁷ Vid. DONATUTI, *Le Praesumptiones*, cit. 176.

classicidade do nosso texto, de resto facilitada pela natureza consensual da *locatio conductio*.

Tudo nos faz pensar que se trata, portanto, de uma *praesumptio iuris* clássica; deste modo, reafirmamos a sua coexistência ao lado da *fictio* no desempenho da função comum de assegurar à *voluntas* o carácter de elemento fundamental de todos os negócios jurídicos.

Finalmente, um texto das *Institutiones* ajuda a esclarecer as dúvidas acerca da classicidade das *praesumptiones iuris ex voluntate*:

I. 3,29,3a: «*Sed cum hoc quidem inter veteres constabat tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat: per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumptiones alii in aliis casibus introducebant...*».

Justiniano refere-nos que entre os *veteres* era corrente haver uma *novatio* quando a segunda obrigação se contraiu *animo novandi*; todavia, havendo dúvidas sobre quando surgiu este *animus*, os *veteres*⁸ introduziram presunções diferentes para cada caso.

Nem este fragmento escapou à crítica interpolacionista⁹, o que, sendo um absurdo, revela bem que se trata de uma necessidade imposta por uma ideia pré-elaborada sem bases científicas. Ora, o texto fala-nos claramente das *praesumptiones* introduzidas pelos *veteres* (os juristas clássicos) acerca do *animus novandi* e, portanto, relativas à *voluntas*.

§ 14.2.4 Acabamos de ver que as *praesumptiones iuris* foram conhecidas e utilizadas na época clássica: são inquestionáveis o seu carácter técnico (de prova indirecta, enquanto aligeira a prova sem afastar a contraprova) e a classicidade na *praesumptio Muciana* e na presunção *pater is est quem nuptiae*

⁸ Só o vocábulo *veteres* pode ser o sujeito de *introducebant*.

⁹ Vid. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. 487²⁹.

demonstrant; e a classicidade das *praesumptiones dotis*, de premoriência e *voluntatis*¹ é altamente provável.

Assim, não podemos deixar de recusar a doutrina dominante segundo a qual as *praesumptiones* propriamente ditas (ou técnicas) surgiram, tão-só, na época pós-clássica ou no direito justinianeu².

Na verdade, as fontes permitem-nos afastar essa doutrina, aliás susceptível ainda de várias críticas, algumas das quais já formuladas por sequazes da doutrina a que chamámos minoritária³.

Desde logo, o seu conceito de *praesumptio* — como algo que se admite sem necessidade de prova — é estranho à verdadeira *praesumptio*, enquanto prova indirecta que não dispensa o beneficiado de provar os factos da *intentio* ou da *exceptio*, mas tão-só a facilita, aligeirando-a. A falta de um texto genérico — os *responsa* e as *constitutiones* valeriam apenas *in concreto* — não prejudica a utilização — igualmente *in concreto* — da *praesumptio iuris*⁴, além de não estar excluída a dimensão genérica, como vimos *v. g.* na presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Na *praesumptio*, os jurisconsultos não têm que regular o ónus da prova, pois, sendo aquela uma prova indirecta, nem dispensa nem inverte o *onus probandi*: tão-só o alivia. E, quanto à *praesumptio ex voluntate*, afastada a teoria objectivista, nada impede o seu reconhecimento na época clássica. Finalmente, o princípio da liberdade do *iudex* em matéria probatória não era absoluto⁵ e, por isso, não se vê como possa justificar a ausência das *praesumptiones iuris*.

¹ Vid. *supra* §§ 14.2.3(1-5).

² Vid. *supra* § 14.2.1.

³ Vid. as críticas de RAMPONI e de DONATUTI, *supra* § 14.2.1.

⁴ PUGLIESE adverte que seria errado entender a casuística romana como um conjunto de soluções particulares sugeridas apenas pela especificidade do caso e privadas de relações entre si.

Vid. PUGLIESE, G., *L'Onere della Prova nel Processo Romano per formulas* em RIDA 3(1956) 354.

⁵ É o próprio D'ORS (*Derecho*, cit. 126), que nega a existência de *praesumptiones iuris* na época clássica, quem nos fala do princípio

Podemos, destarte, concluir: a época clássica não ignorou as *praesumptiones iuris* (em sentido técnico) ⁶.

dispositivo que limitava a apreciação do *iudex* às provas aduzidas pelas partes.

Vid. ainda: REGGI, *o.c.* 258; LEVY, *o.c.* 418-422 e 430; PUGLIESE, *L'Onere*, cit. 351-369 e *La Prova nel Processo Romano Classico* em *IUS* 11(1960) 387-404; e BROGGINI, G., *La Prova nel Processo Romano Arcaico* em *IUS* 11(1960) 363-376.

⁶ A doutrina hodierna preocupa-se, muito especialmente, com a presunção *nemo censetur ignorare legem*.

DEKKERS (*o.c.* 26-31) vê nela uma *praesumptio* inilidível que alguns juristas consideram ficção (assim, WINDSCHEID-KIPP) e outros, ora uma presunção ora uma *factio* (assim, ANGELESCO). Todavia, DEKKERS rejeita que se trate de uma ficção, pois uma disposição, que se verifica ora exacta ora inexacta, é uma *praesumptio*, não uma *factio*.

MACCHIARELLI (*o.c.* 560) entende que se trata de uma ficção por ser inverosímil que uma certa classe de pessoas possa conhecer algumas disposições do Direito positivo.

DABIN (*o.c.* 270 e 277-278) considera uma presunção que vem restaurar a harmonia momentaneamente destruída entre a lógica e a vida; e recusa ser uma ficção porque o indivíduo em causa pode, de facto, conhecer a lei.

GÉNY (*o.c.* 389-390) entende que, faltando toda a probabilidade, a presunção se mostra impotente, dando lugar à ficção; e só desta maneira considera possível explicar a regra «*nul n'est censé ignorer la loi*».

BONILLA Y SAN MARTÍN (*o.c.* 45) entende que se trata duma *factio*.

ALVAREZ RIVERA (*o.c.* 73) pensa que não é uma verdadeira ficção, mas um preceito do legislador: seria ficção se o legislador supusesse o conhecimento de todos os cidadãos, o que seria absurdo.

DEFROIDMONT (*La Science du Droit Positif* (Paris 1933) 178) considera que se trata não de uma verdadeira ficção, mas de um puro «*velut si*».

E LECOCQ (*o.c.* 29) vê uma presunção, pois nada assegura que o indivíduo ignore a lei: é mesmo provável o seu conhecimento.

Parece-nos mais correcta a doutrina que vê no adágio *nemo censetur ignorare legem* uma *praesumptio* (embora *iuris et de iure*), como veremos *infra* § 14.3.1.

Idêntica preocupação doutrinal tem lugar à volta do princípio *res iudicata pro veritate habetur*.

DABIN (*o.c.* 270) entende que se trata duma presunção inilidível. GÉNY (*o.c.* 351-352) vê uma das presunções que desempenham um papel importante na justificação dum grande número de regras imperativas do Direito. DEL VECCHIO (*o.c.* 41) fala-nos duma *praesumptio iuris et de iure*. FORTIERS (*o.c.* 11) pensa que se trata duma regra de carácter tradicional

§ 14.3 A *praesumptio* e a *fictio*

§ 14.3.1 Várias são as diferenças que a doutrina não sente dificuldade em reconhecer entre a *praesumptio iuris* e a *fictio*.

Fundamentalmente, porém, merece destaque a observação dos antigos Doutores: «*Fictio fingit vera esse ea, quae vera non sunt. Praesumptio vero praesumit super re dubia, quae scilicet ita esse vel non esse potest. Unde fictio nunquam convenit cum veritate, praesumptio vero saepe*»¹.

Com efeito, a *praesumptio* distingue-se substancialmente da *fictio* por se basear numa probabilidade que normalmente se traduz em verdade, enquanto a *fictio* a deforma conscientemente; por isso, contrariamente à *praesumptio*, não faz sentido falar-se, na ficção, de probabilidade nem, tão-pouco, de contraprova², circunstância que leva alguns AA. a situarem a *praesumptio iuris* (e não a *fictio*) na teoria da interpretação³.

fundada numa verdade geral. RAMPONI (o.c. 345-346) julga que é uma presunção absoluta. E DEFROIDMONT (o.c. 178) considera ser uma ficção.

Entendemos que se trata duma *praesumptio (iuris et de iure)*, pois o simples facto de a *res iudicata* poder corresponder à *veritas* — e será o caso normal — exclui seja uma *fictio*. Vid. D. 50,17,207 e *infra* § 14.3.1.

Note-se que a *res iudicata* é definitiva, o que pressupõe a insusceptibilidade de recurso: enquanto este for possível, não haverá uma *res iudicata*.

¹ Vid. MENOCHIUS, I., *De Praesumptionibus, Coniecturis, Signis et Iudiciis*, I 8,9.

² DABIN (o.c. 276) dá-nos conta desta diferença fundamental: «*D'un coté, l'équation est entre le vrai et le vraisemblable, ou du moins le possible; de l'autre, l'équation est entre le vrai et de faux, parfois même l'impossible. La présomption reste dans la ligne du vrai; la fiction, sciemment, s'en écarte, pour créer des êtres irréels, fictifs*».

Vid. ainda: DEKKERS, o.c. 25; ROBBE, o.c. 641; MACCHIARELLI, o.c. 559-560; DE RUGGIERO, o.c. 185; GÉNY, o.c. 389; LECOCQ, o.c. 28; ACCARDI-PASQUALINO, o.c. 1104; BONILLA Y SAN MARTÍN, o.c. 20; PÉREZ SERRANO, o.c. 23; HELLWIG, K., *System des deutschen Zivilprozessrecht I* (Lípsia 1912) 9; RAMPONI, o.c. 333; DONATUTI, *Le Praesumptiones*, cit. 173-174; e D'ORS, *Derecho*, cit. 126.

³ Assim, DELGADO-OCANDO, o.c. 95; e FORIERS, o.c. 9.

De facto, a *praesumptio* aligeira a prova que, sem ela, seria difícil ou mesmo impossível; constitui, destarte, um benefício outorgado ao demandante ou ao demandado para fazer valer os seus direitos; e, enquanto prova indirecta, dela se há-de ocupar, naturalmente, a teoria da prova. Quanto à *fictio*, visando possibilitar a aplicação do *ius civile* a situações não contempladas, opera uma extensão, embora oblíqua, das suas *actiones* e, portanto, realiza a sua integração metodologicamente oculta, mas não menos eficaz; deste modo, o seu estudo pertence à teoria da integração⁴.

Numa palavra: enquanto a *praesumptio iuris* é um expediente *pro veritate*, a *fictio* é um instrumento *adversus veritatem* (*iuris civilis*). Como mecanismo de integração, a *fictio* é utilizada pelo órgão encarregado de administrar a justiça (o *praetor*); pelo contrário, sendo acolhida na disposição legal (ou equivalente), a *praesumptio iuris* é usada pelos órgãos legitimados a criar o *ius* (*civile*); por isso, a *fictio* tem o seu lugar *extra legem*, situando-se a *praesumptio iuris intra legem*. Finalmente, enquanto a *fictio* — a *actio ficticia* — pertence formalmente ao *ius praetorium* (por ser outorgada pelo pretor) e substancialmente tem natureza civil (por ser *in ius concepta* a *actio* que permite aplicar), a *praesumptio*

⁴ Também as *praesumptiones* ditas *iuris et de iure* se distinguem da *fictio*.

Como refere DABIN (o.c. 276-277), a diferença entre a *praesumptio* e a *fictio* não muda no caso das *praesumptiones iuris et de iure*, pois, se a prova contrária está entravada ou mesmo excluída, o facto presumido mantém-se provável.

Na *fictio*, esta probabilidade desaparece porque o facto é, antes de tudo, falso. Ou, como diz DEKKERS (o.c. 30), a presunção inilidível pode ter por efeito consagrar uma mentira; porém, enquanto essa irrealidade não for senão possível, estamos no domínio da presunção, visto a *veritas* se manter verosímil.

É certo que, não admitindo contraprova e obrigando, assim, a considerar verdadeiro o que, embora provável, pode não o ser, essas *praesumptiones* não passam (vimos *supra* § 14.1.3) dum expediente que justifica a elaboração de normas jurídicas. Todavia, nem por isso as devemos identificar com as *fictiones iuris*, das quais a probabilidade as afasta.

Vid. ainda: HACKL, o.c. 259; SCIALOJA, *Procedura*, cit. 295; e BETTIOL, G., *Sulle Presunzioni nel Diritto e nella Procedura Penale* (Milão 1938) 10-12.

iuris pertence inteiramente ao *ius civile*, cuja aplicação facilita, aligeirando a prova de que depende⁵.

§ 14.3.2 Mas, se as diferenças são notórias, também há algumas afinidades que aproximam as *praesumptiones iuris* e as *fictiones*.

Seguindo a opinião de GÉNY, DEKKERS entende que tanto a *praesumptio* como a *fictio* deformam, de algum modo, a verdade, sendo a diferença somente de grau¹.

MACCHIARELLI vê entre a *praesumptio* e a *fictio* um ponto de contacto porque ambas devem ser reguladas pela verdade e a cla

⁵ MACCHIARELLI (o.c. 560) observa outras diferenças: as *praesumptiones iuris* incidem sobre factos e as *fictiones* vertem sobre factos e direitos; como todas as outras provas, as *praesumptiones* devem ser alegadas pelas partes, enquanto as *fictiones*, fundando-se numa disposição da lei, devem ser aplicadas directamente pelo magistrado que é o seu intérprete; e o legislador pode mudar as *praesumptiones* em *fictiones*, mas não estas naquelas.

Estas observações repousam em MENOCCHIUS (o. c. I 8,29-36) para quem «*praesumptio versatur circa ea quae sunt facti; at fictio versatur circa ea, quae sunt iuris et facti simul; praesumptio in fictionem verti potest. Diversum est in fictione quae in praesumptionem mutari atque ita verti non potest; praesumptio extenditur de persona in personam. At verò fictio non extenditur; praesumptio allegari debere, fictionem verò allegare necesse non esse*».

Porém, nem todas as diferenças se nos afiguram exactas; v. g. a que se refere a factos e a direitos assenta numa visão irrealista da realidade jurídica, pois, contrapondo factos a direitos, vê, naqueles, elementos puramente naturais, despidos de toda a juridicidade.

Este conceito é manifesto em GÉNY (o.c. 285, 286 e 337) para quem a ficção contraria a verdade na ordem dos factos, das coisas ou das ideias, enquanto a *praesumptio* só pode afectar factos contingentes da ordem histórica.

Também a recusa da transformação das *fictiones* em *praesumptiones* contraria a doutrina de RICCOBONO (Corso, cit. 226-228) acolhida por Alexandre CORREIA e Gaetano SCIASCIA (o.c. 302-303) segundo a qual «muitas ficções processuais (...) tornaram-se 'praesumptiones iuris'». Neste mesmo sentido, vid. DEKKERS (o.c. 36) e GÉNY (o.c. 389-390), embora as *praesumptiones* em que as ficções se transformaram sejam, na sua óptica, *iuris et de iure*.

¹ Vid. DEKKERS, o.c. 25; e GÉNY, o.c. 260-261. Cfr. igualmente DE PAGE, o.c. 62-64.

tendem; as *praesumptiones* são verdades formais enquanto as *fictiones*, porque partem do falso e ocupam o lugar da verdade, são verdades artificiais².

ANGELESCO vê nas *praesumptiones* e nas *fictiones* «un même procédé législatif»³. LECOCQ entende que ambas constituem «une supposition volontaire, consciente»⁴. DE PAGE pensa que são apenas variantes, aplicações mais ou menos matizadas segundo as exigências dos factos⁵. E, seguindo DE RUGGIERO, ROBBE diz-nos que «qualche cosa si imagini anche nelle presunzioni»⁶.

A confusão de alguns e a insuficiência de outros são manifestas.

A opinião de DEKKERS (e de GÉNY) vale para as *praesumptiones* atécnicas (ditas *iuris et de iure*), pois só nestas é possível a deformação da verdade em virtude da inadmissibilidade da contraprova.

É evidente, também nas *praesumptiones iuris* em sentido técnico a verdade pode ser deformada. Sê-lo-á, porém, quando a parte contrária não puder apresentar a sua contraprova; por isso, como a verdade nem sempre é deformada — e normalmente não o será —, não podemos erigir essa deformação como elemento comum às *praesumptiones iuris* (tecnicamente entendidas) e às *fictiones*.

Também a afinidade reconhecida por MACCHIARELLI não existe: só a *presumptio* se orienta *pro veritate* e a probabilidade em que assenta transmite-lhe a dimensão de verdade não simplesmente formal. Por outro lado, a *fictio* somente tende à *veritas* no *ius praetorium* e não no *ius civile*⁷ e, sobre este aspecto, a *veritas (iure praetorio)* não é artificial.

² Vid. MACCHIARELLI, o.c. 559. FORIERS (o.c. 9) fala-nos de certa analogia do ponto de vista da verdade.

³ Todavia, distingue a *praesumptio* da *fictio*: enquanto esta ajuda na evolução do Direito, aquela serve, sobretudo, de meio de prova. Na sua opinião, «ce qui distingue normalement la fiction, c'est son caractère d'inventé, d'artificiel».

Vid. ANGELESCO, o.c. 685.

⁴ Vid. LECOCQ, o.c. 28.

⁵ Vid. DE PAGE, o.c. 64.

⁶ Vid. ROBBE, o.c. 641; e DE RUGGIERO, o.c. 185.

⁷ Vid. *supra* § 3.1-6.

ANGELESCO só tem presente as *fictiones* hodiernas; e os restantes AA. nada esclarecem.

Haverá, então, alguma afinidade entre as *praesumptiones iuris* (*tantum*) e as *fictiones*?

Diferentes na fonte e no *modus operandi*, há, todavia, algo de comum: ambas são expedientes *pro veritate*. A *praesumptio iuris*, porque, assente em probabilidades, só não produz efeitos quando o adversário prova que a verdade (presumida) não existe; a *factio*, por ser um instrumento ao serviço da actual realidade jurídica, isto é, dos novos valores de justiça que passaram a orientar a vida jurídica⁸.

Por isso, ambas foram, em Roma, expedientes ao serviço do progresso jurídico: as *praesumptiones iuris*, porque, vencendo a dúvida e a incerteza, possibilitaram a aplicação do Direito; as *fictiones*, porque, integrando o *ius civile*, transmitiram-lhe a dinâmica indispensável ao acompanhamento da vida e à satisfação das novas necessidades.

E foram, igualmente, instrumento da *pax iuridica*: as *praesumptiones*, por eliminarem discussões social e até familiarmente inúteis e perigosas⁹; as *fictiones*, por oferecerem a solução rápida e justa a litígios cuja duração seria um factor de grave perturbação da vida sócio-económica romana¹⁰.

⁸ Vid. *supra* § 3.6.

⁹ Vid., v. g. a *praesumptio Muciana*, *supra* § 14.2.3.1; e a *praesumptio pater is est quem nuptiae demonstrant*, *supra* § 14.2.3.2.

¹⁰ Também as afinidades entre a *praesumptio iuris et de iure* e a *factio* não passaram despercebidas à doutrina.

Com efeito, além dos AA. que vêem naquela uma verdadeira ficção (caso de BETTIOL, o.c. 11; de BONILLA Y SAN MARTÍN, o.c. 20; e de ANGELESCO, o.c. 684), vemos SCIALOJA (*Procedura*, cit. 294) falar em semelhança: «Quando si stabilisce una presunzione 'iuris et de iure' che cosa si fa? Si reconnettono al primo fatto, dal quale si vuol dedurre il secondo, certe conseguenze giuridiche». DEL VECCHIO (o.c. 40) refere simplesmente que «affini alle finzione giuridiche (...) sono le presunzioni 'iuris et de iure'». E WENGER (*Istituzioni*, cit. 298) limita-se a observar que «l'effetto di una tale presunzione è quello stesso di una finzione».

Em boa verdade, a *praesumptio iuris et de iure* não é uma ficção nem permite, tão-pouco, deduzir dum facto as consequências de outro. Por isso, julgamos mais realista a opinião de RAMPONI (o.c. 334) que vê, na

§ 15. A ficção dogmática

§ 15.1 Caracterização

§ 15.1.1 Para determinar a verdadeira natureza e o alcance das ficções propriamente ditas que desempenharam a função dita «histórica», IHERING observou a existência de ficções, a cuja função chamou «dogmática», embora as não tenha estudado. Segundo IHERING, tais *fictiones* (que exemplifica com a pessoa jurídica) submetem o nosso pensamento ao mesmo trabalho de apreender as relações diferentes do que realmente são — no caso paradigmático, apresentar-se-ia como sujeito não os membros isolados da corporação, mas um ser imaginário: a corporação; todavia, esta *fictio* não visa ligar uma regra jurídica nova ao Direito anterior; tão-só facilita uma concepção jurídica¹.

O desinteresse de IHERING no estudo desta ficção² e as poucas palavras que lhe dispensou não clarificaram devidamente

inadmissibilidade da contraprova, uma aproximação entre a *praesumptio iuris et de iure* e a *fictio*.

Estas *praesumptiones* explicam geneticamente a elaboração de normas jurídicas a quem transmitem, com a sua probabilidade ou normalidade, uma garantia de eficácia. Como referimos *supra* (§ 14.1.3), a probabilidade que encerram é de eficácia, não de verdade: se o Direito quer disciplinar certas situações, é bom que tenha em atenção as suas probabilidade e normalidade — *v. g.* o Direito estabelece a incapacidade (jurídica) dos menores porque, normalmente, não têm maturidade bastante e carecem de protecção jurídica — para assegurar às respectivas normas a necessária eficácia.

Ora, é exactamente na eficácia que reside a afinidade entre tais *praesumptiones* e a *fictio*. Com efeito, permitindo esta que o *ius civile* se aplique a situações não-previstas, transmite-lhes a eficácia própria daquele *ius* que uma nova *lex*, porque não testada, podia comprometer. Por outro lado, estando as *praesumptiones iuris et de iure* na base da criação de muitas normas jurídicas e sendo a *fictio* um expediente de integração, ambas são instrumentos do progresso jurídico.

¹ Vid. IHERING, *o.c.* 299.

² «Nous n'avons point à entrer ici dans l'examen de cette fonction dogmatique de la fiction», lemos em IHERING, *o.c.* 299.

o seu pensamento; por isso, DABIN refere que é necessário fazer as «distinctions que Ihering avait ébauchées d'une manière un peu obscure, et non sans quelquer emabarras dans l'exposé»³.

Tratar-se-ia, parece-nos, de uma operação teórica do pensamento que, utilizando a comparação, expunha clara e brevemente uma instituição jurídica, evitando o incómodo de repetições fastidiosas e nem sempre fáceis⁴.

§ 15.1.2 A opinião de IHERING não foi aceita pacificamente e, mesmo entre os seus críticos, notam-se divergências¹ tão significativas, que ESSER chega a falar da ficção dogmática como um tipo que «freilich (...) nur als allgemeine Sammelbezeichnung für alle die ungeklärten Fiktionen dient, die weder als historische Residuen noch als redaktionelle Hilfsmittel des Gesetzgebers zu deuten sind»².

Urge, pois, determinar as tarefas susceptíveis de serem desempenhadas pelas *fictions* dogmáticas, que hão-de servir de apoio à sua caracterização subsequente.

³ Vid. DABIN, *o.c.* 322.

⁴ Neste sentido, vid. ROBBE, *o.c.* 665; e, sobretudo, LECOCQ, *o.c.* 334.

¹ Divergências que a própria diversidade terminológica faz supor: ficção dogmática (IHERING), teórica (UNGER), comparação (LECOCQ) em oposição à *fictio* dita, respectivamente, histórica, prática, suposição.

Vid. DABIN, *o.c.* 322³ e 323; LECOCQ, *o.c.* 221; e BUND, *Untersuchungen*, cit. 128¹⁷.

Segundo DE RUGGIERO (*o.c.* 185), estas divergências explicam-se no facto de as construções dogmáticas sempre terem influído e provocado, mais ou menos directamente, as modificações do Direito positivo, de modo que nem sempre se pode dizer onde é que a *fictio* serviu apenas um escopo dogmático ou teve uma eficácia prática sobre as normas jurídicas.

Para DABIN (*o.c.* 322-323), é errado definir uma noção mais pela sua função do que pela sua natureza. No entanto, entende que não se pode negar que as ficções não operam da mesma maneira, pelo que se justificam as diferentes distinções entre as ficções históricas e dogmáticas.

Na opinião de ESSER (*o.c.* 92), o significado da ficção dogmática justifica uma distinção segundo a espécie de dogma que lhe serve de base: este pode ser um axioma que só vale para uma determinada questão jurídica; ou simples expressão parcial dum modo de ver que domina totalmente a teoria jurídica contemporânea e a *praxis* jurídica.

² Vid. ESSER, *o.c.* 35.

§ 15.1.3.1 Um grupo de AA. vê na ficção dogmática o desempenho de uma função que, embora divesamente perspectivada, podemos qualificar de cognoscitiva: transmite-nos o conhecimento de instituições jurídicas.

Sugerem esta função, DEMELIUS, para quem se trata de uma simples maneira de falar¹; ORTOLAN, que reduz estas *fictiones* a uma maneira mais lacónica de formular as disposições jurídicas²; e DEKKERS, que nos fala de meras ficções verbais ou da linguagem³.

Algum sentido têm, igualmente, a opinião de ROBBE que nos refere uma tendência diadáctica que serve para recolher, num único princípio director, uma pluralidade de normas com vista a facilitar o seu conhecimento⁴. E a de GÉNY que reconhece, também, em certas *fictiones* um carácter puramente doutrinal, pois servem, tão-só, para explicar uma determinada solução⁵.

Clarificadora desta função, que dissemos cognoscitiva, é, todavia, a doutrina de LECOCQ para quem a *fictio* dogmática — a que chama «*fiction-comparaison*» — é um meio cómodo e breve de expor uma instituição: v. g. «*au lieu d'expliquer que tout individu condamné à une certaine peine sera décher de tous ses droits (...), on dit simplement: 'cet individu sera frappé de mort civile'*»⁶.

Este mecanismo comparativo não passou despercebido a UNGER quando entende que o *nasciturus* não goza de protecção jurídica porque «*pro nato habetur*»; pelo contrário, é por gozar dela que se pode assimilar quem vai nascer a quem já nasceu⁷.

É evidente, além de expressar uma situação jurídica nem sempre fácil de captar, tal *fictio* evita a repetição de disposições e o risco de ser incompleta⁸. E, enquanto linguagem assaz expressiva, é clara e permite fixar a recordação do que transmite, chamando

¹ Vid. DEMELIUS, o.c. 44.

