

EMÍLIO BETTI

TRADUTOR E ANOTADOR: RICARDO RODRIGUES GAMA

Teoria Geral do  
**Negócio Jurídico**

*Cintia Rosa Pereira de Lima*  
Advogada - OAB/SP Nº 209 731

Tomo II



Campinas/SP  
2003

Não temos, porém, que tratar aqui do fenômeno da simulação, que preferimos estudar no capítulo reservado às anormalidades do negócio jurídico (Cap. VII, § 50). Por outro lado, a diagnose das anormalidades pressupõe a correta interpretação do negócio que se afirma ser anormal (Cap. VI). Para um resumo das diversas aplicações modernas do negócio indireto, remetemos para os estudos especializados.<sup>110</sup>

<sup>110</sup> RUBINO, *Neg. Indir.*, 147 e segs.; ASCARELLI, *Neg. indir.*, n<sup>os</sup> 14-18, 24-27, em *Saggi giur.*, 177 e segs., 204 e segs., 214 e segs.

## Capítulo VI

### Interpretação do negócio jurídico

#### *41. As manifestações da autonomia privada, como objeto de interpretação jurídica.*

Antes de enfrentarmos o tema da interpretação, convém retroceder um pouco. O preceito da autonomia privada, a que os negócios dão vida, não é propriamente um preceito jurídico, mas um preceito com relevância jurídica.<sup>1</sup> Segundo uma clara distinção que fizemos noutro lugar,<sup>2</sup> e que aqui mantemos inteiramente, o negócio não é “fonte de normas”, ainda que “subordinadas e complementares”,<sup>3</sup> nem é aplicação de leis, como a providência, mas um auto-regulamento de interesses, que se realiza na vida social por iniciativa espontânea dos próprios sujeitos que deles são os gestores: atividade preceptiva, que a ordem jurídica estadual toma sob a sua proteção, acolhendo-se os preceitos na sua órbita mediante recepção<sup>4</sup> e

<sup>1</sup> Nota do Tradutor: arts. 110 a 114 do Código Civil Brasileiro de 2002.

<sup>2</sup> Remete-se o leitor para a nossa *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 1949, §§ 44-45.

<sup>3</sup> Assim, ROMANO, *Frammenti*, 27; MANIGK, *Das rechtswirksame Verhalten*, 84 e segs.: em sentido contrário, supra § 3<sup>a</sup> prelim., nota 25 e § 2<sup>a</sup>, nota 7.

<sup>4</sup> O nosso *Diritto romano*, § 4<sup>a</sup>: 15 e segs.; 163 e segs., 217, 222, 498; atrás §§ 2<sup>a</sup> e 16.

traduzindo-os em termos de relações jurídicas disciplinadas e configuradas pelas suas normas. Quem observe com atenção este fenômeno, em que consiste o reconhecimento jurídico da autonomia privada, não tarda a aperceber-se da unilateralidade dos pontos de vista opostos, tanto daquele que vê no negócio uma fonte de "normas", como do contrário, que no negócio vê apenas uma *fatispécie* prevista pelas normas jurídicas estaduais e unicamente destinadas a dar vida a relações jurídicas ou a provocar-lhe as vicissitudes.<sup>5</sup> O fato de, em virtude do reconhecimento jurídico, os atos de autonomia privada se tornarem instrumentos postos pelo direito à disposição dos indivíduos para dar vida e desenvolvimento a relações jurídicas entre eles, não significa que eles percam o conteúdo preceptivo que lhes é peculiar, para descerem ao nível de fatos vulgares: significa apenas que aquele conteúdo, na medida em que é aprovado e apropriado pelo direito, se traduz (com as oportunas modificações) num padrão, de acordo com o qual se devem avaliar, entre as partes e em relação aos terceiros, as conseqüentes relações jurídicas. Nada tem de contraditório reconhecer ao preceito da autonomia privada uma eficácia imediatamente constitutiva de relações jurídicas: como se o ser dessas relações não possa, logicamente, identificar-se com o dever ser do preceito (§ 16). O reconhecimento jurídico tem precisamente este alcance. E um análogo duplo aspecto de um dever ser de preceitos, a que é concomitante um ser de relações, verifica-se, também, no tratado internacional.

Ora é precisamente aqui que se esclarece a antítese, assinalada noutro lugar,<sup>6</sup> entre atos de autonomia privada e providências judi-

<sup>5</sup> CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giurid. nel dir. privato ital.*, 1946-48, n. 24; literatura *ivi*, 108.

<sup>6</sup> *Interpretaz d. legge*, § 62. Um absurdo monopólio-estadual da interpretação da lei e das providências judiciais, é sustentado por KELSEN, *General Theory of Law and state* (1946), 153 e segs., 159 e segs.; erro dependente de ele não manter distinta, na interpretação jurídica, a *destinação* normativa, que está na lógica dessa interpretação, da *eficácia* vinculante, que pressupõe uma competência em quem a realiza (n. *Interpr.*, § 38).

ciais. Estas devem corresponder, precisamente, ao abstrato dever ser do tipo e do processo de formação, regulado por normas jurídicas: as quais fixam à autoridade a competência, a regra e a direção da sua atividade, e determinam os elementos de estrutura relevantes em vista da função de interesse público (causa) que caracteriza o tipo da providência. Nos atos de autonomia privada, pelo contrário, a iniciativa individual tem toda a liberdade de procurar qualquer interesse socialmente apreciável, de natureza tal a poder pedir e merecer a tutela jurídica, segundo o ponto de vista geral da consciência social, tal como ele se reflete no ordenamento (Cód. Civil, 1.322, parágr.). É claro que não pode ser, também aqui, tutelado o mero capricho do indivíduo: dado que a intenção prática das partes, o interesse objetivamente reconhecível, por elas pretendido, deve também aqui poder enquadrar-se e tipificar-se – segundo a necessidade do tratamento normativo – em funções econômico-sociais dignas de proteção (Cap. III). Mas aqui, pelo menos no direito moderno,<sup>7</sup> em vez de rígida tipicidade legislativa, presa a certo número de denominações – a qual ainda impera no mundo das providências (salva a sua eventual discricionariedade) –, aparece, como vimos (§ 23), uma outra tipicidade, que também desempenha sempre a função de limitar e orientar a autonomia privada, mas que, em comparação com aquela, é muito mais elástica na configuração dos tipos, e que atua remetendo para as valorações econômicas ou éticas da consciência social historicamente determinada: o que explica a proposta de se lhe chamar *tipicidade social*. Isto determina uma diferença essencial no respectivo tratamento hermenêutico. Na interpretação da providência, quando se trate de ver se a sua formação respeita o processo estabelecido, e se ela corresponde à específica função de interesses público que lhe caracteriza o tipo, tem importância decisiva a motivação, que lhe indica as premissas lógicas, de caráter objetivo e técnico: o

<sup>7</sup> O nosso artigo: *Der Typenzwang bei den röm. Rechtsgeschäften u. dir. sogen. Typenfreiheit des beringten Rechts*, em *Festschrift Wenger*, I (1944), 249-83; a nossa anotação em *Rendic. ist. lamb.*, 1940-41, 278; supra, § 23, n.ºs 4-7.

momento preceptivo anda nela ligado ao momento lógico, numa síntese incindível.<sup>8</sup> Pelo contrário, na interpretação do negócio não têm relevância os motivos que, na específica situação de fato, lhe determinaram a celebração, e portanto não tem importância a motivação lógica e histórica, porventura expressa na parte enunciativa, mas apenas o intuito prático, o interesse em sentido objetivo, que procura satisfação no preceito a que a autonomia privada deu existência. Ora, estando esse intuito prático, ou interesse, subjacente ao preceito da autonomia privada, por sua natureza fora do campo do direito, e indo buscar as suas razões à sempre mutável vida social, está sujeito a uma mera verificação de licitude e de idoneidade para a tutela jurídica (§§ 22, 49-50).<sup>9</sup> A fiscalização destina-se, aqui, apenas a verificar se o intuito prático ou interesse em questão, se pode, coerentemente, enquadrar numa "causa" (Cód. Civil, 1.325, n.º 2; 1.343-45), isto é, se pode reduzir-se a alguma daquelas típicas funções econômico-sociais da autonomia privada (causas dos negócios), que são dignas e carecem de tutela jurídica, segundo o ponto de vista geral do ordenamento (Cód. Civil, parágr.). Serve, em particular, para verificar se o intuito concretamente visado, reconstituído na sua entidade psicológica extrajurídica, não é incompatível com a causa típica do negócio celebrado, ou se, pelo contrário, é de natureza a desviar e corromper, pela sua ilicitude (Cód. Civil, 1.343-45), ou futilidade social, a destinação econômico-social do tipo de negócio escolhido (§§ 23 e 49).<sup>10</sup> A diferença do respectivo critério hermenêutico pode exprimir-se dizendo que na interpretação da providência se trata de estudar a intrínseca coerência da síntese do momento lógico com o momento preceptivo, em vista a uma típica função do interesse público; ao passo que na interpretação do negócio se trata de compre-

<sup>8</sup> A nossa *Interpretaz. d. legge*, § 62, 65.

<sup>9</sup> O nosso *Diritto romano*, 218-221.

<sup>10</sup> Outros autores, com tendência para utilizar o conceito de "desvio" no campo do direito privado, são citados por TREVES, *Presunzione di legittimità n. atti amministrativi*, 1936, 48, n. 1; CANDIAN, *Nozioni istit.*, 55, 531 e segs.

ender, segundo um critério sobretudo psicológico, o preceito da autonomia privada, referido à coerência (não ao contraste) entre o intuito visado e a função econômico-social típica daquela autonomia, que mereça a tutela jurídica, de acordo com o ponto de vista geral do ordenamento (Cód. Civil, 1.322, parágr.). O objeto da interpretação – segundo os princípios hermenêuticos expostos noutra lugar<sup>11</sup> – é, também aqui, não já a "vontade" interna, ainda que tenha ficado inexprimida, mas sim a declaração ou o comportamento, enquadrados no conjunto de circunstâncias que lhe confere significado e valor. Na verdade, o que conta não é tanto o teor das palavras ou a materialidade da conduta, como a situação objetiva em que aquelas são pronunciadas ou subscritas, e esta é tida: o mesmo é dizer, aquele complexo de circunstâncias em que a declaração e o comportamento se enquadram como seu meio natural e em que assumem, segundo o ponto de vista da consciência social, o seu típico significado e valor.<sup>12</sup> Desta maneira, para aplicar este critério aos contratos e,

<sup>11</sup> *Categorie civilistiche d. interpretaz.*, 3 segs., 6 segs. (*Riv. it. sc. giur.* 1948, 36 e segs., 39 e segs.); *Interpretazione d. legge*, §§ 39-43, sobre a natureza e o valor vinculativo das normas que disciplinam a interpretação. Para a mais recente orientação da jurisprudência a este respeito, podem ter-se presentes as seguintes máximas: as três primeiras delas são indubitavelmente, exatas e de prover, ao passo que a última é errônea, na medida em que confunde o acerto interpretativo com a qualificação jurídica, que exprime um juízo de direito. Cass., 5 de Outubro de 1948, n.º 1686 (*Rep. Foro*, 1948, col. 940, n.º 207): "As normas gerais estabelecidas para os negócios jurídicos, não constituem simples conselhos, para orientar a livre atividade do intérprete, mas são preceitos imperativos verdadeiros e próprios, cuja observância é denunciável em cassação". No mesmo sentido, Cass., 26 de Março de 1946, n. 321 (*Rep. Foro*, 1946, col. 738, n. 124). Cass., 6 de Fevereiro de 1947, n. 142 (*Rep. Foro*, 1947, col. 878, n. 172): "Não é juízo de fato incensurável pela Cassação, o relativo à natureza jurídica de uma determinada relação". Cass., 7 de Setembro de 1946, 1277 (*Rep. Foro.*, 1946, col. 739, n. 146): "É revogável pela Cassação, a sentença de mérito que, para estabelecer o *nomem iuris* de um contrato, adote critérios jurídicos errados". Cass., 19 de Janeiro de 1948 (*Rep. Foro.*, 1948, col. 939, n. 199): "É apreciação incensurável pela Cassação, aquela que o juiz de mérito faz acerca da real vontade negocial das partes e sobre a consequente qualificação jurídica do contrato assim celebrado pelas próprias partes".

<sup>12</sup> Para um exemplo, DANZ, *D. Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 2ª ed., 1906, 62.

de um modo geral, aos negócios bilaterais, o objeto da interpretação, nestes negócios, são as declarações permutadas e os comportamentos reciprocamente tidos e reciprocamente reconhecíveis, enquadrados nas circunstâncias concomitantes. A interpretação fixa o conteúdo e reconstrói o significado das declarações e comportamentos, tendo também em atenção os fatos antecedentes e os conseqüentes que lhes andam ligados e, em particular, considerando tanto as negociações preliminares de que resultou a celebração do negócio, como as modalidades da conduta com que, posteriormente, se deu observância ao negócio celebrado (Cód. Civil, 1.362, parágr.). Segundo os cânones hermenêuticos da autonomia e da totalidade,<sup>13</sup> o significado do negócio deduz-se não só, e não tanto, do teor literal das palavras empregadas, tomadas em si mesmas, e de um modo geral, dos meios de expressão adotados pelas partes, mas também, especialmente, do comportamento total (1.362, parágr.), do conjunto das várias declarações ou cláusulas entendidas como elementos de um todo (1.363), do intuito prático visado (1.364), assim como do conjunto das circunstâncias presentes na consciência de ambas as partes.<sup>14</sup> Desta forma, a interpretação visa a desenvolver, na sua essencial e lógica conclusência, a fórmula da declaração ou a estrutura do ato (mesmo naquilo que não foi dito ou explicado), para dela deduzir a idéia mais apropriada.

Em conclusão, o negócio é considerado como um todo unitário, a interpretar na sua totalidade: um todo, entre cujas diferentes partes, preliminares e conclusivas, não é admissível uma clara separação.<sup>15</sup> Uma cisão precisa entre declaração conclusiva e declarações

<sup>13</sup> *Categorie civ.*, 12 e 13 (Ver. Citada, 45 e 46).

<sup>14</sup> Cass., 6 de Agosto de 1940, na *riv. dir. comm.*, 1941, II, 242, com a máxima de que o juiz, ao indagar a vontade contratual, deve reportar-se ao processo de formação dela, bem como ao modo porque as próprias partes demonstraram querer realizá-la, na fase de execução. Conf. Cass., 21 de Agosto de 1948 (*Rep. Foro*, 1948, col. 938, n.ºs 187-188).

<sup>15</sup> WACH, *Tatfrage*, 27; STEIN, *Privates wissen*, 128; LEONHARD, em *Archiv f. d. civ. Praxis*, 120, 21.

preliminares, só é justificada quando seja prescrita pela lei uma forma documental (Cód. Civil, 1.350): caso em que são de eliminar os pactos que não correspondam a esse requisito e em que o documento é (como costuma dizer-se) de “presumir” completo, não sendo admissível, sem mais nada, a retificação de uma errônea enunciação.<sup>16</sup> Justifica-se, por outro lado, uma cisão, quando, por acordo entre as partes, a declaração final, redigida num documento (art. 2.722), seja destinada a absorver todas as negociações realizadas (cfr. § 31, a) Pondo de parte estas hipóteses extremas, é formalismo excessivo sustentar – seguindo a chamada regra áurea dos anglo-saxões – que a declaração documental deve ser interpretada ex se,<sup>17</sup> assim como entender que as negociações procedentes não podem ser utilizadas como meios de interpretação, quando o sentido que deles se extraia diverja do significado objetivo da declaração final, ou daquele que as partes tenham fixado através de uma interpretação autêntica (§ 31, e), prévia ou sucessiva. Na verdade, nem a declaração interpretativa, nem a conclusiva, podem dar lugar a uma brusca separação do preceito contratual do seu processo de formação, nem da totalidade espiritual em que ele, naturalmente, se enquadra, como manifestação da autonomia privada. As negociações prévias (Cód. Civil, 1.337), assim como os outros meios interpretativos extra texto, poderão ser utilizadas, apenas com a limitação da incompatibilidade: isto é, na medida em que não estejam em oposição, mas sejam, por qualquer

<sup>16</sup> O que, por outro lado, não significa que estejam sujeitos ao requisito da prova também os meios interpretativos: os quais, tendo uma função puramente cognitiva do sentido da declaração documentada, podem, também, ser extratextuais. Sobre esta controvertida questão, no sentido agora apontado, OERTMANN, *Rechtsordnung u. Verkehrssitte*, 137 e segs.

<sup>17</sup> Assim, BEAL, *Cardinal rules of legal interpretation*, 3ª ed., 1924, 80, para os instrumentos: citado por GIANNINI, *Int. atto. Ammin.*, 61; e os escritores citados por FR. LEONHARD, em *Archiv.*, 120, 23, n. 22, sem distinguir entre meios de interpretação e declaração preceptiva. Sobre a questão, veja-se, para os tratados, a nossa *Interpr. d. legge*, § 6ª.

modo, compatíveis com o teor da declaração conclusiva,<sup>18</sup> ou com o significado fixado numa declaração interpretativa subsequente,<sup>19</sup> ressalvadas sempre, para esta, a prova de haver sido determinada por erro de fato ou por violência (argumento por analogia do art. 2.732).

#### 42. Diferença entre as várias categorias de negócios, quanto ao ponto relevante para o tratamento interpretativo.

Para ser objeto de interpretação, a declaração ou o comportamento constitutivo do negócio deve corresponder àqueles mesmos requisitos de estrutura que sejam suficientes para configurar um negócio existente e válido: os requisitos relevantes para a interpretação, estão ligados por um nexo de harmônica coerência aos requisitos estruturais de validade e de existência jurídica.<sup>20</sup> É improponível uma questão de interpretação jurídica relativa a um simulacro de negócio, do qual não exista a forma representativa exigida pelo di-

<sup>18</sup> Cfr. HOLDER, *Pandekten*, 292; PLACK, I (4ª ed., 1913, Flad), § 133, 3, a; de outra opinião, LEONHARD, *lug. cit.*, 26.

<sup>19</sup> Segundo a Ap. de Milão, em *Giur. it.*, 1942, I, 2, 67 (com anotação de PACCHIONI), o juiz não está vinculado, na interpretação de uma cláusula contratual, pelos acordos feitos pelas partes sobre a interpretação dessa cláusula, cabendo-lhe determinar qual foi a comum intenção das partes no momento da celebração do contrato. Esta máxima não está em oposição com o que dissemos no § 31, e. Ver, também, Cass., 28 de Abril de 1947 (*Rep. Foro*, 1947, col. 877, n. 156): “O juiz não está vinculado ao *nomem iuris* que as partes tenham dado ao negócio celebrado”. Encontra também aqui o seu limite um reconhecimento concorde da nulidade do negócio precedente (nosso *Dir. proc. civ. It.*, n. 122: 414), salvo se tiver lugar por transação: artigo 1.969 (*supra*, § 31 bis, e).

No sentido do texto se pronunciou a Cass., 26 de Junho de 1946, n. 1294, na *Giur. compl. cass.*, 1946, I, 126, dizendo que para determinar a comum intenção das partes se deve valorar em conjunto o comportamento anterior e posterior à celebração do contrato, especialmente quando as diversas cláusulas se mostrem ambíguas ou contraditórias. E a Cass., 20 de Fevereiro de 1942, n. 491, em *Mass. Foro*, 1947, 117, havia afirmado que também as negociações prévias, para a celebração de um negócio, podem ser utilizadas para determinar os termos do consenso.

