

CONSIDERAÇÕES EM TÔRNO DAS DECLARAÇÕES DE VONTADE

WILSON MELO DA SILVA

DISPONDO, o nosso Código Civil, em seu artigo 85, que “ nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”, nada mais fêz que, repetindo um clássico ensinamento do *jus romanun* (PAPINIANUS, *fr.* 218, *lib.* 27, *Quaestio — num.* L, 16 : *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*), aceitar, como preceito de lei expressa, a primeira das famosas doze regras de POTHIER (1).

No entanto, fôrça é confessar-se, o nosso Legislador que, em mais de uma passagem, adotou, no Código, frente a correntes doutrinárias divergentes, a cômoda situação do “meio têrmo”, não foi, aqui, mais feliz, muito embora tenha procurado conciliar os postulados visceralmente antagônicos da *Willens-Theorie* e da *Willenserklärungstheorie*, como se denominam, na Alemanha, as doutrinas ditas volitiva e declarativa.

E é que, se tais doutrinas preponderaram, até pouco tempo, no campo das disputas relativas às declarações de vontade, já agora perdem terreno, vencidas por uma renovação fundamental que se vem impondo de maneira irresistível.

Dir-se-ia que, mais uma vez, a razão assiste a SAVIGNY e à sua Escola Histórica. As atuais condições de vida, a necessidade de uma sempre crescente segurança nas transações, a própria socialização do direito já proclamada por MORIN (2) e CHARMONT (3), parecem ditar rumos novos à questão. E o Legislador que desejasse ser realista à maneira de DUGUIT, para quem as doutrinas é que se devem adaptar aos fatos e não êstes àquelas, não poderia tergiversar. O problema teria, forçosamente, de deslocar-se para um plano diverso daquele até então adotado pelos velhos tratadistas. Nem o exclusivo primado do declarante, nem a hipertrofia das atenções em favor daquele a quem a declaração fôsse dirigida.

A boa fé, a equidade que sempre deveriam de presidir aos negócios jurídicos, não poderiam andar relegadas a um modesto se-

(1) — POTHIER, *Tratado das Obrigações Pessoais e Recíprocas*, trad. de CORRÊA TELLES, 2.^a ed., vol. I, pág. 61.

(2) — MORIN, *La Loi et le Contract*.

(3) — CHARMONT, *Le Droit et l'Esprit Démocratique*.

gundo plano. Urgia que viessem assumir seus lugares de honra. Um breve retrocesso se faz, aqui, indispensável.

Foi SAVIGNY quem, sob o influxo do liberalismo sem pêias, surgido com a Revolução Franceza, lançou, sob bases estáveis, a doutrina volitiva (4).

O HOMEM, erigido, então, em centro do Universo, monopolizava tôdas as atenções. O Direito deveria existir apenas em função do HOMEM a sua vontade, por via de conseqüências, era qualquer cousa de sagrada que devia de ser acatada e respeitada em tôda linha. Ora, em tal ambiente, só poderia vingar, e de fato vingou, aquela doutrina que, na interpretação das declarações de vontade, mandava que se atentasse única e exclusivamente para a intenção do agente.

De conformidade com o doutrinista da Escola Histórica, as declarações de vontade necessariamente, deveriam de revelar e consubstanciar, sempre, na sua pureza e integridade, a real vontade do agente, de tal modo que o *declarado* fôsse, inequivocamente, a imagem perfeita do *querido*.

O que importava, antes de tudo o mais, era a *vontade*, a alma mater dos atos jurídicos, a ser mantida na sua ideal perfeição, extreme das dúvidas e deformidades de uma inadequada exteriorização. Só assim ela não correria o risco de ser considerada "*un'enveloppe sans contenu*", ou, na expressão de BUTERA, u'a imagem vã, um corpo sem gravidade ou um gaz sem expansão (5).

O simples *propositum in mente retentum* é destituído de jurisdição. Desprendido, porém, do mundo subjetivo do agente e para que anime de vida o ato de declaração, mistér se faz que, de acôrdo com SAVIGNY, ZITELMANN (6) e outros coriféus do mesmo credo, não tenha sofrido deformações na sua passagem para o mundo externo. E isto porque, na hipótese de um conflito entre o *querido* e o *declarado*, haverá sempre de preponderar aquêlê sôbre êste.