² Vid. ORTOLAN *apud* DEKKERS, o.c. 88; e *apud* ISSA-SAYEGH, o.c. 77.

³ Vid. DEKKERS, o.c. 88.

⁴ Vid. ROBBE, o.c. 664.

⁵ Paradigmática, seria a ficção da alienação mental na *querela inofficiosi testamenti*. Vid. GÉNY, o.c. 383-384. Cfr. ainda DABIN, o.c. 324.

⁶ Vid. LECOCQ, o.c. 234 e 240.

⁷ Vid. UNGER *apud* LECOCQ, o.c. 220; e *apud* DEKKERS, o.c. 88.

⁸ Vid. BOYER, o.c. 92; LEGAZ Y LACAMBRA, o.c. 74; e ESSER, o.c. 34.

a atenção para a totalidade das regras jurídicas referentes ao «*fingierten Tatbestands*»⁹.

Em suma, em todas estas opiniões, trata-se de uma *fiction* que se manifesta através duma expressão verbal — impressionante e curta e, por isso, fácil de memorizar e recordar — e caracteriza-se por ser uma comparação de duas figuras jurídicas muito próximas, de modo que a simples referência à instituição comparada dispensa a descrição pormenorizada — mas repetitiva e cansativa — da nova instituição jurídica.

§ 15.1.3.2 Porém, não falta quem veja na *fiction* dogmática o desempenho de outras funções, havendo mesmo quem entenda que, longe de se oporem, ambas as funções (a histórica e a dogmática) se completam visto que, se uma nos apresenta a causa temporária da *fiction*, a outra revela a sua *ratio* fundamental e duradoira¹.

⁹ Vid. ESSER. *o.c.* 200. Cfr. igualmente: LECOCQ, *o.c.* 259; e ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 127.

¹ Assim pensa ISSA-SAYEGH (*o.c.* 79) que exemplifica: enquanto foi invocada no *Ius Romanum*, a *fiction* da demência do testador visava um fim prático (histórico) — a anulação do testamento —; mas desempenhou, igualmente, uma função dogmática visto que tornou possível a instituição do testamento inoficioso.

Como o A. reconhece, esta doutrina fora já elaborada por GÉNY (*o.c.* 377), para quem todas as *fictiones iuris* têm, mais ou menos, funções histórica e dogmática.

Na verdade, a ficção intervém para inserir, num sistema estreito e rígido de conceitos, novos conceitos não coincidentes com os primeiros. Produz, sempre, uma extensão ou modificação do Direito existente (função histórica); e, ao mesmo tempo, este resultado opera-se deformando, por um esforço intelectual, os contornos do primitivo conceito (função dogmática).

Também BONILLA Y SAN MARTÍN (*o.c.* 22-23) entende não ser clara a diferença fundamental entre as funções dogmática e histórica porque, introduzindo novas regras jurídicas, facilitam-se concepções jurídicas; e, facilitando estas, cumpre-se a função de advertir sobre a necessidade de procurar meios mais perfeitos.

BUND (*Untersuchungen*, cit. 128) reconhece haver razão nas objeções críticas a IHERING, pois cada *fiction* representa, em certa medida, ambos os

GÉNY — a quem terá pertencido o mérito de rejeitar a tradicional distinção de IHERING² — sustenta, na verdade, que as duas funções não se opõem, mas completam³. Porém, não deixa de reconhecer que, por vezes, a ficção reveste um carácter puramente doutrinal que serve, apenas, para explicar uma determinada solução e precisar o seu alcance: tal seria a *fictio* de alienação mental do testador, que fundava a *querela inofficiosi testamenti*⁴.

GÉNY observa que os sistemas jurídicos oferecem ficções que ora estabelecem ora estendem as regras de Direito. E, tendo por base uma certa noção de *fictio* — expediente que rompe intencionalmente, como uma mutação brusca, com a representação natural das coisas⁵ —, entende que a *fictio* tanto estende categorias (*v. g.* a personalidade moral do indivíduo a certas obras — fundações — ou agrupamentos — associações) como dilata o seu alcance prático (*v. g.* o conceito da continuação da pessoa do defunto pelos seus herdeiros) e até chega a formar novas categorias (*v. g.* a *adoptio*) que,

tipos. Esta opinião levou BUND a escalar as *fictiones* em históricas e dogmáticas, mas segundo as suas tarefas concretas.

Menos ousado parece-nos DELGADO-OCANDO (*o.c.* 91, 95 e 98) para quem, inserindo a nova categoria no Direito existente, a *fictio* perde a sua dimensão criadora e termina por ser uma explicação doutrinal ou jurisprudencial da disposição legislativa.

Porém, DEKKERS (*o.c.* 90) interroga se não corremos o risco de confundir o fim e o mecanismo quando só procuramos o fim; e salienta que o próprio GÉNY insiste no papel histórico da *fictio*.

² Vid. ISSA-SAYEGH, *o.c.* 79.

³ Vid. GÉNY, *o.c.* 377, já referido, *supra*, na nota 1.

⁴ Vid. GÉNY, *o.c.* 383-384.

⁵ Com base nesta noção, GÉNY (*o.c.* 369-374) entende que são *fictiones* — contrariamente a IHERING — as assimilações quer por substituição (o *adrogatus* assimilado ao *filius naturalis*; o *infans conceptus pro nato habetur*) quer por simples imagem (o *ius liberorum*, a morte civil), por modificarem o Direito preexistente, contradizendo o real.

Mas afasta as «ficções» de circunstâncias materiais traduzidas em gestos, palavras ou escritos que, ligando-se a expedientes técnicos da forma, apresentam um carácter plástico e dependem essencialmente da teoria das formas.

de *fictiones* se transformaram em verdadeiras instituições jurídicas⁶.

Isto é, são patentes, em GÉNY, duas funções na *fictio* dogmática: a cognoscitiva (ou seja, de explicar ou facilitar a compreensão de uma disposição jurídica) e a construtiva: a função de estender e de criar (novas) categorias⁷.

DABIN — para quem a *fictio* é um expediente que falsifica conscientemente a realidade natural⁸ — observa que a *fictio*, inventada «*ex post facto*» a título de justificação do Direito existente, se torna fonte de novas soluções visto a imagem ter alguma ressonância sobre o fundo do Direito seja como princípio gerador de regras (virtude dinâmica) seja como princípio explicativo (virtude estática). Na sua opinião, a *fictio* conduz, sempre, a uma simplificação do Direito. Todavia, notando que

⁶ Vid. GÉNY, *o.c.* 380-383.

⁷ O pensamento de GÉNY foi criticado por DABIN (*o.c.* 323-324) para quem GÉNY condenou a distinção tradicional das *fictiones*, mas acabou por reencontrá-la. Também ISSA-SAYEGH (*o.c.* 79-80) o criticou: vê, na doutrina de GÉNY, a reprodução, em termos novos, da distinção das ficções segundo o seu papel dogmático e histórico.

⁸ A realidade natural não se reduz, todavia, ao «*dado bruto*» das coisas: «natural» opõe-se a «jurídico» e pode compreender realidades conceituais, somente na condição de já terem sido formadas e acabadas antes da intervenção do jurista (*v. g.* a ideia duma universalidade de bens, a noção de coisa fungível e a sub-rogação são dados naturais economicamente elaborados).

Por outro lado, é contingente a verdade natural que a *fictio* desnatura; é necessário, portanto, colocarmo-nos não no momento presente, mas no da introdução da *fictio* (assim, se explica que a *fictio* romana da personalidade moral dos agrupamentos humanos tenha desaparecido em face do reconhecimento da personalidade pela ciência), podendo suceder que a *fictio* de ontem seja substituída, amanhã, pela verdade científica; e que a verdade de ontem se torne, amanhã, ficção quando bem mais estudada.

Consoante o tipo de factos desnaturados, a *fictio* pode ser contra a verdade histórica (assim, *v. g.* a *fictio* do *postliminium*, a *fictio legis Corneliae* e a *fictio* da *actio Publiciana*); contra a verdade da ciência (*v. g.* a *fictio* relativa à noção de personalidade); e contra a verdade filosófica (*v. g.* o pagamento com sub-rogação e o efeito declarativo da partilha).

Vid. DABIN, *o.c.* 282-295, 299, 300, 303, 305-307, 312-317 e 321.

esta pode realizar-se por redução do número de regras ou por concentração lógica da matéria das regras, entende que a modificação ou a extensão do Direito existente, que a *fictio* sempre produz, ocorre, no primeiro caso, por desnaturação da regra primitiva; e, no segundo, por germinação de novas regras que surgem da fecundidade da ideia construtiva⁹.

No terreno da «*mise en forme*» técnica interessa, informa DABIN, a «ficção-conceito» que pode operar numa direcção dupla: ora altera a própria regra, desnaturando as suas condições de aplicação; ora visa motivar soluções particulares nascidas à margem do sistema estabelecido. No primeiro caso, finge-se a presença ou a ausência do dado real previsto como condição de aplicação da lei¹⁰; no segundo, a *fictio* permite sintetizar e pôr o Direito em sistema e, depois, graças à virtude reflexa da teoria, enriquecê-lo de soluções novas¹¹.

Simplesmente, como DABIN reconhece, na primeira direcção vemos a função histórica e, na segunda, a função dogmática¹². Deste modo, afastada a (tradicionalmente con-

⁹ Vid. DABIN, *o.c.* 280 e 343.

¹⁰ Esta violência intelectual subverte o Direito, embora a sua fachada se mantenha intacta: aparentemente, o conteúdo das regras não variou porque as novas hipóteses tomam lugar sob as categorias antigas. Todavia, nascem (novas) regras no quadro conceitual das regras antigas, como sucedeu, *v. g.* na ficção do *postliminium*, na *fictio legis Corneliae* e na personificação das corporações e dos filhos concebidos.

Vid. GÉNY, *o.c.* 330-334.

¹¹ Descoberta a ideia lógica, esta função construtiva ou doutrinal irá permitir ligá-la a outras análogas ou ligá-las todas a um princípio comum susceptível de as explicar e reunir num sistema harmonioso. Será o caso, *v. g.* da *fictio* da continuação da pessoa do defundo pelo herdeiro.

Vid. DABIN, *o.c.* 339-341.

¹² Na verdade, DABIN (*o.c.* 330 e 342) vê, na *fictio* da continuação da pessoa do defundo pelo herdeiro, a «ficção-comparação» de LECOCQ (= à ficção «dogmática» de IHERING): uma ficção explicativa dum Direito que preexiste, pois não é por o herdeiro ter substituído o defunto que o Direito o trata como este, mas é por ser tratado como tal que se elaborou a ideia fictícia da continuação da pessoa do defunto.

Isto é, a ideia «*a vu le jour postérieurement à la règle et (originariamente) n'a en pour fonction que de l'expliquer.*»

siderada) função explicativa a que chamamos cognoscitiva —, resta-nos, na *factio* dogmática, a função sistemática, pois o mecanismo da ficção-motivo «*au lieu de modifier le droit existant, elle vise d'abord à le synthétiser et à le mettre en système*»; e só «*puis, éventuellement, par la vertu reflexe de la théorie, à l'enrichir de solutions nouvelles*». Função sistemática bem patente no facto de a ficção-motivo supor «*au préalable, une réglementation plus ou moins fragmentaire, peut-être embryonnaire, qu'elle tend à coordonner et à développer, mais sans l'altérer dans ses éléments de base, à savoir la décision et les conditions d'application de la règle*»¹³.

Numa palavra, a teoria de DABIN acaba por reduzir a *factio* dogmática ao desempenho (imediato) de duas funções: cognoscitiva e sistemática¹⁴.

Mais recentemente, ISSA-SAYEGH observa que o jurista utiliza a *factio* quer em definições ou conceitos quer no estabelecimento de regras e na formação de categorias. E, partilhando da doutrina de GÉNY da complementaridade das funções histórica e dogmática, distingue as *fictiones* em:

- a) ficção-desvio: consiste na substituição deliberada da representação exacta do real por uma representação falsa. Pode ser usada no enunciado de conceitos (*v. g.* na criança concebida e considerada nascida, o conceito de personalidade repousa não no nascimento, mas na concepção); na elaboração de regras (para dar vida a uma regra pode ser necessário acrescentar ou suprimir uma condição incómoda: *v. g.* considera-se realizada uma *condicio* cuja realização foi impedida pelo interessado no não-cumprimento); na formação de categorias (a ficção permite quebrar o quadro formal ou real onde se encontram aprisionados os factos, os actos, os bens ou as pessoas: *v. g.* no direito penal, com a amnistia, os factos devem ser considerados como se jamais tivessem existido);

¹³ Vid. DABIN, *o.c.* 342.

¹⁴ Vid. esta função (sistemática) *infra* § 15.1.3.3.

b) raciocínio por ficção: é um expediente do raciocínio e de pesquisa e não uma mentira voluntária. É utilizado, igualmente, no enunciado de conceitos (v. g. a definição de alienado repousa no estado habitual de demência com a eliminação dos incómodos intervalos lúcidos); na elaboração de regras (v. g. a lei supre a vontade das partes, que falta); na formação de categorias (v. g. a *adoptio*); e ainda na construção jurídica (expediente de sistematização do Direito que reúne conceitos, regras e categorias em perfeita harmonia com o conjunto do Direito)¹⁵.

Em conclusão: no pensamento de ISSA-SAYEGH, as tradicionais funções da *factio* — histórica e dogmática — complementam-se; porém, na sua «ficção-desvio» e no seu «raciocínio por ficção» parece não haver lugar para a função cognoscitiva: as ficções dogmáticas cumprem apenas as funções construtiva e sistemática.

ESSER verifica a necessidade de as figuras fictícias serem revistas no seu significado ideológico concreto e no seu conteúdo, pois o tipo «ficção dogmática» serve, tão-só, como designação colectiva geral de todas as ficções não-explicáveis; e entende que não devemos interpretar nem como resíduos históricos nem como meios de auxílio redaccional do legislador.

Na sua opinião, a *factio* é o resultado de uma «*Begriffsvertauschung*» e tem lugar quanto «*man (diese rechtlicher Bewertung) für eine begriffliche Vergewaltigung hält*»¹⁶. Quanto às «*Gesetzesfiktionen*», observa a existência de «*zwei systematisch verschiedene Arten*» que a doutrina distingue entre «*wirklichen Fiktionen*» — que contrariam a realidade e criam uma «*eigene juristische Wahrheit*» — e «*nur formellen Fiktionen*» que são uma «*blosse Verweisung*» e «*keine Besonderheit des Rechts*» apresentam, sendo uma «*Rechtssprache*»¹⁷, uma «*Kurzform*» que devemos com-

¹⁵ Vid. ISSA-SAYEGH, o.c. 75 e 80-101.

¹⁶ Vid. ESSER, o.c. 112 e 204.

¹⁷ Vid. ESSER, o.c. 16 e 26.

preender «als Ausdruck einer gesetzlichen Anweisung des Gleichbehandlung verschiedener Tatzbestände».

ESSER entende que devemos ver a «Wert der bloss verweisenden Fiktionen» numa «blossen Sprach- und Denkökonomie des Gesetzes» pois evita a «Wiederholung» de disposições relativas a «gleichwertigen Sachverhalt»¹⁸.

No entanto, não deixa de advertir que é necessário classificar as ficções «grundsätzlich in zwei Kategorien»: uma, tecnicamente conveniente e, por isso, intemporal e valiosa; a outra, a ficção condicionada pela «rechtstheoretische Hilflosigkeit» ou pelas «dogmatische Fehlvorstellungen» e que devem ser rejeitadas.

As ficções legais, que são «redaktionstechnisch» valiosas, constituem simples «Verweisungen» com uma «abgekürzter Ausdrucksform». Nada se finge no «erkenntnistheoretischen Sinne»; tão-só é chamada a atenção, na via da Kurzausdrucks» para a «Gesamtheit der für den fingierten Tatbestand gültigen Rechtsregeln»¹⁹. Mas o que é recusado à lei, como um «System von Geboten», pode a «gerichtete Rechtstheorie» realizar: esta «bildet erkenntnistheoretische Fiktionen» que, sendo «Krücken des Denkens», podem estar ao serviço duma «Rechtsfortbildung» como sucede na «Begriffsbildung»²⁰.

Em suma: afastada a ficção legal (a verdadeira e a formal), restam as ficções dogmáticas — nas «erkenntnistheoretische Fiktionen» — que desempenham uma função construtiva.

§ 15.1.3.3 Perguntar-se-á, finalmente, se a *fictio* dogmática pode ser utilizada, também, como instrumento ao serviço da sistematização do Direito.

Na opinião de ISSA-SAYHEG, só recentemente os AA. — sobretudo GÉNY e DABIN — evidenciaram esse papel da *fictio*¹. Na verdade, tal *fictio* transmitiria a coesão e a sim-

¹⁸ Vid. ESSER, o.c. 34.

¹⁹ Vid. ESSER, o.c. 200.

²⁰ Vid. ESSER, o.c. 200-202.

¹ No entanto, já DEMELIUS (o.c. 79) referia a ficção como uma «Art von 'ultimum remedium' in der Dogmatik» quando se trata de «eine oder

plicidade à construção jurídica, permitindo unir conceitos, regras e categorias à volta de uma ideia ou princípio aglutinador.

É óbvio que a sua idoneidade para criar e reunir figuras e, destarte, agrupar e ordenar normas jurídicas (por vezes caoticamente dispersas) faz da *fictio* dogmática um instrumento privilegiado da sistematização jurídica². Pensemos, *v. g.*, nas normas jurídicas agrupadas em associações e fundações, por sua vez reunidas numa instituição comum — as «pessoas colectivas» — que integram, juntamente com as «pessoas singulares», a figura jurídica mais vasta «das pessoas»³.

No entanto, se esta função tem sido pensada como verosímil, resta saber se a desempenhou a *fictio* dogmática no *Ius Romanum* clássico, uma vez que nos ultrapassa indagar se a ela recorreu a doutrina contemporânea.

Mas não só: urge averiguar, também, se a ficção dogmática desempenhou as restantes funções teoricamente assinaladas — a cognoscitiva e a construtiva.

§ 15.2 A ficção dogmática no *Ius Romanum*

§ 15.2.1.1 Relativamente ao adágio «*conceptus pro iam nato habetur*», merece destaque a divergência que parece opor romanistas a não-romanistas: enquanto os primeiros excluem a sua origem romana¹, os segundos entendem que existiu em Roma².

mehrere eingele Rechtebestimmungen, deren Zusammenhang mit allgemeinen Sätzen in Frage steht, auf dieselben zurückzuführen oder auch wohl Bestimmungen, die angeblich bestehenden Rechtsprinzipien geradezu ins Gericht schlagen, doch gerade als Konsequenzen desselben erscheinen zu lassen — kurz man treibt mit Hilfe der Fiktion juristische Konstruktion».

² Vid. ISSA-SAYEGH, *o.c.* 91, 100, 101 e 106; DABIN, *o.c.* 342; e CIFUENTES, *o.c.* 170.

³ Vid. o subtítulo I do título II do Livro I do nosso Cód. civíl.

¹ Vid., *v. g.* GARCIA GARRIDO, *Sobre Los Verdaderos Límites*, cit. 338; PACCHIONI, *o.c.* II, 51; VOLTERRA, *o.c.* 48; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit. 236¹⁵; FUENTESECA, *o.c.* 15; LANFRANCHI, F., *Nascituri*

A doutrina fundamental acerca do princípio *conceptus pro iam nato habetur* pertence a ALBERTARIO e podemos sintetizá-la nestes termos:

1. Os textos em que o *conceptus* é quase equiparado ao *natus* (D. 1,5,7; -1,5,26; -38,16,7; -50,16,231) e nos quais se apoia o adágio *conceptus* ou *nasciturus pro iam nato habetur* não contradizem os que referem estar o nascituro «*non in rerum natura*» ou «*non in rebus humanis*» (D. 25,4,1,1: -30,24pr.; -35,2,9,1; -44,2,7,3; GAIUS 2,203); antes, «*in realtà si illuminano a vicenda*»; os primeiros fixam a sua condição jurídica e os segundos expressam, tão-só, a condição fisiológica³;

2. Na época clássica, o *status* dum a pessoa concebida «*ex iustis nuptiis*» era determinado, *iure civili*, no momento da sua concepção; e o *status* dos filhos ilegítimos era definido, *iure gentio*, no momento do nascimento⁴;

3. Na época pós-clássica, em consequência da extensão da cidadania romana a todos os habitantes do Império, houve uma *contaminatio* dos dois princípios,

(*Diritto Romano*) em NNDI 11 (1965) 14; SCHULZ, *o.c.* 72; e BRAGA DA CRUZ e ALMEIDA COSTA, *o.c.* 350-351.

² Assim, DABIN, *o.c.* 334⁴; GÉNY, *o.c.* 362-363; e MACCHIARELLI, *o.c.* 566.

É certo, alguns (poucos) romanistas atribuem esse aforismo ao direito pós-clássico (*v. g.* ALBERTARIO, *Studi di Diritto Romano* I (Milão 1933) 20 e 59, cuja doutrina foi acolhida por GUARINO (*Diritto*, cit. 260) e é referida por IGLESIAS (*o.c.* 115¹¹⁷)). Porém, as fontes, a que *v. g.* GÉNY se refere, apontam para a sua classicidade.

³ Vid. ALBERTARIO, *Studi*, cit. 1, 6-7 e 19.

⁴ O concebido «*ex iustis nuptiis*» segue a condição do *pater* (D. 1,5,19) adquirindo, no momento da concepção, a sua capacidade jurídica condicionada ao nascimento: «*ex conceptionis tempore statum sumit*». O concebido fora do matrimónio segue a condição da *mater* e adquire a capacidade jurídica no nascimento: «*statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur*» (GAIUS 1,89).

Vid. ALBERTARIO, *Studi*, cit. I, 8-11, 19-20 e 59.

vindo a aplicar-se o que mais favorecesse o *conceptus*. Triunfou a ideia de *commodum*, sendo o *conceptus* considerado *natus* «*quotiens de commodis ipsius partus quaeritur*»⁵.

Ninguém duvida que, na época clássica, o *Ius Romanum* considerou o *conceptus*, dispensando-lhe protecção em determinadas situações: podia ser *heres testatus* e *ab intestato* e, em consequência, os agnados não herdavam enquanto houvesse a *spes* de um *suus heres* nascer⁶; era inválido o testamento em que não fosse instituído *heres* nem feita a sua *praeteritio*⁷; o *pater* podia nomear-lhe um tutor no seu testamento⁸; o pretor concedia a posse dos bens hereditários à mulher grávida em nome do concebido⁹; a pedido da *mater*, podia ser nomeado um *curator*

⁵ Cfr. ALBERTARIO, *Studi*, cit. I, 20-27 e 59.

Esta doutrina foi acolhida por ROBERTI, M., *Nasciturus pro iam nato habetur nelle Fonti Cristiane Primitive em Cristianesimo e Diritto Romano* (Milão 1935) 67-69 e por IGLESIAS (o.c. 1157).

Com algumas reservas, aceitaram-na ARANGIO-RUIZ (*Istituzioni*, cit. 47¹ e *Recensioni*. Emilio Albertario, *Studi in Diritto Romano em AG 29(1935)* 78-81) e MASCHI (*La Concezione Naturalistica del Diritto e degli Istituti Giuridici Romani* (Milão 1937) 66-68).

Pelo contrário, BIONDI (*Istituzioni*, cit. 113⁸) entende que ALBERTARIO descurou todo o movimento do Direito clássico tendente a considerar o nascituro; e CASTELLO (*Sulla Condizione del Figlio Concepito Legittimamente e Illegittimamente nel Diritto Romano em RIDA 4(1950)*) entende que a *regula* sobre o *status* dos concebidos legítimos era *iuris gentium*.

Na opinião de ROBERTI, na referência ao *commodum* (que substituiu a alusão às *iustae nuptiae* e onde se reconhece não já um *status* (um direito em potência), mas um *ius*) pesaram as novas correntes espirituais devidas às doutrinas patrísticas que se opõem aos conceitos informadores do Direito clássico pagão. Quando o *nasciturus* é gerado, Deus infunde a vida, unindo a alma à matéria; por isso, o *conceptus* era pessoa do ponto de vista religioso e, portanto, igualmente jurídico.

⁶ Cfr. D. 1,5,26; -28,3,6pr.; -29,2,30,1; -38,7,5,1; -38,16,2pr.; -38,16,3,9; -38,16,7; GAIUS 1,147.

⁷ Cfr. GAIUS 2,130.

⁸ Cfr. GAIUS 1,147.

⁹ Para esse fim, utilizava a *missio ventris nomine* que era *rei servandae gratia*: D. 25,5,1pr.; -25,6,1pr.-1.

*ventris*¹⁰. Todavia, enquanto o diferimento da execução da *poena mortis* da mulher «*dum partum ederet*» (D. 1,5,18) e a proibição do enterro da mulher grávida «*antequam partus ei excidatur*» (D. 11,8,2) se deixam explicar pela protecção física do *conceptus*, já o aborto era punido não como tutela do *conceptus*, mas como lesão do *corpus matris* ou privação da *spes prolis* do *pater*¹¹.

Com base na protecção jurídica dispensada ao *conceptus*, ter-se-ia formado, não já no *Ius Romanum*, o princípio *conceptus* (ou *nasciturus*) *pro iam nato habetur*, segundo a opinião praticamente unânime da doutrina romanista¹².

E questiona-se: com ou sem *fictio*?

MACCHIARELLI entende ser impossível conceber um direito sem ter sujeito, o qual deve ser um indivíduo que nasceu com vida e apresenta forma humana; por isso, apenas a *fictio* pode justificar o antigo instituto *conceptus pro iam nato habetur*¹³.

Também DEKKERS parece ter a mesma ideia, ao considerar tratar-se duma assimilação limitada, em que a *fictio* se traduz¹⁴. ISSA-SAYEGH aponta o *conceptus pro iam nato habetur* como exemplo de ficção nas legislações modernas¹⁵. E DABIN entende que teremos de considerar ficção o adágio «*infans conceptus pro iam nato habetur*» se partirmos da ideia de que só o indivíduo humano é pessoa para a ciência (e, portanto, para o Direito) e de que, cientificamente, a personalidade começa no nascimento¹⁶.

A esta corrente ficcionista opuseram-se DE RUGGIERO (para quem se trata duma parificação ou assimilação do embrião ao homem e não de uma *fictio* dogmática), LECOCQ (que entende nada contrariar a natureza pois, assim como o *conceptus* tem uma semiparticipação na vida, tem, em Direito, uma semiper-

¹⁰ Cfr. D. 26,5,20pr.

¹¹ Cfr. D. 47,11,4.