<sup>20</sup> Nota do Tradutor: arts. 110 a 114 do Código Civil Brasileiro de 2002.

reito: é inútil perguntar-se, a não ser sob o ponto de vista histórico de uma valoração moral ou puramente social, como deve entender-se uma “doação” ou uma “transmissão” imobiliária, sem ato escrito, ou um “testamento” nuncupativo, salvo se o direito lhe atribuir uma relevância indireta, em presença de uma execução voluntária pela parte contra-interessada (arts. 590 e 799). Mas quando o negócio exista (sempre ressalvada uma investigação, a fazer posteriormente, acerca de sua plena validade), é de considerar como assente que só podem ser objeto de interpretação jurídica (assim como, de resto, também histórica) as atitudes exteriormente reconhecíveis no mundo social: não apenas uma “vontade”, que não haja passado de mero fato psicológico, sem a adequada objetivação, que a torne, precisamente, objetivamente conhecível. E quando se fala de recognoscibilidade objetiva como fato social (§ 3º), deve entender-se que as atitudes em questão podem ser reconhecíveis, não por qualquer pessoa, onde e quando forem tomadas, mas onde e quando tiverem relevância jurídica em relação à contraparte interessada – quando há uma contraparte –, ou no círculo social do disponente (quando não há contraparte) e em conformidade com a estrutura típica do negócio em questão.<sup>21</sup> Há, portanto, um *ponto relevante* para o tratamento interpretativo – ponto de relevância hermenêutica –, que o jurista intérprete deve procurar numa *sede*, que é diferente conforme a estrutura exigida para a eficácia jurídica do negócio.

Desta forma, tratando-se de declarações receptícias, o ponto de relevância hermenêutica encontra-se no destinatário, quer este seja a contraparte, como acontece no negócio bilateral, quer seja o outro interessado, que o negócio (unilateral) deva manter-se estranho. Se a declaração é dirigida a um ausente (Cód. Civil, 1.326), o seu conteúdo constitui objeto de interpretação, com o teor que apresenta

<sup>21</sup> É de outra opinião, SALLEILES, *Déclaration de volonté*, sobre o § 133, nº 62. Pode, de resto, ser decisivo o interesse do próprio declarante: isto nas declarações que, pela sua função típica, são informadas por ele de maneira exclusiva ou precípua (cfr. no entanto, para um ex., MÜLLER-ERZBACH, *D. priv. R. der Mitgliedschaft*, 156 e seqs.; *Rechtswiss. im Umbau*, 115).

no momento em que chega ao seu conhecimento; se, pelo contrário, é feita na presença, deve ser interpretada de harmonia com o entendimento correto que um discurso, proferido em voz alta, costuma suscitar, de acordo com as opiniões correntes naquele dado círculo social. Em todo o caso, a declaração que se enquadra no desenvolvimento de negociações, é interpretada tal como o destinatário podia e devia razoavelmente entendê-la, segundo o critério da boa-fé (Cód. Civil, 1.337, 1.336): critério, que nesta sede, ou seja na formação do negócio, apenas quer dizer lealdade e clareza de linguagem e na maneira de se conduzir, em conformidade com o dado elementar e indescobível, de que, da íntima vontade de cada um, a outra parte nada mais sabe, nem tem que *saber*, se não aquilo que lhe *revela* e torna manifesto a declaração e toda a conduta da primeira.<sup>22</sup> Antes de mais, incumbe ao declarante o *onus de falar claro* e de usar meios idôneos para a expressão do pensamento, tendo em vista tanto a interpretação como a validade (de acordo com o apontado paralelismo). Declarações alheias ou redigidas em documentos alheios, não lhe são atribuíveis – como toda e qualquer manifestação que não provenha dele –, a não ser na medida em que os tenha provocado, com a sua declaração. Está, pelo contrário, *in re ipsa*, sem necessidade de dize-lo, uma referência às circunstâncias de um tempo e de um lugar de negócio.<sup>23</sup> Analogamente, no que diz respeito ao

<sup>22</sup> No projeto ministerial preliminar do livro “das obrigações”, a norma do artigo 230, parágrafo (depois tornado 191), indicava, como critério para interpretar as declarações de um contratante, o ponto de vista do outro tratante, conforme a confiança nele criada segundo a boa-fé (a nossa anotação, em *Rendic. ist. lomb.*, 1940-41, 339, 378 e segs.). Salvo algumas honrosas exceções (BARASSI, *Teor. gen. obbligazioni*, nº 154 bis: 400 e segs.; II ed., 242), o critério da boa-fé ainda hoje é objeto de tenaz incompreensão: OPPO, *Profili di interpr. oggettiva*, 106; MESSINEO, *Dottr. Gen. contratto*, 2ª ed., 295-6; CARIOTA-FERRARA, *Negozió giur.*, 712 e segs.; RUBINO, na *Giur. compl. cass.*, 1947, II, 365 e segs.

<sup>23</sup> LEONHARD, no *Archiv f. d. civ. Praxis*, 120, 68; LARENZ, *Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, 1930, 72 e segs. (Verständnismöglichkeiten). Cfr., pelo contrário, MANIGK, em *Iherings Jahrb.*, 75, 130 e segs.; *Irrtum u. Auslegung*, 198 e segs.

elemento subjetivo do negócio, para que o significado da declaração ou do comportamento seja referível ao autor, é preciso e suficiente que ele tenha querido o ato e estivesse em condições de se dar conta do seu valor social, ainda que porventura esteja em erro acerca do motivos ou do significado preciso das expressões usadas (ressalvada, em tal caso, a impugnação por erro essencial e reconhecível: 1.428).<sup>24</sup> É decisiva para a interpretação a impressão que, de acordo com os pontos de vista sociais correntes, a conduta de uma das partes deva suscitar na outra, a quem se destinava, nas circunstâncias de tempo e de lugar da formação e celebração do negócio, em conformidade com a estrutura típica deste.<sup>25</sup> Ao contrário, não é relevante para o tratamento interpretativo tudo aquilo que tenha sido dito ou feito acidentalmente por uma ou outra parte, antes das negociações e sem que estas se lhe refiram por qualquer maneira (art. 2.722); só é relevante tudo o que se tenha dito ou feito nas relações entre as partes, de modo reciprocamente reconhecível, no âmbito das negociações e no ato da sua conclusão.<sup>26</sup> Na verdade, só naquela fase tinha cada uma das partes o *onus de estar atenta às declarações e à conduta da outra parte*, e só nestes limites é justo que ela corra o risco (art. 1.428) de não lhes ter prestado suficiente atenção, preferindo confiar, preguiçosamente, em certos lugares comuns empregados corre-

<sup>24</sup> Cfr. V. TEDESCHI, *Accordo privato e interpret. Contratt.*, na *Riv. dir. comm.*, 1946, II, 169 e segs., e tudo o que diremos no § 54 acerca da falta de consenso. Com toda a razão observa LIPPS, *Un tersuch. z. e. hermeneut. Logik*, 89: “man versteht “Bedeutungen”, sondern Wörter hinsichtlich dessen, was sie bedeuten”; veja ainda, *ivi*, 30-37, 105, 112.

<sup>25</sup> LEONHARD, no *Archiv*, 120, 68-69. Mais geralmente, MÜLLER-ERZBACH, *D. priv. R. d. Mitgliedschaft*, 98: cfr. 3-4, 18, 66, 101 e segs.; *Die Rechtswiss. Im Umbau*, 1950, 109: cfr. 51, 53, 58 e segs., 65, 115 e segs.

<sup>26</sup> LEONHARD, no *Archiv*, 120, 69-70; a nossa anotação em *Rendic. ist. lomb.*, 1940-41, 331 e segs., 378 e segs.; cfr. TITZE, *Lehre vom Missverständnis*, 93 e segs., 106. Bem decidiu Cass., 3 de Setembro de 1947 (no *Rep. Foro*, v. *obbligazioni e contratti*, nº 145), a reafirmar o princípio: “O comportamento no seu todo deve ser comum a todos os contratantes, sobre as intenções dos quais incide a discussão”. Da mesma forma, também a Cass., 27 de Julho de 1950, nº 2116, em *Settimana. Cass.*, 1851, 8.

tamente.<sup>27</sup> Mas é claro que não é possível atribuir-lhe o ônus de uma interpretação divinatória, a realizar fora desta sede:<sup>28</sup> fora das negociações não basta, nem tem relevância, uma “vontade” que não basta diretamente conhecível pela outra parte, e nem também uma vontade que a ela se tenha, porventura, tornado reconhecível, mas apenas de modo ocasional, acidental e, portanto, não vinculativo.

Quem medite seriamente o problema do ponto de relevância hermenêutica, não tardará a dar-se conta da essencial diferença de sede, que esse ponto tem nos negócios *inter vivos* e nos *mortis causa*: e também nas declarações e no comportamento.<sup>29</sup> O reconhecimento do sentido da disposição testamentária com o auxílio da “*mens testantis*”, mais que com o da “*figura verborum*” (Dig. 50, 16, 116; cfr. D. 44, 7, 38; Cód. Civil, 588), constitui um problema hermenêutico essencialmente diferente do reconhecimento do preceito contratual com a ajuda da comum intenção prática das partes, e não apenas com a do sentido literal das palavras (Cód. Civil, 1.362). Ora acontece que dessa diferença de posição não se deram conta aqueles que, dominados, mais ou menos inconscientemente, pelo preconceito individualístico a favor do famigerado dogma da vontade, envergaram a velha armadura da “vontade verdadeira”,<sup>30</sup> e pensaram poder reduzir a este denominador comum, tanto a intenção do disponente *mortis causa*, como a comum intenção dos contratantes, como se ambas fossem um dado de natureza meramente psicológica, a observar e a registrar sem ter em qualquer conta o fato social – necessaria-

<sup>27</sup> Só nestes limites pode reconhecer-se um pouco de bom senso à observação de MESSINEO, *Dottr. Gen. contratto*, 2ª ed., 296. O ônus de atenção da contraparte está na razão direta do caráter necessário daquele dado comportamento e na razão inversa do seu caráter ocasional e acidental.

<sup>28</sup> Cfr. *Categorie civilistiche d. interpretaz.*, 26, 38, 54; *Riv. it., sc. giur.*, 1948, 60, 72, 90.

<sup>29</sup> MANIGK, *Willenserkl. u. Willensgesch.*, 224, 420. Não tem em conta o caráter de fato social, próprio dos comportamentos, a opinião diferente de SANTORO-PASSARELLI, *Istit.*, n. 28: 89 (supra § 34 bis, n. 2).

<sup>30</sup> Escritores citados atrás, na nota 2.

mente diferente para uma e para outra – da sua objetiva recognoscibilidade. E porque um tão grave erro de orientação não podia deixar de ter conseqüências, estas não tardaram muito a fazer-se sentir: em primeiro lugar, na maneira, bastante desenvolta, como foi posta à margem e ignorada a função hermenêutica do critério da boa-fé, no reconhecimento da gênese da “intenção comum”. Houve até quem,<sup>31</sup> caindo num ingênuo *ysteron proteron*, chegasse a afirmar que “a regra da investigação da vontade está já harmonizada (!), nos contratos, com a tutela do outro contratante, quando é apresentada como investigação da intenção comum das partes”, sem “encontrar obstáculos nem limites na boa-fé”: como se tratasse da descoberta de um produto taumatúrgico de divinação, sobre cuja gênese o critério da recíproca lealdade, clareza e correção, não pudesse, ao menos, lançar um pouco de luz, e não da indagação de um processo genético, em que interesses contrastantes ou divergentes – partindo de *ex diversis animi motibus* (D. 2, 14, 1, 3) – acabam por encontrar-se e harmonizar-se, graças a um debate mais ou menos longo, e a elaborar um acordo sobre um comum resultado.<sup>32</sup> Houve ainda um acordo que, estabelecendo um tendencioso equívoco,<sup>33</sup> proclamou que “não se pode introduzir um critério objetivo, onde deva atuar sem ser perturbado (!) o critério subjetivo, isto é, o da intenção comum, como foi e não como uma das partes pretenderia (!) que fosse”: des-

<sup>31</sup> OPPO, *Profili d. interpretaz. oggettiva d. negozio g.*, 106; cfr. 126, 128.

<sup>32</sup> Recordem-se as belas páginas de CARNELUTTI, *Lezioni proc. civ.*, I, nº 12: 28-32; nº 15: 37 e segs. Com razão a Cass., 15 de Abril de 1940 (no *Rep. Foro*, 1940, v. *obbligazioni e contratti*, nº 147), afirmava: “A investigação interpretativa de uma conversão deve ser feita pelo juiz no sentido, não de procurar a esclarecer a intenção integral de uma ou de ambas as partes contratantes, mas aquelas partes das intenções de uma ou de outra parte, que se fundiram, formando aquela intenção comum que constitui a lei do contrato”.

Peca, também, por ingenuidade, a observação com que julga ter resolvido a questão CARIOTA-FERRARA, *Negozio*, 712; “O acordo é das vontades, não das declarações”.

<sup>33</sup> MESSINEO, *Dottr. gener. d. contratto*, 2ª ed., 296; cfr. 52 e 57 e segs.

ta maneira se perde de vista que não são as cavilações de “uma das partes”, mas a exigência geral da sociedade, que leva a entender que o acordo é obtido, não com a vitória do interesse de uma parte sobre o da outra, mas antes num espírito de cooperação, visando a satisfação das recíprocas expectativas – aquela cooperação que os romanos claramente descobriram na *bona fides* contratual.<sup>34</sup> Finalmente, outros, reafirmando uma pretensa antítese e uma “prioridade”,<sup>35</sup> que seria de atribuir, segundo o critério da boa-fé, à comum intenção dos contratantes, e argumentando, mais à contrário que por analogia, com a hipótese diferente do artigo 1.337, não se privam de criticar a norma do artigo 1.366, que reputam fundada na “idéia paternalística (!) de um estado que em tudo se intromete, até nos negócios meramente privados”: idéia, que certo liberalismo atrasado, hoje de novo em moda para certas pessoas, considera “superada”.<sup>36</sup> Estas argumentações podiam criar a impressão de uma ignorância da noção romana de “*bona fides*” nas relações contratuais, ou de diminuta sensibilidade social: mas explicam-se como uma simples *ignotatio elenchi*; ignorância dos verdadeiros termos da questão de que se trata – questão que se refere, não à averiguação de acidentais coincidências en-

<sup>34</sup> Cfr. o nosso *Dir. romano*, 571-72; *Istituzioni*, I, 311, 412-13. Bem andou a Cass., 2 de Abril de 1947, nº 503, na *Giur. compl. cass.*, 1947, II, 365, ao afirmar: “Do art. 1366 do Cód. Civil não se deduz que só deve recorrer-se à boa-fé quando haja incerteza sobre o conteúdo das cláusulas contratuais: a verdade é que a interpretação do contrato segundo a boa-fé é princípio geral, sempre válido para qualquer contrato e para qualquer cláusula”. Cfr. também, BECHMANN, *Krauf*, I, § 85-97; BONFANTE, *Scritti*, II, 708 e segs. Não aprofunda esta problemática NOVARA, *Promessa de matrimonio*, 40 e segs.

<sup>35</sup> RUBINO, *Sui limiti dell'interpretaz. dei contratti secondo buona fede*, em *Giur. compl. Cass.*, 1947, II, 365, em anotação à sentença referida na nota precedente, com uma tese demagógica, a que chamaremos de interpretação histórico-involuntiva, dado o seu caráter de anacrônica exumação.

<sup>36</sup> Veja-se, em sentido contrário, a nossa crítica a STOLFI, na *Giur. it.*, 1947, IV, 137; especialmente a p. 144. Pelo contrário, a Apelação de Bolonha, em 13 de Abril de 1950, no *Foro it.*, 1950, considera que os artigos 1.175 e 1.337 transformaram deveres sociais em deveres jurídicos (o que é, talvez, excessivo), no sentido de conferir ao silêncio, em determinadas circunstâncias, o valor de consenso.

tre estados de espírito formados *in interiore homine*, mas à recíproca congruência de atitudes socialmente reconhecíveis, que se formam em consciente correspondência uma com a outra, segundo regras de lealdade e correção (argumento do art. 1.175).

Outra conseqüência deformadora da tentativa de redução ao denominador comum da “vontade verdadeira”, é um nivelamento que, leva a desconhecer totalmente o diferente ponto de relevância hermenêutica e a dar um tratamento tendencialmente uniforme e paralelo aos negócios *inter vivos* e aos *mortis causa*. Instrutiva, embora em erro manifesto, é a tentativa para justificar o critério do *favor debitoris (in dubiis)* para uns e para outros, colocando no mesmo plano a vontade de quem assume uma obrigação e a... vontade da lei ou... do testador, que a impõe. Desta maneira, há quem asseverar<sup>37</sup> que “não pode presumir-se no declarante a vontade de assumir para si a maior obrigação, se a obrigação tem origem negocial; Não pode presumir-se na lei a vontade de impor a maior obrigação (!), quando esta é a fonte da obrigação”; nem, tratando-se de negócio *mortis causa*, pode presumir-se uma semelhante “vontade no testador”. Não é difícil ver que, argumentando assim, se acabará por justificar um tratamento interpretativo uniforme, recorrendo ao cómodo expediente de excluir a presunção com um *animus* em sentido contrário, e colocando no mesmo plano a “vontade” de quem se obriga e a de quem dispõe *mortis causa*. Mas é precisamente o caráter arbitrário de uma tal planificação que nos deve pôr em guarda quanto à atendibilidade do resultado a que se chega. Ela desconhece, entre outras coisas, também a profunda diferença da função econômico-social inerente ao caráter *mortis causa* da disposição: o qual se destina, não a resolver um conflito de interesses (como na maior parte dos casos faz o contrato), mas a criar uma relação necessária

<sup>37</sup> OPPO, *Profili d. interpretaz. oggettiva*, 116 e 128; 143.

entre quem morre e o seu sucessor (herdeiro instituído ou legatário). Aqueles que possam ter um interesse em conflito com o do beneficiário da disposição – o herdeiro legítimo *ab intestato*, ou respectivamente, o herdeiro sobrecarregado com o legado – não são “partes” da relação sucessória, mas terceiros a ela estranhos, cujo interesse só ocasionalmente vem a ser protegido (§ 32), no caso de nulidade da disposição: visto que as normas sobre a sucessão sem testamento (no caso de nulidade da instituição) e as que se referem a sucessão testamentária do herdeiro instituído (no caso de nulidade do legado), têm caráter dispositivo e são revogáveis em consequência de uma disposição válida, que o testador faça dentro dos limites da sua competência para dispor.<sup>38</sup>

Também ao intérprete se apresenta diferente o ponto de relevância hermenêutica, em outros tipos de negócios unilaterais *inter vivos*. Assim, nas declarações com destinatário fungível ou indeterminado (§ 12), o ponto relevante tem a sua sede no *interesse* que elas despertam, na medida da confiança que criam.<sup>39</sup> O critério da confiança, no que respeita às declarações cartulares, explica porque só não oponíveis as exceções “fundadas sobre o contexto literal do título” (art. 1.993); referido às declarações para a generalidade das pessoas, explica porque não é permitida, salvo a título excepcional, a revogação por “justa causa” (art. 1.990): mas, em qualquer caso, a confiança só é certa e tutelada, na medida em que a declaração se mostre unívoca. Também nos atos colegiais, o ponto de relevância hermenêutica tem a sua sede no interesse que promovem: mas aqui, o interesse não é exterior e contraposto, mas sim interno e comum a todos os membros da assembléia deliberante. E pois que este interesse é o mesmo para todos os membros, em relação à sua sociedade ou associação, única e idêntica para todos deve ser a interpretação

<sup>38</sup> Fora do alinhamento, OPPO, *Profili d. interpr. oggettiva*, 122-128. A solução correta já fora vista por BARASSI, *Successioni testamentaria*, 302. Cfr. FILOMUSI-GUELFI, *Encicl. giur.*, § 25.

