



Sobre equidade, causa e promessa simples

João de Oliveira Geraldes¹

§1. Razão de ordem

1. Sopesar o legado jurídico romano e sua subsequente modelação levada a cabo pela escola dos glosadores, dos pós-glosadores e dos comentadores do período do direito intermédio, aproposita algumas circunstanciadas considerações sobre a influência do direito canónico no desenvolvimento da teoria da obrigação da promessa². A indicada pertinência resulta da

* São devidos agradecimentos a José António Veloso, Bruno Rodríguez Rosado e Luís Faustino.

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

² São referência: L. SEUFFERT, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge*, Nördlingen, C. H. Beck, 1881; C. KARSTEN, *Die Lehre vom Verträge bei den italienischen Juristen des Mittelalters*, Rostock 1882 (Amsterdam, Liberac, 1967); F. SPIES, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, Recueil Sirey, Paris 1928; J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'église*, Domat-Montchrestien, Paris, 1933; M. ROBERTI, *L'influenza cristiana nello svolgimento storico dei patti nudi*, Cristianesimo e diritto romano, Vita e Pensiero, Milano, 1935; P. FEDELE, *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, Annali della R. Università di Macerata, vol. XV, 1937, pp. 115 e ss.; A. SÖLLNER, *Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte — Romanistische Abteilung, 77/1, pp. 182 e ss.; P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico*



necessidade de apreender concretamente, ainda que de forma muito limitada, alguns aspectos particulares da influência do direito canônico na formação do direito privado europeu³. Precisamente neste plano, PAIS DE VASCONCELOS indicou, em *A Natureza das Coisas*, que "o Direito Civil assenta em princípios ético-jurídicos que constituem o fundamento das regras que o integram e que dão critério à sua concretização", acrescentando significativamente que "o conteúdo ético desses princípios é tributário da moral estóico-cristã"⁴.

2. No prosseguimento, cumpridas estas linhas de apresentação do propósito deste estudo, sublinhe-se que não surpreende como, por exemplo, SÖLLNER⁵ e ALBERS⁶ evidenciam a histórica denotação do direito canônico, não obstante a sua inserção num plano de

classico, Giuffrè, Milano, 1964; D. POLDNIKOV, *La nozione e l'importanza di pactum nella dottrina dei glossatori*, *Ius Antiquum*, XIV, 2004, pp. 183 e ss.; O. BUCCI, *L'eredità giudaico-cristiana nella formazione della dottrina contrattualistica europea*, Giuffrè, Milano, 2007; G. ALBERS, *Versprechen und Vertrag in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleich*, GREGOR ALBERS/JOACHIM HARST /KATHARINA KAESLING (Hg.), *Wortgebunden Zur Verbindlichkeit von Versprechen in Recht und Literatur*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2021, pp. 29 e ss.

³ O. BUCCI, *L'eredità giudaico-cristiana nella formazione della dottrina contrattualistica europea*, cit., pp. 41 e ss.

⁴ P. PAIS DE VASCONCELOS, *A Natureza das Coisas*, Estudos em Homenagem do Professor Doutor Manuel Gomes da Silva, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 707 e ss.

⁵ A. SÖLLNER, *Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, cit., pp. 240 e ss.

⁶ G. ALBERS, *Versprechen und Vertrag in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleich*, cit., p. 50.



continuidade, como inovador quando e se comparado com o direito romano. No conspecto desta demarcação diferenciadora, também PAIS DE VASCONCELOS, em *Teoria Geral do Direito Civil*, evidenciou a relação genésica entre o direito canónico e a obrigação da *promissio simplex*, mediante a imputação à ética cristã da força justificativa da prefiguração da violação da promessa como *pecado*^{7 8}.

3. Sequentemente, e para adequado enquadramento do ponto a partir do qual os canonistas trabalharam, deve ser desde já enunciada a genérica irrelevância do *nudum pactum* no direito romano, podendo, no entanto, valer como *exceptio*. Como também foi evidenciado por PAIS DE VASCONCELOS, desta feita em *Contratos Atípicos*, os pactos nus, no direito romano, eram assim designados por não terem nem um "*nomen*" próprio nem uma "*actio*" privativa. Por este motivo, os pactos nus no "direito estrito seriam em princípio irrelevantes"⁹. O que, sublinhe-se, não era prejudicial a poderem beneficiar, por intervenção do *Praetor*, da *excepti pacti conventi*, e, mais tarde, da *actio in factum*¹⁰.

⁷ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2019 (reimp. 8ª), p. 440 (nt. 481).

⁸ L. SEUFFERT, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge*, cit., pp. 45 e 55; C. Karsten, *Die Lehre vom Verträge bei den italienischen Juristen des Mittelalters*, cit., p. 133; H. CAPITANT, *De la cause de les obligations*, cit., p. 126; M. HOGG, *Promises and contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 79.

⁹ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 2009 (2ª), p. 122.

¹⁰ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, cit., p. 122.



4. Em sentido similar e, de resto, complementar, CREUTZIG¹¹ deu um passo mais para explicitar que da genérica irrelevância do *nudum pactum*, por maioria de razão, poderá deduzir-se logicamente a genérica não obrigatoriedade ou irrelevância da *nuda promissio*¹². Ora, face ao anteposto, sempre pela perspectiva intelectualista canonista e considerando especialmente a gravidade moral proveniente da falta à palavra e da quebra da confiança, não será difícil de inteligir como o problema da relevância da *promissio simplex* espoletou um importante momento de evolução na teoria da obrigação da promessa¹³. É a explicitação dos termos compreensivos e explicativos dessa evolução, na economia em que se circunscreve, a principal ordem de razão deste estudo.

§2. A equidade e a emergência da causa

5. Preposta a ordem de razão e traçadas de modo muito largo as coordenadas do problema proposto, está-se em passo de ser necessário explicitar aspectos que parecem ter utilidade para o apuramento do sentido concreto de contributo canónico em tema

¹¹ J. CREUTZIG, *Das selbständige Schuldversprechen. Eine vergleichende Darstellung nach dem englischen, deutschen, schweizerischen und französischen Recht*, Helbing Lichtenhahn, Basel, 1969, p. 20.

¹² I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto: un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna, I. Il cinquecento*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 31-94; R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto commune classico*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 21-55, 99-194 e 294-313.

¹³ F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 261 e ss.



promissório. Para tanto, primeiramente, tenha-se presente o legado romano quanto aos pactos¹⁴: o *nudum pactum* não se enquadrava nas *causae obligationis*¹⁵ ¹⁶. A sua irrelevância típica surge cristalizada pelo aforismo jurídico "*ex nudo pactio obligationem non parit*"¹⁷ — Dig. 2.14.7.4 (Ulpianus 4 ad ed.): "*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*".

Posteriormente, durante o período intermédio, o *nudum pactum* veio a merecer diferente e especial consideração no contexto da justiça mercantil medieval. Por via da *aequitas* da *lex mercatoria*, com recurso a juízo *de bono et aequo* no âmbito das relações entre mercadores, divergindo do legado jurídico romano, ao *nudum pactum* passou então a ser possível atribuir progressivamente maior nível de relevância jurídica. A equidade mercantil medieval configura-se, deste modo, como meio para calibrar soluções jurídicas mediante um critério concreto compatível com a especial natureza da relação subjetiva entre mercadores¹⁸, superando a rigidez romanística atenta a materialidade mercantil¹⁹. Recorde-se como PAIS DE VASCONCELOS, em *Direito Comercial*, acentua que "*uma das*

¹⁴ C. A. GRAZIANI, *Le promesse unilaterali, Trattato di diritto privato*, vol. IX, Torino, Utet, 1984, p. 634.

¹⁵ I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto: un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna, I. Il cinquecento*, cit., p. 34.

¹⁶ G. LONGO, *Ricerche sull'obligatio naturalis*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 257.

¹⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 607.

¹⁸ F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Mulino, Bologna, 1980, p. 42.