Tal doutrina, como é de fácil compreensão, oferecia flancos abertos à crítica.

De início, segundo ela, ao juiz estaria reservado um papel mais de psicólogo que mesmo de julgador. Não constataria fatos. Iria além e se poria sempre a debruçar sôbre as almas dos indivíduos,

(4) — SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad. castelhana de MASIA Y POLEY, 2.ª ed., Vol. II, § CXXXIV e seguintes.

(5) — *Apud* HECTOR CÂMARA, *Simulacion en los Actos Juridicos*, Ed. DEPALMA, B. Aires, 1944, pág. 10.

(6) — ZITELMANN, *Irrthum und Rechtsgeschäft*, 1879 (Leipzig).

tal como fôra, talvez, do gôsto de RIPERT, (7), a sondar consciência e a vasculhar intenções...

Perder-se-ia, o juiz, no mundo dos ultra-sensíveis e seria tudo, menos, de fato, um verdadeiro juiz, pelo menos na acepção em que é tido por CORNIL. E não seria, então aquêlé "*the man in the street*", o cidadão idêntico à média comum dos demais cidadãos, "o homem que tem os defeitos e as qualidades de todo mundo" (8), o indivíduo que, acerescentemos nós, sem as transcendentés preocupações de um metafísico e sem as simplezas do homem vulgar e ignaro, encarasse os fatos, tanto quanto possível, numa equilibrada dose de bom senso e realismo.

Ao demais disso (as observações são de MICELI (9), se tal doutrina se compreendia em uma época na qual as declarações de vontade se verificavam em campos restritos, entre pessoas que se podiam pessoalmente conhecer e serem conhecidas do juiz, isto não teria já cabimento em nossos dias, onde as condições de vida se modificaram de maneira substancial e profunda e onde as declarações passaram a envolver um número infinito de interêsses, produzindo efeitos, no comum das vêzes, entre ambientes vários e mundos estranhos.

A unilateralidade dos postulados da *Willens-Theorie*, que parece atentar, com exclusivismo, para a só pessoa do declarante, já por mais de uma vez tem sido posta em relêvo como um ponto fraco dessa doutrina, contra a qual, em palavras candentes, se levantou HECTOR CÂMARA, ao escrever que: "*La doctrina volitiva es derribada "por sus propios sostenedores, quienes se ven obligados a no ser lógicos consigo mismo, ya que sua estricta aplicación lleva a consecuencias repugnantes a los principios más elementares de justicia, en los casos de reserva mental y respecto a los terceros de buena fe cuando se opone la simulación"* (10).

De levar-se em conta, também, é a advertência de DEMOGUE (11).

(7) — RIPERT, *A Regra Moral*, trad. portuguesa de O. de OLIVEIRA, 1937, pág. 296.

(8) — *Apud* PEDRO BATISTA MARTINS, *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*, 2.ª ed., n.º 108, pág. 190.

(9) — MICELI VICENZO, *Princípios de Filosofia del Derecho*, pág. 485, n.º 227.

(10) — HECTOR CÂMARA, *ob. cit.*, pág. 21.

(11) — DEMOGUE no *Traité des Obligations en général*, Paris, 1923, 1.º vol., n.º 32, pág. 89, deixou consignado que: "*Le danger de cette théorie, c'est qu'on tient compte de la volonté interne, fait caché, sur lequel on ne peut faire que des suppositions. Ce système qui donne la sécurité statique, c'est-à-dire, qui favorise celui qui émet la volonté en ne l'obligeant que s'il a voulu réellement, normalement et dans la mesure où il a voulu, n'est pas favorable à celui qui a connaissance de la déclaration et qui ne peut se fier qu'à ce qu'il connaît: les apparences, la déclaration*".

Mas a doutrina da declaração da vontade (*Willenserklärungstheorie*), da qual foi paladino o renomado KOHLER (12) e que surgiu com o intuito evidente de combate e reação à doutrina da vontade, de SAVIGNY, desde logo, tal como o colosso bíblico, revelou possuir, também, pés de barro.