<sup>39</sup> MÜLLER-ERZBACH, *Rechtswiss. im. Umbau*, 43 e segs., e para uma importante aplicação, *ivi*, 115.

da deliberação da assembléia,<sup>40</sup> do mesmo modo que a unidade e paridade do tratamento vale para os respectivos direitos sociais, mesmo a respeito dos credores da sociedade.<sup>41</sup> Por sua vez, o interesse desses credores, determina o tratamento das adesões ao organismo social (§ 38), que tenham sido por eles reconhecíveis, sempre que sejam imputáveis aos respectivos autores.<sup>42</sup>

Estamos agora, em condições de compreender os critérios metodológicos, assim como, também os métodos e as orientações gerais da interpretação, de que vamos passar a tratar.

#### *42 bis. Unilateralidade das várias correntes interpretativas dos negócios jurídicos.*

Entre os critérios metodológicos distinguiremos, em primeiro lugar, as orientações interpretativas gerais, as quais refletem a finalidade político-legislativa da interpretação.<sup>43</sup> Essas orientações identificam-se como as várias teorias sustentadas a respeito da “relação entre a vontade e a declaração” no negócio, tendo em vista o tratamento dos vícios do elemento subjetivo: ou seja, acerca do critério para resolver o conflito entre a exigência da referibilidade (ao declarante) e a exigência da recognoscibilidade por parte dos outros: teoria da vontade, da declaração, da confiança, da responsabilidade.<sup>44</sup> Estas teo-

<sup>40</sup> Para este critério, MÜLLER-ERZBACH, *D. priv. Recht d. Mitgliedschaft*, 156 e segs.

<sup>41</sup> MÜLLER-ERZBACH, *D. privat Recht der Mitgliedschaft*, 129 e segs.

<sup>42</sup> A este propósito, MÜLLER-ERZBACH, *Recht der Mitgliedschaft*, 100, 106 (*Riv. dir. comm.*, 1950, 88).

<sup>43</sup> Nota do Tradutor: arts. 110 a 114 do Código Civil Brasileiro de 2002.

<sup>44</sup> Ver, por todos, SCIALOJA, *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici*, 1885, reimpresso em *Studi giuridici*, I, 272; IDEM, *Negozi giuridici*, 3ª ed., §§ 16 e 20; REGELSBERGER, *pand.*, 2, § 140: 512-14; ENDEMANN, *Lehrb. d. bürg. R.*, I, 370 (9ª ed., 1903), 334, nº 4; COVIELLO, *Manuale dir. civ.*, § 116; MESSINA, *La simulazione assoluta*, na *Riv. dir. comm.*, 1907, 393; 500; 1908, 10; MOSSA, *La dichiarazione cambiaria*, Pisa, 1930, 79, citado por BOLAFFI, na *Riv. dir. comm.*, 1934, 148; VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, 1941, 215 e segs.

rias pecam, umas mais, outras menos, por unilateralidade na visão do problema, quer por o apresentarem em termos errados, quer por se limitarem a considerar só um dos seus aspectos, que por generalizarem, indevidamente, a todos os negócios, critérios que só tem sentido e valor relativamente a algumas categorias deles. Formulam o problema em termos errados as duas teorias extremas, que apresentam para ele soluções opostas: a teoria da vontade e a da declaração – uma destinada a dar a prevalência à “vontade real” do declarante, tanto na interpretação como no juízo acerca da validade do negócio, e a outra, pelo contrário, destinada a dar a prevalência à declaração abstratamente considerada, tal como ela se apresentava ao destinatário ou no ambiente social. A questão de saber se a “vontade interior” (porque esta é a vontade “verdadeira”) deve prevalecer sobre a declaração, ou a declaração deve sobrepor-se à vontade interior, exprime uma alternativa inadmissível no terreno do direito; portanto, está mal formulada.<sup>45</sup> Porque a vontade das partes só adquire relevância jurídica, precisamente na medida em que seja reconhecível, sob a forma de declaração ou de comportamento: por isso não pode ser colocada no mesmo plano que essa forma, nem ter um valor próprio em antítese com o dela. Onde a lei (art. 1.362) tem em vista a valorização da intenção comum das partes, em face do sentido literal das palavras, o que ela entende por intenção comum não é já a “vontade” de cada uma das partes, que se conservou, sem chegar a exprimir-se, na esfera íntima da consciência, mas o intuito concorde, formado por ambas as partes, na medida em que se tornou reconhecível, na sua comum ou congruente declaração e conduta. Ela entende, portanto, essa comum e congruente declaração e conduta, interpretada, aliás, não segundo a morta e abstrata letra das palavras ou das atitudes, mas antes segundo o espírito: isto é, interpretada em função do recíproco comportamento global das partes de quem pro-

<sup>45</sup> O equívoco é repetido por OPPO, *Profili d. interpretazione oggettiva*, 13. Veja-se, em sentido contrário, TITZE, em *Zeitschr. f. ausländ. u. internat. Privatrecht*, XIII, 1941, 980. Concorde, MÜLLER-ERZBACH, *Rechtswiss. im Umbau*, 109.

vém e da situação de fato em que se mostra concretamente enquadrada.<sup>46</sup>

Os mesmos critérios que explicam a construção da declaração emitida e comunicada, devem governar, também, a interpretação, que não é mais do que a sua reconstituição.<sup>47</sup> Os critérios objetivos de apreciação, que esclarecem, tendo em vista o conjunto das circunstâncias (§ 41), o significado social das palavras usadas ou da conduta observada – tanto o emprego da linguagem falada, como os usos o comércio e as concepções dominantes na consciência social – comandam, igualmente a interpretação: porque, na normalidade dos casos (segundo o *id quod plerumque accidit*), concorrem, essencialmente, para determinar também a concreta situação subjetiva das partes. É, certamente, possível, no caso concreto, uma divergência entre o significado objetivo assim reconstruído e o entendimento individual de uma ou outra parte. Mas essa possibilidade só é tomada em consideração dentro de limites restritos, quer admitindo-se uma interpretação psicológica para algumas categorias de negócios (os *mortis causa*), quer permitindo, em hipóteses bem circunscritas (arts. 1.429, 1.433), uma impugnação por erro ou desacordo. Ora a lei não se afasta daqueles critérios objetivos (art. 1.362) quando põe em paralelo com o sentido literal das palavras a comum intenção das partes, porque também essa intenção comum deve ser geneticamen-

<sup>46</sup> A equivocidade do artigo 1.131 do Código de 1865, é apontada por GRASSETTI, *Interpretazione*, 128 e segs; IANASCO, *De la volonté dans la formation des contrats*, em *Mélanges Geny*, II, 368. SCHREIER, *Interpretation der Gesetze u. Rechtsgeschäfte*, 1927, 87-91, vê o alcance hermenêutico da teoria da “vontade”, no conduzir ao alargamento do material interpretativo para além da declaração considerada em si mesma, alargando a indagação a elementos extra texto: os quais, por outro lado, são também sempre constituídos por outras formas representativas concomitantes, e não por uma inacessível “vontade verdadeira” (o que por ex., OPPO, *ob. cit.*, 17, parece esquecer). Cfr. LIPPS, *Untersuch. z. e. hermeneut. Logik*, 30 e segs.

<sup>47</sup> Cfr. MANIGK, *Irrt. Und Ausleg.*, 269.

te reconstituída, na sua objetiva recognoscibilidade e, portanto, com a ajuda daqueles critérios.<sup>48</sup>

Deve, além disso, ter-se presente que a questão interpretativa não se apresenta em termos uniformes para todas as categorias de negócios.<sup>49</sup> Nas declarações constitutivas de negócios *inter vivos*, é óbvio dever perguntar-se, de acordo com tudo aquilo que dissemos (§ 42), se a declaração feita não deverá valer, tal como objetivamente se apresenta a quem está em face do declarante (contraparte ou outro destinatário), ou seja, no seu significado objetivo, sem que possa ter-se em conta o diferente sentido em que, porventura, ela haja sido entendida pelo seu autor. A pergunta oposta apresenta-se, pelo contrário, como natural para as declarações constitutivas de negócios *mortis causa*: neste caso não pode, é claro, prescindir-se do sentido em que a declaração feita (ressalvada, sempre, a documentação escrita) pareça ter sido entendida pelo disponente no seu círculo social, e será apenas questão de ver em que medida podem ter-se em conta os meios interpretativos extratextuais. É característico das declarações constitutivas de negócios *inter vivos*, apresentar-se, nelas, a questão interpretativa sob a forma de um conflito de interesses entre o declarante e os destinatários, incidindo sobre a prevalência do significado que a declaração assume aos olhos destes últimos, em razão da confiança que neles cria. Por outro lado, a pura teoria da impressão que a declaração é idônea para determinar em quem a

<sup>48</sup> Isto é válido também para as circunstâncias concomitantes, em especial nas chamadas declarações "tácitas". Só se tornam parte integrante da declaração, e estão logicamente implícitas naquilo que é declarado, aquelas modificações e condições que a boa-fé e os outros critérios objetivos de valoração autorizem a pressupor (LENEL, no *Archiv*, 79, 105; MANIGK, *Ausleg.*, 270), e como partes integrantes concorrem para determinar os efeitos. Está excluído o arbítrio subjetivo. O que fica dito é, igualmente, válido para imprimir valor de declaração a um comportamento, se e quando ele for concludente (§ 14).

<sup>49</sup> REGELSBERGER, *Pandekten*, I, 490 e segs.; TUHR, *Allgem. Teil*, II, 538 e segs., 542; TITZE, *Missverständnis*, 89; para o estado da questão por volta de 1888: ENNECCERUS, *Rechtsgesch.*, I, 67 e segs.; também as nossas *Istitut.*, 2ª ed., I, § 59 e as nossas anotações em *Rendic. Ist. Lomb.*, 1940-41, 331.

recebe, tendo apenas em vista o destinatário,<sup>50</sup> é tão unilateral como a teoria da vontade, que apenas toma em conta o declarante. Só é referível a este, ou seja, só lhe é imputável como vinculativa, a declaração por ele próprio emitida e comunicada à contraparte, entendida no seu significado objetivo, e não aquilo que possam ter referido terceiros a isso não autorizados.<sup>51</sup> O ônus da emissão constitui para ele, ao mesmo tempo, uma garantia contra o risco de ficar obrigado por uma declaração que não provenha de si.<sup>52</sup> A seu cargo só fica o risco de uma entrega inexata, por ele promovida e executada por sua conta,<sup>53</sup> mas não, também, o risco de alterações ocorridas por influência ou interferência de estranhos e também não o de um mau entendimento dependente de ininteligência, de inidoneidade perceptiva,<sup>54</sup> ou de culpa do destinatário, contra o qual as normas interpretativas têm aplicação mesmo sem ele as conhecer.<sup>55</sup>

Devidamente corrigida, a teoria da vontade pode adquirir um sentido plausível como orientação interpretativa para aqueles negócios em que não estejam perante o declarante outros interessados, e falte, por conseqüência, um conflito de interesses, tanto entre o declarante e os destinatários, como até entre as partes da relação jurídica que o negócio é destinado a criar:<sup>56</sup> porque então desaparece a

<sup>50</sup> Sobre esta: JHERING, em *Jahrb. f. Dogm.*, IV, 72; R. LEONHARD, *Irrtum*, I, 89, 183, 193; PLANCK, *Komm.*, no § 157, n. 2; BANG, em *Iherings Jahrb.*, 66, 357 e segs.

<sup>51</sup> LEONHARD, no *Archiv*, 120, 101; SALEILLES, acerca do art. 133, nº 47 e 53.

<sup>52</sup> TUHR, *Allgem. Teil*, II, 402.

<sup>53</sup> TUHR, *Allgem. Teil*, II, 435, 447; MÜLLER-ERZBACH, *Rechtswiss. im Umbau*, 57, 59, 87; ver, mais adiante, § 71, nota 4.

<sup>54</sup> TUHR, *Allgem. Teil*, II, 439; MÜLLER-ERZBACH, *Rechtswiss. im Umbau*, 58.

<sup>55</sup> LEONHARD, em *Archiv*, 120, 103. O destinatário não tem outra proteção que não seja a anulabilidade por erro, quando existam os elementos para isso necessários, dado que um erro relevante pode incidir não só sobre a própria declaração, mas também sobre o significado da declaração adversa. Ver, mais para diante, o § 54 sobre o desacordo.

<sup>56</sup> CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, III, 304; GRASSETTI, *Interpretazione*, 209; TITZE, *Lehre com Missverständnis*, 95 e segs.; TUHR, *Allgem. Teil*, II, 538.

necessidade de tutelar a expectativa gerada, de acordo com a boa-fé, em quem está autorizado a depositar confiança na declaração alheia, e não entram em jogo as necessidades do comércio e da circulação. Dessa natureza são, precisamente, os negócios *mortis causa*: neles impõe-se, acima de tudo, ter em conta o entendimento concreto do disponente, ainda que divergente do significado comum das palavras por ele usadas: significado que, embora constituindo um ponto de partida, não tem, aqui, valor decisivo para a descoberta daquele entendimento.<sup>57</sup>

Por sua vez, a teoria da declaração exprime, efetivamente, uma exigência geral dos negócios *inter vivos* e, em particular, dos contratos; mas precisa de uma justificação e, ao mesmo tempo, de um limite, que resolva equitativamente o conflito de interesses entre o declarante e o destinatário.<sup>58</sup> A teoria da confiança encontra essa justificação e esse limite na garantia da legítima expectativa do destinatário: o qual deve, segundo a boa-fé, poder confiar no significado comum, usual, objetivo, da declaração unívoca que chega ao seu conhecimento: o único normalmente reconhecível no mundo social, de harmonia, precisamente, com a boa-fé.<sup>59</sup> Mas num ponto, tam-

<sup>57</sup> SIBER, *Auslegung und Anfechtung der Verfügungen von Todes wegen*, 352. Por outro lado, parece errônea a ilação tirada por CICU, *Le successioni*, 1947, 371 e segs., sobre que falaremos adiante, § 46, nota 8.

<sup>58</sup> Não correspondem, porém, à exigência de uma equânime valoração, a objeções de VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, 1941, 220, 223 e segs. Uma manifestação do entendimento, a que, precisamente, se opôs a nossa tomada de posição contra o dogma da vontade (§ 3º), é constituída pelas pseudo-refutações que nos foram dirigidas por quem nos considerou sequazes da teoria da declaração e defensores de um novo formalismo (MESSINEO, *Dott. gener. contr.*, cap. II, nota 14; STOLFI, em *Giur. it.*, 1948, IV, 41-59; OPPO, *Adempimento e liberalità*, 380, 382).

<sup>59</sup> HARTMANN, *Werk u. Wille bei dem stillschweigenden Konsens*, no *Archiv f. d. civ. Praxis*, 72, 1888, 161 e segs., 236 (cfr. para alguns exemplos, HARTMANN, no *Archiv*, 77, 1891, 205 e segs.); MANIGK, *Rechtswirksames Verhalten*, 97 e segs., 159, 216, 221 e segs., 237 e segs., 254 e segs., e no *Annuario dir. comparato*, 1942, 158, 162; CARIOTA-FERRARA, no *Annuario*, 1941, 396; agora, *Il negozio giuridico nel dir. priv. it.*, 1948, 70 e segs., 405 e segs., 711 e segs.: cujas objeções, *ivi*, estão viciadas por um incoerente ecletismo e não parecem nada insuperáveis.

bém, a justificação, desse modo empreendida, peca por unilateralidade: isto é, na medida em que considera e valoriza o conflito dos interesses entre o declarante e o destinatário, unicamente sob o ponto de vista deste último. Ainda sob outro aspecto, que é o do ponto de vista do declarante, o conflito é considerado pela teoria da responsabilidade (seria preferível dizer, auto-responsabilidade): ela reconhece a necessidade de pôr a cargo do autor até mesmo uma declaração cujo significado objetivo divirja do seu entendimento, sempre que essa divergência seja imputável a ele.<sup>60</sup> Mas também esta se mostra unilateral, na medida em que não justifica a prevalência do significado objetivo sobre a opinião do declarante: prevalência que se mantém inexplicável, enquanto se mantiver firme no ponto de vista do declarante, sem ter em conta o do destinatário e a necessidade de lhe garantir a confiança, fundada no significado certo e normal da declaração no círculo dos consorciados.<sup>61</sup>

A unilateralidade das várias orientações interpretativas, que esta resenha crítica põe, resumidamente, a claro, depende, de um modo geral, da perspectiva unilateral que os respectivos defensores adotam como ponto de partida e mantém firmemente, com uma mal-entendida consequência. A perspectiva unilateral adotada, faz perder de vista o que em cada categoria de negócios é o ponto relevante do tratamento interpretativo, e leva, por consequência, a desconhecer a necessidade de um tratamento diferenciado, conforme a diferente sede que aquele tenha na estrutura típica do negócio.

<sup>60</sup> Concorde neste ponto, CARNELUTTI, *Sistema*, II, 258: quando a fórmula é unívoca, pior para o declarante, se não soube exprimir com exatidão o seu pensamento. Contra o dogma da vontade nas chamadas declarações à generalidade, MÜLLER-ERZBACH, *D. priv. R. d. Mitgliedschaft*, 109 e segs.; cfr. 14, 28 e segs., 42, 49, 116, 414 e segs.

<sup>61</sup> KRAUSE, *Schweigen im Rechtsverkehr: Beiträge z. Lehre vom Bestätigungsschreiben, von der Vollmacht u. von der Verwirkung* (em *Arbeiten z. Handels, Gewerbe, Landwirtschaftsrecht*, hgg. v. E. HEYMANN, 67, 1933), 129, 132 e segs.; e ainda a literatura *ivi* cit. a p. 2, especialmente RIEZLER, *Venire contra factum proprium*, 1912, 115-119, em especial 117.

*43. Métodos de interpretação: interpretação psicológica e técnica (objetiva); interpretação individual e típica; interpretação com função recognitiva ou integrativa.*

Dos critérios metódicos que são válidos para as diversas categorias de negócios, distinguem-se, ainda, os métodos interpretativos, aos quais eles vão buscar a sua justificação, tendo em conta a posição que o ponto de relevância hermenêutica ocupa na estrutura típica dos negócios em questão.<sup>62</sup> Os métodos que estão em causa, podem deduzir-se, abstratamente falando, do problema que se apresenta ao intérprete, em relação com o modo de ser da declaração ou do comportamento a interpretar, e deduzem-se, igualmente, do ponto de vista em que ele se deve colocar, tendo em conta o ponto da relevância hermenêutica próprio do negócio considerado. Porém, desta maneira, distinguir-se, de uma maneira geral, vários pares de critérios diferenciadores, que são entre si logicamente correlativos, isto é, antitéticos e, ao mesmo tempo, complementares. Distinguem-se, em particular, pela diferente orientação que as informa, uma interpretação psicológica (subjéctiva, neste sentido) e, oposta a ela, uma interpretação técnica (objetiva); e ainda, uma interpretação individual e, antitética a ela, uma interpretação típica; finalmente uma interpretação com função recognitiva e, oposta a ela, uma interpretação com função integrativa. Em cada um destes pares de créditos diferenciais, o primeiro critério contém já implícito um elemento que se torna explícito no segundo: elemento de racionalidade e de objetividade, que, desenvolvido no segundo critério, não renega, nem anula, o nexó de derivação do primeiro. Entre um e outro critério não há exclusão recíproca, como entre termos adialéticos, de que um seja a pura e simples negação do outro.<sup>63</sup> assim, a *mens*, a cuja indagação se

<sup>62</sup> Nota do Tradutor: arts. 110 a 114 do Código Civil Brasileiro de 2002.