¹² Vid. *supra* as notas 1 e 2 (deste §).

¹³ Cfr. D. 1,5,14; -50,16,129. Vid. MACCHIARELLI, *o.c.* 566.

¹⁴ Vid. DEKKERS, *o.c.* 75.

¹⁵ Vid. ISSA-SAYEGH, *o.c.* 75.

¹⁶ Vid. DABIN, *o.c.* 288-291 e 333. No mesmo sentido, cfr. GÉNY, *o.c.* 381.

sonalidade) e GARCIA GARRIDO (que vê uma simples equiparação, para certos efeitos, do concebido ao nascido)¹⁷.

Sem enveredarmos pela atitude cómoda de alguns AA. que se limitaram a reconhecer terem sido reservados ao *conceptus* direitos que se fixarão quando nascer¹⁸; ou a entender que o rigor do princípio (o homem, para ser sujeito de direitos, deve ter nascido com vida e ser efectivamente vivo) sofreu progressivas atenuações relativamente ao *conceptus*¹⁹; ou ainda a observar, simplesmente, uma retroacção da capacidade jurídica ao momento da concepção²⁰, urge averiguar se *factio* há e qual a sua verdadeira natureza.

Interessa, portanto, analisar as fontes romanas porque foi, a partir delas, que se elaborou o adágio *conceptus* (ou *nasciturus*) *pro iam nato habetur*.

Advirta-se, porém, que aos juristas romanos (da época clássica) foi estranha a preocupação de elaborarem uma teoria da personalidade (ou da capacidade) jurídica, «*non solo perchè non avevano la nozione generale di rapporto giuridico, ma soprattutto perchè il regime intorno alla capacità non risultava uniforme*». Por outro lado, se é certo que substancialmente «*i romani partono dal principio che sia 'hominum causa omne ius constitutum'* (D. 1,5,2)», não o é menos que «*non tutti gli uomini sono soggetti di diritto, hanno cioè capacità giuridica, giacchè nel diritto romano, a differenza del diritto moderno, la condizione di uomo non è di per sé attributiva di capacità*», observa BIONDI²¹.

Deste modo, não deve surpreender que não haja nos textos uma expressão técnica de personalidade e de capacidade jurídica, importando averiguar, *in concreto*, quando e em que termos um indivíduo pode ter direitos e contrair obrigações.

¹⁷ Vid. DE RUGGIERO, *o.c.* 186; LECOCQ, *o.c.* 87; e GARCIA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 338-339. Opinião idêntica é ainda a de CIFUENTES, *o.c.* 166, 167 e 179.

¹⁸ Assim, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 47.

¹⁹ Assim, GUARINO, *Diritto*, cit. 258-260.

²⁰ Assim, BETTI, *Istituzioni*, cit. 47.

²¹ Vid. BIONDI, *Istituzioni*, cit. 109-112. Cfr. ainda: IGLESIAS, *o.c.* 111-113; e ARIAS BONET, J. A., *Societas Publicanorum* em *AHDE* 19(1948-49) 302.

A propósito dos *filii*, CELSUS escreve:

D. 1,5,19: «*Cum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur: vulgo quaesitus matrem sequitur*».

Os filhos (legítimos) oriundos de núpcias legítimas seguem a condição jurídica do *pater*; e os ilegítimos, a da *mater*. Em consequência, GAIUS refere-nos:

1,89: «...*hi qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur; (...) at hi, qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt*».

Os filhos ilegítimos obtêm o *status* no momento em que nascem; e os legítimos, quando são concebidos. Isto é, o nascimento está para a determinação da personalidade jurídica dos primeiros como a concepção, para a dos segundos²².

Juridicamente, vemos que o *status* dos *filii legitimi* é determinado pela condição do *pater* no momento da concepção; todavia, não faltam textos que referem ser o *conceptus* uma *mulieris portio vel viscerum*²³.

ALBERTARIO tentou vencer o obstáculo, atribuindo ao *conceptus*, enquanto *mulieris portio vel viscerum*, uma dimensão fisiológica e não-jurídica. E, na verdade, esses fragmentos referem-no, tão-só, como simples objecto de direitos.

Simplemente, ainda uma *quaestio* se porá no domínio da juridicidade: se a protecção dispensada ao *conceptus ex iustis nuptiis* se justifica por ser a concepção o momento determinante da sua personalidade jurídica, como justificar a protecção, igualmente jurídica, decerto outorgada ao *conceptus* ilegítimo?

LECOQC resolve a dificuldade, falando (indiferentemente) de uma semipersonalidade que se apoia numa semiparticipação na vida: o concebido já possui uma existência natural que o Direito

²² ARANGIO-RUIZ (*Istituzioni*, cit. 47¹) julga natural esta diversidade «*perchè la paternità è tutta nel concepimento, la maternità è nel parto*».

²³ Vid., v. g. D. 25,4,1,1; -30,24pr.; -35,2,9,1; -44,2,7,3; GAIUS 2,203.

tem em atenção²⁴. Trata-se, porém, de uma ideia não-romanista pois foi determinada pela opinião de que a personalidade jurídica assenta necessariamente no indivíduo humano e, destarte, surge com o seu nascimento.

Mais certa nos parece a doutrina de ESSER para quem «würde man zugeben, dass es nicht 'Undenkbares' für das Gesetz bedeute, dem 'Nasciturus' eine beschränkte oder relative Rechtsfähigkeit zu verleihen, dann würde sich eine Fiktion erübrigen». É que «die Existenz der Rechtspersönlichkeit wird doch letztlich nur von der positiven Rechtsordnung bestimmt»²⁵. E, na verdade, tendo o Direito uma realidade própria que as leis científico-naturais não explicam, não se vê como o facto nascimento haja de funcionar como circunstância que, só por si, justifica a personalidade jurídica e impede o seu reconhecimento a quem apenas espera nascer.

Como advertiu DEMOGUE, a humanidade actual deve trabalhar para a humanidade futura, o que o leva a dizer que sujeitos de Direito devem ser tanto as pessoas que vivem como as que vierem a nascer; e que nada impede, antes muitas razões recomendam que as gerações futuras sejam titulares de certos direitos²⁶.

Ora, esta possibilidade não foi excluída pela *iurisprudencia* romana que, preocupada em resolver as concretas situações da vida e alheia a conceitualismos algo distantes e logicamente perturbadores, nos legou uma série de *responsa* onde efectivamente o *conceptus* goza de certa protecção jurídica.

Devido a uma *factio*?

De modo nenhum!

A inexistência de uma noção e da correspondente teoria sobre a personalidade ou capacidade jurídica; a falta de um regime uniforme; e a circunstância de nem todos os homens terem capacidade jurídica tornavam absolutamente desnecessário o recurso à *factio* (histórica), expediente de integração do *ius (civile)*.

Resta, portanto, a ficção dogmática.

²⁴ Vid. LECOQ, *o.c.* 87.

²⁵ Vid. ESSER, *o.c.* 170.

²⁶ Vid. DEMOGUE, *o.c.* 351-352.

Tê-la-ão utilizado — e em que sentido — os jurisconsultos romanos?

Um texto, que se nos afigura mui importante, é atribuído a IULIANUS:

D. 1,5,26: «*Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patronos habent*».

IULIANUS é categórico e directo na sua linguagem: os filhos concebidos são considerados nascidos em quase todos os efeitos *iure civili*. Na verdade, são-lhes restituídas as heranças legítimas; e, se uma mulher grávida tiver sido capturada pelo inimigo, o filho (entretanto nascido) tem o *postliminium* e segue a condição do *pater* ou da *mater*. Ademais, se uma mulher grávida foi raptada e deu à luz quando estava em poder de um comprador de boa fé, este não pode adquirir o *filius* por usucapião. E, enquanto o patrono puder ter um filho, o liberto está na situação dos que têm patronos.

Se a linguagem directa e frontal exclui a mínima alusão à *fictio* histórica, já não deixa de apoiar uma ficção dogmática. Na verdade, IULIANUS diz-nos que o *conceptus* (*qui in utero est*) se considera «*in rerum natura esse*». É certo que na sua linguagem não utiliza «*quasi, perinde ... atque si*» ou outra expressão comparativa equivalente. Mas acrescenta uma explicação: é considerado «*in rerum natura*» porque, podendo ser *heres* legítimo, segue a condição do *pater* (se *filius legitimus*); não é susceptível de aquisição por *usucapio*; etc. Isto é, são os efeitos jurídicos reconhecidos pelo *ius civile* que justificam a afirmação de que «*in rerum natura esse*»; o jurista parte, destarte, da protecção *iure civili* dispensada ao *conceptus* para afirmar que «*in rerum natura esse*».

Ora, se considerarmos a função cognoscitiva de que a *fictio* dogmática é susceptível, pressentimos que a sua elaboração posterior não terá oferecido dificuldades. Em vez de fazer constantes repetições necessariamente fastidiosas, cansativas e susceptíveis, ainda, de serem incompletas, fácil seria à doutrina utilizar uma linguagem comparativa: *conceptus pro iam nato habetur*. Deste modo, através de uma linguagem curta e impressionante, passou a dizer-se que o concebido goza da mesma protecção jurídica dispensada ao nascido²⁷.

É esta a função (cognoscitiva) que UNGER compreendeu e sintetizou admiravelmente: não é porque o *nasciturus pro nato habetur* que goza de protecção jurídica; mas é por gozar dela que se pode assimilar quem vai nascer a quem já nasceu²⁸.

Não terá esta *fictio* dogmática desempenhado, igualmente, as restantes funções (a construtiva e a sistemática)?

Convenhamos ser uma *quaestio* que ultrapassa os limites do nosso trabalho: a *fictio* (histórica) — e figuras afins — na época clássica. Sendo esta *fictio* dogmática uma figura não-romana (ou, pelo menos, não-clássica), aquelas funções são estranhas ao *Ius Romanum* (pelo menos) clássico, como também o é a função cognoscitiva. E, se estudámos esta, foi tão-só para destacarmos a sua génese e o seu carácter dogmático e, portanto, não-histórico²⁹.

²⁷ Esta facilidade de a doutrina elaborar a *fictio* (dogmática) foi reforçada pela expressão de PAULUS (D. 1,5,7): «*perinde ac si in rebus humanis esset*».

No entanto, nem sempre os AA. compreenderam a verdadeira natureza desta *fictio*: nada integrando, mas tão-só explicando, só pode ser dogmática e não-histórica.

Cfr. ainda GAIUS 1,147: «*...postumi pro iam natis habeantur*».

²⁸ Vid. *supra* § 15.1.3.1.

Não referimos, note-se, que o *conceptus* foi considerado sujeito de direitos. Apenas «*si tratta di riserva o tutela di diritti che con la nascita potrebbero essere devoluti al nascituro oppure delle risoluzioni di talune questioni di 'status' che si risolvono favorevolmente per il nascituro, considerandolo come esistente*», diz BIONDI (*Istituzioni*, cit. 114).

No mesmo sentido, vid. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 47; IGLESIAS, *o.c.* 114-115; e BRAGA DA CRUZ e ALMEIDA COSTA, *o.c.* 351.

²⁹ Se, devido a esta *fictio* originariamente explicativa, quicá elaborada a partir de GAIUS (1,147) — «*postumi pro iam natis habeantur*» —,

§ 15.2.1.2 A *adoptio* é, como sabemos, o acto jurídico em virtude do qual um estrangeiro ingressa como *filius* numa família. Consoante o adoptado seja um *sui iuris* ou um *alieni iuris*, assim a *adoptio* reveste duas formas: a *adrogatio* e (posteriormente) a *adoptio* propriamente dita¹.

A *adrogatio* estava inicialmente sujeita a um formalismo próprio: o acto desenvolvia-se perante os *comitia curiata* sob a presidência do *pontifex maximus* que: 1) interrogava o *adrogator* se desejava ter o *adrogatus* por seu *filiusfamilias*; 2) convidava o *adrogatus* a manifestar a sua aquiescência; 3) e rogava ao *populus* — daí, o nome de *adrogatio* — que aprovasse².

Quanto à *adoptio* propriamente dita, tratava-se de um acto jurídico criado pela *iurisprudencia* a partir da *interpretatio* da disposição da Lei das XII Tábuas (IV,2): «*Si pater filium ter venum du[suit] filius a patre liber esto*». O adoptado ingressava na família do adoptante como seu *filius* ou *nepos*³.

a categoria «personalidade moral» (inicialmente assente no homem fisicamente entendido) foi estendida ao *conceptus*, aquela ficção desempenhou uma função construtiva.

E se permitiu ordenar um conjunto de normas à volta duma figura, eventualmente alinhada com outras, qual espécie de um mesmo género, terá cumprido uma função sistemática.

No entanto, se cumpriu (ou não), ultrapassa o âmbito do nosso estudo.

¹ Vid. IGLESIAS, o.c. 534; e FUENTESECA, o.c. 352 e 354.

Segundo VOLTERRA (*La Nozione dell' Adoptio e dell' Adrogatio Secondo I Giuristi Romani del II e del III Secolo d.C.* em BIDR 69(1966) 153), a *adoptio* (propriamente dita) não teria sido, na época clássica, um acto meramente privado. Quanto à *adrogatio*, ter-se-ia tratado dum acto solene jurídico-religioso, algo mais transcendente e complexo, pois implicava a extinção duma família e do culto dos seus *sacra*.

² Cfr. GAUUS 1,99. Decaída a assembleia *curiata*, o *populus* era, nos finais da República, representado por *triginta lictores*.

Ainda mais tarde, talvez com Diocleciano e, de certeza no tempo de Constantino, a *adrogatio* realizava-se *per rescriptum principis*.

Vid. IGLESIAS, o.c. 356-357; FUENTESECA, o.c. 352; VOLTERRA, 'Adrogatio' em NNDII¹ (1958) 304; e BONFANTE, *Corso*, cit. I, 14-17.

³ Vid. *supra* § 13.2.4.3. Cfr. ainda: PALMIERI, E., 'Legis Actio' in *Alcune Fonti Giuridiche em Synteleia V. Arangio-Ruiz* (Nápoles 1964) 321.

No Direito justinianeu, a *adoptio* é simplificada: o adoptado, o seu *pater* e o adoptante apresentavam-se junto da autoridade judicial que

Sendo actos diferentes e destinados a produzir consequências igualmente diversas, variados teriam de ser os seus requisitos substanciais, de cuja observância dependiam as suas validade e eficácia. Assim, na *adoptio* (propriamente dita), a mulher estava activa (mas não passivamente) excluída, por não ter o exercício da *patria potestas*⁴. E, quanto à *adrogatio*, as mulheres não podiam ad-rogar nem ser ad-rogadas, ao que parece devido a não participarem nos *contitia*⁵; e a mesma incapacidade passiva atingia os impúberes — por os seus tutores não terem *autoritas* para os converterem em *homnines alieni iuris*⁶ — e os peregrinos⁷.

homologava as suas declarações. Ao *filius* bastaria não contestar (I. 1,12,8; C. 8,47(48),11).

Cfr. IGLESIAS, o.c. 536; e VOLTERRA, *Adozione (Diritto Romano)* em NNDI I¹ (1958) 288.

⁴ Na opinião de FUENTESECA (o.c. 355), a *adoptio testamentaria* referida nas fontes literárias — v. g. a usada por César em relação a Octávio — não era um verdadeiro instituto jurídico, pois não produzia efeitos patrimoniais: tão-só, o adoptado recebia o *nomen familiae* do adoptante. Quanto à *adoptio in fratrem*, apenas era usada nos direitos orientais, tendo Diocleciano proibido a sua prática (C. 6,24,7).

Vid. FUENTESECA, o.c. 355; VOLTERRA, *Varietà. La L. 7 C. de her. inst. 6,24 e Due Documenti di Susa Recentemente Scoperti* em BIDR 41(1933) 289-304; e BONFANTE (*Corso*, cit. I, 19) que vê na *adoptio per testamentum*, também acessível às mulheres (porque não gerava a sujeição à *patria potestas* — a adoptante já não vive quando a *adoptio* surge), um indício duma mudança profunda no significado social do instituto.

Sobre a *adoptio servi*, BONFANTE (*Corso*, cit. I, 17) entende — com base em GELLIUS 5,19,11 — que já existia na época clássica tanto da parte do *dominus* como dum estranho. Igual opinião é a de VOLTERRA contestada, todavia, por CALONGE, A., *Problemas de la Adopción de un Esclavo* em RIDA 14(1967) 260-261.

Relativamente ao Direito justinianeu, o adoptante devia ter, pelo menos, mais 18 anos que o adoptado; e não se encontrar fisiologicamente impossibilitado de procriar: os castrados não podiam adoptar (I. 1,11,4).

Vid. IGLESIAS, o.c. 536.

⁵ Só mais tarde, na época pós-clássica (GAIUS 1,102), lhes foi permitida a faculdade de ad-rogarem e de serem ad-rogadas.

Vid. VOLTERRA, '*Adrogatio*', cit. 305; e IGLESIAS, o.c. 537.

⁶ Mais tarde, em epístola dirigida aos pontífices, Antonino Pio (GAIUS 1,102) permitiu a *adrogatio* dos impúberes, verificadas certas

Em relação aos efeitos jurídicos, a *adoptio* propriamente dita provocava a aquisição, pelo adoptante, de uma *patria potestas* nova e a consequente extinção plena da precedente. O adoptado desligava-se totalmente da família originária e unia-se inteiramente⁸ à nova família: no *nomen*, na *agnatio*, na *religio*, na *gens*, na *tribus*. E esta integração era tão perfeita, que estava vedado o matrimónio entre o adoptante e a adoptada, entre o adoptado e a *uxor* do adoptante e entre este e a *uxor* do adoptado, o que prova a plena equiparação do adoptado aos descendentes do adoptante. E reafirma que a *adoptio*, como efeito jurídico imediato, fez surgir a relação de filiação legítima em consequência da qual o adoptante adquire, enquanto ascendente legítimo, a *patria potestas* sobre o adoptado; daí, a afirmação de que «*adoptio naturam imitatur*»⁹.

condições e na presença duma causa legítima. Vid. IGLESIAS, o.c. 537.

Com o decurso do tempo, foram introduzidas outras limitações: v. g. o *adrogator* devia ter, pelo menos, 60 anos; o *adrogatus* devia manifestar expressamente o seu consentimento; não podia ad-rogar quem tivesse filhos ou estivesse em condições de os poder vir a ter; etc.

Vid. VOLTERRA, 'Adrogatio', cit. 304-305; e IGLESIAS, o.c. 617-618. Ainda sobre os impúberes ad-rogados, vid. *supra* § 7.3.2(1-3) a quarta *antonina*.

⁷ Vid. VOLTERRA, *La Nozione dell' Adoptio*, cit. 112-113.

Quanto à *adoptio* propriamente dita, BONFANTE (*Corso*, cit. I, 18) diz-nos que os estrangeiros também podiam ser adoptados.

⁸ A influência da família natural não deixou, todavia, de se fazer sentir: a *adoptio* não afastava o *status civitatis* do adoptado nem a sua posição política (D. 50,1,15,3). Tratava-se, porém, de efeitos jurídicos de âmbito público.

Vid. IGLESIAS, o.c. 535-536; e VOLTERRA, *La Nozione dell' Adoptio*, cit. 135.

Já no Direito justiniano, distinguem-se dois tipos de *adoptio*: a *plena* e a *minus plena*. A primeira era a *adoptio* clássica; a segunda não retirava o adoptado da *patria potestas* originária, tão-só conferia um direito à sucessão legítima nos bens do adoptante (C. 8,47(48),10).

Vid. IGLESIAS, o.c. 536; e VOLTERRA, *Adozione*, cit. 288.

⁹ Vid. VOLTERRA, *La Nozione dell' Adoptio*, cit. 140-141 e *Adozione*, cit. 287-288; BONFANTE (*Corso*, cit. I, 18 e 36) entende, porém, que a *adoptio* representava, no antigo *Ius Romanum*, a agregação na família política na sua plena essência ético-religiosa e revestia, no Direito

Quanto à *adrogatio*, além destes efeitos jurídicos pessoais e da extinção do culto dos *sacra familiaria* do *adrogatus*, produzia ainda efeitos jurídicos patrimoniais: o *adrogator* adquiria o património activo¹⁰ do *adrogatus*, verificando-se uma verdadeira *successio* (só não-universal, devido à exclusão das dívidas) *inter vivos*¹¹. Simplesmente, para evitar o enriquecimento injusto do *adrogator* e combater a fraude facilmente causada aos *creditores*, o pretor interveio concedendo a estes *actiones utiles* com a ficção «*si capite deminutus non esset*»¹².

justinianeu, um carácter novo: a assunção da qualidade de filho. Vid. ainda: FUENTESECA, *o.c.* 355; e DEKKERS, *o.c.* 48.

Ainda quanto à máxima «*adoptio naturam imitatur*», BONFANTE (*Corso*, cit. I, 36) atribui-a ao Direito justinianeu, onde a *adoptio* tem um carácter novo: a assunção da qualidade de filho.

Porém, MASCHI (*La Concezione Naturalistica*, cit. 45-65) considera não decisivos os argumentos de BONFANTE acerca da não-classicidade daquela máxima pois, na sua função social, a filiação adoptiva serve para substituir a filiação natural.

Note-se, todavia, que a *adoptio* nem sempre foi utilizada para o seu verdadeiro fim. Segundo VOLTERRA (*La Nozione dell' Adoptio*, cit. 134), além de modificar a ordem sucessória e alterar e diminuir os direitos dos descendentes, utilizou-se para iludir as limitações e as exclusões previstas nas leis demográficas e serviu, também, fins dinásticos. Nestas circunstâncias, a *adoptio* era um puro acto aparente.

Vid. *supra* § 12.2.4.3.

¹⁰ As dívidas do *adrogatus* não se transferiam para o *adrogator*. No entanto, este respondia pelos débitos herdados por aquele: GAIUS 3,84.

Vid. SOLAZZI, *Gai 3,84 e le Obbligazioni dell'Erede em Labeo 4*(1958) 7-13 que justifica a não-extinção *iure civili* dos débitos hereditários por deles não ser sujeito passivo o *heres* (*adrogatus*) e, portanto, não acompanharem a extinção da sua personalidade jurídica com a *capitis deminutio*.

No entanto, SOLAZZI é obrigado a ver na *hereditas* o sujeito passivo das obrigações, o que implica a sua personificação ignorada, como SOLAZZI reconhece, no Direito clássico.

¹¹ Cfr. GAIUS 3,83. Vid. IGLESIAS, *o.c.* 537-538; e FUENTESECA, *o.c.* 354.

¹² Cfr. GAIUS 3,84; 4,38; D. 4,5,2,1. Vid. IGLESIAS, *o.c.* 538; FUENTESECA, *o.c.* 354; SOLAZZI, *Gai 3,84*, cit. 7 e 10.

Segundo DESSERTAUX (*Contribution*, cit. 7, 14-15), a ficção devia ser especificada: «*si Ns. Ns. a Lucio Titio adrogatus non esse*».

Porém, LENEL (*o.c.* 118) não julga muito provável, preferindo: «*si Ns. Ns. capite deminutus non esset*». Na sua opinião, a fórmula teria sido

Determinados os efeitos jurídicos gerados pela *adoptio* (em sentido amplo) e verificada a plena equiparação entre o *filius adoptivus* e os *filii* (não-emancipados) *ex iustis nuptiis* do adoptante — ou entre o neto adoptivo e os netos não-adoptivos —, eis-nos chegados à *quaestio* que nesta sede nos interessa: haverá na *adoptio* uma *fictio* dogmática? E, se houver, que funções desempenhou?

MACCHIARELLI diz-nos que a adopção se funda numa *fictio* (dogmática): «*est actus civilis naturam imitans, qua quis alienus filius fit, quasi ab eo genitus esset*»¹³. E também DABIN entende que, se é completa, a *adoptio* implica a ficção de uma paternidade que o não é segundo a natureza¹⁴.

Porém, esta doutrina — formulada mais com base no Direito (francês) actual do que no *Ius Romanum* — não é pacífica. Relativamente a este, LECOCQ observa que «*les juristes romains n'ont jamais dit ni qu'elle fut une fiction, ni qu'elle reposât sur une fiction*»; e em relação àquele, diz-nos ser uma ficção que «*n'a aucune conséquence juridique*» pois «*elle n'est qu'un effet, un résultat*»; é um meio «*commode pour faire saisir l'analogie — très lointaine — qui est entre les effets de l'adoption et ceux de la parenté véritable*», ou seja, desempenha «*le rôle de proposer cette comparaison: elle est une forme de langage*»¹⁵.

ESSER parece seguir — no Direito alemão — o pensamento (romanista) de IHERING que vê nesta *fictio* uma «*Verweisung*»

redigida: «*Si Ns. Ns. capite deminutus non esset, tum si Ns. Ns. Ao. Ao. ... dare oporteret, iudex Nm. Nm. Ao. Ao. ... condemnato, si non paret, absolvito*».

Ainda segundo LENEL, é de excluir a ficção serviana «*si heres esset*», por não se poder fingir que um indivíduo vivo tinha um *heres*. Porém, que estas *actiones utiles* são *ficticiae*, di-lo expressamente GAIUS (3,84; 4,38). Os compiladores eliminaram o adjectivo *ficticia* em D. 4,5,2,1-2 e 5.

Além das *actiones ficticiae* outorgadas contra o *adrogatus*, também a *actio de peculio* era dada contra o *adrogator* (D. 15,1,42). Vid. IGLESIAS, *o.c.* 538; e FUENTESECA, *o.c.* 354.

¹³ Vid. MACCHIARELLI, *o.c.* 550 e 565.

¹⁴ Vid. DABIN, *o.c.* 319.

¹⁵ Vid. LECOCQ, *o.c.* 133 e 139. LAURENT (*o.c.* 339-340) rejeita a ficção.

pois «das Gesetz gibt keine Aussage über die natürlichen Qualitäten, sondern nur über die Rechtsqualitäten des Betreffenden ab, d.h. aber, es ordnet und befiehlt!»¹⁶.

Quanto ao *Ius Romanum*, IHERING observa que, «au lieu de déterminer d'une manière précise et détaillée la position juridique que l'enfant arrogé (occuperat) désormais, on se borne à se référer à la position de l'enfant naturel» e conclui: «C'est un renvoi, ce n'est pas une fiction»¹⁷.

E GARCIA GARRIDO entende que «la adopción, en general, es una institución jurídica creada a semejanza de la filiación natural, y no presupone ninguna ficción» pois «el Derecho no finge la relación natural, sino sólo aplica un régimen jurídico semejante al de los hijos»¹⁸.

Que nos dizem as fontes?

Limitam-se a referir a equiparação dos *filii* adotivos aos naturais e legítimos. Vemo-la *v. g.* em GAIUS:

2,136: «*Adoptivi filii quamdiu manent in adoptione, naturalium loco sunt...*».