Refutando o unilateralismo da doutrina volitiva relativamente ao autor das declarações de vontade, caiu no extremo oposto, ao fazer a apologia e a defesa, apenas, da situação do aceitante das declarações...

Tão somente o interêsse dêste passou a ser levado em conta.

No entanto, a experiência de cada dia nos revela, num formal desmentido a êsse exagero, que, dada a imperfeição dos meios usuais de exteriorização da vontade (deficiência de expressão, etc.), nem sempre, de fato, a verdade *declarada* se encontra em correspondência com a vontade *querida*, subjetiva, interna, do indivíduo.

Não raro, um mero defeito de terminologia, uma simples divergência na conceituação de palavras, variáveis de povo a povo e, mesmo, de região a região, dão, como consequência, num dissídio manifesto entre o *pensado* e o que foi concretamente declarado, ou, se o preferirmos, entre a *voluntatis quaestio* e o *a quod actum est*, dos romanos.

Ora: Como, em nome de tais princípios, revelados insuficientes na prática, se haveria de sacrificar a vontade real das partes, sôbre a qual, na feliz expressão de OERTMANN, "descansa" (13) o negócio jurídico?

Pouco importava, também, que, segundo SALEILLES, fôsse insuportável que o juiz "*soit le serviteur de la pensée d'autrui, l'enregistreur, l'appréciateur de la volonté d'autrui*", no afã de descobrir a real intenção do declarante se, muito pelo contrário, o que lhe competisse fôsse apenas dar aos atos jurídicos, daí oriundos, uma "*validé objective*", uma "*portée objective*", uma "*moralité objective*" (14). Evidente era a insustentabilidade da doutrina da declaração, nesta parte, como, também nela, insubsistível era a doutrina volitiva.

E de nada valia, em contrário, invocar-se a necessidade de u'a maior segurança na vida dos negócios jurídicos, incompreensível

(12) — KOHLER, *Studien über Mentalreservation und Simulation*, inserto em "*Jahrbuch für Dogmat*", Vol. XVI, pág. 91 e seguintes.

(13) — OERTMANN, *Introduccion al Derecho Civil*, trad. castelhana de SERAL, ed. LABOR, § 35, pág. 194.

(14) — Cfr. BONNECASE, *Suplementos a BAUDRY*, vol. 2.º, 1925, SIREY, n.º 400, pág. 478.

se se deixasse ao arbítrio do declarante a assertiva ou a prova de que o *declarado* não correspondia ao *querido* (15).

A doutrina da declaração da vontade, sob tal aspecto, retrocedia ao tempo do direito romano. A palavra era tudo, a intenção, nada.

O tabú da fórmula sufocava a essência da declaração.

Além do mais, segundo o salientava BONFANTE, os postulados da *Willenserklärungstheorie*, levados às últimas conseqüências, conduziram à morte princípios basilares de todo o direito: a boa fé, a culpa, o dolo, etc., cujos conceitos não teriam mais razão de ser (16).

E se não satisfaziam, de maneira absoluta, os princípios da teoria volitiva ou os postulados da teoria declarativa, não o satisfizeram mais as variantes, simples roupagens com as quais procuraram, muitos, ataviar os velhos modelos, notadamente o da doutrina volitiva.

E assim, não obstante a engenhosidade com que WINDSCHEID, em *Wille und Willenserklärung*, idealizou o "compromisso tácito de garantia" (17) e, VON IHERING, o da "*culpa in contrahendo*" (18), a situação permanecia a mesma.

E é que, reconhecendo o *artificialismo* da própria variante que idealizou, foi o mesmo WINDSCHEID quem se incumbiu de vibrar-lhe o golpe de misericórdia, relegando-a ao abandono (19). E quanto a VON IHERING, não teve melhor destino a sua "*culpa in contrahendo*." MOMMSON, contra ela, assestou golpes demolidores (20) e, ao final, numa pública afirmação de sua insuficiência, VON IHERING a ela renunciou (21).

Tomando posição nos debates, VON TUHR se pronunciou pela teoria da declaração escrevendo: "*En el negocio jurídico, la virtud de "configurar los derechos no corresponde a la voluntad interna que, por su misma naturaleza, está expuesta a continuas alternativas, sino a la voluntad manifestada: para el derecho no es deci-*

(15) — V. MESSINA, *Simulazione assoluta*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1907, I, pág. 398.