<sup>63</sup> HEGEL, *Wissenschaft der Logik* (2ª ed.), I, 119. Já se afastou atrás (§ 40, nota 5) o erro lógico da designação com um *a* privativo. Sobre o carácter das normas que governam a interpretação, ver ainda a n. *Interpretaz. d. legge e d. atti giur.*, §§ 39-43. É de outra opinião, KELSEN, *General Theory of Law and State*, 153 e segs.; 159 e segs.

destina a interpretação psicológica ou a individual, não é – só porque é a manifestação concreta de um sujeito – a negação da racionalidade ou normalidade (ex., Cód. Civil, 1.365, 1.369), a cuja indagação se destina a indagação técnica (objetiva) ou a atípica. Se a *mens* individual concreta pode revelar um *afastamento* ou um *desvio* em relação à normalidade, nada nos diz que ela deva revelá-lo necessariamente, nem que, pela sua natureza, seja uma coisa irracional.

Estas premissas virão a ser-nos úteis para compreender e medir o alcance das normas hermenêuticas agora em discussão. Já alguém fez notar<sup>64</sup> que as normas sobre interpretação em matéria de contratos não se situam todas no mesmo plano: no código devem, particularmente, distinguem-se dois grupos de artigos, que entram em discussão, não todos a um tempo, contemporânea e desordenadamente, mas seguindo uma ordem de precedência lógica, com base numa posição hierárquica: primeiro, os artigos 1.362, 1.363 e 1.364, e só depois deles, os outros. Os primeiros artigos não têm em conta o fato do contrato apresentar ambigüidade e dúvidas. Isto resulta das expressões usadas nos vários artigos. Ao segundo grupo deveria, portanto, acrescentar-se, em nossa opinião, também o artigo 1.365.

Um critério prático para se estabelecer uma precedência entre os dois grupos, pode ser o seguinte: com base nas normas contidas nos artigos 1.362 a 1.364, aplicam-se, em função recognitiva, os cânones hermenêuticos gerais, para averiguar qual terá sido, em concreto, a intenção comum dos contratantes, considerando, também,

<sup>64</sup> Especialmente GRASSETTI, *Interpretaz. del negozio giur.*, 1938, n. 6: 12-20, 225 e segs.; nota a respeito do princípio de hierarquia das normas de interpretação, no *Foro it.*, 1941, 512; Cass., 24 de Junho de 1940, n.º 2079, *ivi* referida; mais literatura citada em OPPO, *Profili d. interpr. oggettiva*, 1943, 1. Ver também Cass., 16 de Outubro de 1948 (*Rep. Foro it.*, 1948, col. 939, n.º 196): “Quando o juiz de mérito reconheça que o contrato está liberto de obscuridades irreductíveis, não é aplicável o art. 1.371”. Ver, ainda, Cass., 27 de Janeiro de 1948, referida no § 45, nota 18. Tem sido, porém, repetidamente afirmado pela jurisprudência, que não há qualquer hierarquia no âmbito das normas de interpretação do primeiro grupo, estabelecidas nos artigos 1.362-1.364 do Código Civil, e em particular entre a interpretação literal e a lógica: v. § 45, nota 8.

a conduta subsequente ao contrato, como formando um todo único com o contrato; pelo contrário, os artigos seguintes já não se preocupam em identificar qual possa ter sido, em concreto, a intenção das partes, mas remetem para outros critérios. Já houve, por isso, quem<sup>65</sup> definisse a interpretação efetuada com base no primeiro grupo de normas, como interpretação subjetiva, e a interpretação efetuada com base no segundo grupo, como interpretação objetiva, isto é, que dispensa qualquer ulterior indagação acerca da comum intenção das partes.

Menos feliz, e por isso de evitar, por ser influenciada pela identificação crociana do “histórico” com o “individual”, é a outra qualificação, que se deu aos dois grupos de normas, de interpretação “histórica” e “astórica”.<sup>66</sup> O fato de os critérios subsidiários terem caráter objetivo, não implica que eles se desinteressem do condicionalismo histórico do contrato: o que mostra a evidente impropriedade da denominação. Na realidade, não se compreende a intervenção, a este respeito, do critério da historicidade: qualificação que não pode, sem arbítrio, restringir-se a ponto de significar o puro momento individual da celebração de um contrato, sem ter em conta o seu enquadramento no ambiente social. O erro mais grave, que se oculta nesta qualificação, está em não compreender o sentido da correlação expressa no par dos dois critérios diferenciais, trocando o segundo (designado com o “a” privativo) pela negação pura e simples do pri-

<sup>65</sup> GRASSETTI, *Interpretaz. d. negozio giur.*, 130-132; OPPO, *Profili d. interpretaz. oggettiva del negozio giur.*, 5 e segs., 13, 71 e segs., partindo sempre da inexacta concepção segundo a qual o “objeto” da interpretação não seria a declaração ou o comportamento, mas diretamente a “vontade” (criticada por TITZE, em *Zschr. f. ausländ. u. int. Priv. R.*, 1941, 980; cfr. EISELE, no *Archiv. f. d. civ. Pr.*, 69, 1886, 281; SCHREIER, *Interpretation*, 56). Nega até ao segundo grupo o caráter de normas que disciplinam a interpretação, porque parte de um errôneo conceito de esta, GORLA, *Interpretaz. d. dir.*, 119-20.

<sup>66</sup> Sobre esta errônea qualificação insiste sobretudo OPPO, *Profili d. int. oggettiva*, 1, 12, 60 e segs.; também DENTI, *Interpr. d. sent.*, 8, n.º 19; A. GENOVESE, *Forme volont.*, 54, e na *Riv. trimestr.*, 1950, 379 e segs. Para esta crítica, também § 40, n.º 5.

meiro. Equívoco este que, quando se lhe tirem as coerentes conseqüências, leva a uma série de corolários aberrantes. É claro que, se, efetivamente, o segundo critério devesse entender-se como um termo puramente negativo ou distanciador do primeiro, seria necessário negar que entre os dois possa existir qualquer nexos ou ponto de sutura, e deveríamos eliminar do âmbito do segundo critério todas as regras de hermenêutica que não abstraíram completamente da *mens*, a cuja indagação se dirige o primeiro critério. É o caso das regras que apontam uma interpretação extensiva “segundo a razão” (1.365), ou uma interpretação “segundo a boa-fé” (1.366), ou uma interpretação “no sentido mais conveniente à natureza e ao objeto do contrato” (1.369). Na realidade, nem todos são tão conseqüentes que expulsem estas regras do grupo daquelas que ligam ao segundo critério, para as incluir entre aquelas que ligam ao segundo critério, para as incluir entre aquelas que eles reconduzem à interpretação “subjetiva” ou “histórica”.<sup>67</sup> Já atrás chamamos a atenção para o erro de concepção que leva a esta conseqüência manifestamente aberrante. Na realidade, as regras agora mencionadas reduzem-se todas ao segundo critério, mas somente desde que não se queira ver neste uma pura negação do primeiro, mas antes um critério que, contrapondo-se-lhe, constitua o seu indispensável complemento e encontre naquelas regras, por assim dizer, um ponto de sutura com ele.

Ora, para exprimir uma tal relação lógica entre os dois critérios diferenciais, correlativos um ao outro, parece muito mais apta a antítese e correlação que o grande Scheiermacher<sup>68</sup> estabelece entre interpretação psicológica e interpretação técnica. Qualifica-se de *psicológica* a interpretação destinada, a investigar, através da objetivação

<sup>67</sup> Por tal conseqüência há que louvar A. GEOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, em *Sem. giur. Venezia*, 2, 1949, 78; 90 e segs.

<sup>68</sup> SCHLEIERMACHER, *Werke*, I, Abt. VII: *Hermeneutik u. Kritik*, 143, 155, 200; ed. Meiner, IV, 151, 163, 184. Distinção de importância fundamental, por nós já assinada, sob outro aspecto, na introdução à nossa teoria geral da interpretação: *Categorie civilistiche*, 39 e segs. (*Riv. it. sc. giur.*, 1948, 73 e segs.

do espírito, a *mens* de quem lhe deu a vida, segundo os cânones hermenêuticos da autonomia e da totalidade (na hipótese de um contrato, a “comum intenção das partes”: 1.362-1.364; 1.342). Pelo contrário, qualifica-se como *técnica* a interpretação que volta a estudar o problema que parece resolvido naquela dada objetivação do espírito e lhe investiga a solução, independentemente da consciência reflexa que dela o autor possa ter tido, enquadrando-a – no caso de um contrato – não já na totalidade individual de ambas as partes, mas na totalidade do ambiente social, segundo os pontos de vista nele correntes acerca da autonomia privada (Cód. Civil, 1.365, 1.371). É claro que no âmbito de uma interpretação destinada a uma função normativa, como é a jurídica, a interpretação técnica assume, ou pode, pelo menos, assumir, uma função integrativa, que, no âmbito de uma interpretação meramente recognitiva, como é a filológica e histórica, onde a descobre Schleiermacher, lhe é estranha, ou menos familiar. Mas isso não impede que ela exprima com exatidão a orientação interpretativa de que se trata.

A passagem da orientação psicológica para a orientação técnica da interpretação, pressupõe que com a primeira o intérprete não consegue reconstituir o preceito da autonomia privada de maneira tão clara e completa, que dele possa deduzir um regulamento de interesses em que tudo esteja previsto, sob todos os aspectos. É, em particular, característica da orientação tão técnica – pondo de parte, por agora, outros critérios, de que trataremos no § 45 –, a utilização do critério da boa-fé (1.366), sob um novo ângulo, e a dos usos com função interpretativa (1.368). Já fizemos notar (§ 42) que a boa-fé, entendida como atitude de lealdade e clareza recíprocas, é um critério a adotar também na interpretação psicológica, destinada a reconstituir o processo genético da comum intenção das partes, no decorrer das negociações (1.337). Mas ela deve ser também utilizada como critério objetivo na interpretação técnica, e, mais precisamente, como instrumento para interpretar o preceito contratual, não já simplesmente segundo a letra, mas segundo o espírito. Na verdade, em face de uma interpretação cavilosa que, reportando-se ao texto

literal do contrato, se apoie na ausência de certos pactos consequenciais, a parte interessada pode – mesmo na falta de usos a tal respeito – recorrer à boa-fé, já não entendida, aqui, como lealdade no negociar, mas como o espírito de colaboração, que deve animar cada uma das partes.<sup>69</sup> Além disso e acima de tudo, são instrumento precípua da interpretação técnica os critérios objetivos que se extraem daquilo “que geralmente se pratica” (quer na sede do contrato, quer na sede da empresa: art. 1.368), tanto em presença de “cláusulas ambíguas”, como perante incertezas a que ainda dê lugar o texto do contrato reconstruído no seu todo (1.363).<sup>70</sup> Os usos aqui chamados a exercer função interpretativa para o esclarecimento de ambigüidades ou incertezas do negócio, devem distinguir-se, claramente, daqueles outros usos, a que a lei recorre para complemento da sua disciplina do tratamento jurídico atribuindo-lhes, em via subordinada e supletiva, uma função normativa, quer para integrar o regulamento convencional (1.340) desde o início, quer para suprir eventuais lacunas emergentes da execução (1.374).<sup>71</sup> A diferença en-

<sup>69</sup> Cfr. o nosso *Diritto romano*, 571-72; *Istituzioni dir. rom.*, I, 311, 412-13; GUARINO, *Il princ. d. buona fede n. interpr. d. neg. Giur.*, na *Giur. compar. dir. civ.*, VI, 1941, 225.

<sup>70</sup> Ver a Cass., 11 de Março de 1948 (*Rep. Foro it.*, 1948, col. 938, nº 189): “Os usos contratuais em matéria de obrigações são relevantes, especialmente no caso de silêncio da convenção; eles servem, não tanto para a interpretação da norma contratual, como para dela fazer derivar, para além e em ampliação da vontade manifestada, elementos apreciáveis para o fim de determinar os limites e o conteúdo das obrigações; está, portanto, viciada de erro lógico e jurídico a sentença que não admite a prova por testemunhas do uso, pelo fato de ele não ter sido expressamente referido na convenção escrita”.

<sup>71</sup> Sobre o problema veja-se agora GENOVESE, na *Riv. trimestr.*, 1950, 368-93 e literatura aí citada; OPPO, *Profili d. interpr. oggettiva neg. Giur.*, nºs 21-28: 75 e segs.; ASQUINI, na *Riv. dir. comm.*, 1944, 70-75, especialmente 73 e segs.; BARASSI, *Teoria gen. obbligazioni*, 486-87; 2ª ed., II, 237 e segs.; MESSINEO, *Dottr. gen. contratto*, cap. XII, nºs 12-13 (2ª ed., 320 e segs.). Com o artigo 1.368 deve confrontar-se o § 346 do Cód. Com. Alemão. A objeção de GENOVESE, *lug. cit.*, 392, tem o direito de desconhecer que a diversidade do momento em que o uso entra em discussão para a integração ou interpretação do negócio, importa também uma diferença do aspecto sob o qual ele deve ser considerado.

tre a função interpretativa e a função normativa que é atribuída aos usos conforme o fim em ordem ao qual são referidos, quase não é de conceber de modo naturalístico, como dependente de uma diversa qualidade dos usos considerados em si mesmo, mas precisamente como uma diferença do aspecto sob o qual os usos são chamados a intervir. Dado que a prática do uso é sempre animada pela convicção da sua legitimidade e conveniência social, a diferença em apreço consiste em, na referência que se lhe faça em função interpretativa, o comportamento usual ser valorado como índice de um modo de ver, no qual se denuncia uma apreciação social, que se considera compartilhada pelas partes; pelo contrário, no uso invocado com função normativa, está pressuposta aquela comum convicção da sua necessidade para a vida coletiva do tráfico, que tem o seu reflexo na "opinio necessitatis" dos vários interessados.<sup>72</sup> De outra maneira, a lei não poderia impor às partes a sua observância (1.374), mesmo inconsciente, ou referir-se a eles, apenas com a reserva de haver convenção em contrário (1.340).

Quando a referência aos usos, em função interpretativa, tem o seu indispensável escoramento numa manifestação, ainda que ambígua ou incerta, da comum intenção das partes (na qual a norma hermenêutica do art. 1.368 tem um ponto de sutura comum com a do art. 1.362), a devolução para os usos em função normativa e integrativa, ou prescinde dela (1.374) ou aplica-a naquilo em que ela não se lhe mostre hostil.<sup>73</sup> Portanto, aqui, através dos usos, remete-se para as concepções historicamente determinadas e contingentes da consciência social, tais como elas se apresentam, não ao tempo do contrato, mas no tempo do juízo, e assim se fornece uma alavan-

<sup>72</sup> Isto é de observar especialmente a OPPO, *Profili d'int. oggett.*, n. 23: 82. Cfr. LA LUMIA, na *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 604; ASQUINI, *ivi*, 1944, 74; a nossa *Interpretaz. d. legge*, § 60.

<sup>73</sup> É oportuna a explicação de GIORDANO, *Contratti per adesione*, 158-162.

ca à interpretação evolutiva da lei: o que seria inadmissível para a devolução aos usos em função interpretativa.<sup>74</sup>

Um valor diverso da distinção entre interpretação psicológica e interpretação técnica (objetiva), tem a outra distinção, entre interpretação individual e interpretação típica, embora os respectivos critérios sejam, em certa medida, interferentes. Onde, naquela, a diferença de orientação e de problema hermenêutico entre os dois critérios contrapostos, importa uma diferença no resultado a que interessa chegar (o significado correspondente ao entendimento concreto das partes, ou o significado enquadrado no ambiente social e nos pontos de vista que nele são correntes), na outra distinção, a diferença entre os dois critérios antitéticos, diz respeito aos meios interpretativos a usar para fixar o conteúdo do negócio.<sup>75</sup> A interpretação individual parte do critério de considerar as declarações e os comportamentos na sua específica concretização, e de lhes atribuir um significado o mais possível aderente à particular maneira de ver as coisas neles expressa e às situações e relações concretamente existentes entre as partes, tendo em consideração as circunstâncias individuais do caso. Pelo contrário, a interpretação típica da parte do critério de classificar por tipos ou classes as declarações e os comportamentos, tendo em atenção o gênero de circunstâncias em que se desenvolvem e a que correspondem; e a cada um desses tipos atribui um significado constante, sem ter em conta que, no caso concreto, a opinião efetiva das partes pode ter sido bem diferente. Às expressões usadas pelas partes, atribui a interpretação típica o significado normal, que é aquele em que elas são, vulgarmente, empregadas; o seu modo de comportar-se é por ela apreciado no seu valor típico, segundo o *id quod plerumque accidit*, de acordo com as regras da

<sup>74</sup> DANZ, *Auslegung d. Rechtsgesch.*, 2ª ed., 100 e segs.; PLANCK-FLAD, *Kommentar*, § 138, 1 c. Cfr. ROMANO, *Frammenti dizion. Giur.*, 125.

<sup>75</sup> Cfr. as nossas *Instituzioni dir. rom.*, 2ª ed., I, § 59: 140 e segs.; cfr. CARIOTA-FERRARA, *Negozio giur.*, 713 e segs.

experiência reveladas pelos usos e costumes sociais, valorizando, à luz dos pontos de vista correntes, a relevância das circunstâncias concomitantes. A orientação interpretativa segundo a tipicidade, influi sobre os critérios de escolha e sobre a valoração da relevância do material a utilizar: isso implica uma limitação da escolha apenas aos elementos e circunstâncias de caráter típico – isto é, normalmente relevantes na apreciação comum –, e uma valoração deles segundo critérios constantes: ao passo que a interpretação individual importa a extensão da escolha dos meios interpretativos e a sua valorização segundo critérios variáveis. Afastando-se do direito romano, que mostrava larga simpatia pela interpretação típica, o direito moderno tende, em geral, a atribuir um papel cada vez mais largo à interpretação individual, ao mesmo tempo que adere firmemente à interpretação técnica (objetiva) para os contratos e, de uma maneira geral, para os negócios *inter vivos*. A tendência geral para acentuar o valor do elemento subjetivo, manifesta-se, em primeiro lugar, no problema da admissibilidade e relevância da declaração, na medida em que ela não esteja ligada à observância de formas necessárias, mas também tem reflexos no campo da interpretação.<sup>76</sup>

Finalmente, tem também valor diverso das outras duas, a distinção que se pode fazer, conforme a interpretação do negócio tenha uma função exclusivamente recognitiva, ou uma função integrativa. E é preciso evitar, aqui, cometer o erro de identificar esta última com a interpretação técnica (objetiva).<sup>77</sup> É inegável que a interpretação técnica pode, por vezes, levar ao resultado de colmatar as lacunas do contrato. Por conseguinte, é de ver que nos negócios *inter vivos*,

<sup>76</sup> Cfr. o nosso *Dir. romano: parte gener.*, § 64; *Istituz. dir. romano*, I, § 59; SCHULZ, *History of roman legal science*, 1946, 78-80.