E em POMPONIUS:

D. 1,7,43: «*Adoptiones non solum filiorum, sed et quasi nepotum fiunt, ut aliquis nepos noster esse videatur perinde quasi ex filio vel incerto natus sit*».

Os textos¹⁹ são claros: tanto na *adoptio* propriamente dita como na *adrogatio*, o adoptado e o ad-rogado ingressam, *iure civili*, na condição de *filius* (ou de *nepos*) do novo *paterfamilias*; destarte, recusada a *factio* histórica, só haveria lugar para a *factio* dogmática.

Ora, a enunciação dos direitos e das obrigações do adoptado ou do ad-rogado evitar-se-ia dizendo, tão-só, que um ou outro

¹⁶ Vid. ESSER, *o.c.* 26-27⁵⁹.

¹⁷ Vid. IHERING, *o.c.* 298.

¹⁸ Vid. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 334. Esta opinião foi seguida por CIFUENTES, *o.c.* 164.

¹⁹ Cfr. ainda: D. 1,7,15,1; -1,9,5; -1,9,10; -23,2,60,6; -37,4,8,12.

era «*perinde atque si ex eo (pater ou filio)natus esset*»²⁰. E, porque a situação jurídica deste era bem conhecida no seio da comunidade romana, aquela ficção permitia esclarecer rápida e completamente a posição jurídica do adoptado ou do ad-rogado²¹.

Foi, na verdade, esta a *fictio* (dogmática) que os *iurisprudentes* utilizaram em Roma, cuja função cognoscitiva facilmente notamos: a de facilitar o conhecimento de uma realidade jurídica, através de uma expressão breve e cómoda. Poder-se-ia, deste modo, transpor para a *adoptio* a feliz observação de UNGER sobre o *conceptus pro iam nato habetur* e dizer: não é por fingir que o adoptado é filho do adoptante que o Direito o trata como filho; mas é pelo facto de o Direito o tratar assim, que a doutrina o equiparou a *filius*²².

Ter-se-á a *fictio* (dogmática) esgotado nesta função simplesmente cognoscitiva?

Na época clássica, vemos dilatado ou estendido o alcance da categoria «*filius legitimus*» que compreendia os *filii adoptivi* desde que não tivessem sido, entretanto, emancipados; por isso, é provável que tenha desempenhado uma função construtiva.

Quanto à função sistemática, pressupondo duas categorias para aproximar — a categoria «*filius legitimus*» e a categoria «*filius adoptivus*» — e dispor ordenadamente como espécies de um mesmo género, é evidente que a não podia desempenhar a *fictio* dogmática, pois só havia, repetimos, uma categoria: a do *filius legitimus*.

Em conclusão: a *fictio* dogmática desempenhou, na época clássica²³, as funções cognoscitiva e, provavelmente, construtiva.

²⁰ Vid. D. 1,7,11. Cfr. ainda: D. 1,7,43; -1,7,44.

²¹ Neste sentido, vid. BOYER (o.c. 92-93) que, a propósito da adopção de um *filius* feita por uma mulher na cidade fenícia de Ugarit no séc. XVI a.C., diz que se evitou o risco duma enumeração incompleta com a referência ao modelo que se pretendia decalcar, dizendo-se que o adoptado era ou se tornava filho da adoptante.

²² Vid. *supra* o § anterior.

²³ Não assim, nas épocas pós-clássica e justiniana. Com a afirmação da família consanguínea, ganha sentido a categoria dos *filii adoptivi* ao lado da dos *filii legitimi*; por isso, há oportunidade para a

§ 15.2.1.3 À volta da *hereditas iacens* estabeleceu-se uma das polémicas mais vivas que deparamos no estudo do *Ius Romanum*: qual a sua natureza?

Ainda hoje, esta questão está por resolver, sendo bem diferentes as conclusões extraídas das mesmas fontes.

A nós, a quem interessa determinar se os juristas clássicos recorreram a alguma *fictio* — e averiguar a sua natureza e respectivas funções —, esta verdadeira *vexata quaestio* não nos pode insensibilizar: procurá-la-emos compreender para depois reflectirmos sobre a *fictio* se, evidentemente, a notarmos.

É comum a opinião de que a *hereditas iacens* é um património (activo e passivo) sem *dominus* pois o seu titular — o *de cuius* — faleceu e o *heres* voluntário, a quem foi oferecido, ainda não realizou a sua *aditio*¹. É igualmente pacífico que se trata de um instituto já existente (e anterior) na época clássica, onde era individualizado pelas expressões *hereditas iacet* e *bona iacent*².

O problema, a que nos referimos, foi suscitado e alimentado, fundamentalmente, pela circunstância de esse património *sine domino* poder aumentar e diminuir em virtude da

função sistemática, qual a de aproximar e ordenar ambas as categorias à volta duma figura comum.

Todavia, como GAUDEMET afirma, na obra dos compiladores de Justiniano não houve progresso na sistematização do *Ius Romanum* pois o seu trabalho «fut de compilation, non de création», ficando os compiladores «tributaires du passé». E, na época clássica, se é visível «une volonté de mettre de l'ordre dans la présentation du droit civil, de cette présentation ordonnée à une systématisation la large reste grande».

Vid. GAUDEMET, J., *Tentatives de Systématisation du Droit à Rome* em APD 31(1986) 19 e 26.

¹ Vid. CRUZ, *Direito Romano*, cit. 229; LECOCQ, *o.c.* 121; VOCI, *Diritto Ereditario*, cit. I², 516; e IMPALLOMENI, G., *Successioni (Diritto Romano)* em NNDI 18 (1971) 706.

Cfr. D. 38,9,1pr.

² Cfr. D. 36,4,5,20; -43,24,13,5; -40,5,4,17; -37,3,1.

Vid. SCHULZ, *o.c.* 279; VOCI, *Diritto Ereditario*, cit. 516²; e BONFANTE, *Corso*, cit. VI, 203-204.

actividade de um *servus*³, de um *curator*⁴, de um *negotiorum gestor*⁵ e até de factos naturais⁶.

Questionou-se, então: qual a natureza da *hereditas iacens*?

Para alguns AA., trata-se de uma *res nullius* (D. 1,8,1pr.), todavia protegida, no interesse do futuro *heres*, através do *crimen expilatae hereditatis* (D. 47,19,1). Quanto à actividade dos *servi hereditarii*, a protecção tinha por base a referência ora à *persona defuncti* (I. 2,14,2) ora à *persona heredis* (D. 46,2,24). Só no Direito

³ Assim, eram para a *hereditas iacens*: os legados feitos ao *servus hereditarius* (D. 7,3,1,2; -30,68,1; -30,116,3; -31,55,1); os créditos de *pecunia mutuata* (D. 12,1,41; -44,7,16), os *bona* adquiridos por *mancipatio* e *traditio* (D. 41,1,33,2; -44,7,16); a posse (D. 41,2,1,5; -49,15,29); as garantias reais e pessoais (D. 14,6,18; -44,3,4; -46,1,11); os créditos oriundos de comodatos e depósitos (D. 44,7,16); a *acceptilatio* das obrigações hereditárias (D. 2,14,27,10; -46,4,11,2); etc.

Por outro lado, o *servus* podia responsabilizar a *hereditas «de peculio et de in rem verso»* (D. 15,1,3pr.-1); garantir uma dívida (D. 46,1,22). Não podia, contudo, adquirir, por meio de um escravo, um usufruto (D. 41,1,61pr.) — porque, na jacência, a *hereditas* não pode ser fruída pelo *heres* (que ainda o não é); e, também porque a passagem do usufruto da *hereditas* ao *heres* extingui-lo-ia (D.; 7,3,1,2; -41,1,61,1) — nem uma herança — por faltar o *iussum* do *heres* (D. 41,1,61pr.) — e não podia incorrer em mora (D. 36,4,5,20).

Vid. BIONDI, *Istituzioni*, cit. 642; VOCI, *Diritto Ereditario*, cit. 521-527, 532-533, 535-536 e 539; IGLESIAS, o.c. 615⁷⁰; e FUENTESECA, P., *Puntos de Vista de la Jurisprudencia Romana Respecto a la 'Hereditas Iacens'* em *AHDE* 26(1956) 212-213.

⁴ O *curator* era nomeado a pedido e no interesse dos credores, mas podia, também, ser nomeado no interesse objectivo de o património não sofrer danos.

Cfr. D. 27,10,3; -42,4,8; -50,4,1,4. Vid. PEROZZI, o.c. 401; BIONDI, *Istituzioni*, cit. 642; VOCI, *Diritto Ereditario*, cit. 538-539; e BONFANTE, *Corso*, cit. VI, 210-211.

⁵ A gestão da *hereditas iacens* é fonte de *actiones in factum*.

Cfr. D. 3,5,3,pr.; -3,5,3,6; -3,5,20(21),1. Vid. PEROZZI, o.c. 401; VOCI, *Diritto Ereditario*, cit. 537; IMPALLOMENI, o.c. 706; e BONFANTE, *Corso*, cit. VI, 210.

⁶ Assim, a *hereditas iacens* aumentava com os frutos, os *fili servorum*, as crias dos animais (D. 3,5,3,6; -50,16,178,1) e o *dominium* de uma *res* devido à *usucapio* já iniciada (D. 41,3,31,5; -41,3,40).

Vid. VOCI, *Diritto Ereditario*, cit. 542-543; IMPALLOMENI, o.c. 706; e BONFANTE, *Corso*, cit. VI, 208.

justinianeu teria sido uma *persona iuridica*: *hereditas dominae locum optinet* (D. 43,24,13,5; -47,4,1,1) ⁷.

Para outros, o pretor ter-se-ia limitado a resolver necessidades práticas, tendo a doutrina visto um património com um titular fictício: ora o *heres*, considerado *dominus* no dia da morte do *de cuius* (D. 22,2,9; -45,3,28,4); ora a própria *hereditas*, a quem se atribuiu a mesma capacidade do *defunctus*: *hereditas personae defuncti vicem fungitur* (D. 30,116,3) ⁸.

Outros ainda observam que, nas fontes, a *hereditas iacens* surge como uma *res nullius* (D. 1,8,1pr.) e, também, como uma *persona iuridica* que ora é *domina* (D. 9,2,13,2) ora representa o *de cuius* (D. 28,5,31,1) ou o *heres* (D. 46,2,24). Todavia, entendem que a *hereditas iacens* era, no Direito clássico, uma *res nullius* no sentido não de puras coisas *sine domino*, mas de *res* que, embora sem um proprietário actual, têm um destino a que não é lícito subtraí-las: são *res sine domino*, conservadas e tuteladas para um determinado fim ⁹.

⁷ Assim pensa BIONDI (*Istituzioni*, cit. 640-642). A personificação da *hereditas iacens* é, na sua opinião, contrária aos princípios referentes aos efeitos da aceitação: se a *hereditas iacens* fosse um sujeito de direitos, o *de cuius* transmitir-lhe-ia a herança e a *hereditas iacens* transmiti-la-ia ao *heres*; teríamos um intermediário entre o *de cuius* e o *heres* quando este sucede directa e imediatamente àquele.

⁸ É esta a doutrina de VOCI (*Diritto Ereditario*, cit. 516-557). Segundo este A., a teoria da personificação da *hereditas iacens*, que pertence a IULIANUS, prevaleceu sobre a teoria da retroactividade da aceitação da herança (para quem o *dominus* é o *heres*) defendida por LABEO, PROCULUS e CASSIUS. Seguiram IULIANUS: AFRICANUS, ULPIANUS, PAPINIANUS PAULUS e mais tarde, Justiniano.

Ambas as doutrinas nem sempre chegaram aos mesmos resultados: *v. g.* a *stipulatio* a favor do defunto ou a favor do *heres* não era admitida por AFRICANUS (D. 12,1,41) e por PAPINIANUS (D. 45,3,18,2); mas já a admitem a favor do *heres* MODESTINUS (D. 45,3,35) e GAIUS (D. 45,3,28,4), apesar de este ser um dos sequazes de IULIANUS.

Contudo, também PROCULUS recusa a validade à *stipulatio* a favor do *heres* (D. 45,3,28,4).

⁹ É a doutrina de BONFANTE (*Corso*, cit. VI, 203-222). Este A. recupera a doutrina formulada, num segundo momento, por IHERING, para quem o Direito existe para um fim, que são os interesses que, à morte do *de cuius*, ainda não foram satisfeitos. Na *hereditas iacens* há uma

Outros entendem que vigorou inicialmente a doutrina da retroactividade da aceitação da *hereditas* que foi, todavia, superada pela ideia clássica de representação do *de cuius*¹⁰.

E há quem note que a *iurisprudentia* romana não teorizou, antes procurou resolver problemas concretos: para vencer as dificuldades de *capacitas* na actividade dos *servi*, recorreu ora à *persona defuntus* ora (de preferência) à *persona heredis*. No entanto, a *hereditas iacens* teria funcionado na prática como sujeito de direitos¹¹.

Estas e outras¹² divergências obrigam-nos a consultar as fontes pois, estando em causa um problema conceitual, impõe-se

permanência temporária do lado passivo (do objecto do Direito ligado à sua destinação para o seu futuro sujeito) do direito sem o lado activo.

IHERING, que abandonou a sua doutrina (elaborada há mais de 25 anos) da personificação da herança jacente, diz-nos que não observou, na altura, os textos (romanos) — D. 45,3,18,2; -45,3,36; -49,15,12,1 — que, devidamente interpretados, deveriam fazer hesitar e levar ao caminho certo.

Vid. IHERING, *Études Complémentaires de l'Esprit du Droit Romain*, trad. de O. de Meulenaere, V à IX (Paris 1903) 360-371.

ORESTANO (*Diritto Soggettivi e Diritti Senza Soggetto em IUS* 11(1960) 155-157) critica IHERING, em cuja (nova) doutrina vê um exasperado artifício para conciliar o inconciliável: o direito subjectivo e a existência de situações sem sujeito actual.

¹⁰ Assim, ACCARIAS (*o.c.* 928-930), que apoia a doutrina (inicial) da retroactividade nas palavras de GAIUS (D. 45,3,28,4): «*Heredis familia ex mortis tempore funesta facta intelligitur*». Estas palavras aludem, segundo ACCARIAS, a um velho prejuízo religioso: a família do defunto estava maculada enquanto um sacrifício particular a não purificasse. E esta maculação comunicava-se retroactivamente à família do herdeiro.

¹¹ Assim, FUENTESECA, *Puntos de Vista*, cit. 243-266.

¹² Além dos AA. falados nas notas anteriores, referimos: LECOQ, *o.c.* 121-123; ISSA-SAYEGH, *o.c.* 78²³ (para quem os Romanos prolongaram (ficticiamente) a personalidade do *de cuius* até à aceitação do *heres*); SOHM, *o.c.* 518-520 (que julga ter o *heres* representado o *de cuius* e defende, por isso, a doutrina da retroactividade da aceitação da herança); PEROZZI, *o.c.* 398-401 (que entende que a *iurisprudentia* trabalhou com vários conceitos — de *persona iuridica*, de *persona defuncti* e de *persona heredis* — e pensa que a ideia de *persona iuridica* agradou aos Bizantinos); ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 74-75 e 558 (que é da opinião de que a *iurisprudentia* utilizou, primeiro, a ideia de *res nullius* e, sucessivamente, a de

não «a missão indeclinável» de enquadrar dogmaticamente as soluções colhidas nos textos¹³, mas a tarefa, não menos irrecusável, de averiguar como as obtiveram e explicaram os jurisconsultos romanos clássicos.

A propósito da *actio legis Aquiliae* a conceder para reparação de um dano provocado numa *res hereditaria*, ULPIANUS dá-nos conta da opinião de CELSUS:

D. 9,2,13,2: «*Si servus hereditarius occidatur, quaeritur, quis Aquilia agat, cum dominus nullus sit huius servi. et ait Celsus legem domino damna salva esse voluisse: dominus ergo hereditas habebitur. quare adita hereditate heres poterit experiri*».

Um *servus* de uma *hereditas iacens* é assassinado e pergunta-se: a quem pertence a *actio legis Aquiliae*, uma vez que não há *dominus*? segundo CELSUS, citado por ULPIANUS, a *hereditas* será considerada como um *dominus* pelo que, após a aceitação, o *heres* poderá accionar o lesante. Observamos que ULPIANUS diz «*dominus nullus sit*» e CELSUS refere não *domina* (*hereditas habebitur*), mas *dominus*, o que, de harmonia com ULPIANUS, leva a pensar que a *actio* pertence à *hereditas iacens*, como se fosse um *dominus servi*.

Poderia, então, a *hereditas iacens* demandar o lesante com a ficção «*si dominus esset*»? O texto afasta esta *actio ficticia*, referindo que o seu exercício pertence ao *heres* (após a aceitação, naturalmente) que, sendo um verdadeiro *dominus ex iure civili*, não carece daquela *fictio*.

retroactividade da aceitação da herança, a da personalidade do *de cuius* e (na época pós-clássica) a de *persona (iuridica)*; e IGLESIAS, o.c. 614-616 (para quem os Romanos conceberam inicialmente a *hereditas iacens* como *res nullius* e aplicaram, em situações específicas, as ideias de retroactividade da aceitação e de prolongamento da personalidade do *de cuius*; e entende que estas três concepções eram complementares).

¹³ Vid. MOTA PINTO, C. A., *Teoria Geral do Direito Civil*³ (Coimbra 1985) 196-197.

Afastada esta, que resta? Uma explicação: a *actio legis Aquiliae* é instaurável pelo *heres* porque pertencia ao património hereditário de que é, agora, titular. Isto é, a *hereditas* perdeu uma *res* — um *servus* —, mas adquiriu uma *actio* para ser indemnizada: houve uma sub-rogação de uma *res* corpórea por um *ius* — uma *actio* — exactamente porque a *hereditas* funciona como se dona fosse dos bens que a formam.

Esta mesma ideia de uma *hereditas (iacens)* dona dos seus bens surge em PAULUS:

D. 46,4,11,2: «*Si servus hereditarius ante aditam hereditatem acceptum roget, quod defunctus promisit, verius puto contingere liberationem, ut per hoc hereditas ipsa liberetur*».

Um escravo da *hereditas* pede a *acceptilatio* de uma dívida hereditária e a *liberatio* produz-se a favor da própria *hereditas*. Naturalmente, o *servus* pagou a dívida com *pecunia* da *hereditas* e, portanto, esta deixou de dever; o património, que não terá diminuído nem aumentado, pertence à *hereditas* como detentora de uma individualidade própria.

É ainda ULPIANUS quem nos dá esta ideia de que a *hereditas (iacens)* é *domina* dos bens que a constituem:

D. 47,4,1,1: «*Haec autem actio, ut Labeo scripsit, naturalem potius in se quam civilem habet aequitatem, si quidem civilis deficit actio (...) hereditati furtum fecit, hoc est dominae, dominus autem dominave non possunt habere furti actionem cum servo suo...*».

Um escravo foi manumitido *ex testamento* e, entre a morte do testador e a aceitação do *heres*, subtraiu bens à herança para não chegarem à titularidade do *heres*. Como LABEO escreveu, é mais natural do que civilmente equitativo outorgar esta *actio* (que sabemos *in factum*). Falta a *actio civilis* porque o furto foi cometido à herança que é *domina* e, sendo-o, não pode instaurar a *actio furti* contra um *servus* que lhe pertence.

É óbvio que tal *actio* só a poderia instaurar o *heres* (depois de aceitar a herança), mas esta possibilidade justifica-se por pertencer à *hereditas (iacens)*. E que assim é, di-lo ULPIANUS:

D. 47,10,1,6: «...denique Iulianus scribit, si corpus testatoris ante aditam hereditatem detentum est, adquiri hereditati actiones dubium non esse. idemque putat et si ante aditam hereditatem servo hereditario iniuria facta fuerit: nam per hereditatem actio heredi adquiretur».

Se a *iniuria* ao *corpus testatoris* é feita antes de o *heres* aceitar a herança, as *actiones* são adquiridas, segundo IULIANUS, pela *hereditas*; e a mesma aquisição tem lugar em *iniuria* feita a um escravo hereditário, antes da aceitação da herança. O herdeiro adquire essa *actio* quando aceitar a *hereditas*.

Em conclusão: este grupo de textos¹⁴ apresenta-nos a *hereditas iacens* como *domina* dos seus bens; e reservam ao *heres* a sua (futura) disponibilidade que se traduz, em matéria de *actiones*, na faculdade de as instaurar.

Noutros fragmentos, a *hereditas iacens* é dita *domini (dominaeve) loco* e *personae vice*. Assim, vemos em FLORENTINUS:

D. 46,1,22: «Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas».

O juriconsulto entende que se pode afiançar uma dívida após a morte do devedor e antes da aceitação da herança, a que pertence. E explica: porque a *hereditas* faz as vezes de pessoa; como esta, também ela pode ser devedora e as suas dívidas podem ser igualmente garantidas. Sempre, todavia, será um *heres* (verdadeiro ou fictício: o *bonorum possessor*) a ser demandado pelos *creditores*, situação que se harmoniza com o primeiro grupo

¹⁴ No mesmo sentido, vid. PAULUS (D. 3,5,20(21),1) e GAIUS (D. 28,5,31,1).

de textos abordados: a *hereditas é domina* do activo que a forma e também das dívidas constituintes do seu passivo. Simplesmente, assim como só o *heres* pode accionar os seus devedores, igualmente só o *heres* (verdadeiro ou fictício) podem os credores demandar¹⁵.

Mas a ideia de personificação não se esgota nestes fragmentos¹⁶. De facto, outros há em que a *hereditas iacens* surge como representante do *de cuius*. É o que vemos em GAIUS:

D. 28,5,31,1: «*Hereditarium servum ante aditam hereditatem ideo placuit heredem institui posse, quia creditum est hereditatem dominam esse defuncti locum optinere*».

Segundo GAIUS, diz-se que o *servus* de uma *hereditas iacens* pode ser instituído *heres* por se admitir que a *hereditas é dona* e ocupa o lugar do defunto.

Este fragmento, que não contraria a impossibilidade de o *servus* aceitar uma *hereditas* sem o *iussum heredis*¹⁷ — pois instituir *heres* e aceitar uma *hereditas* são coisas distintas —, manifesta, como FUENTESECA assinala¹⁸, uma certa personificação da *hereditas iacens*, veiculando, destarte, a mesma linha de pensamento que notámos nas fontes já abordadas. Mas GAIUS diz-nos mais: como *domina*, a *hereditas iacens* ocupa o lugar que fora do *de cuius*. Não se diz que representa o *defunctus*¹⁹ — o que, em verdade, seria

¹⁵ Em sede própria (no 2.º vol. deste trabalho), estudaremos a *bonorum possessio* e a respectiva ficção «*si heres esset*».

¹⁶ No mesmo sentido do D. 46,1,22, cfr.: D. 11,1,15pr.; -41,3,15pr.; -43,24,13,5.

¹⁷ Cfr. *supra* a nota 3.

¹⁸ Vid. FUENTESECA, *Puntos de Vista*, cit. 250.

¹⁹ Cfr. D. 9,2,13,2. Não nos parece muito feliz, neste aspecto, a tradução em castelhano do D. 41,1,34: «...la herencia representa al difunto y no al <futuro> heredero...».

O verbo *sustinere* não significa representar — dir-se-ia, mais correctamente, *repraesentare* —, mas manter, conservar e, mais propriamente (no texto), exercer a função que fora — quando vivia — a do defunto.

Este verbo alerta-nos para um figura jurídica — a *hereditas iacens* — que tem uma *testamenti factio* passiva idêntica à que o *de cuius* tivera;

impossível sem uma *fictio*, de todo desnecessária em virtude da faculdade reservada, *iure civili*, ao *heres* para demandar e ser demandado. Apenas é dito, a título explicativo, que é seu o lugar outrora ocupado pelo *de cuius* e, por isso, tal como um *servus* deste — quando vivia — podia ser instituído *heres*, igualmente o podia ser após a sua morte e, portanto, quando a herança ainda estava jacente. Mas é óbvio que o *iussum* para aceitar a herança só o podia formular o (futuro) *heres*, do mesmo modo que só a este pertencia a faculdade de dirigir a *hereditatis petitio*, como esclarecidamente adverte HERMOGENIANUS:

D. 41,1,61pr.: «...tamen quia adire iubentis domini persona desideratur, heres exspectandus est».

Ao ocupar o local, que pertencera ao *de cuius*, a *hereditas iacens* vem a gozar de uma *testamenti factio* passiva idêntica à que o *defunctus* tivera: assim como este (em vida), também a *hereditas* (a que deu causa) podia ser instituída *heres*, obviamente através de um *servus* (*hereditarius*). E a referência ao *defunctus* para explicar a capacidade testamentária (passiva) da *hereditas iacens* justificava-se: sendo igual e mais bem conhecida, bastaria referir a *testamenti factio* do *de cuius*. Por outro lado, a incerteza do (futuro) *heres* e a sua capacidade eventualmente desigual afastavam a referência à *persona heredis*²⁰. De resto, quem instituída *heres* um *servus* pertencente a uma *hereditas iacens* podia pensar mais nos *bona* que a formavam do que no seu futuro e incerto *heres*²¹.

À luz desta perspectiva, os textos, que referem a *persona defuncti*²² e os que nos apresentam a *hereditas iacens* como *domina*,

mas, da circunstância de serem idênticas não pode deduzir-se que seja uma só: a *hereditas iacens*, como *domina*, tem uma *testamenti factio* passiva, enquanto o *de cuius* deixou de a ter.

²⁰ Cfr. D. 31,55,1.

²¹ V. g. um testador pode desejar que o seu património se junte ao de uma *hereditas* que ainda jaz.

²² Além do texto estudado, cfr.: D. 28,5,53(52); -30,116,3; -41,1,33,2; I. 2,14,2; -3,17pr.

harmonizam-se perfeitamente: estes falam-nos de um ente jurídico que existe *a se*; aqueles referem que tem uma *testamenti factio* idêntica à que o *de cuius* teve em vida.

Mas há um outro grupo de textos que falam do (futuro) herdeiro como sucessor directo e imediato do *de cuius*. V. g. FLORENTINUS escreveu:

D. 29,2,54: «*Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intellegitur*».

Seja qual for o momento em que aceita a herança, entende-se que o *heres* sucedeu ao defunto a partir da sua morte. Neste fragmento — e noutros²³ —, que afirma a retroactividade da *hereditatis aditio*²⁴, a *hereditas iacens* parece excluída. No entanto, sendo incontroversas a sua existência como *domina* dos bens, que a formam, e a sua capacidade para fazer seus os bens adquiridos *mortis causa* e *inter vivos* pelos *servi hereditarii*; e tendo a partilha da *hereditas* carácter translativo ou aquisitivo²⁵, a retroactividade da *hereditatis aditio* perde toda a veracidade para se reduzir, quando muito, a uma simples maneira de expressar, com algum vivacidade, que o *heres* sucede nos *bona defuncti*.

