

RENATA VALERA

**DIREITO ROMANO**

**FDSBC – 4º bimestre – 2008**

Prof<sup>a</sup> Eliane Maria Agati Madeira



# **FACULDADE DE DIREITO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO**

**Autarquia Municipal**

## **Cadeira de Direito Romano**

**Cronograma - 2º semestre de 2008  
1º Ano - Diurno - Turmas B e D**

PROFA. ELIANE MARIA AGATI MADEIRA

<b>TERÇA-FEIRA (aula dupla)</b>	<b>QUINTA-FEIRA (aula única)</b>
05/08. Vista de provas. Introdução aos direitos reais. Características.	07/08. Propriedade: conceito e limitações.
12/08. <i>História da propriedade. Posse.</i>	14/08. Semana Jurídica
19/08. <i>Co-propriedade ou condomínio. Modos originários de aquisição da propriedade</i>	21/08. Modos derivados de aquisição de propriedade.
26/08. <i>1º Caso Prático (trazer um manual).</i>	28/08. Correção do caso prático.
02/09. Usucapião e prescrições	04/09. Direitos Reais sobre coisas alheias. Serviços prediais.
09/09. <i>2º Caso Prático (trazer um manual)</i>	11/09. Serviços pessoais. Superfície e Enfiteuse.
16/09. Fiducia, penhor, anticrese e hipoteca.	18/09.
<b>18 a 29/9 - Período da 2ª Prova de Aplicação</b>	
30/09. Obrigações. Conceito . Prestação.	02/10 Relação jurídica obrigacional. Mora e inadimplemento.
07/10. Tipos de obrigação quanto à prestação, quanto ao sujeito e quanto à sanção.	09/10. Contratos. Introdução e evolução histórica.
14/10. <i>3º Caso prático (trazer um manual)</i>	16/10. Contratos reais
21/10. Contratos consensuais	23/10. Quase-contratos
28/10 Fériado	30/10. Delitos
04/11. <i>4º Caso Prático (trazer um manual)</i>	06/11. Correção do caso prático.
11/11. Garantia das Obrigações.	13/11. Transmissão das Obrigações.
<b>17/11 a 06/12 - Período da 2ª Prova Parcial</b>	

### **Bibliografia Obrigatória:**

- 1) Textos eletrônicos e resumos oferecidos no sítio [www.breviarium.net](http://www.breviarium.net).
- 2) *Digesto de Justiniano*. Livro I. (Qualquer edição. Há traduções para o espanhol, italiano, francês, inglês etc.). Em português: tradução de Hélcio M. França Madeira, 3a. ed., RT, 2002.

**Exercícios (casos práticos):** servem de preparação para a prova. Levar, nos dias agendados, um manual de Direito Romano para consulta. Sugestão de autores: Moreira Alves, Alexandre Correia, Matos Peixoto, Sílvio Meira, Gaetano Sciascia, Thomas Marky, Mário Curtis Giordani.

### **Bibliografia Complementar:**

MOREIRA ALVES, J.C. *Direito Romano*, Rio de Janeiro, Forense, 2007.

Fontes: Institutas de Gaio e de Justiniano.

*Observação: não deixamos textos na xerox.*

## Sinopse de Direito Romano

### OBRIGAÇÕES

PROF. GAETANO SCIASCIA<sup>1</sup>

1. **Obrigação** - I. 3, 13. É um vínculo de direito que nos adstringe rigorosamente a pagar alguma coisa, segundo nosso direito civil.

Na obrigação existem sempre dois sujeitos: o *credor*, sujeito ativo, que tem direito à prestação; o *devedor*, sujeito passivo, que tem o dever de cumprir a prestação.

2. **Diferenças entre direitos reais e pessoais** - (direito pessoal = direito obrigacional):

"A substância das obrigações não faz com que alguém adquira diretamente a propriedade de uma coisa ou se torne titular de uma servidão (direito real); mas constitui apenas um dever do obrigado, para com o credor, de lhe dar, fazer ou prestar alguma coisa" (Paulo).

- I. O direito real incide direta e imediatamente sobre a coisa; a obrigação é um vínculo entre duas pessoas;
- II. O direito real segue a coisa com quem quer que se encontre; a obrigação não tem *direito de seqüela*;
- III. O direito real é sancionado por uma ação *in rem* (real), i.é, proponível contra todos (*erga omnes*); a obrigação é sancionada por uma ação *in personam*, i. é, que se pode propor apenas contra uma determinada pessoa;
- IV. Somente o dono da coisa pode onerá-la de um direito real na vantagem de outrem; pode-se assumir uma obrigação por um fato alheio;
- V. O direito real consiste numa tolerância (*pati* = sofrer) ou em não fazer; a obrigação tem a prestação num *dare*, *facere*, *praestare* (atividade).

3. **A Prestação** - (conteúdo do vínculo obrigacional), pode consistir em:

- I. *Dare* - (dever de transferir a propriedade - venda, mútuo);
- II. *Facere* ou *non facere* - dever de praticar (ou não praticar) determinado ato;
- III. *Praestare* - termo geral, que às vezes indica um dever acessório (dolo ou culpa).