<sup>77</sup> Está sujeita a esta grave objeção a esquematização dogmática de OPPO, *Profili*, I e segs., 27 e segs., 117 e segs., 128.

destinados a compor um conflito de interesses entre as partes, uma interpretação com função integrativa não pode assumir outra orientação que não seja a indicada para a interpretação técnica (objetiva), como resulta da óbvia reflexão de que, se as partes fossem chamadas a apontar a direção em que a lacuna do negócio deve ser colmatada, elas escolheriam, possivelmente, posições diferentes quanto à orientação atribuída a cada uma delas pelo seu interesse individual, confluyente com o da contraparte. Mas basta pensar numa outra categoria de negócios – os *mortis causa* – para logo se ver que o problema hermenêutico aqui apresentado para eventuais lacunas do negócio se formula em termos essencialmente diferentes. Neste caso, a falta de conflito entre as partes da relação sucessória (§ 42) e a necessidade de tornar efetiva, na medida em que seja socialmente reconhecível, a *mens* do disponente, impelem a interpretação com a função integrativa a contentar-se com uma reconstrução conjectural do propósito do disponente, ainda que este não se tenha manifestado por forma perfeita e esgotante, desde que ele possa deduzir-se de indícios atendíveis, recolhidos no seu círculo social (§ 46).

#### 44. Interpretação e integração do negócio lacunoso.

Segue a mesma linha de rumo da distinção entre interpretação e valoração jurídica, também o critério diferenciador entre interpretação e integração do negócio,<sup>78</sup> bem como entre interpretação e correção (conversão) do mesmo. Também o critério em discussão se delinea de maneira diversa segundo o modo de conceber a tarefa da interpretação. Para quem vê esta tarefa na investigação da “vontade real” das partes em concreto, a interpretação detém-se no ponto em que deixa de estar em discussão uma vontade real: começaria aí a

<sup>78</sup> LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, 92 e segs.; REDENTI, *I contratti n. pratica commerc.*, 231 e segs.; MESSINEO, *Dottr. gen. contratto*, cap. XI, n. 13; LÜBTOW, na *Zschr. f. ges. Handelsr.*, 112, 1949, 243 e segs., que cita LEHMANN, *Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 233.

integração.<sup>79</sup> Mas para quem, pelo contrário, faça consistir aquela tarefa em reconstruir o significado objetivo do ato, a interpretação vai até muito mais longe e abrange também pontos do negócio que não foram objeto de reflexões conscientes (cfr. arts. 1.367-1.368 e 1.370 do Cód. Civil): pontos para os quais é inútil e irrelevante procurar descobrir uma vontade “suponível” ou “presumível”, que a realidade não existiu. Se, como dissemos (§ 41), a interpretação se destina a desenvolver, na sua coerência lógica, a fórmula da declaração ou a estrutura do ato, em busca da idéia mais apropriada, ela leva, necessariamente, a pôr também a claro aquele conteúdo implícito ou marginal do negócio, que não se exprimiu na sua fórmula ou estrutura e que, quando muito, ficou na sombra, até na consciência das partes. É preciso e basta que os pontos a esclarecer resultem, em virtude de uma exigência, quer lógica, quer até social ou jurídica, do conjunto de tudo aquilo que se disse ou fez, e que, portanto, possam inferir-se ou reconhecer-se através da declaração ou do comportamento, em virtude de um nexos necessário. Isto mostra logo a diferença que há, por um lado, entre a interpretação, embora integrativa (mas que não deixa, por isso, de ser interpretação) e, por outro, a integração do negócio, mais precisamente, do seu tratamento, isto é, dos seus efeitos, mediante normas supletivas.<sup>80</sup>

A chamada interpretação integrativa<sup>81</sup> incide sobre pontos do regulamento de interesses que, embora não tendo sido abrangidos

<sup>79</sup> Nota do Tradutor: art. 126 do Código de Processo Civil. Vide também a Lei de Introdução ao Código Civil.

<sup>80</sup> OERTMANN, *Verkehrssitte*, 159, 178, 229, 233 e segs.; SCHREIER, *Interpret.*, 84 e segs.; LARENZ, *Auslegung*, 102; cfr. MANIGK, *Auslegung*, 133, 171, 175 e segs.; LEONHARD, *Allgem. T.*, § 84; SALEILLES, sobre o § 133, n.ºs 14 e segs., 17, 21.

<sup>81</sup> Sobre a interpretação integrativa, ver: ZITELMANN, *Allgemeiner Teil*, 91 e segs.; Id., *Internationales Privatrecht*, II, 218 e também *Rechtsgeschäfte im Entwurf*, I, 95 e segs.; TITZE, *Missverständnis*, 1910, 486; TUHR, *Allgemeiner Teil*, II, 545, 189; LEHMANN, *Allgem. Teil*, 2ª ed., 1922, 151 e segs.; COSACK, *Lehrbuch*, I, 8ª ed., 239; OERTMANN, *Verkehrssitte*, 1914, 151 e segs.; SIBER, *Auslegung u. Anfechtung d. Verfügungen v. Todes wegen*, cit. 356 e segs.; LEONHARD, no *Archiv*

pela fórmula, que se tornou inadequada, estão, todavia, compreendidos na idéia que ela exprime e, portanto, estão também sempre enquadrados no conteúdo do negócio. Os pontos a investigar por via interpretativa, inferem-se também sempre do conjunto da declaração, apreciado de acordo com a boa-fé, com os usos sociais, etc., e em harmonia com tudo isso são inteligíveis e reconhecíveis pelas partes. Na medida em que seja inteligível por concludente ilação, a idéia mais lata da fórmula, que seja alcançável por via interpretativa, apresenta-se como sendo referível ao declarante como sua. Mesmo se, no caso específico, este não teve dela consciência, é também claro que ele, refletindo sobre o alcance lógico e social da sua declaração, teria podido dar-se conta daquele significado mais amplo, que a interpretação acabou por pôr a claro: era esse o seu ônus. Por outro lado, é irrelevante que o declarante em concreto, quando tivesse disposto a regulá-lo como exige a boa-fé, o uso social, etc., porque não tem que procurar-se uma vontade hipotética, mas apenas a possibilidade (e o ônus) de entendimento pelas partes.<sup>82</sup>

É certo que entre a interpretação destinada a esclarecer o significado objetivo e a integração com normas supletivas ou dispositivas, há o seguinte aspecto comum: ambas tomam por base a causa do tipo abstrato de negócio em questão e aplicam, em conformidade com ela, critérios deduzidos de fontes comuns, como a boa-fé (arts. 1.366 e 1.375 do Cód. Civil). Mas a interpretação pressupõe,

*f. d. civ. Praxis*, 120, 41-47; SCHREIER, *Interpretation*, 80-82; LARENZ, *Methode d. Auslegung*, 92 e segs.; MOSSA, *Lacune del contratto*, no *Archiv f. Wirt. u. Rechtsphil.*, 1923, 544; ALLARA, *Testamento*, 1934, 327 e segs.; GRASSETTI, *Interpretazione*, 19, n.º 31; HECK, *Gesetzesauslegung u. Interessenjurisprudenz*, 1914, 226 e segs.; STAUDINGER-RIELZLER, *Komm. z. B. G. B., Allgem. Teil*, 10ª ed., 1936, 793 e segs.; HELDEBRANDT, *Erklärungsbefugung*, 1931, 230; com referência à interpretação de boa-fé, do § 157, B. G. B., MANIGK, *Rechtsw. Verb.*, 152-155 e segs. Acerca da interpretação corretiva: REGELSBERGER, *Pand.*, 638, n. 7; LEONHARD, no *Archiv*, cit., 36-41; CARNELUTTI, *di esecuzione*, III, n. 537, que dá ao termo uma interpretação exagerada. Ver também OPPO, *Profili*, 1 (n.).

<sup>82</sup> LARENZ, *Auslegung*, 102. Cfr. VEDROSS, *Verfassung, der Völkerrechtsgemeinschaft*, 198 e também mais adiante, § 63, nota 7.

conceitualmente, um dado conteúdo do negócio concreto, quer explícito, quer implícito, uma idéia (preceito) do negócio, expressa ou não com fórmula adequada. Pelo contrário, a integração com normas supletivas ou dispositivas pressupõe, precisamente, a falta de um preceito dedutível da fórmula, portanto uma lacuna não só nesta, mas também na própria idéia (preceito), no regulamento de interesse; e ela diz respeito não à *fatispécie* do negócio, mas unicamente aos seus efeitos: é integração dos efeitos. Só é, portanto, lacunosa a fórmula do negócio, quando se recorre, como dissemos, à interpretação integrativa, a qual é, também, sempre a reconstituição da idéia concreta do negócio, apenas não apoiada numa específica fórmula ou cláusula, mas deduzida do conteúdo lógico e prático do negócio concreto, considerado no seu todo e na sua concludência, em conexão com o ambiente social.

Depois do que fica dito, fácil será compreender que as normas sobre a interpretação, e entre elas as dos artigos 1.366-71 (§ 43), tenham precedência lógica sobre as normas supletivas e dispositivas.<sup>83</sup> Na verdade, se elas se referem à própria *fatispécie* do negócio, ao passo que estas só dizem respeito aos correspondentes efeitos, elas têm a precedência, seguindo o critério de que, quando há uma declaração das partes ou qualquer coisa que dela faz parte integrante (como as ilações deduzidas dos usos ou das exigências da boa-fé), não podem aplicar-se normas que, como as supletivas ou dispositivas, se destinam a disciplinar os efeitos do negócio, pressupondo a ausência de qualquer declaração ou de uma declaração contrária. Na medida em que vigora o regulamento estabelecido pelas partes, não há lugar para um regulamento legal supletivo ou dispositivo; mas até onde se estende e em que medida esteja em vigor o regulamento estabelecido pelas partes, é coisa que só pode determinar-se por meio da interpretação. A afirmada precedência das normas sobre interpre-

<sup>83</sup> Cfr. DANZ, *Auslegung*, § 15; § 7, n. 8-9; FRIEDRICH, *Der Allgemeine Teil des Rechts*, 129 e segs. V. também a n. *Interpret. d. legge*, § 41.

tação, deve ser, também, reconhecida em relação àquelas normas chamadas "presuntivas", por meio das quais a lei estatui, de um modo geral e abstrato, um determinado significado para certas expressões ou cláusulas do negócio (por ex., Cód. Civil, art. 588; Cód. alemão, § 186 e segs.). Essas normas nem sequer entram em vigor, quando encontram o seu lugar ocupado por uma divergente declaração das partes, tal como ela resultar da interpretação, salvo no caso de deverem prevalecer sobre esta (art. 588).

Do caráter particular da interpretação integrativa, a que vimos de referir-nos, deriva um importante corolário prático. E é o de que os pontos integrados graças a ela, por não terem sido contemplados, explicitamente, em fórmulas ou cláusulas com existência própria, nem sequer podem ser objeto de impugnação por erro, pois que esta só poderia ser dirigida contra uma declaração, uma fórmula de negócio, que, na hipótese em discussão, não existe.<sup>84</sup> Procurar saber o que as partes teriam estatuído se houvessem refletido sobre um ponto não regulado explicitamente, é questão que não tem sentido, se for dirigida a reconstituir uma "hipotética" vontade particular no caso concreto. Pelo contrário, já terá sentido se, em vez de ser referida às partes do caso concreto, disser respeito às partes daquele tipo de negócio, naquela típica situação econômico-social, quando vise a justificar o regulamento estabelecido por normas supletivas como sendo o mais conveniente e o mais conforme à causa típica do negócio que essas normas têm em vista.<sup>85</sup> Mas a questão não tem sentido, nem mesmo referida à situação abstrata, quando se deva proceder a uma interpretação integrativa: porque aqui o ponto em discussão, embora não abrangido pela fórmula do negócio, está, no entanto, compreendido na sua idéia (preceito), no complexo conteúdo lógico e social do próprio negócio, e portanto já está implicitamente regulado. Neste caso nem sequer há necessidade de presumir que as

<sup>84</sup> OERTMANN, *Rechtsordnung u. Verkehrssitte*, 173; MANIGK, *Irrt. u. Ausleg.*, 147.

<sup>85</sup> Cfr. *Autonomia privata e competenza della "lex loci actus"*, na *Riv. dir. internaz.*, 1930, 17 e segs.

partes tenham, por si mesmas, “querido tudo quanto é preciso para atingir o escopo do negócio”. Uma tal presunção de vontade, a que recorrem alguns juristas, lembra um característico corolário da estafada concepção individualista, que pretende justificar tudo recorrendo a uma, ainda que ficta, vontade dos indivíduos. Só na interpretação do negócio *mortis causa* a questão, posta desta maneira, pode ter um sentido plausível (§ 46).

Análogo ao que acabamos de ver, é aquele critério diferencial entre interpretação e correção ou conversão do negócio jurídico defeituoso. Ao passo que a interpretação reconstitui o conteúdo e o sentido do negócio e, portanto, determina a sua *fatispécie*, a correção, pelo contrário, tal como a integração, pressupõe estar já fixado o conteúdo e o sentido do negócio e determina-lhe os efeitos jurídicos, não integrando-o, mas corrigindo-o. Na conversão, particularmente, a correção realiza-se através de uma transformação da qualificação jurídica (§ 61). É de toda a evidência que, também aqui, a interpretação tem a precedência lógica.

#### 45. Critérios positivos de interpretação dos contratos.

A norma fundamental do artigo 1.362 corresponde a um texto de Papiniano<sup>86</sup> e deriva, através do artigo 1.156 do Código de Napoleão e do artigo 1.131 do Código de 1865, de uma passagem de Pothier<sup>87</sup> que pretende reproduzir-lhe o pensamento (enunciam normas análogas o § 809 do Código Saxão e o art. 278 do Código Comercial alemão; não sucede o mesmo, pelo contrário, com o § 133 do Cód. Civil alemão).<sup>88</sup> Pretendeu encontrar-se nela, no seu tempo, o mais forte apoio para o dogma da vontade no terreno do

<sup>86</sup> D. 50, 16, 219: HIMMELSCHEIN, em *Symbolae Lenel*, 1931, 403; as nossas *Istituz.*, I, 142.

<sup>87</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, I, nº 91.

<sup>88</sup> HIMMELSCHEIN, *Beiträge zu der Lehre vom Rechtsgesch.*, 15 e segs.; ainda em *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, 1931, 424.

direito positivo italiano; mas erradamente. Há, no entanto, uma diferença essencial entre a formulação do artigo 1.362, que diz apenas respeito aos contratos, e a do § 133 do Código Civil alemão, que se destina a generalizar o princípio, apontando como objeto da investigação interpretativa, não a comum intenção das partes contratantes, mas a “vontade efetiva” do declarante, sem fazer menção da vontade da contraparte.<sup>89</sup> Ao passo que esta segunda formulação abre a porta a problemáticas investigações de uma vontade unilateral mais ou menos reconhecível, a primeira assenta num ponto firme, que é o acordo das partes. A “comum intenção” é, certamente, qualquer coisa mais que aquele “acordo” que o artigo 1.325 (anteriormente o 1.104) inclui entre os requisitos de validade do contrato.<sup>90</sup> O acordo é, no contrato, qualquer coisa intimamente ligada à declaração e ao comportamento: é constituído pelo concordante modo de entender as declarações ou os comportamentos recíprocos, ou seja o consenso (não reflexo, mas objetivo) sobre o seu significado e, portanto, sobre o preceito contratual (*consensus in idem placitum*). A congruência externa das declarações ou dos comportamentos respectivos, exprime o acordo de ambas as partes acerca do regulamento de interesses convencionado para as suas relações. O acordo consiste, precisamente, no fato de esse regulamento ser único e idêntico na consciência de uma e outra parte (o que exclui o consenso na congruência exterior das declarações ou dos comportamentos, é apenas um vício da consciência, não dá vontade: um erro ou engano que dê origem a um mal-entendido acerca do significado da declaração alheia, não um erro que recaia sobre os motivos). Ora, pelo contrário, a “comum intenção” dos contratantes é a concorde determinação causal, a concordante intenção prática das partes: concorde também na divergência e no contraste dos respectivos motivos e interesses singulares, dado que a divergência e a oposição dos motivos individuais

<sup>89</sup> HIMMELSCHEIN, *Beiträge z. d. Lehre vom Rechtsgesch.*, 16.

<sup>90</sup> Nota do Tradutor: arts. 112, 114, 423 e 819 do Código Civil Brasileiro de 2002.

devem, sem dúvida, subordinar-se ao acordo e comportar a formação de uma intenção comum, dirigida a uma certa causa de contrato: intenção comum, sem a qual o contrato não se celebraria.<sup>91</sup> Já nos parece bastante elucidativo que este consenso mais íntimo não haja sido incluído pela lei entre os requisitos de validade (Cód. Civil, 1.325, e anteriormente 1.104 do Cód. Civil de 1865), mas antes valorado apenas como critério de orientação interpretativa, base de um cânone hermenêutico que está no mesmo plano do princípio da boa-fé (art. 1.366), com eventual prevalência sobre o mero significado literal das palavras usadas. Deste modo, a uma interpretação puramente gramatical e atomística, que levaria a isolar a declaração do conjunto das circunstâncias socialmente relevantes em que foi emitida, e a pôr a letra acima do espírito, contrapõe-se uma outra interpretação, que integra a *fatispécie* da declaração e a enquadra na totalidade do comportamento recíproco e no conjunto das circunstâncias em que se desenvolve, pondo-lhe a claro o espírito e o escopo prático na consciência de ambas as partes.<sup>92</sup>

O valor do critério assim entendido é, por conseguinte, o de alargar o âmbito dos meios interpretativos, em particular engloban-

<sup>91</sup> Cfr. DANZ, *Auslegung*, §§ 8, 69; em *Iherings Jahrb.*, 46, 337; STANDIGER-RIEZLER, *Kommentar*, I, 671, onde se acentua a importância de escopo econômico na interpretação; SALEILLES, sobre o § 119, n. 26; sobre o § 133, n. 86, 88; TITZE, *Missverständnis*, 85; MANIGK, *Willenserkl. U. Willensgesch.*, 455-457, 513 e segs., cuja concepção nos parece mecânica. Deve ter-se presente a máxima referida na nota 12 do § 42, e a da Cass., 11 de Fevereiro de 1946 (*Rep. Foro.*, 1946, col. 734, n. 64). Consideramos infundada a crítica de MESSINEO, *Contratto*, 2ª ed., 57 e segs., dado que, baseando-se no dogma da vontade, desconhece a exigência da recíproca recognoscibilidade.