²³ Cfr. ainda: D. 45,3,28,4; -50,17,138pr.; -50,17,193.

²⁴ Sobre a ficção no efeito declarativo no *Code Civil* (francês) — art. 883.º —, vid.: DABIN, *o.c.* 294-295 (para quem atribuir à partilha um carácter declarativo é apagar o estado de indivisão e, portanto, destruí-la); GÉNY, *o.c.* 405-408 (que nos esclarece os motivos que estão na base desta ficção: manter a exacta igualdade de direitos entre os co-herdeiros, premuniendo cada um contra as disposições feitas pelos outros durante a indivisão); e LECOCQ, *o.c.* 79-83 (para quem esta ficção não é um legado romano que via na partilha um acto translativo da propriedade, mas um produto da jurisprudência do séc. XVI).

²⁵ Cfr. D. 8,1,2; -10,3,6,8; -20,6,74; -33,2,31.

Vid. BIONDI, *Istituzioni*, cit. 664-665 que explica: «*La divisione ha sempre carattere traslativo od acquisitivo, giacchè si attua mediante atti traslativi del dominio oppure per mezzo di 'adiudicatio', che è modo de acquisto del dominio; in realtà è una situazione giuridica nuova e diversa che si attua*».

No mesmo sentido, vid. VOCI, *Diritto Ereditario*, cit. 749; CHAMOUN, E., *Instituições de Direito Romano*⁴ (Rio, São Paulo 1962) 477; e FUENTESSECA, *Derecho*, cit. 576-577.

Finalmente, interessa analisar um grupo de textos em que a *hereditas iacens* é vista como *res nullius*:

D.; 1,8,1pr: «...*id vero, quod humani iuris est, plerumque alicuius in bonis est, potest autem et nullius in bonis esse: nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt...*».

Classificando as *res* de Direito divino e de Direito humano consoante não pertençam ou pertençam a alguém, GAIUS refere, todavia, que também as de Direito humano podem não se encontrar *in bonis*: assim, as *res hereditariae* antes da *heredis aditio*.

Estará este fragmento em oposição aos que vêem na *hereditas iacens* a *domina* dos seus bens?

A resposta, talvez no-la dê o próprio GAIUS:

D. 31,55,1: «*Si eo herede instituto, qui vel nihil vel non totum capere potest, servo hereditario legatum fuerit, tractantibus nobis de capacitate videndum est, utrum heredis an defuncti persona an neutrius spectari debeat. et post multas veritates placet, ut, quia nullus est dominus, in cuius persona de capacitate quaeri possit, sine ullo impedimento adquiratur legatum hereditati atque ob id omnimodo ad eum pertineat, quicumque postea heres exstiterit, secundum quod accipere potest...*».

Fez-se um legado a um escravo hereditário. Pergunta-se: para efeitos da capacidade de adquirir, quem deve considerar-se — o (futuro) herdeiro, o defunto ou nenhum deles?

Segundo informou GAIUS, depois de muitas dúvidas, admite-se que, não havendo um *dominus* a cuja capacidade pudesse atender-se, o legado é adquirido pela *hereditas (iacens)* e, assim, deverá pertencer ao (futuro) *heres* nos limites da sua capacidade. Isto é, a *hereditas iacens* funciona como *domina* porque o *servus* não tem ainda um *dominus*: deixou de o ser o *de cuius* e ainda não o é o *heres* que, entretanto, não existe. Tão depressa este exista, o *servus* tê-lo-á como *dominus* e a *hereditas iacens* extinguir-se-á, cumprida a sua função: de aguardar um herdeiro.

Se nos interrogarmos acerca do indivíduo a quem pertencem os *bona hereditaria* e verificarmos que faleceu e ainda ninguém o substituiu, diremos que esses *bona* não têm, de momento, um *dominus*: são *res nullius*²⁶. Mas, se olharmos para o regime *sui generis* em que se acham e os torna insusceptíveis de *occupatio*, permite qualificar de *furtum* a sua subtração e possibilita uma dinâmica que aumenta e diminui o património hereditário, diremos que têm na própria *hereditas* a sua *domina*: uma *domina* que adquire, vende, contrata, recebe e satisfaz créditos; mas não pode demandar nem ser demandada—não tem, em si mesma, capacidade processual porque esta ultrapassa a sua função de «depositária» de direitos e obrigações que esperam um *dominus*: um *heres*.

Que será, então, a *hereditas iacens* para a doutrina romana clássica?

Também nós somos da opinião de que a *iurisprudencia* se preocupou com os problemas práticos e, fiel ao seu método vincadamente casuístico, não enveredou pela via de formulações teóricas que explicassem a natureza (jurídica) da *hereditas iacens*²⁷. Simplesmente, não estará subjacente às suas decisões uma ideia acerca da herança jacente?

Na falta de *heres* e perdido o seu titular — o *de cuius* —, a *hereditas* mantém-se juridicamente dinâmica: aumenta e diminui como se *domina* fosse dos bens que a formam. No entanto, só ao *heres* pertencem as *actiones* resultantes dos factos praticados pelo *servus* e dos danos causados ao património hereditário²⁸.

²⁶ Além do D. 31,55,1, cfr.: D. 15,1,3pr.; -28,5,65(64); -38,9,1pr.; -43,24,13,5.

²⁷ Neste sentido, vid. FUENTESECA, *Puntos de Vista*, cit. 266; PEROZZI, o.c. 398-400; SCHULZ, o.c. 279; VOCI, *Diritto Ereditario*, cit. 537; BRAGA DA CRUZ e ALMEIDA COSTA, o.c. 483; e BONFANTE, *Corso*, cit. VI, 217-218.

²⁸ Cfr. D. 9,2,13,2; -9,2,43; -43,24,13,5.

Pertencem-lhe, v. g. *actio legis Aquiliae*, a *actio arborum furtim caesarum* e o *interdictum quod vi aut clam*. Vid. PEROZZI, o.c. 401; e BONFANTE, *Corso*, cit. VI, 207.

Terá, pois, sentido falar-se de uma verdadeira *persona iuridica*?

Não cremos: falta-lhe a faculdade de *agere*²⁹. Como refere BONFANTE, «*diritti ed obblighi sono riferiti all' hereditas in quanto aumentano o diminuiscono la consistenza obbiettiva dell' eredità, no in quanto questa sia concepita come subbietto: pertanto la teoria della persona giuridica non è certamente di conio dei giureconsulti romani*»³⁰. Trata-se, com efeito, de um conjunto de bens cimentados pela ideia de afectação a um fim: o de passarem para a titularidade dum (futuro) herdeiro: por isso, julgamos mais realista a teoria de IHERING que BONFANTE recuperou³¹.

Não sendo uma (verdadeira) *persona iuridica*, perde toda a oportunidade falar-se de *fictio* (dogmática). E, relativamente à *fictio* (histórica), recordamos GARCIA GARRIDO para quem a expressão '*domini loco*' «*no implica ficción alguna sino una construcción doctrinal*» e tão-pouco «*la consideración de la herencia como 'domina' supone que se utilice la ficción, pues se trata simplemente de un atributo lógico, de una apreciación a efectos jurídicos que no deforma una realidad*»³².

Porém, se algum sentido tem falar-se de *domina* ou de *persona*, trata-se simplesmente de uma expressão breve e cómoda que nos transmite imediatamente a sua idoneidade para adquirir direitos e contrair obrigações: a *fictio* dogmática

²⁹ A ideia de *persona iuridica* teria agradado aos Bizantinos, segundo PEROZZI (o.c. 399) e ARANGIO-RUIZ (*Istituzioni*, cit. 74-75). Na opinião de SCHULZ (o.c. 280), ter-se-ia imposto na época pós-clássica.

³⁰ Vid. BONFANTE, *Corso*, cit. VI, 221.

³¹ Vid. *supra* a nota 9. Parece-nos ser, também, esta a doutrina acolhida, entre nós, por Manuel de ANDRADE e MOTA PINTO (o.c. 197).

³² Cfr. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Límites*, cit. 340-342. Com efeito, estas observações finais de GARCÍA GARRIDO só valem para a *fictio* histórica: não se aplicam à *fictio* dogmática.

Porém, não deixamos de observar que alguns AA. vêem na *hereditas iacens* uma *fictio* (histórica): assim, v. g., DE RUGGIERO, o.c. 185; BETTI, *Istituzioni*, cit. 78; DABIN, o.c. 291; e GÉNY, o.c. 417.

Contra, vid. ainda: LECOQC, o.c. 121-122; ROBBE, o.c. 666; e ESSER, o.c. 96-97.

desempenha, aqui, a sua função metafórica de índole puramente cognoscitiva³³.

§ 15.2.1.4 Com fundamento nos textos que apresentam o *heres* como um sucessor «*in universum ius quod defunctus habuerit*»¹ ou alguém que possui a mesma *potestas* e o mesmo *ius*, «*cuius fuit defunctus*»²; e, sobretudo, tendo em vista o *praefatio* da N. 48, segundo o qual «*quamquam nostris legibus una quodammodo persona videtur esse heredis et eius qui hereditatem in eum transmittit*», a doutrina romanista — e não-romanista — diverge, ainda hoje, sobre a existência ou não de uma *fictio* na base do princípio de que o herdeiro continua a personalidade do *de cuius*, formando com este uma única *persona*.

Com efeito, podemos distinguir uma corrente ficcionista, onde vemos DABIN a falar de uma «ficção-motivo»³; e MACCHIARELLI a referir que se fundamenta numa ficção o princípio romano de que o *heres* representa, substitui e continua a *persona defuncti*⁴.

Todavia, vemos igualmente um pensamento aparentemente não-ficcionista, segundo o qual não se trata de uma *fictio*,

³³ Terá sido a crença na existência duma ficção (histórica) que verdadeiramente deturpa a realidade, que levou alguns AA. a considerarem interpolados os textos *hostis* ao seu pensamento da inexistência dessa *fictio* na época clássica.

Cfr. ACCARIAS, *o.c.* 930¹; SCHULZ, *o.c.* 280; DI MARZO e SCADUTO *apud* FUENTESECA, *Puntos de Vista*, cit. 243; D'ORS, *Derecho*, cit. 173; IGLESIAS, *o.c.* 616; e BONFANTE, *Corso*, cit. VI, 219-221.

¹ Cfr. D. 50,17,62.

² Vid. D. 50,17,59.

³ É uma ficção que procede menos por definição do que por comparação, ou seja, explica um direito preexistente: «*Ce n'est pas parce que l'héritier est substitué au défunt que le droit le traite, à certains égards, comme le défunt; c'est, au contraire, parce que l'héritier est traité et mérite d'être traité comme le défunt que l'on a été amené à construire l'idée fictive de la continuation de la personne*».

Vid. DABIN, *o.c.* 342.

⁴ Vid. MACCHIARELLI, *o.c.* 565 que nos informa, ainda, que os antigos Doutores divergiram quanto à existência desta *fictio* no *Ius Romanum*; e nos Direitos germânico e franco vê os seus primeiros traços nos Borgónios e nos Longobardos, em 671.

mas, tão-só, dum abuso de linguagem, duma imagem que impressiona o espírito ou duma maneira fácil de dizer que o *heres* se torna titular de todos os direitos e obrigações do defunto⁵.

Que se pretende afirmar com o aforismo de que o herdeiro continua a pessoa do defunto?

Somente, que o *heres* é o continuador das relações jurídicas que pertenceram ao defunto. Na verdade, é inexacto dizer que o *heres* continua a personalidade do *de cuius*, pois esta é intransmissível e o herdeiro tem a sua personalidade que nada tem a ver com a do defunto; do mesmo modo, tão-pouco se deve falar de representação (em sentido técnico), já que o *heres* age em nome e no interesse próprio⁶.

Expressamente afirmado no Direito justinianeu (no *praefatio* da N. 48), pergunta-se: em que época surgiu esse aforismo?

A sua origem histórica é difícil de determinar e, ainda aqui, a doutrina está dividida: *v. g.* enquanto SCHULZ entende que é estranho aos juristas clássicos, VOCI atribui-o a tempos remotos; FADDA é da opinião de que repugna ao antigo Direito; e BIONDI vê nele uma criação das escolas orientais da tardia época pós-clássica⁷.

Todavia, não será arriscado situá-lo nos primitivos tempos de Roma — na época arcaica — quando a *familia* era uma comunidade de pessoas e bens dirigida por um chefe — o *paterfamilias* — sob cujo poder aquelas e estes se encontravam.

⁵ Vid. LECOCQ, *o.c.* 66-70; BIONDI, *Istituzioni*, cit. 29; VOCI, *Diritto Ereditario*, cit. 173⁸-174⁷²; PEROZZI, *o.c.* 448-449; FADDA, *o.c.* 17-18; BONFANTE, P., *L'Origine dell'«Hereditas» e dei «Legata» nel Diritto Successorio Romano em Scritti Giuridici Varii I* (Turim 1916) 158, 162 e 167. e SOLAZZI, S., *Contro la Rappresentanza del Defunto em RISG* 58(1916) 277 e 280.

⁶ Vid. BIONDI, *Istituti Fondamentali di Diritto Ereditario Romano I* (Milão 1946) 27-28.

Cfr. ainda: GÉNY, *o.c.* 403; LECOCQ, *o.c.* 62-63; BONFANTE, *L'Origine*, cit. 165 e 167; SOLAZZI, *Contro*, cit. 278-279; JALLU, O., *Essai Critique sur l'Idée de Continuation de la Personne* (Paris 1902) 12-13; SCIALOJA, *Diritto Ereditario Romano. Concetti Fondamentali* (Roma 1934) 68; e FADDA, *o.c.* 18.

⁷ Vid. SCHULZ, *o.c.* 205; VOCI, *Diritto Ereditario*, cit. 173⁸; e FADDA, *o.c.* 27.

Nesses tempos, estava difundida a ideia de que os *patres* sobreviviam nos *fili*, sendo os *heredes* os continuadores e os perpetuadores da personalidade dos *defuncti*⁸. E ter-se-á consolidado, mais tarde, quando a Patrística retomou as ideias de Platão, segundo as quais era necessário perpetuar e imortalizar o Homem e, destarte, sugeriam a sua perene identidade nas gerações futuras⁹.

Seja com for, transposto para o direito sucessório, o aforismo «o herdeiro continua a pessoa do defunto» levaria, se o acolhêssemos em todas as suas implicações lógicas, a situações jurídicas verdadeiramente insustentáveis, quais a de transmitir ao herdeiro as relações familiares e os direitos políticos do defunto e a de aplicar àquele as penas corpóreas em que este incorrera e não tinha cumprido, quando faleceu¹⁰. Por isso, havemos de compreender as críticas dirigidas pela doutrina que vê naquele aforismo um produto da fantasia que a ninguém serve e leva a uma selva de erros¹¹.

Ora, porque jamais essas consequências se produziram no *Ius Romanum*¹², não se trata de uma verdadeira *regula iuris*, mas, tão-só, duma expressão metafórica extremamente sugestiva para dispensar outros esclarecimentos sobre a posição jurídica do *heres* em relação à *hereditas*.

⁸ Vid. SCHULZ, *o.c.* 204; e CRUZ, *Direito Romano*, cit. 228.

⁹ Neste sentido, a frase evangélica «Tu es Petrus» significaria que o Papa, mais do que sucessor, era a própria pessoa de Pedro.

Vid. BIONDI, *Il Diritto Romano Cristiano III* (Milão 1954) 323-325. Cfr. ainda: BORTOLUCCI, *La 'Hereditas' come 'Universitas' e Successione nella Personalità Giurídica del Defunto. Sviluppo e Critica dei Concetti em BIDR 42 (1934) 163.*

¹⁰ Vid. GÉNY, *o.c.* 404; LECOCQ, *o.c.* 66; e ACCARIAS, *o.c.* 836⁴.

¹¹ Vid. BONFANTE, *L'Origine*, cit. 169; JALLU, *o.c.* 44; SCIALOJA, *Diritto Ereditario*, cit. 68-69; e FADDA, *o.c.* 17-18.

¹² Mesmo no aspecto estritamente sucessório do Direito privado, nunca o aforismo em questão produziu todas as suas consequências lógicas: *v. g.* a possibilidade de o *heres* responder por um passivo superior ao activo e a de os credores da *hereditas* serem prejudicados pelos do *heres* e vice-versa eram afastadas pelos institutos do *ius abstinendi*, da *separatio bonorum* e do benefício de inventário.

Vid. LECOCQ, *o.c.* 70.

Na verdade, o *Ius* encarou, frontal e directamente, a realidade — um património (activo e passivo) que perdeu o seu titular —, a cuja disciplina ofereceu um conjunto de normas.

Um simples relance permite observar que, no aspecto patrimonial, as relações jurídicas são as mesmas; tão-somente houve mudança de titular. Assim, para fazer compreender perfeitamente a situação jurídica do *heres*, fácil seria à doutrina afirmar que este continua (ou representa) a pessoa do defunto; pouparia a repetição dum complexo de direitos e de obrigações que, além de cansativa, arriscar-se-ia a ser incompleta.

Não havendo que integrar o *ius (civile)*, não há oportunidade para a *fictio* histórica.

No entanto, a finalidade simplesmente explicativa, a forma linguística utilizada — expressão breve que impressiona e não se esquece — e a metodologia seguida — a comparação da situação jurídica do *heres* com a (já perfeitamente conhecida) do *de cuius* — sugerem, indubitavelmente, que se trata de uma verdadeira *fictio* dogmática que desempenhou uma função cognoscitiva.

§ 15.2.1.5 Em relação ao Direito contemporâneo, a doutrina encontra-se dividida a propósito da natureza das «pessoas jurídicas», confrontando-se, fundamentalmente, duas teorias: a ficcionista, para quem estamos perante uma verdadeira ficção, porque entende que só o indivíduo humano é uma pessoa¹; e a teoria realista, que nega a existência de alguma ficção, pois as «pessoas jurídicas» são tão reais como os indivíduos — são dotadas de pensamento e de vontade e têm uma existência e uma actividade que se revela exteriormente —

¹ Esta teoria, cuja origem alguns AA. atribuem ao *Ius Romanum* (v. g. HUMBERT, o.c. 1112) e outros ao Direito canónico (v. g. MACCHIARELLI, o.c. 564), afirmou-se decididamente na Escola Histórica, sobretudo com SAVIGNY.

Vid. DEKKERS, o.c. 216; PUGLIATTI, o.c. 664; DE RUGGIERO, o.c. 185; e LEONHARD, o.c. 2270.

e, por isso, gozam de personalidade jurídica: têm um património, adquirem bens e direitos e assumem obrigações².

Entre ficcionistas e realistas aparece DABIN que entende ser necessário colocarmo-nos no momento da introdução duma regra no Direito para determinarmos se há ou não uma *fictio*. Assim, em Roma, só o indivíduo humano, dotado de razão e de liberdade, existia por si próprio e nele assentava a ideia de personalidade; por isso, o Direito teve de recorrer a uma *fictio* para atribuir a personalidade a agrupamentos de indivíduos humanos. Porém, já não é este o modo de ver dos filósofos, psicólogos, moralistas e sociólogos que vêem a qualidade de pessoa nos agrupamentos humanos que têm uma certa vida orgânica. Não somente estas colectividades existem como entidades distintas da soma dos indivíduos componentes, mas até, pela sua natureza (mesmo cientificamente analisada) merecem a qualificação de pessoa. Deste modo, DABIN entende que a ficção de ontem tornou-se, hoje, uma verdade científica: a ficção romana sucumbiu³.

Também não podemos situar LECOCQ entre os ficcionistas nem entre os realistas. Na sua opinião, é uma habilidade, de todo improvável, querer encontrar, nas expressões romanas «*vicem personae sustinet*» ou «*personae vice fungitur*», a prova de que esta *fictio* é romana: os Romanos jamais consideraram pessoas (à semelhança dos homens) os agrupamentos organizados com uma certa vida jurídica; tão-só compararam esses entes colectivos ao indivíduo humano para o espírito melhor os captar e reter. Trata-se, pois, dum meio engenhoso de resumir e comparar: foi, no *Ius Romanum*, uma imagem, uma forma de linguagem destinada a sugerir uma aproximação mental e só esta pode ser actualmente a sua natureza — um expediente de exposição⁴.

² Esta doutrina terá nascido na Alemanha e foi desenvolvida sobretudo por GIERKE.

Vid. PUGLIATTI, *o.c.* 664; DE RUGGIERO, *o.c.* 185; e LECOCQ, *o.c.* 188-189.

³ Vid. DABIN, *o.c.* 312-317.

⁴ Vid. LECOCQ, *o.c.* 180-182, 187-188 e 206-207.

Mas, se os não-romanistas fazem, nesta matéria, constantes referências ao *Ius Romanum*, onde procuram um apoio confortável, interessa-nos saber o que pensa a doutrina romanista.

SAVIGNY entende que se trata de uma *fictio* porque os sujeitos de direitos e de obrigações são seres imaginários e jamais os seus membros⁵.

IHERING viu na pessoa jurídica uma *fictio* dogmática, cuja tarefa era facilitar, tão-só, uma concepção jurídica. Na sua opinião, o objectivo jurídico de uma pessoa moral não se limita às pessoas físicas que formam, momentaneamente, a comunidade dos seus membros, pois esse objectivo estende-se aos seus futuros elementos; e o antropomorfismo das pessoas jurídicas não justifica a sua génese nem a sua *ratio*. A pessoa jurídica é, somente, uma máscara destinada a ocultar os verdadeiros titulares dos direitos: os interessados na comunidade que se movem atrás e de que o ente jurídico é porta-voz. É certo que os diversos interessados não aparecem exteriormente, sendo tal papel desempenhado pela comunidade; simplesmente, esta actua em nome dos titulares dos direitos ou daqueles a quem a *res* se refere, servindo a expressão «pessoa jurídica» só para designar os interessados, sem os fazer conhecer. Na verdade, a pessoa jurídica é, como tal, incapaz de gozar, não tem interesses nem fins e, destarte, não pode ter direitos, só possíveis onde puderem ser úteis ao seu titular. Ora, esta concepção — para a qual os direitos são interesses juridicamente protegidos — data dos primeiros tempos de Roma, onde uma corporação é designada pelo nome dos seus membros (*v. g. gentiles, cives, municipes, publicani, coloni, etc.*) e o seu património é referido como pertencendo aos seus membros (*v. g. agri virginum vestalium, proprietates ad colonos pertinent*)⁶.

ALBERTARIO observa que o significado de *corpus* e de *universitas* difere nas épocas clássica e justinianeia: naquela, *corpus*

⁵ Vid. *supra*, a nota 1.

⁶ Vid. IHERING, *L'Esprit*, cit. 215-217, 299 e 342-350 e *Études Complémentaires*, cit. 372-377.

exprime a colectividade das pessoas que formam um agregado e não este compreendido ficticiamente como único sujeito de direitos⁷; nesta, indica uma pessoa fictícia, ou seja, um sujeito jurídico diferente e independente dos seus membros⁸. Quanto ao termo *universitas*, ALBERTARIO entende que os juristas clássicos não o utilizaram em sentido abstracto: *universitas* tem um significado real, concreto, alude aos *cives*, aos *municipes* e não à *civitas* e ao *municipium* como sujeitos jurídicos independentes dos seus membros⁹; porém, no Direito justiniano, as *civitates*, os *municipia*, os *collegia* e os *corpora* são pessoas fictícias diferentes das pessoas físicas que os formam¹⁰.

FERRARA, que não sendo propriamente um romanista, revela, todavia, um bom conhecimento do *Ius Romanum*¹¹, entende que este *Ius* ignorou o conceito de pessoa jurídica. Na sua opinião, o Estado e os outros entes colectivos eram sujeitos dum poder jurídico, mas não de carácter privado: o que pertence ao *populus* reentra na esfera do *ius publicum*, estando o Estado acima e fora do Direito privado e pertencendo os bens à categoria de *res extra commercium*. No entanto, por força duma híbrida posição jurídica, os *municipia* acabaram por ser investidos de direitos privados como se fossem cidadãos; por sua vez, os

⁷ O A. cita: D. 1,2,2,25; -1,2,2,26; -4,2,9,1; -34,5,20,1; -50,16,195,2; -50,16,195,3.

Vid. ALBERTARIO, *Studi di Diritto Romano* I (Milão 1933) 99-100.

⁸ ALBERTARIO (*Studi*, cit. 100-106) cita, como interpolados: D. 2,4,10,4; -3,4,1,1-3; -12,2,34,1; -37,1,3,4; -46,8,9; -48,18,1,7.

⁹ Os Romanos preferiram falar de *municipes* e de *cives* a *municipium* e a *civitas* (D. 3,4,2; -3,4,7pr.; -4,3,15,1; -10,4,7,3).

Vid. ALBERTARIO, *Studi*, cit. 112-115 onde cita: ULPIANUS, XXII,5; D. 36,1,27(26); -38,3,1pr.; -41,2,1,22.

¹⁰ Esta nova concepção encontra-se nos textos interpolados: D. 3,4,2; -3,4,7,2; -12,2,34,1; -29,2,25; -46,1,22.

Vid. ALBERTARIO, *Studi*, cit. 116-120.

¹¹ Aliás, não surpreende que FERRARA evidencie tão bons conhecimentos de Direito, pois trata-se, indubitavelmente, dum grande civilista e, como dizia Guilherme MOREIRA, «...Ninguém pode ser um bom civilista, se não for, pelo menos, um razoável (sic) romanista».

Vid. Guilherme MOREIRA apud Sebastião CRUZ, *Direito Romano*, cit. XXXV.

collegia constituíram-se corporativamente à imitação dos *municipia* e, como estes, adquirem capacidade privada (D. 3,4,1,1). Deste modo, tendo por modelo o *municipium*, todas as associações lícitas foram reconhecidas capazes patrimonialmente pelo Direito privado. Finalmente, esta subordinação ao *ius privatum* veio a aplicar-se igualmente ao Estado que, entendido no seu lado patrimonial (*Fiscus*), entra na categoria das *personae iuridicae*¹². É certo que subsistem traços da opinião ingénua de que os sujeitos de direitos eram os *cives* e os indivíduos associados¹³; todavia, FERRARA entende que esta concepção parece afastada na época clássica, onde a *universitas* se distingue dos *singuli*: a totalidade é contraposta aos membros, é um ente jurídico distinto, um terceiro, um estranho¹⁴.

Urge, ainda aqui, analisar as fontes.