¹⁹ Sublinhando a autonomia histórica do direito comercial: P. Pais de Vasconcelos, *Direito Comercial*, I, Almedina, Coimbra, 2017 (reimp.), pp. 14 e ss.



*características iniciais do jus mercatorum foi o recurso à equidade como um critério alternativo de justiça do caso concreto*²⁰.

6. O susodito quanto à *aequitas* no quadro da *lex mercatoria* mostra-se relevante para desenhar com traço tosco e grosso o contexto histórico em que emergiu o contributo jurídico canónico e iluminar mais adequadamente o seu diálogo com o direito civil, focando-se precisamente o ponto nodal da equidade²¹. Como indicado por CALASSO²², o *nudum pactum* permitirá que o direito civil e o direito canónico se encontrem precisamente na *aequitas*²³. Mais ainda, partindo do molde da *obligatio civilis* e da *actio civilis* os canonistas irão progressivamente talhar a *actio canonica*, evidenciando a influência recíproca²⁴ entre sistemas neste período

²⁰ P. PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, I, cit., p. 26.

²¹ M. E. MEYES, *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs*, Tijdschrift von Rechtsgeschiedenis, 17, 1941, pp. 119 e ss.

²² “La presenza di um titolo *De pactis* nella codificazione gregoriana segnava storicamente il punto d'incontro dei due diritto, il civile e il canonico, sopra um terreno sul quale e l'uno e l'altro movevano cautamente, ma ispirati (...) da um motivo identico: l'*aequitas*”: F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., pp. 261 e ss.

²³ F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 275; F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 275. Entre nós, sobre a equidade: A. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, 1997 (reimp.), Coimbra, pp. 119 e ss., A. DIAS PEREIRA, *Da Equidade (Fragmentos)*, BFDUC, LXXX, Coimbra, 2004, pp. 374 e ss., e M. CARNEIRO DA FRADA, *Equidade (ou a “Justiça com Coração”)*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 295 e ss.

²⁴ Apontando a relevância do direito canónico: E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della tradizione romanistica: l'elaborazione medievale in materia di pacta*, Rivista di Diritto Romano, II, 2002, pp. 441 e ss., pp. 477 e ss.



histórico²⁵. Nesta senda, será de sublinhar que o problema da promessa no direito canónico parece, pois, apresentar-se mais como um problema relativo à causa do que propriamente à estrutura formativa unilateral ou bilateral da promessa²⁶. Tudo indica, assim, que a ruptura canónica situar-se-á precisamente no plano material da causa da promessa e não tanto no plano da estrutura formal em que a promessa se insere. Acrescente-se, no entanto, que causa canónica não é necessariamente a causa que remonta à comutatividade aristotélica²⁷. De modo mais amplo, a causa canónica integra-se na *aequitas*, no quadro geral da *ratio peccati* e da *ratio scandali*²⁸, o que permitiu ampliar o universo causal. É precisamente com este perfil que o problema dos *vestimenta pactorum* se transformou no plano do direito canónico. Os deveres de verdade e de agir de forma honesta, impostos concretamente pela *aequitas canonica*, elevada a fonte de direito, surgiam como deveres fundados na *ratio peccati* e na *ratio scandali*. Sob este novo manto axiológico, esses deveres adquirem uma raiz própria, dado que se

²⁵ Do seu lado, também GROSSI, ponderando o quadro político fragmentário medieval, entende sinalizar como, neste contexto, emergiram relações de complementaridade, relações próprias do universo medieval, composto por uma “infinitude de ordenamentos”: P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma/Bari, 1995, p. 29, refere-se à realidade jurídica medieval como uma experiência unitária agregando “molteplici ordinamenti giuridici” integrados no “universo medievale”.

²⁶ G. CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, Sirey, Paris, 1929, p. 145.

²⁷ O. BUCCI, *L'eredità giudaico-cristiana nella formazione della dottrina contrattualistica europea*, cit., pp. 41-42.

²⁸ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, Paris, 1927, p. 139.



filiam na posição da pessoa perante Deus²⁹, aflorando num contexto de finalismo teológico heterónimo³⁰, relevando como externalidade no plano relacional intersubjectivo. O direito canónico manifesta-se, então, como axiologicamente heterónimo, visando a ordenação de condutas no plano supremo da salvação humana³¹. Este é o seu fim primordial. O fim último da salvação das almas — *salus animarum lex suprema est* — naturalmente implicando a proibição da mentira, o dever de não enganar o próximo, o dever de não faltar à palavra dada, o dever de não trair a promessa e o dever de não provocar danos a terceiros. A violação destes deveres, o que sempre contrai grave sintoma de corrupção ética, convocará o universo do ilícito canónico.

7. Contrariamente, pois, ao que sucedia no direito romano, o *nudum pactum*, no direito canónico, tal como ensina CAPITANT³², é perfilado como potencialmente relevante. O reconhecimento dessa potencialidade resulta essencialmente da progressiva exclusão do elemento formal e da contraposta elevação da causa material, emergindo, nesse contexto, o aforismo jurídico *ex nudo pacto oritur actio nudum a solemnitate sed non nudum a causa*³³. A desformalização não significou, portanto, a rejeição da necessidade

²⁹ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., pp. 125 e ss.

³⁰ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., p. 139.

³¹ G. CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, cit., p. 143, ilustrando a tensão moral com a actividade mercantil.

³² H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., p. 137.

³³ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., p. 142.



de *vestmentum*³⁴. Como já mencionado, a equidade será, no diálogo entre ordenamentos de natureza civil e canônica, um ponto nodal, um novo fio condutor³⁵. A perspectiva canônica, substantivada teologicamente, permite assim reconhecer eficácia ao *nudum pactum* precisamente através do crivo da *aequitas canonica*. A *causa promissionis*, no direito canônico, emerge com raízes na correspectividade mas não se limita a esta, sendo bastante, no plano causalista, por exemplo, tudo quanto fosse possível remeter ao universo *liberalitatis, pacis et concordiae*. E assim sendo, no plano da *aequitas canonica*, a causa canônica eleva-se a fundamento de juridicidade do *nudum pactum*³⁶, superando o *vestmentum* formal.

Neste contexto, configurando nova perspectiva, o *nudum pactum* assumirá relevância tanto no plano ético, como *obrigação de consciência*, como no plano jurídico, como *obligatio iuris naturalis*, corporizada esta no concreto dever de cumprimento do prometido com o respaldo garantístico sancionatório dado pela tutela processual canônica³⁷. A promessa no direito canônico não era vista, assim, enquanto promessa verdadeiramente *simples*, despida de qualquer *vestmentum*. A causa canônica consubstanciava, em rigor,

³⁴ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 45.

³⁵ Problematizando a relação entre forma e consciência, focando o pensamento teológico, P. OESTMANN, *Die Zwillingschwester der Freiheit, Die Form im Recht als Problem der Rechtsgeschichte*, in *Zwischen Formstrenge und Billigkeit*, Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im alten reich, 56, Köln/Weimar/Wien, 2009, pp. 1 e ss.

³⁶ G. CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, cit., p. 141.

³⁷ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 65.



o seu *vestmentum*, assim não referenciado dado que o conceito de *causa promissionis* absorveu paulatinamente a categoria do *vestmentum*. Num quadro axiológico heterónimo, a *ratio peccati* e a *ratio scandali*, passando pelo crivo da *aequitas canonica*, passam a fundamentar a obrigatoriedade da promessa, como fonte atributiva de juridicidade.

8. A interacção entre canonistas e civilistas veio iluminar pontos cardeais distanciados precisamente por força da emergência do novo princípio *ex nudo pacto actio nascitur*³⁸. Neste contexto, BALDO, civilista e canonista, procurando estabelecer uma ponte entre os referidos sistemas e visando superar problemas antigos, refere-se à figura do *pactum cum causa*³⁹. Sobre o problema do *nudum pactum*, BALDO assinalou a necessidade de “*vestmentum roboris*”⁴⁰ no *nudum pactum* canónico. A perspectiva de BALDO é, deste modo, antiformalística mas não anticausalista. Inclusivamente no que respeita à *stipulatio*, expoente do formalismo e da abstracção jurídica romana, BALDO irá marginalizá-la no seu típico molde formal e abstracto, imprimindo-lhe um substantivado cunho causalista — “*abusiva est stipulatio quae ratione caret*” —, reconfigurando por essa via o perfil da *stipulatio*⁴¹. Encontramo-nos, em resultado, num

³⁸ G. CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, cit., p. 177.