<sup>92</sup> COVIELLO, *Man. Dir. civ.*, § 129; GRASSETTI, *Interpretaz.*, 97 e segs., 128 e segs., onde, precisamente, se lembra que o artigo 1.131, considerado em si mesmo, não oferece qualquer argumento positivo, quer a favor da teoria da declaração, quer em apoio da teoria da vontade; neste último sentido, pelo contrário, CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, III, 302-304, que, em definitivo, lhe descortina a *vis* "na eficácia de todos os indícios formais, de todos os sinais exteriores do pensamento, para os fins da interpretação". Bem CARNELUTTI, *Teoria gen. dir.*, 2ª ed., 273. Cfr., com referência ao § 133 do Código alemão: DANZ, *Auslegung*, 38 e segs.; LEONHARD, no *Archiv.*, 120, 79; também BÄHR, *Anerkennung als Verpflicht.*, § 40.

do neles as negociações que levaram à celebração do contrato: até os pactos precedentes, que os contratantes se esqueceram de referir no ato da celebração, e o comportamento reciprocamente mantido depois de celebrado o negócio (Cód. Civil, 1.362, parág.). O critério é entendido e aplicado em estrita conexão com o da boa-fé (art. 1.366), o qual, no entanto, funciona no interesse de uma outra parte: se, por um lado, no interesse do declarante, a boa-fé exige que as palavras não sejam tomadas à letra, mas entendidas de acordo com o espírito e a intenção, por outro lado, no interesse do destinatário, ela exige que às palavras seja atribuído o significado normal, que lhes é reconhecido pela consciência social e pelos usos do comércio.<sup>93</sup>

De resto, a exegese do critério dá lugar a uma série de questões, de que aqui apenas vamos referir algumas. Pergunta-se se é relevante uma intenção do proponente, conhecida pelo destinatário, qualquer que tenha sido a forma como ela chegou ao seu conhecimento. A solução mais correta é a negativa.<sup>94</sup> Na verdade, um conhecimento acidental não importa, só por si, adesão à intenção não declarada, nem objetivamente conexa com a proposta, pelo simples fato da pro-

<sup>93</sup> COVIELLO, *Man. dir. civ.*, § 129.

<sup>94</sup> CARNELUTTI parece, pelo contrário, propender para a solução, em *Processo di esecuzione*, III, 303 e segs., onde apenas faz menção da notoriedade. A questão, posta em termos mais genéricos, é resolvida em sentido inteiramente negativo por TITZE, *Missverständnis*, 93 e segs.; em sentido afirmativo, num aspecto limitado, por LEONHARD, em *Archiv.*, 120, 121 e segs., não, porém, de acordo com o ponto de vista dominante (*Iug. cit.*, 131).

Na jurisprudência, ver: Cass., 3 de Setembro de 1947 (*Rep. Foro.*, 1947, col. 877, n. 154): "Entre os critérios de interpretação dos contratos, não está compreendido o contido na regra *ubi verba sunt clara non debet admitti voluntatis quaestio*"; bem, Cass., 18 de Julho de 1947 (*ivi.*, col. 876, n. 142): "Por mais claras que sejam as expressões usadas, que podem ser bem claras, tendo em conta o seu significado literal, não revelem, no entanto, a verdadeira intenção dos contraentes". Cfr. Cass., 19 de Abril de 1943 (*Rep. Foro.*, 1943, col. 1096, n. 214): "O elemento literal e o elemento lógico devem fundir-se e coordenar-se na apreciação da relação negocial, para interpretar a que foi a verdadeira vontade contratual das partes". V. também a interessante aplicação efetuada pela Cass., 28 de Janeiro de 1943 (*Rep. Foro.*

posta ser aceite. O fato do destinatário a reconhecer, não implica que ele deva tomar posição quanto a ela e proceder em conformidade, quando a não tenha rejeitado. Não conduz a conclusão diversa o princípio da boa-fé: porque, precisamente, a questão é saber se deduzir da falta de rejeição uma adesão implícita da contraparte, conhecedora do sentido em que foi feita a declaração, é conforme à boa-fé (o que, portanto, não significa derrogação à exigência de clareza). O ponto está em ver qual o ônus que incumbe ao destinatário: isto é, se este deve procurar indícios da intenção do outro contratante fora das suas declarações contratuais e deve tomar posição em consequência. Ora, parece que um ônus de investigação e de atenção só lhe incumbe na órbita das mesmas negociações (§ 42). Todavia, no caso da predisposição unilateral de condições gerais (1.341), deve entender-se que o ônus, por parte do predisponente, se alarga, também, à investigação a respeito da ciência ou da ignorância sem culpa da contraparte.<sup>95</sup> É questão diversa saber se o outro contratante deve procurar esclarecer os termos da proposta, quando se dê conta de que o proponente está em erro de interpretação, em seu prejuízo, acerca do conteúdo dela. Aqui, a solução deve ser afirmativa: trata-se de um ônus de correção, imposto pela boa-fé, até na fase

1943, col. 1098, n. 236-237): "Certa cláusula de estilo, sendo feita do estilo notarial e não da vontade das partes, não pode ter qualquer eficácia para a interpretação do contrato". Em sentido contrário, com uma tão passiva como injustificada adesão ao ditado "*in claris fit interpretatio*", algumas decisões esporádicas; Cass., 14 de Junho de 1943 (*Rep. Foro*, 1943, col. 1096, n. 213): "O texto literal de uma convenção torna supérflua qualquer outra investigação interpretativa, quando o seu significado seja tal que exprima, só por si, com clareza e univocidade, a vontade contratual". Ver também Cass., 25 de Fevereiro de 1943 (*ivi*, n. 212): "Quando a letra de um contrato é clara e mostra que o significado das palavras é igual à vontade dos contraentes, não há possibilidade de ulteriores indagações se não surgirem razões de divergência entre o significado literal e a substancialidade do negócio a que as partes deram vida". Ver, por outro lado, em matéria de testamentos, Cass., 29 de Julho de 1947, transcrita na nota 2 do § 46. Contra o rifão *in claris*, etc., veja-se a nossa crítica de princípio em *Interpretaz. d. legge*, § 51: 182-84; § 76: 328-29, 352 e segs.

<sup>95</sup> A tal respeito, GIORDANO, *Contratti per adesione*, 85 e segs., 112 e segs.

pré-contratual (Cód. Civil, 1.337, 1.175).<sup>96</sup> Nesse caso, o conhecimento por parte do destinatário adquire relevância jurídica. Se, porém, nos perguntarem quais as consequências jurídicas resultantes do incumprimento daquele ônus, não é de crer que ele implique, como consequência, que a intenção divergente, uma vez reconhecida pelo destinatário, passe a fazer parte do conteúdo da proposta.<sup>97</sup> Antes disso dará lugar a que o proponente possa fazer anular o contrato, ainda que o seu erro, como imputável, não seja de molde a provocar a invalidade: porque o conhecimento concorrente, por parte do destinatário, interrompe onexo causal entre a imputabilidade do erro (suposto, sempre, um erro essencial) e a celebração do contrato (argumento dos arts. 1.428, 1.431; cfr. por analogia o art. 1.338).

Aproveitando as negociações preparatórias, e com base em todo o material interpretativo obtido, será também admissível corrigir-se uma *falso demonstratio* ou contradição (1.342) que se haja introduzido na redação do contrato. Uma interpretação corretiva do conteúdo do contrato nos termos do artigo 1.362, não parece, por outro lado, dever admitir-se noutras hipóteses além destas.<sup>98</sup> Em particular, não parece justificar esta interpretação uma "comum intenção" acidental que, tendo em conta o material interpretativo, não se possa reconhecer como de qualquer modo expressa nas declarações contratuais (por ex., uma intenção dependente de um erro de direi-

<sup>96</sup> LEONHARD, *lug. cit.*, 127 e segs. (*Aufklärungspflicht*); HILDERBRANDT, *Erklärungshaftung*, 125 e segs.; MANIGK, *Rechtswirks. Verhalten*, 237 e segs., 254 e segs., 159; cfr. STOLL, *Leistungsstörungen*, 27 e segs. (*Schutzpflicht*); VERGA, *Errorre e responsabilità nei contratti*, 4 e segs.

<sup>97</sup> Assim pensam os sequazes do dogma da vontade: LEONHARD, *lug. cit.*, 131.

<sup>98</sup> É de outra opinião CARNELUTTI, *processo di esecuzione*, III, 302 e segs.; Id., *Sistema*, II, 257 e segs.; Id., *Teoria del diritto*, 382, 384; 2ª ed., 273-74.

to, comum a ambas as partes).<sup>99</sup> Prevalece, então, o significado objetivo dessas declarações. Não poderia chegar-se a uma correção delas por meio dos artigos 1.366 e 1.374-1.375, através da boa-fé ou da equidade, quando estas, na verdade, o exijam; ou por intermédio de uma interpretação autêntica sucessiva, ainda que realizada por meio de uma conduta concludente concorde, a qual, por outro lado, é da exclusiva competência das partes (§ 31, e). Pode resultar instrutivo, a tal respeito, um confronto com a simulação: nesta, há uma espécie de interpretação autêntica feita pelas partes, um entendimento unívoco, que, pelo contrário, falta na hipótese da convergência puramente accidental das intenções (cfr. § 50).

Enunciam critérios complementares do fundamental, estabelecido pelo artigo 1.362, sempre na orientação de uma interpretação psicológica tendo por base o princípio hermenêutico geral da totalidade e da intrínseca coerência, os artigos 1.363 e 1.364, que prevêem, respectivamente, uma interpretação interdependente ou corretiva, em sentido restritivo, das várias declarações contratuais.<sup>100</sup> Critérios, estes, que não são especificamente próprios dos contratos, mas comuns a todos os negócios jurídicos, incluindo os *mortis causa* (§ 46). Uma ulterior ilação se extrai, depois, do princípio da tota-

<sup>99</sup> Levanta a questão Fr. LEONHARD, em *Archiv*, 120, 104 e segs., 111, e resolve-a em sentido negativo, ressaltando apenas a impugnação por erro para a parte prejudicada pelo significado objetivo das palavras usadas. Resolvem-na, pelo contrário, sem dificuldade, em sentido afirmativo, R. LEONHARD, *Irrtum*, I, 120, 171, 187 e segs.; 193; II, 34; o qual, porém, se referia a disposições de última vontade); MANIGK, *Willenserkl. U. Willensgesch.*, 513 e segs.

<sup>100</sup> Sobre a interpretação das cláusulas de estilo, como seria aquela segundo a qual é alienado "com todas as servidões ativas e passivas", veja-se a jurisprudência citada em STOLFI, *Teoria del negozio giur.*, 226, nota 1, com exata valoração crítica; e ainda, Cass., 27 de Janeiro de 1949, n. 111, em *Giur. compl. cass.* Ver, também, a decisão publicada em *Rep. Foro.*, 1948, col. 947, nºs 311-313, segundo a qual cláusula resolutiva expressa, inserida num contrato e que se refira a qualquer falta de cumprimento contratual, é considerada como cláusula de estilo, porque "nada acrescenta à norma geral do artigo 1.453 do Código Civil, completada pelo artigo 1.455".

lidade e coerência,<sup>101</sup> levando a uma interpretação corretiva, em sentido ab-rogante, da norma do artigo 1.342, a qual prevê a hipótese de nos contratos celebrados mediante a assinatura de modelos ou formulários, as cláusulas acrescentadas serem incompatíveis com as do modelo ou formulário, e havendo conflito entre as duas, estabelece a prevalência das cláusulas acrescentadas, como sendo aquelas sobre que parece ter-se fixado a atenção concordante dos contratantes.

A orientação psicológica da interpretação dos contratos encontra as suas primeiras limitações – de acordo com o que dissemos (§ 42) – nos casos em que não consiga reconstruir o preceito contratual tão completamente que possa deduzir dele um regulamento total dos interesses sobre que as partes se tenham proposto chegar a acordo. A falta de um regulamento preciso denuncia uma discrepância entre a fórmula do contrato e a idéia que com ela se procurava exprimir: discrepância, devido à qual essa fórmula se mostra *inadequada a idéia*, independentemente da circunstância dos próprios contratantes terem compreendido essa idéia, quer dizer, terem podido dar-se conta, em todos os detalhes, com plena e clara consciência, do problema prático que lhes era proposto. Normalmente, até, eles não terão notado a inadequação da fórmula adotada, ou, mesmo apercebendo-se disso, aderiram a ela por inércia, ou por amor do compromisso ou com a tácita reserva de a precisar.<sup>102</sup> Aqui, porém, urge pôr em relevo que a fórmula deve ter-se como inadequada, não só quando seja obscura, ou objetivamente *ambígua*,<sup>103</sup> mas também quando seja deficiente, isto é, quando apresente *lacunas* no regulamento

<sup>101</sup> Não parece exata a posição divergente tomada por OPPO, *Profili*, 109.

<sup>102</sup> Cfr. SEGRÉ, *Sulla responsabilità contrattuale e sui punti riservati*, 1926, em *Scritt. Giur.*, 457 e segs.; CANDIAN, *Documento e negozio giur.*, 21 e segs.; *Nozioni istituzionali*, n. 125.

<sup>103</sup> É exclusivamente à hipótese de ambiguidade objetiva que se refere GRASSETTI, *Interpr. neg. giur.*, 19-20, 50 e segs., e com ele OPPO, *Profili d. int. ogg.*, 7, 26-27, 73 (declaração "plurívoca", que não é termo italiano): não é o que se dá em GENOVESE, *Forme volontarie n. teor. d. contr.*, 77, 81 e segs., 86, 87, 91.

contratual. A esta hipótese se referem, precipuamente, os critérios hermenêuticos enunciados nos artigos 1.365 e 1.366 e, eventualmente, o apontado pelo artigo 1.369, na medida em que, sem pôr de parte o esclarecimento que o preceito contratual faz da comum intenção prática das partes, impõem uma interpretação extensiva “segundo a razão” (1.365), ou um esclarecimento ulterior “segundo a boa-fé” (1.366), ou “no sentido mais conveniente à natureza e ao objeto do contrato” (1.369).<sup>104</sup> Na verdade, os critérios assim enunciados excedem, também, pelo seu caráter objetivo, a mera orientação psicológica, mas encontram no resultado assim obtido o necessário ponto de sutura e de apoio: e, sem o renegar, induzem o intérprete a discutir, de novo, o problema prático resolvido pelas partes com o preceito contratual, esclarecendo-lhe a solução, com caráter objetivo, na orientação da interpretação técnica. A adoção de um critério objetivo, que marca, precisamente, a passagem da consideração psicológica à técnica, foi tornada necessária pelo imanente conflito de interesses (atual ou virtual) que nos contratos, e de um modo geral, nos negócios *inter vivos* do comércio, induz as partes, naturalmente, a sustentar interpretações disformes e opostas. Dado que aqui é de prever que as partes, quando fossem interrogadas acerca dos pontos não regulados, dariam respostas discrepantes, não teria sentido andar à procura de uma sua “presumível” intenção comum a respeito de tais pontos: e nesse caso, é lógico substituir este critério por outros de caráter objetivo, abandonando a miragem ilusória de reconstituir uma “vontade presumível”, ou de descobrir nesta uma hipotética justificação (ponto de vista e investigação que, pelo contrário, é perfeitamente plausível nos negócios *mortis causa*: § 46). É precisamente esta a orientação da jurisprudência,<sup>105</sup> quando consi-

<sup>104</sup> Para a origem desta norma POTHIER, *Traité des obligations*, n. 93; GRASSETTI, em *Foro. It.*, 1941, 575.

<sup>105</sup> Dessa maneira, Cass., 24 de Maio de 1947, no *Rep. Foro*, 1947, vocábulos *obrigações e contratos*, n.ºs 152-153: onde se acrescenta que a regra hermenêutica em discussão não desaparece quando se trate de relações disciplinadas por meio de

dera consentida pelo artigo 1.365, a interpretação extensiva das convenções de um contrato e, sem se preocupar em justificá-la com uma hipotética correspondência a uma “presumível vontade”, reporta-se à regra hermenêutica, segundo a qual “só se pode recorrer ao critério da analogia quando falte a norma específica aplicável no caso de haver elementos de semelhança, mas não de identidade com outros casos regulados pela lei ou pelo contrato”: o que importa, é a semelhança objetiva entre o caso regulado e o não regulado, quanto ao elemento que justifica aquele dado tratamento contratual.

As normas hermenêuticas dos artigos 1.367-1.371, representam um passo em frente no sentido da interpretação técnica, na medida em que, na hipótese de um regulamento contratual não delineado com a devida precisão e perfeição, passa a prever, além daquela, a hipótese, mais grave, de uma formulação obscura ou ambígua, capaz de comprometer a univocidade do preceito contratual e de lhe pôr em perigo a eficiência. Nesta hipótese, a aproximação da comum intenção prática das partes, deve, necessariamente, diminuir ainda, e o intérprete deve esforçar-se, mais resolutamente, por enquadrar, o negócio na totalidade do ambiente social e por apreciá-lo de acordo com os pontos de vista nele correntes acerca das típicas manifes-

---

convenções que se completam umas às outras, quando falte uma norma de lei que substitua a pactícia e, eventualmente, prevaleça sobre ela. Ver também Cass., 27 de Janeiro de 1948 (*Rep. Foro*, 1948, col. 938, n. 185): “Os princípios contidos nas normas interpretativas integradoras dos contratos, referem-se à conservação do negócio jurídico; o juiz pode fazer uso delas quando não consiga averiguar a vontade contratual em concreto”. Mostra-se, pelo contrário, dominada pela influência do dogma da vontade, a máxima enunciada pela Apelação de Milão, de 12 de Julho de 1948 (*Rep. Foro*, 1948, col. 939, n.º 139): “O conteúdo da vontade contratual é relevado não só por tudo aquilo que o contrato prevê expressamente, mas também pelas disposições das normas jurídicas integrativas vigentes no momento da estipulação, e às quais os contraentes tenham pretendido referir-se tacitamente”. Cfr. também MOSSA, *Le lacune del contratto*, em *Festgabe f. Zitelmann (Archiv f. Rechts u. Wirt. Phil.)*, 1923, 544-51. VERDROSS, *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926, 198, procura lembrar que aqui não se trata de uma reconstituição psicológica da presumível vontade, mas sim de um critério deontológico objetivo.

tações da autonomia privada. O aprofundamento ulterior da interpretação técnica, corresponde à exigência da conservação dos valores no mundo do direito: exigência que em sede hermenêutica, se faz valer por uma adaptação integrativa da fórmula (e portanto da previsão) do negócio, e que, em sede de tratamento jurídico, pode manifestar-se por uma valoração modificadora, como acontece na conversão (*supra*, § 44; mais adiante, § 61). Deve, portanto, ter-se em conta que esta ulterior fase da interpretação técnica é dominada pela norma hermenêutica do artigo 1.367: a qual, generalizando e completando, segundo um desejo da doutrina,<sup>106</sup> a fórmula do artigo 1.137 do velho código, que remonta o Pothier,<sup>107</sup> aponta ao juiz a orientação a seguir para interpretar, não só certas cláusulas ambíguas, mas também o complexo do contrato que dê lugar a dúvidas, “no sentido em que possam ter qualquer efeito, em vez daquele em que não teriam nenhum”. Embora, recentemente, se tenha procurado reduzir ao mínimo o alcance desta norma, limitando-a à pura exclusão do “significado inútil”, e referindo à “vontade das partes” a “manutenção de um efeito qualquer” – com uma presunção tendente a incluí-la entre as normas que regulam a interpretação psicológica<sup>108</sup> –, saiu-se, certamente, do bom caminho, por amor pela tese.<sup>109</sup> Não está certo que o critério da “conservação do contrato”, nos seja apresentado apenas sob uma forma preliminar, quase como se, esgo-

<sup>106</sup> MESSINA, *Negozi fiduciari*, 1910, 123; GRASSETTI, *Interpretaz. d. negozio giur.*, 164 e segs.