O princípio geral de que uma corporação é um ente jurídico patrimonialmente capaz de adquirir direitos

¹² Segundo FERRARA, leis especiais concederam aos *municipia* a faculdade de manumitirem *servi* e de gozarem do correspondente *ius patronatus*; mais tarde, este *ius* foi estendido a todas as associações lícitas (D. 40,3,1). Trajano e Nerva concederam aos *municipia* a faculdade de receberem fideicomissos e legados e, seguidamente, a *testamenti factio passiva* (D. 38,3,11). Os *collegia* receberam de Marco Aurélio a faculdade de adquirirem legados (D. 34,5,20; -40,3,1).

Tudo isto mostra, pensa FERRARA, o desenvolvimento da personalidade dos entes colectivos e a sua parificação às pessoas físicas: *civitates privatorum loco habentur* (D. 50,16,16); *municipium personae vice fungitur* (D. 46,1,22). No entanto, esclarece FERRARA, nunca a jurisprudência clássica lhes aplicou o termo *persona*.

Vid. FERRARA, F., *Teoria delle Persone Giuridiche* (Nápoles 1915) 22-33.

¹³ Assim, fala-se de *municipes*, de *municipium nomine*, de *res communes municipium* (D. 4,3,2), de *coloni eius coloniae*, de *universi consentire non possunt* (D. 41,2,1,22). Todavia, o *servus* manumitido pode accionar livremente os associados (D. 2,4,10,4); o património da corporação não é um condomínio dos seus membros, mas uma propriedade do ente colectivo (D. 1,8,6,1); os créditos e os débitos da *universitas* não pertencem aos seus membros (D. 3,4,7,1).

Vid. FERRARA, *Teoria*, cit. 34-35.

¹⁴ Cfr. D. 41,2,1,22; -48,18,1,7.

Vid. FERRARA, *Teoria*, cit. 36.

e assumir obrigações encontra-se num texto atribuído a ULPIANUS:

D. 3,4,7,1: «*Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet unviersitas singuli debent.*»

Observamos que tanto os créditos como os débitos de uma *universitas*¹⁵ pertencem a um património independente e separado dos patrimónios dos seus membros: a *universitas* tem, portanto, capacidade patrimonial para adquirir e alienar. Esta mesma ideia de um ente *a se*, patrimonialmente autónomo, encontra-se dispersa em várias fontes¹⁶, merecendo destaque, pela sua genuinidade (pelo menos substancial) dois textos, respectivamente de PAULUS e de ULPIANUS:

D. 34,5,20(21): «*Cum senatus temporibus divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod, si corpori cui licet coire legatum sit, debeatur: cui autem non licet si legetur, non valebit, nisi singulis legetur: hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum.*»

Segundo PAULUS, o Senado permitiu, no tempo de Marco Aurélio, legar às corporações; por isso, é devido um legado feito

¹⁵ A palavra deriva de *unus*, significando *universitas* a redução a *unum*. Os juristas entendem uma *universitas* em contraposição a *partes* quando falam de *universitas fundi* (D. 10,2,30).

Também CICERO (*De nat. deor.* 2,85) entende *universitas* como totalidade, ao contrapor a *universitas generis humani* aos *singuli* ou *pauciores homines*.

Vid. BIONDI, *La Dottrina Giuridica della 'Universitas' nelle Fonti Romane* em *IUS* 6(1955) 255-256.

¹⁶ Vid. D. 3,4,1,2; -3,4,1,3; -3,4,7,2; -4,2,9,1; -36,1,1,15; -48,18,1,7.

Também a obediência às disposições legais na constituição dum ente colectivo pode sugerir a autonomia referida: D. 3,4,1pr.

Todavia, GAIUS (D. 3,4,1,1) diz-nos que os membros dum *collegium*, duma *societas* ou de outra corporação têm *res communes* «ad exemplum rei publicae». Contudo, pode tratar-se duma imprecisão linguística visto que o próprio GAIUS (D. 3,4,1,2; -3,4,1,3) faz supor que uma corporação é um ente jurídico *a se*.

a uma corporação reconhecida lícita; e, se não está reconhecida, o legado não valerá, a menos que se legue individualmente aos seus membros, que podem adquirir como «*certi homines*» e não «*quasi collegium*». Vemos que o reconhecimento legal duma corporação é *condicio sine qua non* da sua válida existência jurídica e, por isso, a faculdade de receber legados pressupõe um *collegium* validamente constituído; de contrário, o legado será inválido. E, se acaso tiver sido disposto individualmente a favor dos seus membros, serão estes e não o *collegium* os beneficiários. São evidentes a distinção e a perfeita autonomia entre a esfera patrimonial de um *collegium* e as dos seus membros. E é também notória a capacidade patrimonial na época (clássica) de Marco Aurélio.

O mesmo imperador conferiu a *potestas manumittendi* a todos os *collegia* lícitamente constituídos, segundo informa ULPIANUS:

D. 40,3,1: «*Divus Marcus omnibus collegiis, quibus coeundi ius est, manumittendi potestatem dedit*».

É óbvio que o exercício desta *potestas manumittendi* gera, a seu favor, os *iura patronatus*; e, porque o manumitido não é *libertus* de algum dos seus membros, «*singulos in ius vocabit*» (D. 2,4,10,4).

Em conclusão: as fontes¹⁷ permitem-nos rejeitar a doutrina de ALBERTARIO e afirmar a autonomia e a individualidade dos patrimónios dos entes colectivos, já na época clássica do *Ius Romanum*. E autorizam-nos, ainda, a sus-

¹⁷ Quanto aos entes públicos (tais, a *civitas* e o *municipium*), as fontes referem a autonomia e independência patrimonial (v. g.: D. 1,8,6,1; -10,4,7,3; -12,2,34,1; -37,1,3,4; -38,3,1,1; -41,2,1,22; -48,18,1,7).

Há, todavia, fragmentos que apresentam a faculdade de os municípios demandarem e serem demandados (v. g.: D. 3,4,7pr.; -4,3,15,1; -36,1,27(26); -38,3,1pr.; -41,1,41; -43,24,11,1). Trata-se, contudo, de faculdades justificadas pelo carácter público desses entes que vemos, v. g. nas *actiones populares*.

tentar a sua capacidade processual para demandarem e serem demandados¹⁸.

Urge, todavia, ver se a *iurisprudencia* clássica elaborou a categoria *persona iuridica* e se recorreu ou não a uma *fictio*. Nas fontes, não observamos um conceito geral de sujeito (individual) de direitos nem sequer uma terminologia que nos faça compreender, exacta e totalmente, o seu âmbito; porém, esta carência não surpreende, sendo certo que as preocupações da *iurisprudencia* romana incidiam sobre o prático e o concreto¹⁹ e a metodologia utilizada era avessa a formulações gerais e abstractas inerentes a uma teoria. Por outro lado, não sendo a condição humana, só por si, a base da personalidade jurídica — que depende, igualmente, do *status libertatis* e do *status civitatis*²⁰ —; e porque esta é um atributo criado pelo Direito, nada impediria que o ordenamento jurídico romano a outorgasse a agrupamentos de indivíduos constituídos segundo os modelos civilmente considerados.

¹⁸ Cfr. D. 3,4,1,2; -3,4,1,3; -3,4,7pr.; -10,4,7,3; -12,2,34,1; -36,1,27(26).

Quanto ao representante processual, ALBERTARIO adere à doutrina de MITTEIS para quem a representação processual da *civitas* devia ser confiada, na época clássica, a *actores* (ou *defensores civitatis*), «*volta per volta designati*»; e só, na época pós-clássica, devia ser estavelmente atribuída ao *syndicus*.

Porém, segundo DE SIMONE, os representantes estáveis da *civitas* já existiam nos finais do séc. III e «*non c'è ragione di ritenere che sia stato del tutto differente in piena età classica*». E conclui: «*Anche a voler ammettere che il termine 'syndicus' sia un termine nuovo, ciò non significa che ci si debba qui trovare di fronte al un istituto nuovo. Il termine 'syndicus' già in età classica potrebbe essersi affiancato ai termini 'defensor' e 'actor' come sinonimo i questi nel significato di rappresentanti stabili*».

Cfr. D. 3,4,6,1. Vid. ALBERTARIO, 'Syndicus' em *Studi*, cit. I, 123-130; e DE SIMONE, E., *Actor sive Syndicus* em *Syntelesia V. Arangio-Ruiz* (Nápoles 1964) 1063-1067.

¹⁹ Vid. FERRARA, *Teoria*, cit. 37; e ARIAS BONET, J. A., *Societas Publicanorum* em *AHDE* 19(1948-49) 289-303.

²⁰ Vid. IGLESIAS, *o.c.* 111-113.

Dir-se-ia, como pensa CORNIL (*o.c.* 38-39) que o direito subjectivo não é uma qualidade inata do Homem, que cada um de nós traz a este mundo quando nasce.

Perguntar-se-á: com uma *fictio*?

Não se trata de uma integração do *ius civile* através da extensão de *actiones in ius* como se o ente colectivo fosse uma pessoa. Afasta-a, desde já, a ausência de um conceito civil de *persona (iuridica)*. Por isso, não está em causa a necessidade de uma *actio ficticia* e, destarte, da *fictio* historicamente entendida.

O que vemos é o reconhecimento de direitos concretos a certos grupos humanos sem modificações e arranjos destinados a vencer obstáculos de todo inexistentes.

Simplemente, para exprimir, *a posteriori*, a analogia da regulamentação jurídica dispensada aos entes colectivos validamente formados com a disciplina jurídica própria dos seres humanos singularmente considerados; e evitar repetições fastidiosas e nem sempre completas, a *iurisprudencia* utilizou uma expressão metafórica com uma função — a de comparar — e um objectivo: o de facilitar a compreensão de uma realidade jurídica²¹.

Trata-se, portanto, de uma verdadeira *fictio* dogmática, cabendo, agora, determinar se é romana e se, além da função cognoscitiva, não terá desempenhado as tarefas construtiva e sistemática.

A doutrina mostra-se inclinada a rejeitar esta *fictio* no *Ius Romanum*, havendo mesmo quem a atribua ao pontífice

²¹ Esta função é bem compreendida por LECOCQ (*o.c.* 235) para quem o fundamento psicológico do expediente, assim entendido, é a analogia aqui usada pela doutrina para estabelecer comparações: «*C'est l'analogie dans la même fonction que celle où la place la logique, comme base de toute classification*».

No entanto, importa acentuar que se trata duma comparação, jamais duma equivalência: a *persona iuridica* não tem família e, portanto, direitos familiares e sucessórios; e não tem direitos civis e políticos.

Foi, decerto, por não terem apreendido devidamente a função desta *fictio* (dogmática), que alguns AA. falam na determinação do sexo, chegando a ver a sua masculinidade em oposição à feminidade da Igreja.

Vid. BLUNTSCHLI *apud* LECOCQ, *o.c.* 204-205. Cfr. ainda: ROBBE, *o.c.* 665; e DABIN, *o.c.* 343.

Inocêncio IV quando estabeleceu: «*Collegium in causa universitatis fingatur una persona*»²².

Todavia, esta recusa nem sempre tem bases sólidas, pois não falta quem a fundamente na circunstância de só o Homem ter capacidade jurídica²³, pressuposto que as fontes romanas infirmam. Por outro lado, como refere ARIAS BONET, «es ésta una de tantas cuestiones que han sido mal enfocadas por el afán de llevar al Derecho romano conceptos abstractos a que ha llegado la técnica jurídica moderna (...) aun a trueque de desfigurar y desvirtuar las genuinas concepciones romanas, por la preocupación de encajarlas en moldes de un tecnicismo a base de conceptos generales obtenidos por síntesis y de una sistemática anacrónica por excesivamente racionalista», como «sucede con el concepto de persona jurídica»²⁴.

Vemos, efectivamente, essa *fictio* dogmática em FLORENTINUS e em GAIUS:

D. 46,1,22: «*Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas*».

FLORENTINUS entende que é possível garantir uma dívida de uma *hereditas iacens* porque esta faz o papel de pessoa, como um município, uma cúria municipal ou uma sociedade.

D. 50,16,16: «*Eum qui vectigal populi Romani conductum habet, publicanum appellamus. nam publica appellatio in*

²² Cfr. *Comment ad C.* 57, X, 220.

Vid. MACCHIARELLI, *o.c.* 564; PUGLIATTI, *o.c.* 664; e SALEILLES *apud* LECOCQ *o.c.* 181.

Também ROBBE (*o.c.* 666) refere que não tem uma base mínima nas fontes romanas. D'ORS (*Derecho Romano*, separata da NEJ, cit. 20) entende que uma verdadeira construção teórica da pessoa fictícia não é romanista. E FERRARA (*Teoria*, cit. 22) julga que o *Ius Romanum* ignorou o conceito de pessoa jurídica.

²³ É o caso, *v. g.* de MACCHIARELLI, *o.c.* 535 e 564. Mais dúctil parece DABIN (*o.c.* 343), para quem a resposta depende do estado histórico do Direito.

²⁴ Vid. ARIAS BONET, *o.c.* 288.

compluribus causis ad populum Romanum respicit: civitates enim privatorum loco habentur».

Ao explicar a denominação «publicano», GAIUS observa que «público» se refere, em muitos casos, ao povo romano, enquanto as cidades são consideradas como pessoas privadas.

Pode o primeiro fragmento estar interpolado pelos compiladores de Justiniano, como sustenta ALBERTARIO²⁵; todavia, se prejudica a sua classicidade, não afasta esta *fictione* (dogmática) do campo do *Ius Romanum*.

Na nossa opinião, trata-se de uma ficção substancialmente clássica, como sugerem a ideia de simplicidade expositiva que envolve o texto e a explicação de GAIUS não contestada pela crítica.

Falta determinar se, além da função cognoscitiva, não satisfaz, também, outras tarefas: a construtiva e a sistemática.

Quanto à primeira, a ausência de um conceito de sujeito individual de Direito torna-a improvável; e, na verdade, nem no Direito justinianeu encontramos um conceito de *persona iuridica*. Em relação à segunda, devemos ter presente a advertência de GAUDEMET de que «il serait abusif de prendre (a ideia de sistematização) qui domine le droit depuis le XVIII siècle comme principe de référence pour la Rome ancienne», pois, tendo cada época «sa logique et sa systématisation, il serait anachronique de rechercher à Rome une construction qui réponde à nos catégories juridiques modernes»²⁶. E, se de «una volonté de mettre de l'ordre dans la présentation du droit civil à une systématisation, la marge reste grande»; e «l'énorme travail qu'opèrent les commissaires de Justinien ne fut marqué par aucun progrès dans la systématisation du droit romain»²⁷, não podemos falar, em boa verdade, de uma função sistemática, mas, quando muito, de episódicas ordenações de normas que a afinidade das matérias disciplinadas permite relacionar, ao

²⁵ Vid. ALBERTARIO, *Studi*, cit. I, 116 e 119-120.

²⁶ Vid. GAUDEMET, *o.c.* 11.

²⁷ Vid. GAUDEMET, *o.c.* 19 e 26-27.

mesmo tempo que afasta a sua unidade orgânica e institucional²⁸. Ainda aqui, valem as observações comuns repetidas por GAUDEMET — «le caractère casuistique, le refus de systématisation et de construire marquent le droit romain au cours de sa longue histoire²⁹ — e por SCHWARZ: «La systématisation ne fut pas la grande force du génie juridique romain (...) Le sens et la tendance systématique qui caractérisent notre science juridique moderne, sans doute ne nous viennent pas des Romains, mais de la philosophie rationaliste et de la doctrine du droit naturel³⁰».

§ 15.2.2 Uma apreciação conclusiva se nos impõe, agora.

Acabamos de ver que a *fictio* dogmática foi utilizada, no *Ius Romanum*, tão-só com a função exposta por IHERING e a que chamamos cognoscitiva: a de facilitar o conhecimento de realidades jurídicas, através de uma linguagem cómoda, impressionante e breve (e, por isso, fácil de recordar) que expressa, em estilo metafórico, uma comparação entre duas figuras jurídicas algo próximas — uma, perfeitamente conhecida; a outra, justamente a que se pretende tornar conhecida.

Na sua função cognoscitiva, na verdade, encontramos esta *fictio* no adágio «*conceptus pro iam nato habetur*» que, só por si, nos diz gozar o concebido da mesma protecção jurídica dispensada

²⁸ V. g. a dispersão dos textos que se referem às *personae iuridicae* (vid. as notas 16, 17 e 18) contrária a ordenação das normas sobre «*quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur*» (D. 3,4).

²⁹ Vid. GAUDEMET, o.c. 28.

Sobre a função construtiva de constituição e modificação de regras, vid. DABIN, o.c. 341-342; GÉNY, o.c. 376-377; e ISSA-SAYEGH, o.c. 100-101.

Não abordámos, neste trabalho, as fundações que são «*una figura di persona giuridica ignota allo stesso diritto romano-cristiano*», como refere ALBERTARIO (*Studi*, cit. I, 120).

Segundo FERRARA (*Teoria*, cit. 39-40), revestiram, no Império, a forma de fundações fiduciárias e, na época cristã, estão, ainda, incorporadas e confundidas com a personalidade da Igreja.

Vid. algumas fundações na Península Ibérica em D'ORS, *Epigrafía Jurídica de la España Romana* (Madrid 1953) 408-421.

³⁰ Vid. SCHWARZ *apud* ARANGIO-RUIZ, *Scritti di Diritto Romano IV* (Camerino 1977) 220.

ao nascido¹. Vemo-la, igualmente, na *adoptio*, ao permitir conhecer imediatamente a situação jurídica do adoptado sem que seja necessário enunciar os direitos e as obrigações em que se traduz². Também, na *hereditas iacens*, as referências a *domina* e a *persona* não passam de expressões breves e cómodas, destinadas ao desempenho da mesma função cognoscitiva³. O aforismo de que o *heres* continua a pessoa do defunto possibilita a imediata e fácil compreensão da posição jurídica do *heres*: terá os mesmos direitos e obrigações que a morte do *de cuius* não extingue⁴. E observamo-la, finalmente, nos entes colectivos quando a *iurisprudencia* romana recorreu à personificação para facilitar o conhecimento da sua disciplina⁵.

Em todos os casos analisados, aquela *fictio* só uma função verdadeiramente desempenhou: a cognoscitiva.

§ 15.3 A ficção dogmática e a ficção histórica

§ 15.3.1 Vimos que a *fictio* dogmática é uma explicação verbal, por comparação e assimilação, de situações manifestamente diferentes, mas algo semelhantes; explicação que, sendo curta e impressionante, facilita o conhecimento de uma realidade jurídica sem o incómodo da enunciação dos seus direitos e obrigações e o risco de ser incompleta. Isto é, verificada que a figura jurídica *B* é, nos seus direitos e nas suas obrigações, semelhante à figura jurídica *A*, que de todos é bem conhecida, dá-se conhecimento do seu regime jurídico dizendo, simplesmente, que a figura jurídica *B* é como se fosse a *A*. Trata-se, portanto, duma comparação, feita a partir da análise dos respectivos regimes jurídicos em si já plenamente fixados. Não há lacunas a integrar.

Bem diferente é a *fictio* histórica.

¹ Vid. *supra* § 15.2.1.1.

² Vid. *supra* § 15.2.1.2.

³ Vid. *supra* § 15.2.1.3.

⁴ Vid. *supra* § 15.2.1.4.

⁵ Vid. *supra* § 15.2.1.5.

Como sabemos, trata-se de um expediente utilizado pelo pretor para, em via de uma *actio ficticia*, integrar o *ius civile*: o pretor vencia um obstáculo à concessão de uma *actio in ius*, ordenando ao juiz que fingisse a sua inexistência e, destarte, aplicasse o *ius civile* na situação definida na respectiva fórmula (processual) *in ius concepta*. É, portanto, um instrumento de integração e não de conhecimento; supõe a existência de uma lacuna no *ius civile* e torna possível a sua integração, graças a um *modus operandi* verdadeiramente *sui generis*: se algo existia e não devia existir ou não existia e devia existir, o pretor determinava ao juiz que fingisse a sua não-existência ou a sua existência e, adaptada, deste modo, a situação *sub iudice à intentio* da fórmula, a *actio civilis* tornava-se imediatamente aplicável, sem a mínima alteração.

Ora, nada disto se passava na *fictio* dogmática; apenas os regimes jurídicos de duas figuras ou situações jurídicas eram comparados a afim de, aproveitando o conhecimento do regime comparado, se tornar conhecido o regime que se comparava. Ao dinamismo criador da *fictio* histórica opõe-se a explicação estática e meramente verbal da *fictio* dogmática. E, se aquela serve o Direito, assegurando-lhe a força dinâmica do progresso, esta satisfaz o espírito, por lhe facilitar o conhecimento de uma realidade cuja descrição pormenorizada seria enfadonha e aridamente repetitiva.

Diferentes nas suas funções — cognoscitiva, a da *fictio* dogmática; integrante, a da *fictio* histórica — e nos respectivos *modi operandi* — analógico-comparativo, o daquela; alógico-imperativo, o desta —, podem sê-lo, ainda, nas fontes, pois, enquanto a *fictio* dogmática é exclusivamente jurisprudencial (na sua acepção puramente doutrinal), a *fictio* histórica é, formalmente, um instrumento do pretor, embora possa ter por fonte mediata e substancialmente determinante uma *lex* (ou disposição equivalente), a *iurisprudencia* (enquanto órgão criador de *ius*) e mesmo o pretor (quando não imposta por uma *fons iuris civilis*).

Estas diferenças são bem significativas para impedirem a mínima confusão, todavia feita, de quando em vez, por uma doutrina que, verdade seja, não é romanista, embora aduza como exemplos figuras jurídicas do *Ius Romanum*.

É o caso, *v. g.* de GÉNY e de DABIN¹ para quem ambas as funções — histórica e dogmática — não se opõem, mas completam. Todavia, GÉNY não deixou de reconhecer que, por vezes, a ficção tem um carácter puramente doutrinal — qual, o de explicar uma determinada solução e de precisar o seu alcance² —; e também DABIN acabou por reconhecer que ambas as ficções não operam da mesma maneira, sendo necessário separar a *fictio* extensiva — criadora de Direito — da *fictio* simplesmente explicativa. Na doutrina de ISSA-SAYEGH parece não haver lugar para a função cognoscitiva da *fictio* dogmática; mas esta posição não vale no *Ius Romanum* e, mesmo no Direito actual — visado por esta doutrina —, é seriamente contrariada por quem lhe reconhece, tão-só, aquela função³.

Em suma: as *fictiones* histórica e dogmática são inconfundíveis na fonte, nas funções e nos respectivos *modi operandi*.

§ 15.3.2 Finalmente, pergunta-se: apesar das diferenças assinaladas, não haverá nenhuma afinidade que aproxime ambas as *fictiones*?

Pensamos que sim.

Com efeito, uma e outra são expedientes típicos de um pensamento que finge: na *fictio* histórica, fingem-se factos para tornar a situação litigiosa perfeitamente subsumível à hipótese contemplada na *intentio* da fórmula da *actio in ius*; na *fictio* dogmática, finge-se que o regime jurídico da situação B é

¹ Vid. *supra* § 15.1.3.2.

² GÉNY (*o.c.* 383-384) vê uma ficção puramente doutrinal na *querela inofficiosi testamenti*: tratar-se-ia da *fictio* de alienação mental do testador que negligenciava os seus deveres para com os seus parentes próximos: D. 5,2,2.

Na opinião de ISSA-SAYEGH (*o.c.* 78²³), esta *fictio* foi abandonada no séc. II, para dar lugar à teoria da inoficiosidade pura e simples do testamento.

Sobre o instituto da *querela inofficiosi testamenti*, suas origem e evolução, vid. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 50 e 547-550.

³ Vid., *v. g.* LECOCQ, *o.c.* 207. Cfr. a doutrina de ISSA-SAYEGH, *supra* § 15.1.3.2.

idêntico ao da situação *A*. Em ambas as *fictiones* a realidade é deturpada, pois nem os factos, a que a *actio in ius* se aplica, estão previstos e, portanto, são idênticos aos da sua *intentio*, nem o regime jurídico de *B* é o mesmo de *A*. É que, adverte LECOCQ, a *fictio* dogmática impressiona o espírito, mas, somente, «comme un mauvais orateur, par son brillant, non par son exactitude»¹.

Além desta afinidade — o fingimento —, de comum a ambas as *fictiones* há, ainda, a circunstância de serem veículos do progresso jurídico: uma — a *fictio* histórica — porque, integrando o *ius*, completa-o e actualiza-o perante as novas e crescentes realidades; a outra — a *fictio* dogmática — porque permite conhecer melhor o *ius* e, destarte, afastar litígios susceptíveis de comprometerem a *pax* que é, bem o sabemos, um *opus iustitiae*.

Finalmente, há uma relativa afinidade porque ambas as *fictiones* utilizam a analogia. Porém, na *fictio* histórica, a analogia está nos factos que urge disciplinar e justifica um tratamento jurídico semelhante²; na *fictio* dogmática, a analogia está nos efeitos jurídicos de figuras e situações jurídicas perfeitamente estabelecidas e permite um melhor conhecimento da realidade jurídica.

§ 16. Principais conclusões

1.^a

Embora susceptível de ser expressa através de vocábulos e locuções diversificadas — *v. g. perinde atque, proinde ac si, quasi, videtur, creditur, tam ... quam si, loco ... esse, velut, siremps lex esto, vice* —, a ficção tem, no *Ius Romanum*, um nome próprio: *fictio*.

¹ Vid. LECOCQ, *o.c.* 241.

² Todavia, importa advertir que a analogia dos factos a disciplinar funciona, na *fictio* histórica, tão-só como fundamento e sugestão de soluções idênticas. Não vai além: é estranha ao *modus operandi* que é tipicamente alóxico. Vid. *supra* §§ 9.6.2(1-2) e 9.6.3.

Vários significados revestem o substantivo *fictio* e o correspondente verbo *fingere*. Na literatura extrajurídica, são claras duas acepções: uma, material (ornamentar, formar, criar, modelar, manejar); a outra, intelectual (imaginar, supor inventar, mentir, disfarçar, formular hipóteses, imitar).

Na literatura jurídica, *fingere* reveste o sentido de imaginar, supor, exemplificar, disfarçar, ocultar, mentir. Expressa, destarte, uma actividade intelectual.

Etimologicamente, *fingere* traduz, no âmbito jurídico, uma actividade (intelectual) que imagina, disfarça e mente: constrói uma realidade exterior ou objectivamente inexistente e, portanto, falsa.

2.^a

A *fictio* tem um objectivo: possibilitar a aplicação das *actiones in ius conceptae* a situações semelhantes, mas diferentes das (originariamente) previstas no *ius civile*.