³⁹ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 146.

⁴⁰ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 109.

⁴¹ BALDO DE UBALDIS, *In Decretalium volument comentaria*, X, 2, 22, 14. [recolhido em G. CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, cit., p. 180].



plano antiformalístico mas não ablativo da importância da causa. A causa é içada a pressuposto necessário do *nudum pactum*, o que se explica pelo movimento doutrinal “antiformalístico e não anticausalista”⁴². O *nudum pactum*, verdadeiramente, poderia sobreviver sem solenidade formal, mas não sem uma válida *causa promissionis*⁴³.

Enfatizando também esta nova perspectiva causal, SÖLLNER⁴⁴ e GORDLEY⁴⁵ sinalizam como BALDO não deixou de afirmar claramente a relevância da *causa finalis* no plano do *nudum pactum* canônico⁴⁶. O contexto de filiação aristotélica-tomista e canonística terá contribuído para que BALDO tenha acolhido a preterição da forma como causa, no plano da emergência da causa final⁴⁷, o que terá provocado uma consequência muito significativa: a emergência do problema da *expressio causae*.

Deste modo e com este fundamento, para BALDO, a *expressio*

⁴² V. CARRO, *La promessa unilaterale: studio sulla formazione unilaterale del rapporto obbligatorio tra diritto romano, tradizione romanística e prospettive future*, Satura, Napoli, 2012, p. 91.

⁴³ Aspecto este que viria a influenciar os *savants* medievais, que encontrarão na *causa finalis* o fio condutor dos sistemas que irão procurar edificar. G. CHEVRIER, *Essai sur l’histoire de la cause dans les obligations*, cit., p. 179.

⁴⁴ A. SÖLLNER, *Die causa im Kondiktionen-und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, cit., p. 249.

⁴⁵ J. Gordley (2001), 56.

⁴⁶ P. BELLINI, *L’obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 109.

⁴⁷ Limitando o contributo juscanônico, sublinhando que se operou uma reconfiguração de institutos já existentes (a causa): G. CHEVRIER, *Essai sur l’histoire de la cause dans les obligations*, cit., p. 183.



causae passa a ser essencial. A causa importava assim para revelar a *seriedade* da vinculação e a sua *finalidade*; elementos decisivos para avaliar, por via da *aequitas*, a validade da atribuição e aferir a sua compatibilidade com o finalismo heterónimo — tanto no plano da obrigação moral de consciência, *ratio peccati*, como no contexto da intersubjectividade social, *ratio scandali*.

9. A *ratio peccati* e a *ratio scandali* terão assim sido prefiguradas como razões bastantes para se atribuir relevância ao *nudum pactum*⁴⁸. Por isso mesmo, a *aequitas canonica* permitia ao poder judicial eclesiástico confrontar os desvios de conduta — ou seja, a falta à obrigatoriedade de cumprimento da promessa poderia ser sancionada⁴⁹. A tutela do *nudum pactum*, não sendo rejeitada por falhar o seu *vestmentum* formal, surge assim como corolário da assinalada *ratio scandali*⁵⁰. Para o direito canónico, a falta de *causa civilis* formal não impossibilitava, em absoluto, a atribuição de relevância jurídica à promessa *simples*, a qual poderia beneficiar de tutela processual através de meios variados, inclusivamente por via de uma crescentemente mais modelada *actio canonica*⁵¹.

⁴⁸ P. FEDELE, *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, Annali dell'Università di Macerata, Padova, 1937, pp. 149-152.

⁴⁹ P. GROSSI, *Aequitas canonica*, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, XXVII, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 379 e ss.

⁵⁰ V. CARRO, *La promessa unilaterale: studio sulla formazione unilaterale del rapporto obbligatorio tra diritto romano, tradizione romanística e prospettive future*, cit., p. 91.

⁵¹ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., pp. 65 e ss.



§3. Um novo paradigma: *ex nudo pacto oritur actio*

10. Distanciando-se do legado jurídico romano⁵², mas essencialmente apenas quanto ao *vestmentum* formal, para os canonistas, o *nudum pactum* beneficiava então de tutela, o que foi expresso no difundido aforismo jurídico *ex nudo pacto oritur actio*⁵³. Como já se afirmou, aos deveres de verdade e de agir segundo a *aequitas canonica* assistia uma raiz heterónoma divina, verdadeira fonte do dever que imprimia força à promessa⁵⁴. Por tal razão, a posição do *recipiens* era tida como independente da posição do promitente. O fundamento da vinculação era externo em relação ao *recipiens*, não sendo por este condicionada, em termos de validade. Em jogo estaria, acima de tudo, o cumprimento de deveres intrínsecos à promessa, deveres próprios do promitente que surgiam num plano diverso do plano da hoje comum figura da aceitação da promessa⁵⁵. Em termos de síntese: não obstante a problemática questão da natureza dos deveres de índole canónica, atenta a

⁵² H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., pp. 174 e ss.; G. CHÉVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, cit., p. 175 ss.; A. SÖLLNER, *Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, cit., pp. 242 e ss.; H. DILCHER, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte — Romanistische Abteilung*, 77/1, LXXVII, 1960, pp. 270 e ss., p. 287.

⁵³ G. CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, cit., p. 183.

⁵⁴ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., pp. 125 e ss.

⁵⁵ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 45 e 63.



dualidade entre dever ético⁵⁶, *obrigação de consciência*, e dever jurídico, *obligatio iuris naturalis*, importa reter que a promessa tinha força própria, não dependendo de uma conduta do *recipiens* como elemento constitutivo formativo.

11. Sobre tudo o que antecede, com consagrada perspectiva, sobrevém a posição do canonista BELLINI, que, na década de sessenta do século passado, elaborou um muito profundo estudo sobre a relação que se estabelecia, na canonística clássica, entre os deveres éticos e a obrigação natural no plano da dogmática da obrigação jurídica, tendo por objecto precisamente a *promessa*. O contributo de BELLINI, visando um mais adequado enquadramento explicativo do aforismo jurídico *ex nuda promissione oritur actio*, assenta na diferenciação entre o plano jurídico e o plano ético, gerando uma dualidade de deveres, mas com raiz unitária, ainda que funcionalmente ordenados a operar em planos diversos: deles resultava uma *obrigação de consciência* e uma *obrigação jurídica*. À obrigação de consciência, proveniente da norma ordenadora da conduta ético-moral de não mentir, agregar-se-ia assim uma *obligatio iuris naturalis*, com sentido similar ao que lhe foi dado pelos romanos⁵⁷, mas com uma exigência causalista por via da *aequitas*, dado que Deus não distinguiria os pactos em razão do seu *vestmentum* formal mas decerto não os aceitaria sem passarem pelo

⁵⁶ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 65 e ss.

⁵⁷ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 66.



crivo da *aequitas canonica*.

A obra de BELLINI permite precisamente dividir funcionalmente obrigação de consciência e *obligatio iuris naturalis*⁵⁸, aproximando esta última quase exclusivamente à *ratio scandali*⁵⁹. O pecado era visto como um ilícito que resultava da violação de preceitos morais, mas não jurídicos, ainda que houvesse sobreposição valorativa entre a norma ética e a *aequitas iuris naturalis*. Os preceitos ético-morais têm, nesta construção, eficácia no foro interno, situando-se apenas no plano das obrigações de consciência, no universo da saúde espiritual do promitente⁶⁰. Por outro lado, a *obligatio iuris naturalis* visava o plano externo, tendo como objecto a relação humana e social, o foro externo, e estava ordenada finalisticamente a promover a paz social, como grande ordenador geral de condutas.