(16) — BONFANTE, *Simulazione*, mesma revista, 1906, pág. 187.

(17) — V. *Archiv für zivilistische Praxis*, vol. 63, pág. 72 e sgts.

(18) — V. IHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, nas *O. Choisis*, trad. de MEULENAERE, 2.º vol., pág. 1 e seguintes.

(19) — Apud H. CÁMARA, ob. cit., pág. 15.

(20) — MOMMSON, *Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschliesung von Schuldverträgen*, 1879.

(21) — IHERING, *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht* (1867), nota 73 (pág. 38).

sivo lo que el hombre quiere, sino lo que en ciertas circunstancias y en cierto modo dió a conocer como su voluntad" (22).

ENNECCERUS queda indeciso entre os gigantes (23).

Enquanto isso, RÖVER julga melhor optar por um ecletismo franco, aceitando, para determinada espécie de atos (declarações *inter vivos*), a teoria declarativa, enquanto que, para outras (declarações de última vontade), adota a tese de teoria volitiva (24), no que é seguido, com entusiasmo, por FERRARA (25).

Nosso Legislador, no entanto, embora perfilhando, como se disse, a cômoda situação do meio têrmo, não se pôz como RÖVER, exatamente entre os dois extremos. Foi eclético, mas de um ecletismo "sui generis", dando, como deu, não obstante, maiores atenções à *Willens-Theorie*.

E tanto isto é certo que, se para as declarações de última vontade, esposou integralmente os princípios defendidos por SAVIGNY (V. art. 1.666 do Cód. Civil), não se pode dizer que tenha, com exclusivismo, no tocante às declarações entre vivos, acolhido os postulados da outra doutrina, a declarativa.

Com efeito: No art. 85, não ordena, o nosso Cód. Civil, que, nas declarações de vontade se atenda unicamente aos princípios da teoria declarativa ("sentido literal da linguagem"), como não determina, também que apenas a intenção das partes seja levada em conta. O que aí se diz é que *mais* que à letra das declarações, a preferência, na interpretação, caberá à intenção.

E então se pergunta: Não aceitando, na integralidade, o Legislador pátrio, nem os princípios da doutrina declarativa, nem, tão pouco, os da volitiva e, embora sendo eclético, não tendo adotado o ponto de vista da exata linha média de RÖVER e FERRARA, teria escolhido o melhor rumo?

Doutrinariamente, achamos que não.

A verdade não se concebe apenas por partes. Aceito o princípio, não lhe podemos refugar as conseqüências. Se as premissas estão certas, por fôrça de lógica que a conclusão também o estaria. Não se concebe, na pureza do princípio, que o conteúdo de uma declaração que possa ser considerado defeituoso em vida de um individuo, não o seja, também, depois de sua morte, e vice-versa.

(22) — Von TUHR, *Derecho Civil (Teoria General)*, trad. castelhana, Ed. DEPALMA, B. Aires, 1947, vol. II (1.ª parte), pág. 162 e sgte.

(23) — ENNECCERUS (KIPP-WOLFF), *Tratado de Derecho Civil*, trad. de Gonzáles y A. Alger, I, 2.ª parte, § 129, pág. 393.

(24) — Cfr. H. CÁMARA, ob. cit., pág. 16.

(25) — FERRARA, *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, trad. portugêsa de A. BOSSA, Saraiva, 1939, pág. 28, *in fine* e 29.

Talvez motivos de ordem prática intervenham na espécie, ditando diretrizes outras. Seja como fôr, porém, o êrro maior, talvez esteja na teimosia com que, ainda hoje, muitos D.D. ainda se apegam aos princípios de ambas as escolas : volitiva e declarativa. Parece-lhes que o problema, forçosamente, teria de se equacionar à luz dessas doutrinas, quando seus postulados poderiam ser encontrados fora delas.

A boa fé, a eqüidade, são arcabouços fundamentais do Direito. E qualquer construção jurídica não poderia fugir às suas linhas mestras, sob pena de fragilidade, de inconsistência, de insustentabilidade.