E tem um objecto: afastar os obstáculos que impedem a (mediata) aplicação do *ius civile*. Se é positivo — existe e não devia existir —, finge-se que não existe; se é negativo — não existe e devia existir —, finge-se que existe.

Esse obstáculo tanto pode ser uma qualidade ou condição jurídica — *v. g.* a cidadania romana, a condição de *heres* — como um facto jurídico — *v. g.* a *usucapio*, a celebração de um negócio jurídico.

A *fictio iuris* tem um *modus operandi sui generis*: actua nos factos, cuja (in)existência finge para tornar possível a aplicação de *actiones civiles*. Estas conservam-se formalmente imutáveis perante o dinamismo ficticiamente transmitido aos factos.

Sendo uma actividade alógica, a *fictio iuris* apoia-se na *iurisdictio* do magistrado. Era, em Direito privado, um expediente do pretor que ordenava ao juiz que fingisse. Todavia, aquele magistrado podia agir tanto no cumprimento de uma disposição legal (ou equivalente) como por sua iniciativa.

3.ª

A *veritas*, em que a *fictio actua*, não é *naturalis* visto que o *Ius* tem uma realidade própria, que não se identifica com a simples realidade natural. Trata-se, efectivamente, de uma *veritas iuridica*, em face da qual a *fictio* pode afirmar-se tanto *adversus* como *secundum (veritatem)*, tudo dependendo da perspectiva seguida.

Será *adversus veritatem (iuridicam)* se atendermos ao *ius civile*: a *fictio* altera os factos tal como verdadeiramente existem, tornando-os falsamente iguais aos previstos nas *actiones in ius conceptae*.

Será *secundum veritatem (iuridicam)* se considerarmos o *ius praetorium*: é um expediente ao serviço da actual realidade jurídica visto tornar possível o advento e a fixação de normas jurídicas novas, inspiradas nos actuais valores ético-jurídicos.

4.ª

A doutrina nem sempre compreendeu a verdadeira natureza da *fictio iuris*. Porém, merecem destaque IHERING, DEKKERS e GARCIA GARRIDO pelos contributos, na verdade importantes, que as suas doutrinas oferecem.

IHERING teve a noção exacta do objecto e da finalidade da *fictio iuris*; destacou a especificidade do seu *modus operandi*; e procurou estabelecer os seus limites, com o afastamento da *fictio dogmática*.

DEKKERS destacou a sua metodologia; procurou caracterizá-la e defini-la como expediente técnico de integração do *ius civile*; reconheceu a possibilidade de *fictiones iurisprudentiae*; rejeitou as *fictiones dogmáticas*; e considerou *iuridica* a *veritas* falseada.

GARCIA GARRIDO viu na *fictio* um expediente alógico imposto em via de autoridade e procurou distingui-lo das figuras utilizadas na extensão analógica do *Ius*. Recusou, energicamente, a possibilidade de a *iurisprudencia* impor *fictiones*.

5.ª

Como expediente utilizado para integrar o *ius civile*, a *fictionis* é veiculada processualmente nas *actiones* ditas *fictionis*, que são, formalmente, *praetoriae* e, substancialmente, *in ius conceptae*: é *civilis* o *ius* que permitem aplicar.

A fórmula (*in ius*) apenas contém um ligeiro aditamento na sua *intentio*: o facto ou a qualidade a fingir, constitutivo da hipótese fictícia, imediatamente a seguir à qual vem a hipótese real (não-fictícia) introduzida pelo advérbio *tum*.

Devendo ser provados os factos aduzidos na *exceptio*, a *fictionis* está excluída em via de excepção.

6.ª

Nem sempre a *actio ficticia* foi outorgada por iniciativa do pretor. Algumas vezes — embora não muitas —, o pretor concedeu-a no cumprimento de disposições legais. Nestes casos, a *actio ficticia* era, formalmente, uma *actio praetoria*, mas a sua ficção era uma *fictionis legis* por ter, numa *lex*, a sua fonte criadora e impositiva. Foi o caso, *v. g.* da *fictionis legis Corneliae*, das *fictiones legis Iuliae Norbanae*, da *fictionis* numa *constitutio* de Trajano e num *sc.* proposto por Adriano, da *fictionis sc. Macedoniani* e da *fictionis sc. Trebelliani*.

7.ª

A partir do séc. II, quando os *responsa* dos jurisconsultos privilegiados com o *ius publice respondendi ex auctoritate principis* foram considerados *fons iuris civilis*, esta *iurisprudencia* pôde criar e impor *fictiones*. Por isso, julgamos pertinente falar de *fictiones iurisprudentiae* ao lado das *fictiones praetoris* e das *fictiones legis*. São *fictiones iurisprudentiae*, *v. g.* a ficção *si institutus (heres) sine detracta* (ou *sine certa*) *re esset*, a ficção codicilar e o princípio *pro non scripto habetur*.

8.ª

Vários factores determinaram o recurso à *fictio iuris*. Realçamos os caracteres — nacionalista, rudimentar, tradicionalista e formalista — do *ius civile*; a pouca sensibilidade do legislador perante as crescentes necessidades de uma civilização intelectual, social e economicamente mais avançada, às quais o *ius civile* não dava resposta; a subalternização da *lex* relativamente ao *ius*; a idoneidade da *fictio* para servir o progresso sem provocar rupturas e contradições no seio do *ius civile*; os *iunura* confiados ao pretor de interpretar e, sobretudo, de integrar e de corrigir o *ius civile*; a insuficiência da via lógica e da *interpretatio*; a possibilidade de resolver imediatamente situações novas sem a morosidade inerente à procura de (novas) soluções e o risco de não servirem; o espírito conservador e tradicionalista vincadamente romano; etc.

9.ª

A lógica romana era realista e flexível: jamais os princípios e as *regulae iuris* foram aplicadas mecanicamente. A intuição ocupou o primeiro plano e coube-lhe dirigir a lógica, aceitando-a se justa e recusando-a se injusta.

Os jurisconsultos utilizaram frequentemente a analogia na fundamentação dos seus *responsa* — sendo evidente, em alguns casos, o recurso ao silogismo —; todavia, nunca a sua lógica foi apodíctica, irresistível ou onnipotente: era uma lógica pragmática, ao serviço da justiça material. E foi esta a lógica utilizada, igualmente, na interpretação «extensiva».

Também a analogia funcionou na integração das lacunas do *Ius*. Neste âmbito, merecem destaque as *actiones utiles* que não eram *actiones (praetoriae) a se*, mas verdadeiras *actiones* com fórmula ora *ficticia* ora *in factum* ora *translativa*. *Actio utilis* é uma expressão técnico-jurídica da integração que metodologicamente se realizou por analogia (*actiones in factum* e *translativa*) e por ficção (*actio ficticia*). A expressão *ad exemplum* é sinónima de *actio utilis* (não- *ficticia*).

As *exceptiones utiles* têm a natureza das *actiones (utiles ou ad exemplum) in factum*: são formal e substancialmente *praetoriae*. Também aqui, a analogia interveio, sugerindo e guiando o pretor na concessão de *exceptiones (in factum)*, semelhantes a outras (igualmente *in factum*) já outorgadas.

A *actio ficticia* distingue-se das *actiones utiles* (não-fictíciae) ou *ad exemplum*, pelo seu *modus operandi* alógico. Naquela, a analogia esgota-se numa função sugestiva; nestas, desempenha, ainda, a função metodológica de guia. Com efeito, na *actio ficticia*, a analogia (entre os factos a disciplinar e os previstos na *intentio in ius concepta*) apenas sugeriu ao pretor a outorga das mesmas *actiones* (em via fictícia) *civiles*: o pretor limitou-se a igualizar os factos, afastando (ficticiamente) as diferenças. Nas restantes *actiones utiles* (ou *ad exemplum*), além de sugerir as mesmas soluções, a analogia guiou o pretor na criação de novas *actiones* exactamente concebidas para os factos a disciplinar: *actiones* semelhantes às que previam factos semelhantes.

10.ª

A *actio in factum* (não-utilis ou *ad exemplum*) serviu ao pretor para integrar as lacunas não-integráveis com a *fictio* nem com a analogia. Constituem um dos expedientes mais utilizados pelo pretor e caracterizam-se pela sua *formula in factum concepta*, em que a *intentio* foi, provavelmente, substituída pela *demonstratio*.

Difere profundamente da *actio ficticia*, apesar de ser, como esta, uma *actio* formalmente *praetoria*. Simplesmente, enquanto a *actio ficticia* é, materialmente, uma *actio in ius*, a *actio in factum* é, também aqui, uma *actio praetoria*. Naquela, a integração do *ius civile* ocorre internamente; nesta, tem lugar externamente, à margem do *ius civile*.

As afinidades são muito poucas: reduzem-se à fonte comum (o pretor) e ao objectivo: a integração do *Ius Romanum*.

11.ª

A *actio translativa* era, também, uma *actio* utilizada para integrar o *Ius*. Era uma *actio* formalmente *praetoria* e, substancialmente, podia ser *in ius* e *in factum concepta*, tudo dependendo da natureza da *actio directa* adaptada, cuja *intentio* não sofria a mínima alteração. Tão-só os nomes, que figuravam na *intentio* e na *condemnatio*, não eram os mesmos.

Contrariamente à *actio ficticia*, nada se finge; por isso, a *intentio* contém, apenas, a hipótese real. Por outro lado, também a circunstância de a *actio translativa* poder ser *in factum* já exclui a sua natureza fictícia.

Há, todavia, uma hipótese de a *actio translativa* poder ser *ficticia*: sê-lo-ia, caso a *actio directa* o fosse. Porém, o carácter fictício não resulta da natureza *translativa*; já estava na *actio directa*.

As afinidades com a *fictio* limitam-se à fonte (o pretor) e à integração interna do *ius civile* (se *in ius* fosse a *actio translativa*).

12.ª

Os actos aparentes (*dicis causa* e *fiduciae causa*) eram expedientes utilizados pela autonomia privada a fim de obter a produção de certos efeitos jurídicos. A violência sofrida pelos actos jurídicos resultava de pactos e cláusulas habilmente estabelecidas pelos interessados e traduzia-se na sua descaracterização funcional e estrutural.

Na *actio ficticia*, a violência provém da autoridade que mandava fingir e a desnaturação só afectava os factos, jamais as figuras (negociais) jurídicas.

As afinidades com a *fictio* reduzem-se à circunstância de os actos aparentes visarem, também, a produção de efeitos jurídicos próprios do *ius civile* — a *actio ficticia* e os actos aparentes foram expedientes de integração do *ius civile* —; à aparência — só formalmente o *ius civile* se mantém imutável; — à transparência — nada se oculta —; e à natureza alógica — só os efeitos jurídicos desejados se produziam.

13.^a

A simulação terá sido, na época clássica, uma divergência intencional entre as *voluntates* real e declarada que tinha por base um acordo entre o declarante e o declaratário e visava enganar terceiros.

Era uma figura utilizada pelos indivíduos e tinha uma dimensão negativa: oculta, para enganar. Pelo contrário, a *fictio* era um expediente dos órgãos encarregados de criar Direito e tinha uma função positiva: a de integrar o *ius civile*, sem nada ocultar e ninguém enganar.

A afinidade entre a *simulatio* e a *fictio* reside na posição que tomam perante a *veritas* (*iuridica*): aquela é *adversus veritatem partium*; esta, *adversus* (somente) *veritatem iuris civilis*.

14.^a

A *praesumptio iuris* (dita *iuris tantum*) é um expediente legal já utilizado na época clássica. Assenta numa probabilidade e destina-se, apenas, a aligeirar o ónus da prova. É um instrumento *pro veritate* e, portanto, susceptível de contraprova. Ao invés, não há probabilidade alguma na *fictio* que deforma conscientemente a *veritas* (*iuris civilis*). Integrando o *ius* (*civile*), a *fictio* pertence à teoria da integração; incidindo sobre a prova, da *praesumptio* se ocupa a teoria da prova.

Há, todavia, algumas afinidades: a *praesumptio* é um expediente dos órgãos criadores de *ius civile* e a *fictio* pode sê-lo (*fictio legis* e *fictio iurisprudenciae*); e ambas são instrumentos *pro veritate* (embora a ficção, apenas *pro veritate iuris praetorium*).

Quanto à *praesumptio* dita *iuris et de iure*, explica geneticamente a criação de algumas normas jurídicas. Tem por base uma probabilidade e tanto basta para se distinguir da *fictio*. A sua afinidade com a ficção está na eficácia e no progresso que ambas transmitem ao *ius civile*.

15.^a

A *fictio* dita dogmática foi utilizada no *Ius Romanum* para desempenhar a função cognoscitiva: facilitar o conhecimento de realidades jurídicas, graças a uma linguagem cômoda, impressionante e breve, expressa em estilo metafórico. Traduz-se numa comparação de duas figuras jurídicas algo próximas, de modo a que fique a conhecer uma — a menos (ou não) conhecida — quem conheça a outra. Não há lacunas a integrar, mas realidades jurídicas pouco conhecidas.

Ao contrário, a *fictio* dita histórica é um expediente de integração do *ius (civile)* e, portanto, criador de realidades jurídicas. O seu dinamismo opõe-se à explicação estática e meramente verbal da *fictio* dogmática. À natureza alógico-imperativa daquela contrapõe-se o *modus operandi* analógico-comparativo desta. E também as suas fontes são diferentes: o pretor e os órgãos criadores de *ius*, na *fictio* histórica; a doutrina, na *fictio* dogmática.

A sua afinidade está na ficção comum a ambos os expedientes; e na circunstância de servirem (embora diferentemente) o progresso jurídico.

BIBLIOGRAFIA

- ACCARDI-PASQUALINO, G., «Fictio Iuris» em NDI 5 (1938).
- ACCARIAS, G., *Précis de Droit Romain I*⁴ (Paris 1886).
- ALARCÃO, R., *Invalidez dos Negócios Jurídicos. Anteprojecto para o Novo Código Civil no BMJ* 89 (1959).
- ALBANESE, B., *PSI XIV, 1449 (Ulp. 32 ad Ed.) e le Testimonianze Ulpianee già Note em Studi Biondi I* (Milão 1965).
- — — 'Damnum iniuria datum' em NNDI 5 (1960).
- — — Note Aquiliane em AUPA 23(1953).
- — — Studi sulla *Lege Aquilia* em AUPA 21(1950).
- ALBERTARIO, E., 'Syndicus' em Studi di Diritto Romano I (Milão 1933).
- — — 'Conceptus pro iam nato habetur' em Studi di Diritto Romano I (Milão 1933), e BIDR 33(1923).
- — — *L'Actio quasi institoria* em Studi di Diritto Romano IV (Milão 1946).
- ALMEIDA COSTA, M. J., *Alienação Fiduciária em Garantia e Aquisição de Casa Própria. Notas de Direito Comparado* (Lisboa 1980).
- ALVAREZ RIVERA, F. A. M., *Contestación a la Ficción en el Derecho, de Bonilla y San Martín* (Madrid 1912).
- AMARAL SANTOS, M., 'Cautio damni infecti' em RFDSP 52(1957).
- AMARELLI, F., *La Realtà e la Finzione Giuridica em Labeo* 26(1980).
- AMELOTTI, M., 'Actiones perpetuae' e 'Actiones temporales' nel Processo Formulare em SDHI 22(1956).
- ANDOLINA, I., *I Presupposti dell'Esecuzione Forzata nel Diritto Romano em IUS* 17(1966).
- ANDRADE, M., *Teoria Geral da Relação Jurídica II*⁴ (Coimbra 1974).
- ANGELESCO, A. C., *La Technique Législative en Matière de Codification Civile. Étude de Droit Comparé* (Paris 1930).
- ANGELINI, P., *Osservazioni in Tema di Creazione dell'Actio ad exemplum institoriae em BIDR* 10(1968).
- ARANGIO-RUIZ, V., *Scritti di Diritto Romano IV* (Camerino 1977).
- — — *Appunti sui Giudizii Divisorii em RISG* 52(1913).
- — — *Il Mandato in Diritto Romano* (Nápoles 1949).
- — — *Recensioni. Emilio Albertario, Studi di Diritto Romano em AG* 29(1935).
- — — *Istituzioni di Diritto Romano*¹⁴ (Nápoles 1983).
- ARIAS BONET, J. A., 'Societas Publicanorum' em AHDE 19(1948-49).
- ARIAS RAMOS J. e ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano I*¹⁶ (Madrid 1981); e II¹⁶ (Madrid 1981).
- ARNÒ, C., 'Legis Aquiliae actio directa ero competit' em BIDR 42(1934).

- ARON, G., *Les Présomptions 'iuris et de iure' et leur Origine Historique* em NRHD 20(1896).
- ASCARELLI, T., *Contrato Misto, Negócio Indirecto, 'Negotium Mixtum cum Donatione'* (Lisboa 1954).
- AUDIBERT, A., *Formules sans 'Intentio' (Action d'Injures)* em *Mélanges Girard I* (Paris 1912).
- AURICCHIO, A., *Negoziio Indiretto* em NNDI 11 (1965).
- BAPTISTA MACHADO, J., *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* (Coimbra 1983).
- BARTOLO, *Commentaria V* (Veneza 1615).
- BARTOSEK, M., *Il Senato Consulto Trabelliano* em *Scritti Ferrini III* (Milão 1948).
- — *Sulla Concezione 'Naturalistica' e Materialistica dei Giuristi Classici* em *Studi Albertario II* (Milão 1953).
- BATIZA, R., *Notas sobre la Naturaleza de las Ficciones Legales en Los Derechos Romano e Inglés* no BIDCM 49(1964).
- BAYART, A., *Peut-on Éliminer les Fictions du Discours Juridique?* em *Les Présomptions et les Fictions en Droit, Études Publiées par Ch. Perelman et P. Foriers* (Bruxelas 1974).
- BELEZA DOS SANTOS, J., *A Simulação I* (Coimbra 1921).
- BERETTA, P., *L'Annualità delle Azioni Pretorie nel Diritto Romano Classico* em RISG 2(1948) e 3(1949).
- BERGER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Filadélfia 1953).
- BERTOLINI, C., *Appunti Didattici di Diritto Romano. Il Processo Civile II* (Turim 1914) e III (Turim 1915).
- BESELER, G., *Miszellen* em SZ 45(1925); e SZ 43(1922).
- BETANCOURT, F., *Recursos Supletorios de la 'Cautio damni infecti' en el Derecho Romano Clasico* em AHDE 45(1975).
- BETHMANN-HOLLWEG, M. A., *Der römische Civilprozess II* (Bona 1865).
- BETTI, E., *Falsa Impostazione della Questione Storica, Dipendente da Erronea Diagnosi Giuridica* em *Studi Arangio-Ruiz IV* (Nápoles 1953).
- — *Istituzioni di Diritto Romano I²* (Pádua 1942).
- — *Sulla Genesi Storica del Processo Formolare* em *Per Il XIV Centenario della Codificazione Giustiniana* (Pavia 1934).
- — *Diritto Romano I* (Pádua 1935).
- — *Consapevole Divergenza della Determinazione Causale nel Negoziio Giuridico (Simulazione e Riproduzione 'd'icis causa' o 'fiduciae causa')* em BIDR 42(1934).
- — *Convalescenza del Negoziio Giuridico (Diritto Romano)* em NNDI 4(1959).
- — *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici (Teoria Generale e Dogmatica)* (Milão 1949).
- — *Le Categorie Civilistiche dell'Interpretazione* em RISG 2(1948).
- — *Conversione del Negoziio Giuridico (Diritto Romano)* em NNDI 4(1959).

- BETTIOL, G., *Sulle Prezunzione nel Diritto e nella Procedura Penale* (Milão 1939).
- BIONDI, B., *Istituzioni di Diritto Romano*⁴ (Milão 1972).
- — *La Categoria Romana delle 'servitutes'* (Milão 1938).
- — *La Terminologia Romana come Prima Donumatica Giuridica em Studi Arangio-Ruiz II* (Nápoles ?) e em *Scritti Giuridici I* (Milão 1965).
- — *Successione Testamentaria e Donazione* (Milão 1943).
- — *Il Diritto Romano Cristiano III* (Milão 1954).
- — *Istituti Fondamentali di Diritto Ereditario Romano* (Milão 1946).
- — *Appunti Intorno alla Sentenza nel Processo Civile Romano em Studi Bonfante IV* (Milão 1933).
- BISCARDI, A., *Sulla Data della 'Lex Aquilia'* em *Scritti Giuffrè I* (Milão 1967).
- BOBBIO, N., *Analogia em NNDI I*¹ (1958).
- BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano I* (Roma 1925), II, *Sezione II* (Roma 1928) e VI (Castello 1930).
- — *Proprietà e Servitù em Scritti Giuridici Varii II* (Turim 1918).
- — *Sui 'Contractus' e sui 'Pacta'* em *Scritti Giuridici Varii III* (Turim 1921).
- — *L'Origine dell'«Hereditas» e dei «Legata» nel Diritto Successorio Romano em Scritti Giuridici Varii I* (Turim 1916).
- — *Instituciones de Derecho Romano*⁸ (Madrid 1965).
- BONIFACIO, F., *Recensioni Critiche. Serrao, F., La 'Iurisdictio' del Pretore Peregrino em IURA 5*(1955).
- — *'Iudicium legitimum' e 'Iudicium imperio continens'* em *Studi Arangio-Ruiz II* (Nápoles ?).
- — *'Ius quod ad actiones pertinet'* em *Studi Betti II* (Milão 1962).
- BONILLA Y SAN MARTÍN, A., *La Ficción en el Derecho* (Madrid 1912).
- BORTOLUCCI, G., *La 'Hereditas' come 'Universitas' e Successione nella Personalità Giuridica del Defunto. Sviluppo Storico e Critica dei Concetti em BIDR 42*(1934).
- BOSISIO A., *Os Romanos*. (Lisboa 1982).
- BOYER, G., *Mélanges. II Mélanges d'Histoire du Droit Oriental* (Paris 1965).
- BRAGA DA CRUZ, G. e ALMEIDA COSTA, M. J., *Lições de Direito Romano* (Coimbra 1958).
- BRANCA, G., *Danno Tenuto e Danno da Cose Inanimate nel Diritto Romano* (Pádua 1937).
- — *La Responsabilità per Danni nei Rapporti di Vicinanza e il Pensiero dei 'Veteres'* em *Studi Albertario I* (Milão 1953).
- BRETONE, M., *La Logica dei Giuristi Romani em Labeo 1*(1955).
- BROGGINI, G., *La Prova nel Processo Romano Arcaico em IUS 11*(1960).
- — *'Fictio civitatis', Strumento dell'Arbitrio Giurisdizionale di Verre?* em *Coniectanea Studi di Diritto Romano* (Milão 1966).

- BUND, E., *Die Fiktion 'pro non scripto habentur' als Beispiel fiktionsbewirkter 'Interpretatio' em Festgabe für Von Lübtow* (1977).
- — *Untersuchungen zur Methode Julians* (Colónia 1965).
- BURDESE, A., *Manuale di Diritto Privato Romano*² (Turim 1964).
- CABRAL DE MONCADA, L., *Lições de Direito Civil I*³ (Coimbra 1959).
- — *Elementos de História do Direito Romano II* (Coimbra 1924).
- CALONGE, A., *Problemas de la Adopción de un Esclavo em RIDA 14*(1967).
- CANNATA, C. A., *Eccezione em NNDI 6* (1960).
- CARCATERA, A., *Le Definizioni dei Giuristi Romani* (Nápoles 1966).
- CARRELLI, O., *La Legittimazione Attiva dell' Actio Legis Aquiliae' em RISC 9*(1934).
- CARVALHO, O., *Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral) em BFDC, Suplemento 10* (Coimbra 1952).
- CASTANHEIRA NEVES, A., *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito ou O Problema Metodológico da Jurisdição (Ensaio de uma Reposição Crítica). I A Crise* (Coimbra 1967).
- — *Lições de Introdução ao Estudo do Direito* (Coimbra 1968-69).
- CASTELLO, C., *Sulla Condizione del Figlio Conceptito Legittimamente e Illegittimamente nel Diritto Romano em RIDA 4*(1950).
- — *Il Problema Evolutivo della 'Adrogatio' em SDHI 33*(1967).
- CASTIGLIA, T. A., *La Filosofia dell' Als Ob' nel Diritto em RIFD 6*(1926).
- CERVENCA, G., *Institor em NNDI 8* (1962).
- CHAMOUN, E., *Instituições de Direito Romano* (Rio, S. Paulo 1962).
- CHURRUCÁ, J., *Las Fuentes de la Definición de Codicilo en San Isidoro de Sevilla em AHDE 34*(1964).
- CIAPESSONI, P., *Sul Senatoconsulto Neroniano, em Studi Bonfante III* (Milão 1930).
- CIFUENTES, R. L., *Naturaleza Jurídica de la 'Fictio Iuris' (Madrid 1963).*
- COLACINO, V., *'Fictio Iuris' em NNDI 7* (1961).
- COLLINET, P., *La Nature des Actions et des Exceptions dans l'Ouvre de Justinien* (Paris 1947).
- CORNIL G., *Réflexions sur le Rôle de la Fiction dans le Droit. A Propos d'un Livre Nouveau em APDSJ 3-4*(1935).
- — *Droit Romain* (Bruxelas 1921).
- CORREIA, E., *A Conversão dos Negócios Jurídicos Ineficazes no BFDC 24*(1948).
- CORREIA, A. e SCIASCIA, G., *Manual de Direito Romano I*² (S. Paulo 1953).
- COSTA, E., *Profilo Storico del Processo Civile Romano* (Roma 1918).
- CRUZ, S., *Direito Romano ('Ius Romanum') I. Introdução. Fontes*⁴ (Coimbra 1984).
- — *Da «Solutio» I* (Coimbra 1962).
- — *Ius. Directum (Directum)* (Coimbra 1974).
- CUQ, E., *Les Institutions Juridiques des Romains I*² (Paris 1904).