<sup>1</sup> Texto de domínio público extraído de SCIASCIA, Gaetano. *Sinopse de Direito Romano*, São Paulo, 1955. Gaetano Sciascia foi Professor da Faculdade de Direito da USP e escreveu diversas obras: *Instituzioni di diritto romano: regulae iuris* (ca.1947), *Lineamenti del sistema obbligatorio romano* (1947), *Regras de Ulpiano* (1952), *Sinopse de direito romano* (1955), *Varietà giuridiche* (1956) e o *Manual de Direito Romano*, com o prof. Alexandre Correia (1947). Também escreveu sobre xadrez e literatura: "Bianco e nero. Mille anni di mito, favola, poesia" ("1978"). Os textos em cor azul nesta versão são anotações de H.Madeira e E. Agati Madeira.

**REQUISITOS DA PRESTAÇÃO.** Para que a obrigação exista é necessário que a prestação prevista seja:

- I. *Possível* - possibilidade física ou jurídica;
- II. *Lícita* - segundo os bons costumes;
- III. *Determinada* - ou pelo menos determinável (preço fixado por terceiro);
- IV. *Avaliável em dinheiro* - pois a condenação é sempre em dinheiro.

**TIPOS DE OBRIGAÇÕES:**

**4. I. Quanto ao Objeto (prestações)**

- a) *Genéricas* - são aquelas que têm como objeto uma coisa indicada em gênero. Prestar-se-á a qualidade média. "O gênero não perece". I. é, tais obrigações não se extinguem pelo perecimento da coisa (mútuo);
- b) *Alternativas* - são aquelas em que duas coisas são devidas, sendo que o devedor se desonera prestando uma delas. Se nada for estipulado, a escolha pertence ao devedor;
- c) *Facultativas* - são aquelas em que uma coisa só é devida, mas o devedor pode desonrar-se prestando outra. O perecimento da coisa devida extingue a obrigação, não havendo culpa, dolo ou mera;
- d) *Divisíveis e indivisíveis* - conforme a prestação seja divisível (*dare*) ou indivisível (*non facere*). A obrigação indivisível, sobrevindo multiplicação dos sujeitos (por sucessão), se torna solidária.

**5. II. Quanto ao Sujeito**

- a) *Ambulatórios* - são aquelas em que o devedor se determina com base numa relação com uma coisa, e por isso mesmo é variável (dono do escravo que praticou um delito a um terceiro - obrigação noxal);
- b) *Parciais* - são aquelas que derivam de um único vínculo que se fracionou. Todas as obrigações divisíveis, multiplicando-se os sujeitos (sucessão), se tornam parciais;
- c) *Solidárias* - são aquelas cuja prestação, divisível ou indivisível, se encara na totalidade (*solidum*);  
Há *solidariedade ativa* quando dois ou mais credores têm direito cada um à inteira prestação; há *solidariedade passiva*, quando dois ou mais devedores têm o dever cada um de fazer o inteiro pagamento.

**A SOLIDARIEDADE PODE SER:**

- *Cumulativa* - todos os devedores devem fazer o pagamento do inteiro, tantas vezes (delito do *ius civile* antigo);
- *Eletiva* - desde que um dos devedores fez o pagamento integral, os outros se desoneram.  
Os autores antigos distinguiam entre:
- *Obrigações co-reais* (ou solidárias perfeitas), aquelas em que a *litis contestatio* com um dos devedores extingue a ação;
- *Obrigações solidárias* (ou solidárias imperfeitas), aquelas

em que o pagamento de um dos devedores extingue a dívida, mas a *litis contestatio* não a extingue.

No direito justinianeu a ação regressiva se concretiza no *beneficio da cessão das ações*, em virtude do qual o devedor que pagou, se beneficia da cessão da ação que o credor tinha contra os outros devedores.

### 6. III. Quanto à Sanção

- Obrigações civis e honorárias* - são aquelas sancionadas por uma *actio* estabelecida no *ius civile* ou introduzida pelo pretor;
- Obrigações naturais* - são aquelas que não são sancionadas por uma ação, mas por uma exceção. E podem entrar em compensação (§ 10.I).

*Soluti retentio* - é a exceção que o credor opõe ao devedor que pagou;

*Condictio indebiti* - é a ação em que, se não existisse obrigação, quem pagou poderia propor contra quem recebeu (§ 18). Na obrigação natural o *pagamento não é indevido*. O conceito se esclarece pensando, no direito moderno, na dívida de jogo.

HÁ DOIS TIPOS DE OBRIGAÇÕES NATURAIS:

A) As *obrigações naturais que sempre o foram*:

- A obrigação da pessoa *alieni iuris*;
- A obrigação do filho de família nos termos do Senatus-consulto Macedoniano;
- A obrigação do pródigo.

B) as *obrigações civis degeneradas em naturais*:

- Todas as obrigações de quem sofreu a *capitis deminutio*;
- A obrigação que permanece depois de uma sentença injusta (juiz que prevaricou);
- As obrigações novadas por *litis contestatio*.