Na postulação de BELLINI, desta forma, os canonistas e os teólogos promoveram uma distinção entre a valoração ética, com relevância interna, e a valoração jurídica canónica, com eficácia no plano da “intersubjectividade”⁶¹. Esta última, visaria a manutenção e a restauração da ordem social valorativa canónica, que poderia ser perturbada pela “visão do pecado”⁶², gerando desordem e

⁵⁸ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., pp. 19 e ss.

⁵⁹ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 8.

⁶⁰ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 28.

⁶¹ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., pp. 79-80.

⁶² P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., pp. 79-80.



escândalo⁶³.

§4. A obrigação da promessa simples: o plano substantivo

12. Não obstante a presença de matizes na teorização dos deveres relacionados com a obrigação resultante da promessa, seja no plano ético como no plano do dever natural, importa atentar especificamente no cimeiro pensamento de S. TOMÁS DE AQUINO. Mede-se como grande, bem se sabe, a relevância histórica e substantiva do pensamento tomista em tema promissório. Vejamos: S. TOMÁS DE AQUINO, em *Summa Theologiae*, conjugou *honestas, fidelitatis, ratio peccati* e *aequitas naturalis*⁶⁴. A promessa, para o “doutor angélico”, é configurada como um acto racional voluntário através do qual a pessoa se determina a realizar uma determinada acção ou a omiti-la, com benefício para terceiro, dado que, assim não sendo, a acção e a omissão sem benefício consistiriam numa

⁶³ A obrigação da promessa não visaria directa e imediatamente a saúde espiritual do *praestans*, mas antes a tutela dos interesses patrimoniais do *recipiens*: P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 28. E esta tutela corporizar-se-ia através do princípio *alterum non laedere*, que surgia, neste quadro, como uma regra de direito natural, visando o plano temporal do *recipiens*, acautelando-se a sua expectativa e a sua posição patrimonial no quadro da *aequitas iuris naturalis*: P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 82-83.

⁶⁴ S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae, secunda pars secundae partis a quaestione LXXXII ad XCI*, [42762] II^a-IIae q. 88 a. 3 co.



ofensa⁶⁵. Assim, a necessidade de benefício reconhece-se como um elemento importante para o perfil da promessa. O tomismo coloca a promessa no plano da virtude, num plano de continuidade filosófica aristotélica, cooptando-lhe uma dimensão heterónoma teológica de onde extrai o imutável fundamento virtuoso do dever de cumprimento da promessa⁶⁶. Neste contexto, ainda assim, S. TOMÁS DE AQUINO reconhece que, no plano do *ius civile*, poderiam ser introduzidos requisitos específicos para a relevância da promessa, dada a natureza relacional em que a promessa se enreda⁶⁷.

13. Segundo S. TOMÁS DE AQUINO, só em circunstâncias excepcionais o promitente poderia ou deveria não agir conforme o prometido Tal sucederia no caso de a *causa promissionis* ser ilícita⁶⁸ ou no caso de se verificar uma alteração das circunstâncias que presidiram à realização da promessa⁶⁹. Fora destes casos, é afirmada a existência de um dever de fidelidade⁷⁰ — “*si vero non faciat quod promisit, tunc videtur infideliter agere per hoc quod animum*

⁶⁵ V. CARRO, *La promessa unilaterale: studio sulla formazione unilaterale del rapporto obbligatorio tra diritto romano, tradizione romanística e prospettive future*, cit., p. 98.

⁶⁶ M. HOGG, *Promises and contract Law*, cit., p. 75.

⁶⁷ M. HOGG, *Promises and contract Law*, cit., p. 75.

⁶⁸ G. CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, cit., pp. 142-155, sublinhado o dever de não cumprir a promessa com causa ilícita.

⁶⁹ S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae, secunda pars secundae partis a quaestione LXXXII ad XCI*, [42759] II^a-II^ae q. 88 a. 3 arg. 2.

⁷⁰ Concretizando a relação entre dever e obrigação: G. PIERI (1990), 221 e ss.



*mutat*⁷¹ — e de um dever de honestidade: “*secundum honestatem ex qualibet promissione homo homini obligatur; et haec est obligatio iuris naturalis*”^{72 73}. A quebra da *fidelitas* e a corrupção da virtude da honestidade eram perspectivadas como pecado. A violação destes deveres grave seria a ponto de colocar em causa a vida espiritual do promitente — “*ratio peccati*” — e externamente era introdutora de instabilidade, incerteza moral e escândalo nas relações sociais — “*ratio scandali*”^{74 75} —, fazendo perigar, desse modo, a vivência social cristã. Recorde-se ainda como, para S. TOMÁS DE AQUINO, no plano da causa da promessa, assumem relevância a vontade e a intenção finalística de prometer: “*ex propria voluntate et intentione causatur*”^{76 77}. Tem, pois, interesse a nota de que, sendo o cumprimento da promessa necessário para a *salvação das almas*, impunha-se que esse cumprimento resultasse de um acto voluntário e consciente, demandando-se uma conduta finalística própria, uma

⁷¹ S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae, secunda pars secundae partis a quaestione LXXXII ad XCI*, [42763] II^a-IIae q. 88 a. 3 ad 1.

⁷² S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae, secunda pars secundae partis a quaestione LXXXII ad XCI*, [42763] II^a-IIae q. 88 a. 3 ad 1.

⁷³ G. ALBERS, *Zum Versprechen als Verpflichtungsgrund in der Spätantike: Urkundenpraxis, Kirchenlehrer und der westgotische Gaius*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung, vol. 135, 2018, pp. 334-363, p. 336.

⁷⁴ P. FEDELE, *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, Annali dell'Università di Macerata, cit., pp. 149-152.

⁷⁵ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 158.

⁷⁶ S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae, secunda pars secundae partis a quaestione LXXXII ad XCI*, [42765] II^a-IIae q. 88 a. 3 ad 3.

⁷⁷ G. ALBERS, *Zum Versprechen als Verpflichtungsgrund in der Spätantike: Urkundenpraxis, Kirchenlehrer und der westgotische Gaius*, cit., p. 336.



realização voluntária da promessa⁷⁸. Aqui residiria o verdadeiro cumprimento do dever ético e jusnatural. Também neste campo, como se verifica, o tomismo actua substantivando o acto de cumprimento.

14. S. TOMÁS DE AQUINO confrontou-se ainda diretamente com a promessa do direito romano, ponderando a limitada previsão no *Digesto* da sua relevância como *obligatio civilis*⁷⁹. Porém, atenta a compreensão teológica do problema da promessa, o dever de honestidade — *secundum honestatem* — e o dever de fidelidade impunham o cumprimento do prometido e o seu verdadeiro fundamento provinha da *aequitas iuris naturalis*⁸⁰. O plano do formalismo romano era assim rejeitado substantivamente, atento o novo quadro ético-religioso e jusnatural, emergindo no crivo concreto da *aequitas iuris naturalis*.

Por outro lado, prevenindo situações de vinculação promissória injusta, que associou ao perigo promissório, S. TOMÁS DE AQUINO defendeu que o dever de cumprir a promessa não se encontra imune ao controlo causal e ao contexto concreto em que a promessa deve ser cumprida, podendo ocorrer uma situação de *dispensatio* e, em

⁷⁸ S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae, secunda pars secundae partis a quaestione LXXXII ad XCI*, [42755] II^a-IIae q. 88 a. 2 ad 1.

⁷⁹ S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae, secunda pars secundae partis a quaestione LXXXII ad XCI*, [42758] II^a-IIae q. 88 a. 3 arg. 1.

⁸⁰ S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae, secunda pars secundae partis a quaestione LXXXII ad XCI*, [42763] II^a-IIae q. 88 a. 3 ad 1.



certos casos, de *commutatio*⁸¹. Em concreto, nessa decorrência, o *não cumprimento* da promessa poderia ser configurado como uma necessidade ético-jurídica, imposta pela própria axiologia canônica, nomeadamente quando o *dever de cumprimento* ferisse as finalidades heterónomas canônicas⁸².