<sup>107</sup> *Traité des obligations*, I, n. 92: “quando uma cláusula é susceptível de dois entendimentos, deve ter-se em conta, de preferência, aquele em que ela possa ter algum efeito, em vez daquele em que ela não possa ter nenhum”. Cfr. D. 45, I, 80.

<sup>108</sup> Tese a que OPPO, *Profili d. interpretaz. oggettiva d. neg. Giur.*, 1943, 25-27, 38-39, 59 (cfr. 41, 103-105), dedica uma demonstração cuidadosa, mas não convincente. Persuasivos me parecem MESSINEO, *Dottr. Gen. contr.*, 3ª ed., 360 e segs., e GHITRON *Comment. Cod. Civ.*, I, 500.

<sup>109</sup> Boas observações críticas em GENOVESE, *Forme volontarie n. teor. d. contr.*, 82-86, que também faz notar ser a tese concludente contra a *stipulatio inutilis*, não contra a que é ilícita.

tada a modesta função preservativa, ele deva ser posto de lado e ignorado:<sup>110</sup> embora indubitavelmente preliminar,<sup>111</sup> ele continua a ter, subsidiariamente, uma útil função hermenêutica, mesmo na aplicação dos outros critérios, no sentido de uma preferência pelo efeito maior entre os efeitos possíveis, quando ainda subsistam dúvidas. É, portanto, de excluir a idéia de que esse critério determine a preferência por uma parte em prejuízo da outra, quando se tenha em conta o complexo do contrato, a cuja eficiência o interesse das partes – desde que seja plausível e digno de tutela – é, logicamente, comum; isso só é possível, quando vise apenas certas cláusulas contratuais: mas aqui torna a fazer-se valer o critério da sua interdependência (1.363), para tutela da totalidade da economia do contrato. Nos seus resultados práticos, o critério da conservação – inconcebível num sistema de rígido formalismo – leva, efetivamente, a atenuar a rigorosa aplicação das normas que impõem o ônus da idoneidade dos meios, a quem se serve dos instrumentos postos à disposição da autonomia privada;<sup>112</sup> mas não parece que este resultado seja deprecável para sistemas que se afastam do formalismo, como, no geral, acontece com os mais modernos.

Segue-se, numa ordem lógica, a norma do artigo 1.368, que remete para os usos com função interpretativa: remessa da qual já tivemos ocasião de falar (§ 43).

Finalmente, o artigo 1.370 faz uma aplicação particular do princípio que impõe o ônus de falar claro a quem toma a iniciativa de uma declaração contratual, que, na medida em que se destine a criar vínculos, tenha interesse para a contraparte. Na formulação geral do

<sup>110</sup> É o que diz OPPO, *Profili*, cit., 27, 38-39.

<sup>111</sup> GRASSETTI, *Interpretaz. neg. Giur.*, 161 e segs., 231; STOLFI, *Teoria neg. Giur.* XVII, 175; CARIOTA-FERRARA, *Neg. Giur.*, 715, que subordina a aplicação do artigo 1.367 à falta de uma prática vigente no ambiente do contrato (cfr. *Riv. trimentr.*, 1950, 381 e segs.).

<sup>112</sup> GENOVESE, *Forme volontarie*, 86.

artigo 1.137 do Código de 1865, as duas partes eram, respectivamente, designadas, a primeira como a que “estipulou” e a segunda como a que “assumiu a obrigação”. Este modo de considerar a posição respectiva das partes contratantes corresponde à concepção romana, segundo a qual a iniciativa da declaração contratual incumbe àquela parte a favor da qual cria uma obrigação da contraparte, ao passo que a esta cabe concordar: deste modo, a iniciativa incumbia, na *stipulatio*, ao *stipulator*, na venda e na locação de imóveis, ao vendedor e ao alugador, que, parece, costumavam estabelecer as respectivas *leges contractus*. A cargo destes afirmava a jurisprudência romana um critério de auto-responsabilidade, que justificava com a possibilidade, e portanto com o ônus, de falar de modo aberto e inequívoco.<sup>113</sup> No seguimento da tradição romana, que se manteve viva no direito comum,<sup>114</sup> o artigo 1.137 estatua, semelhantemente, uma auto-responsabilidade a cargo da parte que, contrariamente ao ônus de falar claro, tivesse formulado em termos obscuros ou ambíguos os pactos contratuais em que era interessada, por serem destinados a criar obrigações ou limites à contraparte, e desse modo impunha que se interpretassem tais fatos no sentido que resultasse menos oneroso para esta. A justificação prática deste critério é clara e plausível: é ônus do proponente formular claramente as cláusulas redigidas no seu *interesse*;<sup>115</sup> se não o fez, deve sofrer as conseqüências do fato. Pode trazer alguma luz para a justificação dogmática, a construção

<sup>113</sup> D. 45, I, 99 p.: *secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere*; Cels. 219, D. 34, 5, 26; *cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est*; D. 2, 14, 39: *pactionem obscuram vel ambiguam venditore et (ei) Qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere*.

<sup>114</sup> Por ex., MANTICA, *De tacitis et ambiguis conventionibus*, liv. II, cap. 4, §§ 109-111; POLIGNANI, *Di un'antica regola di dir.* (interpretação *contra stip.*), em *Filangieri*, 1881, 1-13, sobre o artigo 1.137 do Código de 1865; POTHIER, *Traité des obligations*, n. 97.

<sup>115</sup> A objeção de OPPO, *Profili*, 62, 102, ignora o momento do *interesse* e do correlativo poder de controle. Cfr. GIORDANO, *Contr. per ades.*, 108 e segs.

do contrato como uma encruzilhada de comandos dirigidos, reciprocamente, de uma parte à outra e destinados a impor obrigações à parte que lhes dá o seu assentimento.<sup>116</sup> Mas esta justificação ulterior, desnecessária para o contrato cujas condições sejam discutidas em pé de igualdade, revela-se bastante oportuna para o contrato que se celebre por meio de adesão a condições unilateralmente apresentadas (§ 7º), e para aquele que é internacionalmente aceite.

O critério da auto-responsabilidade correlativa ao ônus de falar claro, por estar coordenado com a tutela da confiança, baseada no significado corrente das declarações contratuais, tem, logicamente, um alcance geral.<sup>117</sup> E portanto, a norma do artigo 1.370 do novo código, que o enuncia explicitamente apenas para as cláusulas inscritas nas condições gerais de contrato, ou em modelos ou formulários organizados por um dos contratantes – hipótese na qual ele se apresenta mais óbvio quanto ao ponto de relevância hermenêutica (§§ 7º, 42) –, comporta uma aplicação extensiva a qualquer cláusula inserida no interesse de uma das partes. Tem, em comparação com ele, um caráter extremamente subordinado, na ordem hierárquica das normas hermenêuticas, o critério final enunciado no artigo 1.371, para o caso, certamente raro, de, não obstante a aplicação dos critérios indicados anteriormente, o sentido do contrato continuar, todavia, a

<sup>116</sup> CARNELUTTI, *Lez. Dir. proc. civ.*, I, n. 12, 25; cfr. também SALEILLES, sobre o § 112, n. 6.

<sup>117</sup> É da opinião contrária, mas sem apresentar razões suficientes, OPPO, *Profili d. int. ogg.*, 101 e segs., 142. Acentua, com razão, o aspecto constitutivo do poder de controle do risco, LÜLLER-ERZBACH, *Rechtswiss. Im. Umbau*, 59 e segs. Mostra-se ultrapassada pelo novo código a problemática proposta por BARBERO, *Contratto tipo*, nºs 101-3; 221 e segs.

É diferente o ponto de relevância hermenêutica nos títulos de crédito: para os quais vale, pelo contrário, o critério de interpretar, na dúvida, a obrigação em sentido restritivo (*favor debitoris*); mas por uma outra razão (mais adiante, § 46, cfr. MÜLLER-ERZBACH, *ob. cit.*, 115). A Cass., 20 de Março de 1947, nº 408, em *giur. it.*, 1948, I, 42 (com anotação) reconhece, em máxima, a censurabilidade pela Cassação de uma interpretação concernente às condições gerais do contrato de seguro.

ser obscuro.<sup>118</sup> Em tal caso o contrato, se for a título gratuito, deverá ser entendido “no sentido menos gravoso para o obrigado”; se for a título oneroso, “no sentido que realize um eqüitativo temperamento dos interesses das partes”. Ora, ao passo que o critério do *favor debitoris*, no ato a título gratuito, pode levar a confirmar ou integrar o critério da auto-responsabilidade, e é, em todo o caso, justificado pelo critério da *incerteza* da confiança (§ 42), e merece, neste sentido, ser plenamente aprovado, a revisão eqüitativa, no sentido indefinido de um “temperança dos interesses”, que é autorizada para os contratos a título oneroso, representa sempre – mais especialmente quando o contrato seja fonte de obrigação unilateral ou isoladamente apreciável – um critério pouco plausível na sua discricionariedade e uma forma perigosa de interpretação corretiva, da qual, sem falar do mais, beneficiará a parte que, astutamente, se abstenha de esclarecer melhor o seu pensamento, especulando sobre a equivocidade da cláusula que fez inserir. Uma discricionariedade realmente inoportuna e prematura, da qual os juízes farão bem em abster-se! Divergindo nisso da boa-fé e de outros critérios de conduta inspirados na solidariedade social, a eqüidade, em função hermenêutica, corresponde sempre a uma lacuna na disciplina legislativa do negócio e é um perigo para a certeza das relações que dele derivam. O recurso à eqüidade, neste campo, está em oposição com o princípio da confiança e tem como efeito psicológico inevitável enfraquecer, nos contratantes, o sentido da responsabilidade e o dever de falar claro.<sup>119</sup>

<sup>118</sup> Da mesma opinião, agora, <sup>3</sup> GENOVESE, *Forme volontarie nella teoria dei contratti*, 92-93, que, com toda a razão, rejeita a opinião contrária, de OPPO, *Profili*, 41, 105, recorrendo ao “contemperamento”, para não admitir “nem o maior, nem o menor significado útil”.

<sup>119</sup> O nosso relatório *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale*, em *Rendiconti Ist. Lomb.*, 1940-41, 399 e segs., 352, 379. Ver, também, a crítica de OPPO, *Profili d. interpretazione oggettiva*, 1943, 41 e segs., 74-72. Não merece adesão a tese de uma prelevância que, segundo OPPO, 104-5, seria de reconhecer ao artigo 1.371 sobre o artigo 1.368, n. 1. Cfr. também GENOVESE, *Forme volont.*, 92.

De resto, que – pondo de parte os critérios deontológicos da auto-responsabilidade (1.370) e do *favor debitoris* (1.371) – os outros critérios objetivos da interpretação técnica sejam deduzidos de uma consideração típica (§ 43) do “*id quod plerumque accidit*”, é confirmado pelo fato de, não só em presença de uma lacuna do contrato, mas também perante uma formulação obscura ou ambígua do preceito contratual, voltar a afirmar-se o critério de entender a fórmula ambígua “no sentido mais conveniente à natureza e ao objeto do contrato” (segundo a disposição textual do art. 1.369). Apenas sucede que, na fase da interpretação técnica do contrato, assim como, de uma maneira geral, do negócio *inter vivos*, é retirada ao intérprete qualquer faculdade de ver se a previsão genérica do caso normal encontra uma exata correspondência no caso específico. Uma vez que a investigação da comum intenção prática das partes não tenha conduzido a um resultado unívoco ou positivo (o que constitui o pressuposto da interpretação técnica), não é dado ao intérprete, neste campo, afastar-se daqueles critérios objetivos que, atualmente, lhe são assinalados, para voltar atrás e pôr a claro, com investigações conjecturais, o que, na previsão concreta, pode ser a efetiva intenção das partes. A uma tal flexão e inversão de marcha do processo interpretativo, opõe-se, aqui, o conflito ou a discrepância entre os interesses das partes. Este obstáculo à reconstituição de uma presumível vontade, mesmo virtual, não existe, porém, para os negócios *mortis causa* (§ 43).

Uma prova dos inconvenientes a que pode dar lugar a referência à eqüidade, feita pelo artigo 1.371, é-nos dada pela sentença da Cass., de 30 de Abril de 1949 (*Giur. compl. cass. civ.*, 1949, vol. XXVIII, págs. 221, com anotação contrária de BOLAFFI): “Podendo o Estado modificar a seu arbítrio o valor intrínseco da lira ouro, do fato deriva que, para o credor ter direito a receber a mesma quantidade de ouro contida na soma em liras ouro considerada no momento da estipulação, é necessário que da convenção resulte de um modo claro ter sido essa vontade dos contraentes; diversamente, deverá fazer-se referência à lira ouro reconhecida pela lei na época do pagamento, e em geral do vencimento da obrigação”. A Cass., que vê com desfavor as estipulações da cláusula ouro, abusou da regra da interpretação eqüitativa do contrato, atribuindo a este um conteúdo conforme com o seu ponto de vista, e diferente daquele que, na espécie, resultava ter sido o desejado pelas partes.

De harmonia com o que acabamos de expor deve, também, ser tratada, em nossa opinião a presunção estabelecida pelo artigo 1.352 a favor do caráter essencial ou, pelo menos, extraprocessual (não meramente probatório e processual) da forma. Quando esta não seja confirmada pela *fatispécie* concreta na fase da interpretação psicológica, a norma, com a cláusula contratual acerca da forma, seria de valorar, na fase da interpretação técnica, à luz dos critérios hermenêuticos enunciados nos artigos 1.367, 1.370, 1.368,<sup>120</sup> mediante uma apreciação comparativa e diferenciada, de acordo com o ponto de relevância hermenêutica (§ 42).

#### 46. Critérios interpretativos próprios dos negócios "mortis causa". Antítese com a interpretação do título legal.

A interpretação dos negócios testamentários<sup>121, 122</sup> apresenta um problema essencialmente diferente da interpretação dos negócios *inter vivos*, em especial dos contratos. Quando, nestes, a interpretação encontra pela frente duas partes em divergência de interesses entre elas e, em geral, nos negócios *inter vivos*, deve compor, de acordo com a justiça, o conflito dos interesses entre declarante e destinatário, ao passo que nos testamentos a interpretação, embora tenha o seu ponto de partida nas declarações do disponente, pode perfeitamente propor-se a tarefa de procurar conhecer o real ou provável entendimento por parte deste, sem encontrar na improprieda-

<sup>120</sup> Cfr. divergindo em parte, A. GENOVESE, *Forme contrattuali n. teoria d. contr.*, 9-12, 95-99.

<sup>121</sup> Nota do Tradutor: arts. 1.899 a 1.911 do Código Civil Brasileiro de 2002.

<sup>122</sup> Além das obras de caráter geral citadas no § 41, ver: SIBER, *Auslegung und Anfechtung der Verfügungen von Todes wegen*, em *Die Gerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, 1929, III, 350-383; STEINWENTER, *Der Wille des Erblassers* (Betrachtungn de lege lata und de lege ferenda), em *Zentralblatt f. d. Jurist. Prax.*, 1936, 1-21; DANZ, *Auslegung*, § 29; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, 1947, § 65: 230 e segs.; GRASSETTI, em *Foro it.*, 1940, I, 574. Cfr. Fr. KRUG, *Die Geltung des Willensdogmas bei einseitigen letztwilligen Verfügungen im B. G. B.*, 1908.

de das expressões usadas outro obstáculo que não seja o derivado de uma verdadeira repugnância lógica, dado que – como fizemos notar (§ 41) – não é imaginável qualquer conflito entre sujeitos da relação acessória, que são, por um lado, o defunto, e pelo outro o herdeiro instituído ou, respectivamente, o legatário. Portanto, a meta principal da interpretação é, aqui, o pensamento do disponente, ainda que não se encontre exprimido de maneira adequada na declaração, desde que coincida, univocamente, com ela,<sup>123</sup> e resulte de circunstâncias exteriormente reconhecíveis, no círculo social do disponente, mercê de ilações tiradas da experiência comum. Este critério é válido, além do mais, para a qualificação da disposição como sendo a "título universal" ou a "título particular": quando "a expressão e a denominação usada pelo testador" não é, só por si, decisiva (art. 588, 1), e a indicação de bens determinados não exclui a atribuição do título de herdeiro, "quando deva concluir-se que o testador pretendeu designar aqueles bens como quota do patrimônio" (como se faz no art. 588, nº 2, a fim de precisar a formulação empregada no art. 827 do Cód. Velho). Além disso, a interpretação é, aqui, quanto ao método, tendencialmente individual, em vez de ser típica (§ 43): isto é, deve procurar nas expressões e nos comportamentos o significado mais conforme à maneira pessoal de ver do disponente, tal como ela resulta da sua cultura, dos seus hábitos<sup>124</sup> e das circunstân-

<sup>123</sup> SIBER, *Auslegung u. Anfechtung*, cit., 355. Trata-se de uma extensão do material interpretativo, não de integração da *fatispécie* do negócio, inadmissível, a respeito de um ato formal; é doutra opinião FLUME, *irrtum u. Rechtsgesch.*, em "Festschrift f. Schulz" (1951), 219-27.

<sup>124</sup> D. 34, 2, 33; cfr. com D. 45, 1, 110, 1 (as nossas *Instituz. Dir. rom.*, I, 141, n. 4); Cass., 21 de Janeiro de 1933, em *Mon. Trib.*, 1933, 370. É notável, nesta orientação, a máxima recentemente afirmada pela Cass., 26 de Maio de 1947, no *Rep. Foro*, 1947, v. "testamento", nº 75, segundo a qual "em tema de interpretação dos testamentos, deve ter-se em vista a vontade genuína e íntima do testador, que é predominante sobre o significado literal da disposição escrita e se reporta ao conceito em que a manifestação de vontade deve considerar-se inspirada". Notável, porque a referência ao "conceito" (*mens*) envolve a referência às opiniões pessoais do disponente, e portanto, uma extensão dos meios interpretativos àqueles comportamentos, por ele tidos no seu círculo social, que possam denunciar e

cias acidentais do caso concreto, ainda que em desacordo com os pontos de vista comuns mais correntes.<sup>125</sup> Deste modo, ao mesmo tempo que, prestando homenagem a estes pontos de vista, a lei (arts. 686, 684) valoriza, mediante uma interpretação típica, a alienação e a transformação da coisa legada, como sendo revogação do testamento ológrafo, ressalva, no entanto, – adotando um critério já afirmado no direito justinianeu –, a prova de uma vontade diversa do testador *in concreto*, e dá, desse modo, prevalência à interpretação individual.

Na verdade, à superabundância de normas interpretativas em matéria de contratos, corresponde, na lei, uma completa ausência de normas explícitas dessa natureza em matéria de testamentos, especialmente pelo que respeita às declarações ambíguas ou lacunosas. Os critérios interpretativos que interessam nesta matéria podem, no entanto, deduzir-se da lógica do sistema, em referência à diferença essencial do ponto de relevância hermenêutica (§ 42), em confronto com os negócios *inter vivos*.