Se a boa fé, de um lado, ampara aquêle a quem as declarações são dirigidas, não poderia, a eqüidade, por outro, cimentar uma obrigação de quem houvesse, equivocadamente, declarado aquilo que não foi querido.

Ambos os agentes das declarações, o ativo e o passivo, o que a emite e o que a recebe, têm de ser levados igualmente em conta. Relativamente a ambos, forçosamente hão de ter igual aplicação, os postulados da boa fé e da eqüidade. E se tudo isso é inconciliável dentro de uma ou outra teoria (declarativa ou volitiva), por que não se alongar a vista e procurar-se em outra parte aquilo que não encontramos ali?

Por que não iluminarmos de vida nova essas doutrinas, de modo a se evitar, na crueza de suas últimas conseqüências, o desamparo em que, segundo elas, sempre haveria de ficar uma das partes, injustamente?

Para lá, no entanto, parece que caminhamos agora que novos e corajosos rumos se vão imprimindo à solução do intrincado problema.

Se o que declara encontra, pela frente, alguém que receba essa declaração com fundados motivos para acreditá-la de conformidade com a intenção do declarante, por que não se considerar a firmeza do negócio jurídico, em tal hipótese, ainda que, de má fé, o autor da declaração?

E inversamente, se de má fé aquêle a quem a declaração é dirigida, por que se outorgar validade ao ato se a divergência entre o querido e o declarado ficou patente?

As regras da boa fé e da eqüidade estariam aí presidindo a essas declarações, levando-lhes a vida que lhes falta pela aplicação sistemática e isolada dos princípios das teorias clássicas da declaração e da vontade.

Uma amálgama da moderna teoria a que os italianos denominam "*dell'affidamento*" com aquela, dita da responsabilidade, parece

que nos abririam horizontes outros e outras perspectivas para uma construção jurídica estável relativamente à questão.

As construções jurídicas, no entanto, são, no mais das vezes, produtos de diversas gerações. Fatores múltiplos intervêm na elaboração das mesmas, não se podendo olvidar as próprias condições de vida e do progresso. Esses fatores, aliás, justificam a derrocada do princípio tradicional da culpa na responsabilidade civil. E foram eles que, na chistosa advertência de STARCK, tornaram imprópria à sua destinação a "*faute*", "*l'outil qui convenait aux difficultés pratiques, la clé permettant d'ouvrir toutes les portes du domaine de la responsabilité*" (26).

Os elementos essenciais, porém, sempre ficarão de pé a informar as construções jurídicas : a boa fé e a eqüidade.

Podem os acidentes variar com os tempos. O substancial, porém, será eterno porque eterna e pré-existente ao homem, é a fonte de onde promana : o *jus naturale*.

Pouco importa que, da boa fé ou da eqüidade, não se tenha ainda uma definição satisfatória (27).

Mas de que vale uma definição se todos nós sentimos o que sejam boa fé e eqüidade?

Embora o Doutor Angélico houvesse definido a vida como "o movimento imanente", PASCAL se obstinava em que ela não se definisse. "A vida não se define", teria afirmado. "A vida, vive-se, sente-se".

O mesmo, *mutatis mutandis*, pode se dizer relativamente à eqüidade ou à boa fé.

Temos, pois, em conclusão, que o ponto fraco das doutrinas volitiva e declarativa consistiu exatamente aí, no injustificado ólvido a que seus coriféus relegaram os superiores princípios que lhes não poderiam faltar em absoluto : os da boa fé e os da eqüidade. E por isso mesmo não resistem aos vendavais e ameaçam ruínas como tôdas as construções que, idealizadas, em princípio, para a salvaguarda e defesa dos homens, acabaram por esquecer... o próprio homem.

(26) — B. STARCK, *Essai d'une Théorie Générale de la Responsabilité Civile considérée en sa double Fonction de Garantie et de Peine Privée*, Paris, 1947, pág. 5, introdução.

(27) — BRACON, no seu livro "De Legibus", assim definiu a eqüidade : "*Aequitas autem est rerum convenientia quae in paribus causis, paria desiderat jura, et omnia bene coaequiparat. Et dicitur aequitas, quasi aequalitas et vertitur in rebus, id est in dictis et factis hominum*".