15. Numa dedução necessariamente sintética, pode então afirmar-se que S. TOMÁS DE AQUINO marca historicamente a teoria da promessa, firmando a necessidade de a mesma ser cumprida tanto no plano ético como no plano da *obligatio iuris naturalis*. O dever de

⁸¹ S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae, secunda pars secundae partis a quaestione LXXXII ad XCI*, [42820] II^a-IIae q. 88 a. 10 co.

⁸² É importante notar que a par da *obrigação moral* corria paralelamente a *obrigação natural*, ou, dito de outro modo, ao dever de não pecar por força do dever ético religioso agregava-se o dever de cumprimento da promessa burilado pela *aequitas iuris naturalis*. É neste plano, aliás, que Huguccio Pisanus se referiu à *aequitas canonica*, fundamento da promessa, também como *aequitas iuris naturalis*: “*nihil aliud est aequitas quam deus*”, P. FEDELE “*Equità canonica*”, Enciclopedia del diritto, Milano, Giuffrè, vol. XV, 1966, p. 147. Um esquema com esta estrutura dualística obrigacional, mas coerente axiologicamente, permitiu dotar o dever ético interno com eficácia externa. Assim, para S. TOMÁS DE AQUINO, a ponderação casuística através da *aequitas* impunha considerar as circunstâncias concretas do dever de cumprir a promessa. Por força do vetor axiológico ético-moral da salvação das almas e da ordem natural, intrínsecos à *aequitas*, seria possível derrogar o dever de cumprimento da promessa por contender com a axiologia geral canônica ou quando esse dever se tivesse tornado, pelas circunstâncias concretas, não compatível com a axiologia ética e jusnatural: S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae, secunda pars secundae partis a quaestione LXXXII ad XCI*, [42772] II^a-IIae q. 88 a. 4 ad 2.



honestidade, *secundum honestatem*⁸³, era prescritivo do cumprimento do prometido no plano da *obligatio iuris naturalis*, colocando a falta no plano da *mendacium*⁸⁴: "*Mendacium est si quis non impleat quod promisit*"⁸⁵. A *promissio*, em S. TOMÁS DE AQUINO, sobreviveria assim a problemas relativos a solenidades e formalidades, atendendo à emergência da prevalência material da *fidelitas*, da *bona fides*, do dever de verdade e do respeito pela palavra dada⁸⁶.

§5. Antinomias e a estrutura da promessa

a) Quadro geral

16. Tendo presente tudo quanto antecede, não obstante oscilações quanto ao meio processual e as correspondentes dúvidas

⁸³ S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae, secunda pars secundae partis a quaestione LXXXII ad XCI*, [42763] II^a-IIae q. 88 a. 3 ad 1.

⁸⁴ F. SPIES, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, cit., p. 2 sgg.; M. ROBERTI, *L'influenza cristiana nello svolgimento storico dei patti nudi, in Cristianesimo e diritto romano*, cit., p. 96; G. ALBERS, *Zum Versprechen als Verpflichtungsgrund in der Spätantike: Urkundenpraxis, Kirchenlehrer und der westgotische Gaius*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, vol. 135, 2018, p. 336.

⁸⁵ S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae, secunda pars secundae partis a quaestione LXXXII ad XCI*, [43661] II^a-IIae q. 110 a. 3 arg. 5.

⁸⁶ Para o confronto das várias teorias dos moralistas canonistas: G. CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, cit., pp. 143 e ss.



adjectivas, onde também ecoavam divergências substantivas⁸⁷, o aforismo jurídico “*ex nudo pacto actio oritur*” foi sendo progressivamente dogmatizado no direito canônico⁸⁸. Resulta, então, que a promessa, para ser canonicamente relevante, teria de ser considerada no plano da *causa promissionis*, afinal, verdadeiramente, o seu *vestmentum*. Os canonistas, por esse motivo, não juridificaram a promessa *sine causa* e também deixaram fora do raio da proteção canônica as promessas sem *expressio causae*. Os tribunais eclesiásticos demandavam conhecer a *causa promissionis*. A ruptura juscanônica ocorreu, deste modo, no plano da desconsideração da forma e desta como *vestmentum*. Porém, tal não significou a rejeição da causa. Pelo contrário: sublinhe-se, de novo, como BALDO indicou precisamente a necessidade de “*vestmentum roboris*” para juridificar o *nudum pactum*. A promessa, neste contexto axiológico, teria de ser uma promessa *cum causa*⁸⁹. Só a causa poderia justificar a atribuição fundada na promessa, como *obligatio iuris naturalis*⁹⁰, mas agora no contexto da equidade canônica. As referências canônicas ao *nudum pactum* surgem, portanto, num contexto não formalístico, mas sem que deste

⁸⁷ Para o confronto das várias teorias: G. CHEVRIER, *Essai sur l’histoire de la cause dans les obligations*, cit., pp. 143 e ss.

⁸⁸ F. SCIGLIANO, *Spunti per una riconsiderazione del principio canonistico “ex nudo pacto oritur actio”*, Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche, 58/1, 2007, pp. 129 e ss.

⁸⁹ V. CARRO, *La promessa unilaterale: studio sulla formazione unilaterale del rapporto obbligatorio tra diritto romano, tradizione romanística e prospettive future*, cit., p. 94.

⁹⁰ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae, secunda pars secundae partis a quaestione LXXXII ad XCI*, [42763] II^a-IIae q. 88 a. 3 ad 1.



afastamento se possa retirar um perfil anticausalista.

17. Assente a relevância do elemento causal, o curso do texto deve encaminhar-se para o contributo canónico para o desenvolvimento da teoria da obrigação da promessa simples. Assim, desde logo, é possível afirmar que, dada a essencialidade da causa e do finalismo teológico, não se deu uma aceitação do voluntarismo unilateral, abstracto por natureza. Nem tal, supomos, seria razoável assumir que tivesse sucedido, considerada a onnipresença heterónoma fundante do sistema canónico. Ora daqui provém a que promessa representaria um ato sempre dependente da sua concreta *causa promissionis*. Faça-se ainda menção, neste plano, de que a *promissio* é apontada como vocábulo fungível⁹¹, surgindo no plano da semântica jurídica tanto a propósito da *pollicitatio* como no plano do *pactum*. Concitemos, pela demarcação que oferece, o fragmento D. 50,12,3pr⁹², nele se cristalizando historicamente a dicotomia entre *pactum* e *pollicitatio*: “*pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum*”. Bem assim, oportuno é relembrar a advertência de ROUSSIER quando notou que

⁹¹ ROUSSIER sublinha as variações semânticas associadas a interpolações: J. ROUSSIER “*Le sens du mot pollicitatio chez les juristes romains*”, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1949, n.º 2, pp. 295 e ss.

⁹² D. 50,12,3pr. (Ulpianus libro quarto disputationum): “*Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum. Et ideo illud est constitutum, ut, si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur. Sed et coeptum opus, licet non ob honorem promissum, perficere promissor eo coetur, et est constitutum*”.



“*le terme de promesse fut amphibologique*”⁹³, evidenciando problemas substantivos resultantes da elevada ambiguidade semântica já apontada.

18. Daqui resultará, desde logo, um ponto não isento de dúvidas e que diz respeito ao *quid* central do nosso estudo, ou seja, a *estrutura da promessa*. Formule-se, então, a questão que se impõe e à qual cumprirá ensaiar possível resposta: a *promissio* a que se referiam os canonistas seria a *promissio* da *pollicitatio*, a *promissio* que integrava o *pactum*, a *promissio* da *stipulatio* ou a *promissio* isolada, sem forma e sem *expressio causae*?

19. Um primeiro filão a explorar, nele fluindo considerações já expostas, é o da raiz do dever de cumprir a promessa, que tanto surge no plano ético como no plano jusnatural, com directa repercussão na vida secular, dada a natureza derivada desta. Atente-se, neste contexto, à necessária diferenciação entre a *obrigação* do *promitente* e a *posição* do *promissário*. Repetindo indicação já dada, de acordo com a teoria canónica, o dever jusnatural de verdade e honestidade e o dever geral de agir sem provocar dano fundavam-se heteronomamente⁹⁴. A *obligatio iuris naturalis*, como obrigação jurídica, tem natureza originária e juridicidade intrínseca, projectada no plano secular, mas era não fundada radicalmente neste. O respeito pela palavra dada, no plano secular, é reflexo de um *prius*

⁹³ J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'église*, cit., p. 178.