É, antes de mais, um critério-limite, aquele que se deduz da incompatibilidade (de que a lei se serve para disciplinar a revogação das disposições testamentárias, no art. 682), e por outro lado, o que é dado pela incerteza absoluta, que torna impossível uma determinação da pessoa ou do objeto (do qual o art. 628 nos dá uma aplicação

---

revelar, indiretamente, o seu modo de ver sobre o assunto. Veja-se, por outro lado, Cass., de 17 de Maio de 1948 (no *Rep. Foro*, 1948, col. 1359, n. 61): “Na interpretação de cláusulas testamentárias ambíguas, o juiz de mérito deve reconstituir a vontade do testador, tendo em conta não só o sentido literal das diferentes disposições, mas também o seu conjunto e a sua particular conexão, com referência à situação familiar do testador, à sua *mentalidade* e a outros elementos estranhos ao testamento, tais como provas testemunhais e documentos”. Aplica, também, à matéria dos testamentos o já criticado princípio da prevalência da interpretação literal sobre a lógica, a Cass., 29 de Julho de 1947 (no *Rep. Foro*, 1947, col. 1293, n. 78): “para interpretar a vontade do testador, o juiz deve, em primeiro lugar, reportar-se às palavras do testamento, e só quando estas sejam ambíguas e não claras, pode ir buscar fora delas elementos úteis à interpretação”.

<sup>125</sup> Cfr. GRASSETTI, *Interpretaz.*, 209; FRANCESCHELLI, na *Riv. dir. priv.*, 1934, II, 137 e segs. Também CARNELUTTI, *Sistema*, II, 256, na interpretação do testamento, defende a “prevalência da idéia sobre a fórmula”.

especial). De maneira geral, deve dizer-se que, entre os vários sentidos em que a disposição ambígua pode ser entendida, é preferido aquele que, segundo as regras da experiência e tendo em conta as *opiniões pessoais* do testador, melhor corresponde ao pensamento de uma pessoa sensata, que tivesse disposto em circunstâncias idênticas às do caso em questão. Se dela não resultar um significado plausível, a disposição não tem efeito (parág. do art. 628). No caso, portanto, de divergência entre o significado objetivo da declaração e o pensamento do disponente, reconstituído segundo os seus pontos de vista pessoais – ou o sentido em que a disposição foi por ele entendida é compatível com o teor literal da declaração, o que quer dizer ser nesta interpretável naquele sentido: e nesse caso e nesse sentido que ela é interpretada (o que exclui a norma do art. 1.369); ou, pelo contrário, o sentido atribuído à declaração do disponente é incompatível com o teor literal da mesma: e então o negócio não pode ter efeito, porque a declaração não corresponde o pensamento, e este não passou do estado de interpretação inexprimida. Nos limites em que seja de descortinar essa incompatibilidade, ainda é válido o princípio romano: “*Qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia is non loquitur*”. É também este critério de tratamento do erro sobre a declaração nos testamentos. Outros critérios hermenêuticos, que resultam do princípio da totalidade e que, portanto, pela sua natureza, não são especificamente próprios dos contratos – como o da interpretação interdependente (art. 1.363) ou restritiva (art. 1.364) – têm também aplicação aos testamentos.

Qualquer outra explicação deve ser dada, tendo em vista uma eventual aplicação análoga, para os critérios hermenêuticos que governam a interpretação técnica dos contratos.<sup>126</sup> Um regulamento

---

<sup>126</sup> A jurisprudência mostra-se pouco cautelosa ao admitir que todas as normas estabelecidas para a interpretação dos contratos (o que é, de certo modo, excessivo e inexato) devem também valer para a interpretação dos testamentos; desta opinião, Cass., 6 de Julho de 1938, em *Rep. Foro it.*, 1940, 573, que considerou,

lacunoso ou objetivamente ambíguo, coloca o intérprete em presença de um inevitável, ou normal, conflito de interesses entre contraentes, que impede de integrar o preceito contratual interrogando às próprias partes, as quais seriam levadas, pelo interesse de cada uma delas, a dar, sobre pontos não definidos, obscuros ou ambíguos, respostas antitéticas. A interpretação deve, aqui, quer tenha função integrativa ou até clarificadora, seguir, necessariamente, a orientação de uma interpretação técnica, que não pode deixar de sobrepor ou substituir por critérios de caráter objetivo, a diferente expressão da comum intenção prática das partes, critérios esses que poderão afastar-se daquela intenção, em medida maior ou menor. Inteiramente diferente desta é a situação a que dá lugar um regulamento lacunoso, ou objetivamente ambíguo, contido um negócio *mortis causa*: neste, o ponto relevante para o tratamento hermenêutico, tem uma sede essencialmente diversa. O que exige um tratamento diferente, não é apenas a unilateralidade do negócio, ou a gratuidade da causa, consideradas em si mesmas,<sup>127</sup> mas o cará-

erroneamente em ser aplicável à interpretação dos testamentos a norma enunciada no artigo 1.133 (= 1.369), do Código Civil de 1865 (veja-se, em sentido contrário, justamente, a cutilante anotação de GRASSETTI, sobre a *natureza dos fatos e a interpretação dos testamentos*, *ivi*, com a tese de que em matéria testamentária a exclusão da referência ao artigo 1.133 do Código Civil deve ser sempre mantida, “mesmo quando exista aquela plurivocidade das expressões usadas, que inversamente lhe legitimariam a aplicação contratual”). Algumas vezes, como observa GRASSETTI (*lug. cit.*) tem-se levantado a dúvida sobre se as normas estabelecidas para a interpretação dos contratos, não devem receber oportunas adaptações para a particularidade do negócio jurídico testamentário: é o caso da Cass., 4 de Agosto de 1936, no *Rep. Foro*, 1936, palavra *testamento*, nº 109. Ver, ainda, no mesmo sentido, Cass., 29 de Julho de 1947 (no *Rep. Foro*, 1948, col. 1359, nº 65): “Não viola o artigo 1.367 do Código Civil o juiz que negue a validade da disposição por não poder atribuir qualquer significado à expressão empregada pelo testador (na espécie a cláusula respeitante aos “cortes”)”. Uma aplicação injustificada aos negócios *mortis causa* da regra final do artigo 1.371, faz, pelo contrário, a sent. da Cass., 29 de Novembro de 1948 (*Rep. Foro*, 1948, col. 1360, n. 73) com referência ao “contrato a título gratuito”. O erro desta decisão (nota 7) resultará do que estamos a dizer no texto. Exata, pelo contrário, salvo na não pertinente referência ao artigo 1.362, é a máxima da Cass., 26 de Novembro de 1949, em *Foro Padano*, 1950, 231.

<sup>127</sup> Estamos de acordo, sobre este único ponto, com OPPO, *Profili d. interpr. oggettiva*, 122.

ter *mortis causa* da disposição, a qual se destina, não a resolver um conflito ou uma divergência de interesses, mas a criar uma relação sucessória entre o defunto e o sucessor (herdeiro instituído ou legatário). Ora, entre as partes desta relação, não é sequer possível imaginar um conflito de interesses. Aqueles que possam ter um interesse em conflito com o beneficiário da disposição (o herdeiro legítimo sem necessidade de testamento ou, respectivamente, o herdeiro com o encargo do legado), não são partes da relação sucessória, mas terceiros a ela estranho, cujo interesse só é protegido por via ocasional (§ 42). Também o conflito de interesses que pode ocorrer entre vários chamados, no caso de concurso no chamamento à herança ou ao legado, é um conflito de fato, que não pode alterar os termos em que se apresenta o problema do tratamento interpretativo. Nesta situação, mesmo perante uma disposição lacunosa ou redigida em termos ambíguos, o intérprete pode, perfeitamente, persistir e prosseguir na orientação psicológica da investigação e propor-se o problema de reconstituir, nessa orientação, a presumível vontade do disponente, ou a sua presumível maneira de ver: quer dizer, aquela vontade virtual que – argumentando com toda a complexa linha de conduta – é de supor que se teria formado no disponente, se ele tivesse pensado na hipótese não prevista; ou aquela maneira de ver que – tirando ilação dos seus pontos de vistas pessoais – parece ser verossímil no disponente, se lhe tivesse sido pedido para esclarecer a sua declaração ambígua.<sup>128</sup>

<sup>128</sup> Só a título excepcional, precisamente neste campo, pode a interpretação com função integrativa tomar uma orientação psicológica, que, de um modo geral, é excluída da interpretação jurídica: *Categorie civilistiche*, 26 (*Riv. it. sc. giur.*, 1948, 60). Foi neste sentido que corretamente julgou a Cass. II, 28 de Julho de 1950, n. 2146, em *Foro it.*, 1951, I, 1921, dizendo que na interpretação do testamento não se deve estabelecer o sentido em que a declaração seja entendida pelo destinatário (segundo o princípio da confiança), mas o sentido em que ela foi entendida pelo testador.

Também, certamente, esta interpretação psicológica (que, normalmente, será individual, mas que também pode ser típica: § 43), em função integrativa e esclarecedora, encontra limites nos próprios meios interpretativos de que dispõe. Mas nem mesmo então será lícito ao intérprete recorrer aos critérios objetivos da interpretação técnica dos contratos.<sup>129</sup> A única exigência a satisfazer, por ser geral e comum a todas as categorias de negócios, é a da conservação do negócio (art. 1.367), que se faz valer numa adaptação integrativa da fórmula lacunosa ou ambígua e, neste campo, tem uma específica razão de ser no que ainda hoje sobrevive do “*favor testamenti*” (D. 50, 17, 12: *plenius voluntates testantium interpretamur*: cfr. pelo contrário D. 50, 17, 34).<sup>130</sup> A lei obedece a uma necessidade de conservação do negócio *mortis causa* por meio de uma interpretação corretiva, que não seria consentida ao intérprete normal, quando – nos limites compatíveis com uma diferente direção do querer do disponente (Cód. Civil, art. 626) – estabelece serem de considerar como “não apostas”, as condições impossíveis ou ilícitas; e desse modo, exerce aqui fiscalizações sobre a autonomia privada (§§ 20, 41), em sentido oposto àquele em que a exerce para os contratos (1.354). Ora nesta orientação da conservação do negócio, a jurisprudência tem julgado<sup>131</sup> que o fato de deixar o usufruto a uma pessoa,

<sup>129</sup> De opinião contrária, partindo de premissas inexatas, OPPO, *Profili d. interpr. ogg.*, 127-28, ao qual adere GRECO, na *Riv. dir. comm.*, 1947, 279. Nesta inexata orientação, Cass., 29 de Novembro de 1948, n. 1842; no *Mon. Trib.*, 1949, 15, n. 34, com a máxima: “Qualquer eventual resíduo dúbio em ordem ao alcance da disposição controversa, é resolvido a favor do herdeiro, bem como do legatário, em homenagem ao princípio estabelecido no artigo 1.371 do Código Civil”. V. atrás, nota 4.

<sup>130</sup> Bem, BARASSI, *La successione testamentaria*, 1936, 495; GRASSETTI, em *Foro it.*, 1940, 575 e segs. Vice-versa, CICU, *Le successioni*, 1947, 371 e segs., pensa poder argumentar com a “falta de confiança”, para uma pretensa inaplicabilidade do princípio de conservação (art. 1.367) ao negócio testamentário: uma tese que dificilmente encontrará quem a siga.

<sup>131</sup> Cass., 8 de Março de 1932, no *Monit. Trib.*, 1932, 897; cfr. GRASSETTI, *lug. cit.*, 576 e segs. A favor de uma *plenior interpretatio* de um legado de alimentos, pronunciou-se, recentemente, a Ap. de Turim, em 20 de Julho de 1949, no *Foro*

combinado com o de deixar a propriedade a outra, ressalvada a consolidação à morte do usufrutuário, deve entender-se, na dúvida, como não implicando substituição fideicomissária. São facilmente configuráveis outras hipóteses de tratamento conservatório. Assim, no caso de a um herdeiro legitimário ser deixado um legado em satisfação da legítima, em que seja duvidoso se o legado foi feito “em substituição” da legítima e para cobertura dos direitos sucessórios do herdeiro legitimário (551), ou somente à conta da legítima, ressaltado o suplemento para o caso de insuficiência (552), será de adotar esta segunda interpretação, para não expor à ação de redução as disposições concorrentes (554), às quais parece dirigida a preferência do testador, na distribuição do patrimônio hereditário. Identicamente, no caso do testador, ao deixar o usufruto dos bens a parentes (não legitimários), ter, por erro, considerado existir o pressuposto do direito de crescer (675), e, em conseqüência, ter diferido, até à morte do último deles, a fundação de um organismo de beneficência, ao qual destinava a propriedade, será admissível uma *plenior interpretatio* desta última disposição (para a qual parece dirigida a preferência do disponente), no sentido de proceder à fecundação do organismo logo a seguir à morte do primeiro usufrutuário. Neste e noutros casos semelhantes, o conflito de interesses entre os vários sucessores – conflito estranho à relação sucessória – deve ser resolvido segundo o critério de preferência que resulta de toda a economia do negócio testamentário, considerado na sua intrínseca coerência e totalidade. Ao lado deste critério e da exigência de conservação que impõe a sua proteção, não há lugar para considerações estranhas e não pertinentes, como a do “*favor debitoris*”.<sup>132</sup>

*Padano*, 1950, I, 288. Pelo contrário, dá lugar a dúvidas a decisão, proferida num caso em que se apresentava como óbvia a idéia de uma conversão, pelo Trb. de Florença, em 20 de Janeiro de 1950, no *Foro civile*, 1951, 50 (com anotação de CARRESI).

<sup>132</sup> São de opinião contrária, OPPO, *Profili d. interpret. Oggettiva*, 127-28, e a penúltima sentença referida na nota 4, anterior, *in fine*.

A antítese conceptual dos critérios interpretativos que se reportam à personalidade do autor da declaração, como aqueles que acabamos de delinear, é constituída, no campo da hermenêutica, pelos critérios de interpretação do “título legal”. Aqui, a necessidade da pronta *recognoscibilidade* por parte do terceiro, que não está em posição de conhecer as circunstâncias da formação do documento, impõe que se ponha de parte a personalidade do autor e se limite a um mínimo de elementos o ponto relevante para o tratamento hermenêutico. Todavia, o objeto da interpretação é sempre a declaração documentada, não o documento que a representa.<sup>133</sup> Mas, para possibilitar a pronta inteligibilidade, o título é caracterizado por ser imediata a função representativa que é confiada à declaração, relativamente à relação jurídica a provar e a fazer valer (supra, § 34 *bis*, n. 13).<sup>134</sup>

E aqui, em face de uma declaração ambígua ou, de um modo geral, obscura, do título de crédito, quando a dúvida não possa resolver-se de outra maneira, é válido o critério segundo o qual a declaração obrigatória deve ser interpretada, na dúvida, em sentido restritivo (*favor debitoris*): critério que tem o seu fundamento, não na cômoda, mas arbitrária, presunção de que se socorrem os sequazes do dogma da vontade (consistente em excluir que “o devedor tenha querido obrigar-se ao mais”, ou que “a lei tenha querido atribuir-lhe o maior ônus”,<sup>135</sup> mas na valoração objetiva de que a confiança baseada numa interpretação dúbia e discutível, não tem aquele caráter de certeza que o direito exige para a sua tutela (§ 42 *in fine*).

<sup>133</sup> Assim, pelo contrário, entendem LEONHARD, no *Archiv. f. d. Prax.*, 120, 21, e OPPO, *profili d. interpret. Ogg.*, 137-38. Sobre o problema da interpretação do título de crédito, OPPO, *Profili*, 133-148, e os escritos aí citados.

<sup>134</sup> RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1946, 145 e segs., 333 e segs.; MÜLLER-ERZBACH, *D. priv. R. d. Mitgliedschaft*, 110 e segs.; *Rechtswiss. im Umbau*, 31 e segs., 115; BIGIAMI, *I vizi della volontà nella dichiarazione cambiaria*, 1943, 129 e segs.

<sup>135</sup> Da mesma maneira, OPPO, *Profili d. int. ogg.*, 143.

Faz uma particular aplicação deste critério o artigo 6º, parágrafo, da lei cambiária de 14 de Dezembro de 1933, nº 1.669.

É claro que, se a redação do título não é obscura nem ambígua, não pode atribuir-se às declarações por ele documentadas outro significado que não seja o que resulta do seu teor literal, nem um valor vinculativo diverso daquele que lhe é atribuído, em atenção às exigências do comércio, pela disciplina legal.<sup>136</sup> Qualquer ponto de vis-

<sup>136</sup> Cass., 15 de Janeiro de 1940 (*Riv. dir. comm.*, 1940, II, 237): “A vontade daquele que após a assinatura numa letra de câmbio, é interpretada pelo exame de todos os elementos de fato, objetivamente resultantes do título, referidos uns aos outros”. Cass., 27 de Março de 1939 (*Riv. dir. comm.*, 1939, II, 294): “Os elementos essenciais à validade do protesto, não podem deduzir-se de emergências a ele estranhas, nem as deficiências substanciais que nele existam podem ser integradas por uma declaração posteriormente feita pelo funcionário que o lavrou. As fórmulas usadas na redação da letra de câmbio, por força do próprio princípio da autonomia das obrigações cambiárias só tem a eficiência que a lei lhes reconhece. A investigação destinada a fazer atribuir-lhes significado e valor diferentes, com a pretensão de remontar à intenção das partes, é sempre inadmissível, por estar em oposição com o elemento “escrito” exigido *ad substantiam*”. Apelação de Milão, 15 de Maio de 1948 (*Rep. Foro*, 1948, col. 445, nº 14): “A índole literal da letra, não permite ir procurar a uma fonte diferente a demonstração de que haja sido diversa a vontade dos negociadores do endosso”. Cass., 12 de Julho de 1947 (*Foro ital.*, 1947, I, 18, e *Rep. Foro*, 1948, c. 445, nº 19-20): “A autorização preventiva, dada pelo aceitante ao sacador, não cria qualquer relação cambiária com o terceiro portador do título, ainda que a autorização lhe tenha sido eventualmente comunicada. Por efeito da autorização comunicada ao terceiro, nem sequer nasce uma relação não cambiária de direito comum entre o aceitante e o portador legítimo”. Apelação de Bolonha, 12 de Junho de 1948 (*Rep. Foro*, 1948, col. 118, nº 21): “É inadmissível um costume segundo o qual o endosso completo tenha, em certas circunstâncias, a função de endosso para cobrança, embora sem essa cláusula, e se pretenda tirar de aí a presunção da simples eficácia procuratória do endosso em branco, e é inadmissível, porque em matéria de títulos de crédito, a propriedade, em relação a eles, é a que resulta das fórmulas e das formas próprias do título”. Cass., 24 de Junho de 1942 (*Rep. Foro*, 1942, col. 435, nºs 12-13): “A denominação de “letra”, quer para o código Comercial, quer para a Lei de 14 de Dezembro de 1933, é um elemento essencial do título cambiário. Como elemento formal, não pode ser substituído por outro equipolente: não o substitui o fato da obrigação ter sido escrita num impresso selado para letras, nem que as partes a tenham, como tal, considerado, no seu comportamento”. Conf. Cass., 4 de Julho de 1941 (*Rep. Foro*, 1941, col. 448, nº 28). Apelação de Milão, 1 de Abril de 1941 (*Rep. Foro*, 1941, col. 448, nº 26): “Não pode ser considerado como letra, o papel que não contenha o nome do sacador, porque a sua indicação é um requisito essencial da nossa lei, que não reconhece as letras do portador”.

ta ou intenção divergente das partes, só pode ter relevância nas relações internas entre os contraentes imediatos: relação que, para os terceiros, não é reconhecível, nem lhes é oponível (argumento tirado do art. 1.415).