- DABIN, J., *La Technique de l'Élaboration du Droit Positif Spécialement du Droit Privé* (Bruxelas, Paris 1935).
- DAUBE, D., 'Utiliter agere' em *IURA* 11(1960).
- DEBRAY, L., *Contribution à l'Étude de la Loi 'Plaetoria' Relative à la Protection du Mineur de Vingt-Cinq Ans* em *Mélanges Girard I* (Paris 1912).
- DE FRANCISCI, P., *Storia del Diritto Romano I* (Milão 1926).
- DEFROIDMONT, J., *La Science du Droit Positif* (Paris 1933).
- DEKKERS, R., *La Fiction Juridique. Étude de Droit Romain et de Droit Comparé* (Paris 1935).
- DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, J., 'Naturalis Ratio' en *Droit Classique Romain* em *Studi Bonfante III* (Milão 1930).
- DELGADO-OCANDO, J. M., *La Fiction Juridique dans le Code Civil Vénézuélien avec Quelques Références à la Législation Comparé* em *Les Présomptions et les Fictions en Droit. Études Publiées par Ch. Perelman et P. Foriers* (Bruxelas 1974).
- DEL VECCHIO, G., *La Verità nella Morale e nel Diritto* (Roma 1951).
- DE MARTINO, F., *Studii sull'Actio exercitoria* em *RDN* 7(1941).
- — 'Exercitor' em *NNDI* 6 (1960).
- — *Ancora sull'Actio exercitoria* em *Labeo* 4(1958).
- — *La Giurisdizione nel Diritto Romano* (Pádua 1937).
- — *L'Origine delle Garanzie Personali e il Concetto dell'Obligatio* em *SDHI* 6(1940).
- DEMELIUS, G., *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung* (Weimar 1858).
- DEMOGUE, R., *Les Notions fondamentales du Droit Privé* (Paris 1911).
- DE PAGE H., *De l'Interprétation des Lois. Contribution à la Recherche d'une Méthode Positive et Théories en Présence I e II* (Bruxelas 1925).
- DERNBURG, A., *Pandette I⁶* (Milão 1906).
- DE RUGGIERO, R., *Finzione Legale* em *DPDP III* (=P.I. = F. Inv.) (Milão 1923).
- DE SIMONE, E., 'Actor sive Syndicus' em *Syntelleia V. Arangio-Ruiz* (Nápoles 1964).
- — *Rappresentanza in Giudizio (Diritto Romano)* em *NNDI* 14(1967).
- DESSERTAUX, F., *Études sur la Formation Historique de la 'Capitis deminutio' I* (Paris 1919).
- — *Contribution à l'Étude de l'Édit* (Paris 1912).
- — *Contribution à l'Étude de l'Édit* em *NRHD* 36(1912).
- DE VISSCHER, F., *Les Formules in factum* em *RHDF* 4(1925).
- — *Le 'Ius publice respondendi'* em *RHD* 15(1936).
- DI LELLA, L., 'Formulae ficticiae'. *Contributo allo Studio della Riforma Giudiziaria di Augusto* (Nápoles 1984).
- DI PORTO, A., *Lessico Giuridico. Principio de un Dizionario Etimologico da Radici Semitiche* (Roma 1964).
- DISTASO, N., *La Simulazione dei Negozi Giuridici* (Turim 1960).

- DONATUTI, G., *Le Presunzioni 'Iuris' in Diritto Romano em Annali dela Facoltà di Giurisprudenza de Perugia* 43(1931).
- — *Le 'Praesumptiones Iuris' come Mezzi di Svolgimento del Diritto Sostanziale Romano, em RDP* 3(1933).
- — *Il Silenzio come Manifestazione di Volontà em Studi Bonfante IV (Milão 1930).*
- — *Sull'Adempimento Fittizio delle Condizioni em SDHI* 3(1937).
- D'ORS, A., *Derecho Romano em Separata da NEJ* 1(1949).
- — *Epigrafía Jurídica de la España Romana (Madrid 1953).*
- — *Sobre las Pretendidas Acciones Reales 'in factum' em IURA* 20(1969).
- — *Estudios sobre la 'Constitutio Antoniniana' em AHDE* 15(1944).
- — *Derecho Privado Romano*³ (Pamplona 1977).
- DUMONT, F., *Recensiones Critiche. Albanese, Studi sulla Legge Aquilia em IURA* 3(1952).
- ENGISCH, K., *Introdução ao Pensamento Jurídico (Lisboa 1977).*
- ENNECERUS, L., *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*¹⁵ (Tubingen 1959).
- ERMAN, H., *Noch Einmal die 'Actiones in factum' em SZ* 23(1902).
- ESSER, J., *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktion (Frankfurt 1969).*
- EYCKEN, P. V., *Méthode Positive de l'Interprétation Juridique (Bruxelas, Paris 1907).*
- FADDA, C., *Concetti Fondamentali del Diritto Ereditario Romano I (Nápoles 1900).*
- FEENSTRA, R., *L'Epistula comme Preuve d'une Stipulation em Studi Betti II (Milão 1962).*
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *Presupuestos de una Concepción Jurisprudencial (Santiago de Compostela 1976).*
- FERRARA, F., *Teorie delle Persone Giuridiche (Nápoles 1915).*
- — *Della Simulazione dei Negozi Giuridici*⁵ (Roma 1922).
- FERRINI, C., *Opere III (Milão 1929).*
- — *Diritto Penale Romano (Milão 1899).*
- — *La Legittimazione Attiva nell'Actio Legis Aquiliae' em RISG* 12(1891).
- — *Manuale di Pandette*³ (Milão 1908).
- FORIERS, P., *Présomptions et Fictions em Les Présomptions et les Fictions en Droit. Études Publiées par Ch. Perelman et P. Foriers (Bruxelas 1974).*
- FREZZA, P., *Le Forme Federative e la Struttura dei Rapporti Internazionali nell'Antico Diritto Romano em SDHI* 4(1938).
- FUENTESECA, P., *Derecho Privado Romano (Madrid 1978).*
- — *Puntos de Vista de la Jurisprudencia Romana Respecto a la 'Hereditas Iacens' em AHDE* 26(1956).
- GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho Privado Romano. I Instituciones*² (Madrid 1984).
- — *'Minor Annis XII Nupta' em Labeo* 3(1957).

- GARCÍA GARRIDO, M. J., *Diccionario de Jurisprudencia Romana* (Madrid 1982).
 — — *Derecho Privado Romano. II Casos y Decisiones Jurisprudenciales* (Madrid 1980).
 — — *Sobre los Verdaderos Límites de la Ficción en Derecho Romano* em *AHDE* 27-28(1957-58).
 — — *Casusismo y Jurisprudencia Romana. Pleitos Famosos del Digesto* (Madrid 1976).
 GAUDEMET, J., *Tentatives de Systématisation du Droit à Rome* em *ADP* 31(1986).
 GÉNY, F., *Science et Technique en Droit Privé Positif* III (Paris 1921).
 GEORGESCU, V. A., *L'Opposition entre 'Ius' et 'Factum' en Droit Romain* em *Scritti Ferrini* III (Milão 1968).
 GIARO, T., *Il Limite della Responsabilità ed Cautione 'Damni Infecti'* em *BIDR* 17(1975).
 GIFFARD, M. A., *Répétition Écrites de Droit Romain* (Paris 1931-32).
 GIOFFREDI, C., 'Ius, Lex, Praetor' em *SDHI* 13-14(1947-48).
 GIRARD, P. F., *Manuel Élémentaire de Droit Romain*⁸ (Paris 1929).
 GIUFFRÈ, V., 'Convalescere' in *Gai* 2,218 em *Synteleia V. Arangio-Ruiz* (Nápoles 1964).
 GRADENWITZ, O., *Zwei Bemerkungen zur 'Actio de peculio'* em *SZ* 27(1906).
 GRASSERIE, R., *Les Principes Sociologiques du Droit Civil* (Paris 1906).
 GRECO, P., *Le Società di Comodo e il Negozio Indiretto* em *RDC* 30(1932).
 GROSSO, G., *Recensioni* em *AG* 23(1932).
 GUARINO, A., 'Actiones adiecticiae qualitatis' em *NNDI* 1¹ (1958).
 — — *Isidoro di Siviglia e l'Origine dei Codicili* em *SDHI* 10(1944).
 — — *L'Ordinamento Giuridico Romano*² (Nápoles 1956).
 — — *Il 'Ius publice respondendi'* em *RIDA* 2(1949).
 — — *Diritto Privato Romano*⁶ (Nápoles 1981).
 — — *Storia del Diritto Romano*⁶ (Nápoles 1981).
 GUARNERI CITATI, A., *I Fattori del Diritto Romano Giustiniano ed il Problema della sua Codificazione* (Macerata 1926).
 GUYOT, M., *Fiction* em *Répertoire Universel et Raisonné de Jurisprudence* VI⁵ (Paris 1830).
 GUZMÁN BRITO, A., *Sobre el Objecto de las Ficciones Pretorias* em *REHJV* 3(1978).
 HACKL, K., *Sulla Finzione nel Diritto Privato* em *Studi Biscardi* I (Milão 1982).
 HEDERMANN, J. W., *Las Presunciones en el Derecho* (Madrid 1931).
 HELLWIG, K., *System des deutschen Zivilprozessrecht* I (Lipsia 1912).
 HERNÁNDEZ TEJERO, F., *Varia Romana* III em *AHDE* 15(1944).
 HORAK, F., 'Rationes decidendi' I (Innsbruck 1969).
 HORVAT, M., *Note Intorno allo 'Ius respondendi'* em *Synteleia V. Arangio-Ruiz* (Nápoles).
 IGLESIAS, J., *Derecho Romano*⁶ (Barcelona 1972).

- IHERING, R., *Études Complémentaires de l'Esprit du Droit Romain V à IX* (Paris 1903).
- — *L'Esprit du Droit Romain IV*³ (Paris 1888).
- IMPALLOMENI, G., *Successioni (Diritto Romano)* em NNDI 18 (1971).
- ISSA-SAYEGH, J., *La Fiction et le Droit* em AAFDSEP (1969).
- JALLU, O., *Essai Critique sur la Continuation de la Personne Considérée comme Principe des Transmissions à Titre Universel* (Paris 1901-2).
- JOUSSERANDOT, L., *L'Édit Perpétuel I* (Paris 1883) e II (Paris 1883).
- KASER, M., *Zum 'Ius Honorarium'* em *Estudios Ursicino Alvarez* (Madrid 1978).
- — *En Torno al Metodo de los Juristas Romanos* (Valhadolid 1964).
- — *'Oportere' und 'Ius Civile'* em SZ 83(1966).
- — *Das römische Zivilprozessrecht* (Muniqué 1966).
- — *Storia del Diritto Romano* (Milão 1981).
- — *Das römische Privatrecht I* (Muniqué 1955) e II (Muniqué 1959).
- — *Römisches Privatrecht*⁴ (Muniqué, Berlim 1965).
- KELLER, F. L., *Der römische Civilprozess und die Actionen*⁶ (Lipsia 1883).
- KOSCHAKER, P., *Literatur. Aus römischen und bürgerlichen Recht. Ernst Immanuel Bekker zum 16. August 1907 überreicht von F. Bernhoft, P. F. Girard, O. Gradenwitz, E. Holder, P. Krüger, R. Leonhard, L. Mitteis, E. Rabel, E. Seckel, A. von Tühr, L. Wenger, E. Zitelmann* (1907) em SZ 29(1908).
- KRELLER, H., *Literatur* em SZ 47(1927).
- KRÜGER, H., *Literatur. Brezzo Dott. Camilo, l'utilis actio del Diritto Romano — Rei vindicatio utilis —. Estensione utile dell' 'Azione di Rivendica di Fronte al Cod. Civ. Ital.* em SZ 12(1892).
- KUNKEL, W., *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (Weimar 1952).
- LANFRANCHI, F., *Nascituri (Diritto Romano)* em NNDI 11 (1965).
- LA PIRA, G., *La Genesi del Sistema nella Giurisprudenza. Il Concetto di Scienza e gli Strumenti della Costruzione Scientifica* em BIDR 43-44(1935-37).
- — *La Personalità Scientifica di Sesto Pedio* em BIDR 45(1938).
- LARENZ, K., *Metodologia da Ciência do Direito* (Lisboa 1969).
- LA ROSA F., *L'Actio iudicati*⁷ nel *Diritto Romano Classico* (Milão 1963).
- LAURENT, F., *Principes de Droit Civile* (Bruxelas, Paris 1878).
- LECOQ, L., *De la Fiction comme Procédé Juridique* (Paris 1914).
- LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Kelsen. Estudio Crítico de la Teoría Pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena* (Barcelona 1933).
- — *Filosofía del Derecho*⁵ (Barcelona 1979).
- LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*³ (Lipsia 1927).
- LEONHARD, R., *'Fictio'* em PW 6 (1909).
- LEVY, J. P., *La Formation de la Théorie Romaine des Preuves* em *Studi Solazzi* (Nápoles 1948).

- LÉVY-BRUHL, H., *Quelques Problèmes du Très Ancien Droit Romain* (Paris 1934).
- — *Prudent et Prêteur* em *RHD* 5(1926).
- LOMBARDI, L., *L'Actio aestimatoria* e I *'Bona fidei iudicia'* em *BIDR* 43(1960).
- LONGO, G., *Sulla Simulazione dei Negozi Giuridici* em *Studi Riccobono* III (Palermo 1936).
- — *Appunti Critici in Tema di Peculio* em *SDHI* 1(1935).
- — *Mandato (Diritto Romano)* em *NNDI* 10 (1964).
- — *Appunti Esetgetici e Note Critiche in tema di 'Lex Aquilia'* em *AUMA* 22(1958).
- — *'Actio exercitoria — Actio institoria. Actio quasi institoria'* em *Studi Scherillo* II (Milão ?).
- — *'Lex Aquilia de damno'* em *NNDI* 9 (1963).
- LUZZATTO, G. I., *Procedura Civile Romana* III (Bolonha 1948).
- MACCHIARELLI, A. C., *'Fictio Iuris'* em *EGI* VI — Parte II (1903).
- MAGDELAIN, A., *Le 'Ius respondendi'* em *RHD* 28(1950).
- MARCHI, A., *Le Disposizioni Testamentarie a Titolo di Pena* em *BIDR* 21(1909).
- MARTINI, R., *'Coemptio fiduciae causa'* e *'Senes coemptionales'* em *Studi Biscardi* II (Milão 1982).
- MASCHI, C. A., *Il Diritto Romano* 1² (Milão 1966).
- — *La Concezione Naturalistica del Diritto e degli Istituti Giuridici Romani* (Milão 1937).
- — *Sunti di Riviste, l'Insufficienza delle Leggi nel Diritto Romano* em *RIFD* 5(1925).
- MELE, A., *Dizionario di Definizioni Giuridiche. Parte Generale. Diritto Romano* I (S. Maria C. V. 1918).
- MENOCCHIUS, I., *De Praesumptionibus, Coniecturis, Signis ei Iudiciis* (1615).
- MORIN, G., *L'Oeuvre de Duguit et le Droit Privé* em *APD* 1-2(1932).
- MOTA PINTO, C. A., *Teoria Geral do Direito Civil*³ (Coimbra 1985).
- MOSSILLO, A., *Denuncia di Nuova Opera e di Danno Temuto (Diritto Romano)* em *NNDI* 5 (1960).
- — *Contributi allo Studio delle 'Stipulationes praetoriae'* (Nápoles 1960).
- NICOSIA, G., *'Exceptio utilis'* em *SZ* 75(1958).
- NITTI, R., *Negoziario Fiduciario* em *NNDI* 11 (1965).
- NOIREL, J., *Le Droit Civil Contemporain et les Situations de Fait* em *RTDC* 57(1959).
- OLIVEIRA ASCENSÃO, J., *O Direito. Introdução e Teoria Geral* (Lisboa 1978).
- ORESTANO R., *Diritti Soggettivi e Diritti senza Soggetto* em *IUS* 11(1960).
- — *Rappresentanza* em *NNDI* 14 (1967).
- ORTEGA, G., *Negócio Indirecto, Liberalidade e Negócio Misto* em *RDES* 5(1950).
- PALERMO, A., *Il Procedimento Cauzionale nel Diritto Romano* (Milão 1942).
- — *Studi sulla 'Exceptio' nel Diritto Classico* (Milão 1956).

- PALMIERI, E., 'Legis actio' in *Alcune Fonti Giuridiche em Synteleia V. Arangio-Ruiz* (Nápoles 1964).
- — *Istituzione di Erede em NNDI 9* (1963).
- PAMPALONI, M., *Il Concetto Classico dell'Usufrutto em BIDR 22*(1910).
- PAOLI, J., *La Condition de Ciyoyenneté des Plaideurs dans l'Instance Judiciaire 'ex lege' em RHD 33*(1955).
- PASTORI, F., *La Genesi della 'Stipulatio' e la Menzione della 'Bona fides' nella 'Lex de Gallia Cisalpina' con Riferimento all'Actio ex stipulatu' em Studi Betti III* (Milão 1962).
- PÉREZ SERRANO, N., *Las Ficciones en el Derecho Constitucional* (Madrid 1948).
- PEROZZI, S., *Istituzioni di Diritto Romano II* (Firenze 1908).
- POKROWSKY, J., *Die 'Actiones in factum' des klassischen Rechts em SZ 16*(1895).
- PRÉVOST, H., *L'Adoption d'Octave em RIDA 5*(1950).
- PRINGSHEIM, F., *Symbol und Fiktion in antiken Rechten em Studi De Francisci IV* (Milão 1956).
- PROVERA, G., *Diritto e Azione nell'Esperienza Giuridica Romana em Studi Biscardi IV* (Milão 1983).
- — *Notae. Ancora sul' Ius respondendi em SDHI 28*(1962).
- PUGLIATTI, S., *Finzione em ED 17* (1962).
- PUGLIESE, G., *L'Onere della Prova nel Processo Romano 'per formulas' em RIDA 3*(1956).
- — *La Prova nel Processo Romano Classico em IUS 11*(1960).
- — *Simulazione (Diritto Romano) em NNDI 17* (1970).
- — *La Simulazione nei Negozi Giuridici* (Pádua 1938).
- — *In Tema di 'Actio exercitoria' em Labeo 3*(1957).
- QUADRATO, R., *Ancora su 'Utiliter agere' em Labeo 10*(1964).
- RADBRUCH, G., *Filosofia do Direito II* (Coimbra 1961).
- RAMPONI, L., *Note sulle Presunzioni in Diritto Civile em RISG 14*(1892).
- REGGI, R., *Presunzione em ED 35* (1986).
- RENARD, G., *Le Droit, la Justice et la Volonté* (Paris 1924).
- RICCOBONO, S., *Corso di Diritto Romano. Formazione e Sviluppo del Diritto Romano dalle XII Tavole a Giustiniano. Parte II* (Milão 1933-34).
- — *'Stipulatio' et 'Instrumentum' nel Diritto Giustiniano em SZ 43*(1922).
- — *Die Vererblichkeit der Stafelagen und die Fiktion der Litiskontestation nach klassischen und justinianischen Rechte em SZ 47*(1927).
- — *Punti di Vista Critici e Ricostruttivi em AUPA 12*(1929).
- ROBBE, U., *La 'Fictio Iuris' e la Finzione di Adempimento della Condizione nel Diritto Romano em Scritti Pugliatti IV* (Milão 1987).
- ROBERTI, M., *'Nasciturus pro iam nato habetur' nelle Fonti Cristiane Primitive em Cristianesimo e Diritto Romano* (Milão 1935).
- ROBLEDA, O., *Introduzione allo Studio del Diritto Privato Romano²* (Roma 1979).

- ROTONDI, G., *Gli Atti in Frode alla Legge nella Dottrina Romana e nella sua Evoluzione Posteriore* (Turim 1911).
- — *Teorie Postclassiche sull'Actio Legis Aquiliae' em Scritti Giuridici II* (Milão 1922).
- RUBINO, D., *Il Negozio Indiretto* (Milão 1937).
- SANTOS JUSTO, A., *As Garantias Reais das Obrigações (Direito Romano)* (Coimbra 1988).
- — *A Situação dos Escravos em Roma no BFDC 59*(1983).
- SAVIGNY, F. K., *System des heutigen römischen Rechts V* (Berlim 1841).
- — *Von Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft³* (Eidelsberg 1840).
- SCHIPANI, S., *Responsabilità 'ex lege Aquilia'. Criteri di Imputazione e Problema della 'Culpa'* (Turim 1969).
- SCHMIDLIN, B., *Die römischen Rechtsregeln* (Vienna 1970).
- SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico* (Barcelona 1960).
- SCIALOJA, V., *Procedura Civile Romana* (Roma 1936).
- — *Studi Giuridici I* (Pádua 1933).
- — *Teoria della Proprietà nel Diritto Romano I* (Roma 1928).
- — *La L. 16 Dig. de Cond. Causa data 12,4 e l'Obbligo di Trasferire la Proprietà nella 'Venditio' Romana em BIDR 19*(1907).
- SCIASCIA, G., *Um Aspecto da Nomeação de Herdeiro em Objecto Determinado Segundo o Direito Romano em RFDSP 47*(1952).
- SEGRÈ, G., *La Clausola Restitutória nelle Azioni 'de servitutibus' e le Formule della Azioni Relative alla 'servitus oneris ferendi' em BIDR 41*(1933).
- SERRAO, F., *Interpretazione della Legge (Diritto Romano) em ED 22* (1972).
- — *La 'Iurisdictio' del Pretore Peregrino (Milão 1954)*.
- — *Institore em ED 21* (1971).
- SOHM, R., *Instituciones de Derecho Privado Romano¹⁷* (Madrid 1928).
- SOLAZZI, S., *Peculio e 'In rem verso' nel Diritto Classico em Studi Brugi* (Palermo 1910).
- — *Sul 'Peculium' nell'Actio de in rem verso em AG 21*(1957).
- — *L'Età dell'Actio exercitoria' em RDN 7*(1941).
- — *'Intentio in factum concepta' em RIDA 2*(1953).
- — *Gai 2,84 e le Obbligazioni dell'Erede em Labeo 4*(1958).
- — *Contro la Rappresentanza del Defunto em RISG 58*(1916).
- — *'Pater is est quem nuptiae demonstrant' em IURA 7*(1956).
- — *Le Azioni del Pupilo e Contro il Pupillo per i Negozi Conclusi dal Tutore em BIDR 23*(1911).
- — *'Actio Legis Aquiliae' e 'Actio Legis Cornelia de sicariis' in Gai 3,213 em SDHI 20*(1954).
- — *Glosse a Gaio em Studi Riccobono I* (Palermo 1936).
- — *Notae (Gai III, 56) em SDHI 3*(1937).
- SOTTY, R., *Les Actions Qualifiées d'«Utiles» en Droit Classique em Labeo 25*(1979).

- STEINWENTER, A., *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie em Studi Albertario II* (Milão 1953).
- — 'Latini Iuniani' em *PW* 12(1925).
- TAUBENSCHLAG, 'Lex Aquilia' em *PW* 12(1925).
- THIELMANN, G., 'Actio Utilis' und 'Actio in Factum' zu den Klagen im Umfeld der 'lex Aquilia' em *Studi Biscardi II* (Milão 1982).
- TOMULESCU, C. A., La Clause «ex fide bona» dans la Soi-Disant 'lex Rubria de Gallia Cisalpina' em *BIDR* 17(1975).
- TORRENT, A., 'Salvius Iulianus, liber singularis de ambiguitatibus' (Salamanca 1971).
- UNGER, J., *Die Verträge zu Gunsten Dritter em JDRDPR* 10(1871).
- URSCINO ALVAREZ, *Curso de Derecho Romano. II Derecho Procesal Civil Romano* (Madrid 1948).
- VALIÑO, E., *Acciones Pretorias Complementarias de la Accion Civil de la Ley Aquilia* (Pamplona 1973).
- — Las 'Acciones adiecticiae qualitatis' y sus Relaciones Básicas en Derecho Romano em *AHDE* 37(1967).
- — Las Relaciones Básicas de las Acciones Adiecticias em *AHDE* 38(1968).
- — 'Acciones Utiles' (Pamplona 1974).
- VANDER EYCKEN, P., *Méthode Positif de l'Interprétation Juridique* (Bruxelas, Paris 1907).
- VASSALLI, F. E., 'Dies vel conditio' em *BIDR* 27(1915).
- VENTURA, R. J. R., *A Conversão dos Actos Jurídicos no Direito Romano* (Lisboa 1947).
- — *Manual de Direito Romano I* (Lisboa 1964).
- VIEHWEG, F., *Tópica y Jurisprudencia* (Madrid 1964).
- VILLERS, R., *La Procedure Formulaire à la Lumière des Récents Découvertes em Studi Biscardi I* (Milão 1982).
- VILLEY, M., *Logique d'Aristote et Droit Romain em RHD* 29(1951).
- VOCI, P., *L'Estensione dell'Obbligo di Risarcire il Danno nel Diritto Romano Classico em Scritti Ferrini II* (Milão 1947).
- — *Istituzioni di Diritto Romano*³ (Milão 1954).
- — *Diritto Ereditario Romano II*² (Milão 1963).
- VOLTERRA, E., *Varietà. La L. 7 C de her. inst. 6,24 e Due Documenti di Susa Recentemente Scoperti em BIDR* 41(1933).
- — *Adozione (Diritto Romano) em NNDI* 1¹ (1958).
- — 'Adrogatio' em *NNDI* 1¹ (1958).
- — *La Nozione dell'Adoptio e dell'Arrogatio Secondo i Giuristi Romani del II e del III Secolo d.C. em BIDR* 69(1966).
- — *Istituzioni di Diritto Privato Romano* (Roma 1961).
- VONGLIS, B., *Droit Romain et Rhetorique em RHD* 37(1969).
- VON LÜBTOW, U., *Miscellanea em Studi Arangio-Ruiz II* (Nápoles ?).
- — *Ulpian's Konstruktion des sogenannten Vereinbarungsdarlehens em Synteleia V. Arangio-Ruiz* (Nápoles 1964).

- VON MAYR, R., 'Vindicatio Utilis' em SZ 26(1905).
 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).
 WENGER, L., *Die Quellen des römischen Rechts* (Viena 1953).
 — — *Istituzioni di Procedura Civil Romana* (Milão 1938).
 WESENER, G., *Actiones ad exemplum* em SZ 75(1958).
 WIEACKER, F., *Vom römischen Recht*² (Gottingen 1961).
 WLISSAK, M., *Die praetorischen Freilassungen* em SZ 26(1905).

I. FONTES JURIDICAS

A. Fontes pre-Justinianos

Codex Theodosianus (CT)		28	1632
		35	1632
4, 4, 22	1413	39	1632
8, 5, 12	1413	47	1632
61	1413	59	12
65	1413	67	15211, 15211*
		69	15212
		101	15212**
Fragmenta Vaticana (FV)		115	122413
		115b	122413*
85	1442, 1443, 1444, 1445	119	12120, 12141*
	1447, 1448	122	12143
310	1523	122	12242
317	11312	124	12242*
311	11312	127	152111, 152111**
		162	121
		24	12145, 12145*
Code Institutionum (GAIUS)		25	12142*
		27	12
1	723	29	1223
12	632, 632*	67	12*
13	632, 632*	67	12, 74*
16	632	101	162*
17	1632, 632	103	12141*
19	1632*	104	12142*
20	632*	116	74*
23	632	117	74*
24	632*	130	16211*
25	632	136	12, 15212
26	632	147	15211*
27	632	149	12*