⁹⁴ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., pp. 125 e ss.



axio-lógico, condicionante da validade da acção terrena, tendo os requisitos seculares para que o *pactum* seja válido sido reinterpretados pela perspectiva teológica. Por esse motivo, a natureza da promessa parece implicar que se considere como menos relevante qualquer tipo de acto adicional e exterior ao próprio acto promissório, nomeadamente a conduta de aceitação do *recipiens*. A posição do *recipiens*, neste quadro heterónimo axiológico, é independente da posição do promitente: não existe uma relação bilateral fundante.

Em causa está, acima de tudo, o cumprimento de deveres éticos e jusnaturais concretizados pela *aequitas iuris naturalis*⁹⁵. Os destinatários das promessas seriam apenas considerados como *beneficiários* de um comportamento honesto e justo, imposto heteronomamente, sendo desnecessária a sua participação activa para que ocorresse a formação dos referidos deveres de verdade na esfera do promitente. A posição de *expectativa* do promissário seria desconsiderada como requisito de validade ou de eficácia, no que respeita à juridicidade própria da obrigação do promitente. Neste quadro, as posições do *praestans* e do *recipiens* são representáveis de forma autónoma.

20. Não perdendo de vista os matizes da pergunta acima formulada, numa primeira leitura, pareceria não ser determinante que a promessa surgisse no plano da *pollicitatio*, da *stipulatio*, do *nudum pactum* ou fora do plano do juramento promissório⁹⁶, e,

⁹⁵ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., pp. 45 e 63.

⁹⁶ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 46.



ainda, que surgisse como promessa isolada sem *expressio causae*. Assim pareceria, como se disse, pois que a raiz do dever, a causa da promessa, encontraria fundamento, em todos os casos apontados, num plano prévio e superior, imprimindo juridicidade ao plano multiforme revelado secularmente. Deste modo, este radical fundante manifestar-se-ia, sempre e também, no plano relacional secular, projectando-se neste como realidade externa e com força intrínseca. No plano canónico, *praestans* e *recipiens* não estavam, de acordo com este perfil intelectual, em *relação de contraposição*. O fundamento ético do vínculo é, desta forma, independente da posição do beneficiário da prestação prometida⁹⁷: o *recipiens* beneficiará reflexamente de um dever que radica num absoluto moral que lhe é externo.

Este prisma possibilita o esclarecimento de que não existe uma pretensão ética relacional do *recipiens* face à obrigação ética do *praestans*, dada a natureza específica desta. A adesão ou aceitação do *recipiens* não é imediatamente constitutiva do dever ético do promitente, do *praestans*. Porém, no plano concreto da promessa, verifica-se ainda uma dimensão jurídica obrigacional, uma *obligatio iuris naturalis*, por via da *aequitas*^{98 99}. Neste âmbito, portanto, o

⁹⁷ V. CARRO, *La promessa unilaterale: studio sulla formazione unilaterale del rapporto obbligatorio tra diritto romano, tradizione romanística e prospettive future*, cit., p. 94.

⁹⁸ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., pp. 65 e ss.

⁹⁹ Recorde-se como, também para Huguccio Pisanus, teorizando sobre a *stipulatio*, o dever de não mentir, o dever de cumprir a promessa, e outros deveres análogos, encontram, ainda assim, a sua raiz justificativa no plano da *aequitas naturalis*



peccatum, como ilícito juscanônico, sinaliza negativamente, no plano delitual canônico, a obrigatoriedade da promessa, tendo por referência uma norma ética e também jusnatural que transcende o modelo da troca.

21. Porém, e como consta da lição de BELLINI¹⁰⁰, reclama ênfase a ideia de que a teorização juscanônica não se traduziu num confronto ético com as regras juscivilísticas. Tudo aponta para não ter estado em causa um corte geral. Pelo contrário: o trabalho doutrinal canônico, no que respeita à promessa, visava sobretudo procurar uma forma de tutelar, também no plano do foro eclesiástico, pretensões resultantes da *aequitas iuris naturalis*, numa relação de complementaridade, típica da época medieval, entre direito canônico e direito civil¹⁰¹. A despeito de variantes interpretativas, a

juscanônica e não no plano de uma relação entre *praestans* e *recipiens*, enquanto estrutura relacional constitutiva de *vinculum*: H. PISANUS, *Oportebit absolvere ao canône Quicumque suffragio* [recolhido em J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'église*, cit., Appendice I, p. 237].

¹⁰⁰ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., pp. 374-391.

¹⁰¹ Pensa-se, não obstante, ter cabimento referir que as teses canonísticas poderiam ser igualmente perspectivadas como indício de ruptura num quadro de reivindicação de autonomia de novos poderes seculares. Sobre isto mesmo veio BUCCI reportar a importância da conversão do império romano em principados com configuração regional na modelação do direito positivo medieval: deste modo, o progressivo triunfo do princípio juscanônico “*ex nudo pacto actio oritur*” pode também ser enquadrado historicamente num plano de ruptura “*contro il diritto romano in quanto tale*” e no quadro da ascensão política dos principados: O. BUCCI,



permanente tensão dialogante entre sistemas, que, como se referiu, se relacionavam de forma complementar e não antagónica, através de uma experiência unitária composta pelos infinitos ordenamentos do universo medieval ¹⁰², terá conduzido à aproximação da teoria canónica sobre a promessa da estrutura relacional civilística do *pactum* — e não nos casos da *pollicitatio* ou da *sola promissio*¹⁰³, o que, de seguida, procuraremos explicitar.

22. A servir de ponto prévio e de tentativa de síntese ao panorama geral da promessa *simples*, parece ser possível enunciar-se o seguinte: quanto ao *nudum pactum*, divergindo em relação à relevância da solenidade e formalismo romanístico, o pacto seria obrigatório mesmo com falta de solenidade formal: "*nudum a solemnitate sed non nudum a causa*" ¹⁰⁴. A doutrina canónica seguiu, assim, curso antiformalístico, mas apelou ao *vestmentum* material,

L'eredità giudaico-cristiana nella formazione della dottrina contrattualistica europea, cit., p. 44.

¹⁰² P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 29, refere-se à realidade jurídica medieval como uma experiência unitária "*che nutre nel suo seno una infinità di ordinamenti, dove il diritto – prima di essere norma e comando – è ordine, è ordine sociale*", e "*dunque, una esperienza giuridica per molteplici ordinamenti giuridici, dove la dimensione giuridica è tanto forte e centrale da rappresentare l'autentica costituzione dell'universo medievale*".

¹⁰³ Recorde-se, novamente, D. 50, 12, 3pr. (Ulpianus libro quarto disputationum): "*Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum*"; v., para a importância do *consensus pactum*, T. MAYER-MALY, *Die Bedeutung des Konsenses in privatrechtsgeschichtlicher Sicht*, G. JAKOBS (Hg.), *Rechtsgeltung un Konsens*, cit., pp. 91 e ss.

¹⁰⁴ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., p. 142.



à *causa promissionis*, no plano da *aequitas iuris naturalis*. O fundamento da promessa era externo ao *recipiens*. Assim, *praestans* e *recipiens* não estavam numa relação de contraposição fundante, nela era projectada uma ordem valorativa externa que a juridificava de forma heterónoma e reflexivamente. Quanto à *pollicitatio*, esta teria o mesmo tratamento excepcional que lhe foi dado pelo direito romano¹⁰⁵. A obrigatoriedade da *pollicitatio* estaria protegida apenas em casos excepcionais, nomeadamente no universo das *pias causas*¹⁰⁶. É ainda desconsiderada a promessa da *stipulatio* sem *expressio causae* e o problema colocado pela forma e pela abstracção da *cautio indiscreta* é remetido para o universo probatório¹⁰⁷.

Por último, quanto à tutela judicial, confrontados com o problema da reacção à promessa incumprida, no seio da canonística surgiu uma querela canónica em face da especificidade axiológica deste sistema. Os canonistas procuraram variadas formas processuais de protecção da *promissio*, emergindo progressivamente correntes de canonistas que propugnavam a aproximação ao esquema da *actio civilis*, sustentando o recurso a uma análoga *actio canonica*, destinada a acautelar os interesses da promessa e a reprimir a sua violação.

¹⁰⁵ V. CARRO, *La promessa unilaterale: studio sulla formazione unilaterale del rapporto obbligatorio tra diritto romano, tradizione romanística e prospettive future*, cit., p. 94. Sobre a situação no direito romano e sua evolução, J. OLIVEIRA GERALDES, *Sobre a promessa pública*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, LXI, 2020/2, pp. 415 e ss.

¹⁰⁶ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., p. 139 (nt. 4).

¹⁰⁷ G. CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, cit., p. 157.



b) Estrutura da promessa e antinomia axiológica

23. Ao ressumar os aspectos axiais no ponto anterior, omitiu-se, com intenção, o problema da *estrutura da promessa*, do qual pode hipoteticamente resultar uma antinomia axiológica. Referiu-se apenas que as posições do *recipiens* e do *praestans* seriam autónomas e independentes no plano ético. Também se indicou que da sua interacção não resultava a essência do fundamento de juridicidade da promessa. Do ponto de vista do fundamento ético, sendo este externo ao *recipiens*, resultaria irrelevante estar-se perante um caso de promessa aceite ou não aceite: o dever de honestidade e de não mentir seria um absoluto. Igualmente se referiu a genérica indiferença quanto ao *locus* da promessa, podendo esta ser surpreendida no plano do *pactum*, da *stipulatio* ou da *pollicitatio*. Do que se antedissem, adviria, portanto, sobretudo por força da unidade de tratamento que foi sendo dada à promessa, um princípio geral da relevância da promessa, cobrindo com relevância, pela mesma razão ética, a promessa unilateral não inserida na estrutura bilateral do *pactum*, ou seja, a *sola promissio*, sem dependência de aceitação ou de *repromissio*¹⁰⁸.

24. No entanto, a expressão *promissio simplex*, vertida para português como *promessa simples* — seguindo-se novamente os

¹⁰⁸ V. CARRO, *La promessa unilaterale: studio sulla formazione unilaterale del rapporto obbligatorio tra diritto romano, tradizione romanistica e prospettive future*, cit., p. 94.



ensinamentos de BELLINI¹⁰⁹ e ROUSSIER¹¹⁰ —, requer cuidados interpretativos e adequada contextualização¹¹¹. Com efeito, pela perspectiva canónica, para se poder atribuir relevância ao *nudum pactum*, era necessária uma *causa promissionis*^{112 113}. Conforme explicitado por BELLINI¹¹⁴, no plano intersubjectivo, a *causa promissionis* desempenhava, assim, uma função atributiva de juridicidade. Este é um ponto a que importa dar algum desenvolvimento.

Por este prisma, do ponto de vista ético, deve notar-se que a promessa teria apenas *limites causais negativos*, ou seja, a promessa não poderia ferir, em geral, os princípios axiológicos canónicos — os bons costumes, o dever de não prejudicar terceiros¹¹⁵. A adstrição ao cumprimento da promessa não estava, neste contexto ético, dependente de um *plus*, de novo elemento essencial ou constitutivo. Porém, no *plano externo*, a promessa, no decurso da evolução da teoria do *nudum pactum*, surge enlaçada com a causa em sentido de

¹⁰⁹ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 147.

¹¹⁰ J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'église*, cit., p. 178.

¹¹¹ F. SCIGLIANO, *Spunti per una riconsiderazione del principio canonistico "ex nudo pacto oritur actio"*, cit, pp. 138 e ss.

¹¹² H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., p. 125 e ss.

¹¹³ V. CARRO, *La promessa unilaterale: studio sulla formazione unilaterale del rapporto obbligatorio tra diritto romano, tradizione romanística e prospettive future*, cit., p. 91.

¹¹⁴ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 145.

¹¹⁵ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 145.



condição constitutiva positiva. Emerge a necessidade de uma justificação objectiva da atribuição, de uma *causa promissionis* perspeticada no plano de função social¹¹⁶, como manifestação do finalismo teológico¹¹⁷, alimentada juridicamente pela força da *aequitas iuris naturalis*.

25. Perseverando neste ponto do argumento, note-se como a teorização canónica delimitou o problema da promessa como obrigação jurídica atentando essencialmente ao caso do *nudum pactum*. É aspecto, está-se em crer, que permite delimitar mais adequadamente a evolução da teoria da promessa promovida pela canonística. Precisamente e tal como refere CAPITANT, no plano canónico, “a teoria do pacto nu transforma em obrigação jurídica um dever de consciência”¹¹⁸. A este respeito é de reter que a estrutura do *pactum* era tipicamente bilateral¹¹⁹, atenta a sua configuração como “*pactum est duorum consensus atque conventio*”^{120 121},

¹¹⁶ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 145.

¹¹⁷ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 146.

¹¹⁸ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., p. 139.

¹¹⁹ J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'église*, cit., p. 178.

¹²⁰ D. 50, 12, 3pr. (*Ulpianus libro quarto disputationum*): “*Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum*”; v., para a importância do *consensus pactum*, T. MAYER-MALY, *Die Bedeutung des Konsenses in privatrechtsgeschichtlicher Sicht*, G. JAKOBS (Hg.), *Rechtsgeltung un Konsens*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 91 e ss.

¹²¹ R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto commune classico*, cit., p. 57.



contrapondo-se à *pollicitatio*. Daqui parece resultar, portanto, que a *promessa simplex* foi perspectivada especialmente considerando o plano do *nudum pactum*, como elemento do *pactum* bilateral¹²².

26. Ora, depois do que se acaba de afirmar quanto à *promissio simplex*, é retomável a já apontada diferenciação entre *obrigação de consciência* e *obrigação jurídica*, ainda que com uma raiz unitária¹²³. Efectivamente, o que agora acaba de se referir no ponto anterior é susceptível de provocar uma antinomia axiológica — uma “discrasia”, na expressão de BELLINI¹²⁴ —, dado que, no plano da obrigação de consciência e da ética moral, a posição do *recipiens* seria irrelevante para a constituição da vinculação, mas no plano da *obrigação jurídica* apenas se considerava a promessa inserida numa relação *pactício* bilateral e não quando inserida num plano unilateral. Dito de outro modo: se, no plano ético, o promitente tinha o dever de cumprir o prometido independentemente de aceitação do *recipiens*, como seria possível justificar que, no plano da *obligatio iuris naturalis*, o mesmo não se verificasse em todos os casos de promessa *simples*, mas apenas nos casos das *promessas* do *nudum pactum*?

¹²² V. CARRO, *La promessa unilaterale: studio sulla formazione unilaterale del rapporto obbligatorio tra diritto romano, tradizione romanistica e prospettive future*, cit., p. 93.

¹²³ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 147.

¹²⁴ V. CARRO, *La promessa unilaterale: studio sulla formazione unilaterale del rapporto obbligatorio tra diritto romano, tradizione romanistica e prospettive future*, cit., p. 94.



c) A condicio subintellecta

27. Acuda-se novamente aos ensinamentos de BELLINI¹²⁵ ¹²⁶, nos termos dos quais a *promissio* sem *vestmentum* formal, inserida no plano do *pactum*, seria a verdadeira *promissio simplex* a que se referiam os canonistas quando teorizavam sobre a *promissio cum causa*. Terá sido no molde consensual pactício que os canonistas desenvolveram a exigência causal, a necessidade de *causa promissionis*¹²⁷. Mais recentemente, seguindo curso idêntico, CARRO afirma também que “a promessa à qual é reconhecida obrigatoriedade é a promessa sem solenidade formal”¹²⁸ ¹²⁹, a promessa integrada no *nudum pactum*. Tudo indica que os canonistas não terão, de forma expressa, emitido um julgamento sobre a estrutura *unilateral* ou *bilateral* em que a *promessa “unilateral”* se devia inserir para que lhe fosse possível atribuir relevância.

A ideia de que o fundamento ético da promessa não requeria

¹²⁵ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 147.

¹²⁶ No mesmo sentido, *inter alia*: V. CARRO, *La promessa unilaterale: studio sulla formazione unilaterale del rapporto obbligatorio tra diritto romano, tradizione romanística e prospettive future*, cit., p. 94; C.A. GRAZIANI, *Le promesse unilaterali, Trattato di diritto privato*, vol. IX, cit., p. 636.

¹²⁷ V. CARRO, *La promessa unilaterale: studio sulla formazione unilaterale del rapporto obbligatorio tra diritto romano, tradizione romanística e prospettive future*, cit., p. 94.

¹²⁸ C.A. GRAZIANI, *Le promesse unilaterali, Trattato di diritto privato*, vol. IX, cit, p. 636.

¹²⁹ V. CARRO, *La promessa unilaterale: studio sulla formazione unilaterale del rapporto obbligatorio tra diritto romano, tradizione romanística e prospettive future*, cit., p. 94.



aceitação do *recipiens* é, por sua vez, consistente com a equação de um problema: o problema da estrutura unilateral ou bilateral da promessa. Do ponto de vista ético, não era valorizada a unilateralidade/bilateralidade, o mesmo já não sucedendo no plano da *obligatio iuris naturalis*, uma vez que os canonistas trabalharam sobretudo o *nudum pactum*, tipicamente bilateral.

28. Precisamente quanto a esta problemática, BELLINI salientou que, para evitar um problema valorativo sistémico, foi desenvolvida a teoria da promessa com recurso à noção de “*condicio subintellecta*”¹³⁰. Entendia-se, desta forma, que as promessas eram feitas sob condição suspensiva de aceitação do *recipiens*¹³¹. A obrigação assumida pela promessa era inserida num esquema em que surgia a necessidade de aceitação. Note-se, porém, que a construção da teoria da obrigação sob condição suspensiva de aceitação não invalida teoricamente o pressuposto ético fundante da *obligatio iuris naturalis*¹³², uma vez que a necessidade de aceitação foi construída apenas como “requisito de acionabilidade da

¹³⁰ P. BELLINI, *L’obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 147.

¹³¹ P. BELLINI, *L’obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 147.

¹³² V. CARRO, *La promessa unilaterale: studio sulla formazione unilaterale del rapporto obbligatorio tra diritto romano, tradizione romanística e prospettive future*, cit., p. 94



promessa”¹³³.

Ainda assim, CARRO refere que, em concreto, a *condicio subintellecta*, não obstante introduzir harmonia no sistema porque a condição se colocaria apenas no plano da “accionabilidade”, representava verdadeiramente um desvio real e um “sacrifício do princípio ético”, particularmente nos casos em que o *praestans* não tivesse representado voluntariamente a sua vinculação como condicionada pela aceitação do *recipiens*¹³⁴. Trata-se, para CARRO, de uma ficção que permitiu contornar o problema originado pela dualidade apontada¹³⁵.

Corroborando esta perspectiva, existem indícios de que a *sola promissio*, mesmo no caso excepcional da *pollicitatio*, não era concebida em paridade com o *pactum*¹³⁶. Segundo ROUSSIER, os canonistas não conferiam similar valor à *pollicitatio* e ao *pactum*;

¹³³ V. CARRO, *La promessa unilaterale: studio sulla formazione unilaterale del rapporto obbligatorio tra diritto romano, tradizione romanística e prospettive future*, cit., p. 94.

¹³⁴ No mesmo sentido: C.A. GRAZIANI, *Le promesse unilaterali, Trattato di diritto privato*, vol. IX, cit., p. 636.

¹³⁵ Ora, retomando BELLINI, refira-se que, pela perspectiva da promessa tacitamente condicionada pela sua aceitação, os *pacta*, no contexto juscanónico, surgiam assim como *promessas sob condição tácita de aceitação*. Com este enquadramento, BELLINI cita HENRIQUE DE SUZA no seguinte passo “*promissio autem non solum potest referri ad pollicitationem, sed ad nudum pactum et stipulationem*”, como representativo da necessidade de inserir o fundamento ético da promessa no esquema da relação social do *pactum*, dependente de base estrutural bilateral/consensual, P. BELLINI, *L’obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 148.

¹³⁶ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., p. 139.



pelo contrário, estas figuras eram diferenciadas¹³⁷. Procurando demonstrá-lo, ROUSSIER, não deixando de sublinhar que “*le terme de promesse fut amphibologique*”¹³⁸, explicita que apenas o caso da promessa divina, o *votum*, e o caso da *pollicitatio* seriam fontes obrigacionais¹³⁹.

29. No mesmo sentido se posicionou BELLINI, ao postular que a “maioria” dos canonistas negava a equiparação, como fonte obrigacional, entre *pollicitatio* e *pactum*¹⁴⁰. Convergentemente, CAPITANT¹⁴¹ salientou também que os canonistas, questionando-se sobre a possibilidade de tutela *ex simpliciter pollicitatione*, apenas aceitaram que tal sucedesse nos casos das *pias causas*.

Ultimamente, em coerência com a mesma linha, GRAZIANI¹⁴² refere que não é possível retirar da teoria canônica do *nudum pactum* a conclusão de que a promessa unilateral tivesse a mesma relevância jurídica do que o *pactum*. E explicita que, para evitar uma

¹³⁷ J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'église*, cit., pp. 178-179.

¹³⁸ J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'église*, cit., p. 178.

¹³⁹ J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'église*, cit., p. 179.

¹⁴⁰ P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, cit., p. 147.

¹⁴¹ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., p. 139 (nt. 4).

¹⁴² C. A. GRAZIANI, *Le promesse unilaterali*, *Trattato di diritto privato*, vol. IX, cit., p. 636.



“fractura entre valoração moral e valoração jurídica”¹⁴³, emergiu a figura da *condicio subintellecta*, da condição tácita de aceitação do *recipiens*¹⁴⁴.

30. Chega-se ao fim, depois de expostos sucintamente alguns elementos, trazidos criticamente neste breve estudo, que permitem sustentar que, no quadro geral da teoria da vinculação, o direito canônico, mais do que introduzir uma ruptura no plano estrutural, impulsionou uma evolução caracterizada pela emergência da dimensão substantiva da vinculação. Na abordagem canônica, no que respeita à *promissio simplex* associada ao *nudum pactum*, assiste-se à elevação da *causa promissionis* a elemento de juridicidade.

Terminando, impõe-se a devida referência a que a causa de juridicidade viria também a ser eleita como objecto da investigação do Homenageado, em *Contratos Atípicos*, no plano de um quadro voluntarista, deslocando modernamente a causa do plano da

¹⁴³ C. A. GRAZIANI, *Le promesse unilaterali, Trattato di diritto privato*, vol. IX, cit., p. 636.

¹⁴⁴ GRAZIANI não deixa de notar que poderá ocorrer uma tensão sistemática, dado que o promitente poderá não representar a sua promessa como estando condicionada no plano ético. Este autor sustenta que a necessidade de aceitação corresponde à “*moderna dottrina del diritto canonico*” sobre o cânone 1318, parágrafo n.º 1, do Codex de 1918, e do cânone 1201, parágrafo n.º 1, do Codex de 1983, nos termos dos quais o juramento promissório não obriga antes da aceitação do promissário, podendo o promitente revogar a promessa até ao momento da sua aceitação: C. A. GRAZIANI, *Le promesse unilaterali, Trattato di diritto privato*, vol. IX, cit., p. 636.



juridicidade para o campo da qualificação contratual.

João de Oliveira Geraldes



REVISTA DE
DIREITO COMERCIAL



www.revistadedireitocomercial.com
2022-01-18