### 7. Inadimplemento é o não cumprir o que está previsto no vínculo.

- Por caso fortuito** (força maior). É o acontecimento natural que extinguindo o objeto da obrigação, acarreta a extinção do vínculo. *RES PERIT DOMINO* - a coisa perece para o dono - i. é, o perecimento da coisa é a cargo do dono dela (depositante, mutuário, devedor pignoratício). Na venda (exceção) *RES PERIT EMPTORI* - i. é, a perda da coisa é do risco do comprador - (o comprador, antes da *traditio*, não é ainda proprietário).
- Por culpa** - *Culpa* é o comportamento sem cuidado, do devedor, quanto à prestação. A culpa perpetua a obrigação, i. é, não extingue o vínculo da obrigação, que permanece.

DISTINGUEM-SE VÁRIOS TIPOS DE CULPA:

- a) *Culpa contratual* - quando o comportamento negligente se verifica numa relação contratual (quando o depositário estraga a coisa);  
*Culpa extracontratual ou Aquiliana* - quando entre as partes não há relação contratual, i. é, quando não existe relação obrigacional derivante de um contrato. "Na Lei Aquília se calcula mesmo a *culpa levissima*".
- b) *Culpa in faciendo* (consiste num fato);  
*Culpa in omissendo* (consiste numa omissão, i. é, em um "não fazer");
- c) *Culpa in abstracto* (a do pai de família - *bonus paterfamilias* - do tipo normal e do tipo médio);  
*Culpa in concreto* (o cuidado que se emprega nas próprias coisas);
- d) *Culpa lata* (grande negligência) - iguala-se ao dolo;  
*Culpa levis* - a que não praticaria um bom administrador.  
Se a relação é de interesse do devedor, este responde mesmo pela *culpa levis*.

**Mora** - quer dizer demora, i. é. o atraso no cumprimento da obrigação.

*Mora acciendi* - é a demora no receber (do credor);  
*Mora solvendi* - é a demora em pagar (do devedor).

*Interpelação* - é a notificação de que chegou o momento de pagar (*mora ex persona*). Nas obrigações a prazo, não precisa interpelação (*mora ex re*). A mora se purga (desaparece), i. é., cessa de produzir seus efeitos, com a oferta de pagamento, por parte do devedor.

**EFEITOS DA MORA:**

- a) Perpetua a obrigação - que permanece;
- b) O devedor em mora responde pelos lucros cessantes e pelos danos emergentes que sofreu o credor.
- c) Aumenta a responsabilidade do devedor - em caso de *mora solvendi*; ou diminui-lhe a responsabilidade (se *mora acciendi*).

## 8. Modos de extinção das obrigações

- a) *Modos ipso iure* (de pleno direito civil) - pelo próprio direito civil, automáticos, com a extinção da relativa ação de direito civil;
- b) *Modos exceptionis ope* (em virtude de uma exceção pretoriana) - em virtude de uma exceção concedida pelo pretor que não anula a ação de *ius civile*, mas lhe impede seu fim (a condenação).

## 9. Modos de extinção *ipso iure* - G. 3, 168.

- I. *Solutio* - i. é, o pagamento ao próprio credor, no lugar e no tempo fixado. "Qualquer um pode pagar no lugar do devedor mesmo que este não queira". *Dação em pagamento* (*datio in solutum*) é o pagamento, com o consentimento do credor, de coisa diferente da fixada na obrigação. Depois de discussões entre Sabinianos e Proculianos, Justiniano decidiu que opera a extinção da obrigação *ipso iure*;
- II. *Contrarius actus* - i. é, o distrato, de forma inversa e correspondente à empregada no contrato. No *nexum*, vínculo que se determina pelo bronze e pela balança, precisa a *solutio per aes et libram*; *Acceptilatio* - é o distrato formal (oral ou escrito) de uma obrigação contraída formalmente (*oral*: *stipulatio-acceptilatio*; escrita: *acceptilatio-expensilatio*), extinguindo-a (abono, remissão formal, sem pagamento de moeda);  
*Stipulatio Aquiliana* - é uma estipulação inventada por Gallo Aquílio (Iº séc. a. C.) com o fito de transformar em obrigações orais, todas as outras obrigações, para depois lhes aplicar a *acceptilatio oral*, extinguindo-as (abono).
- III. *Novação* - é a "transfusão e a transladação de um antigo débito numa nova obrigação, que extingue a antiga e se lhe substitui". Exige-se o *animus novandi* (intenção de novar) e o *aliquid novi* (algo de novo) - modalidades, prazo, sujeitos etc.  
É *objetiva* quando muda o objeto; *subjetiva*, quando mudam os sujeitos. Se o credor encarrega o devedor de pagar a outrem, dá-se a delegação ativa.
  - Delegante = o que encarrega;
  - Delegado = o encarregado;
  - Delegatário = o que paga ou recebe.
    - a) A *delegação ativa* - o credor encarrega outra pessoa de receber;
    - b) A *expromissio* (*delegação passiva*) - o devedor encarrega outra pessoa de pagar.A *stipulatio Aquiliana* é uma novação voluntária objetiva.  
A *litis contestatio* é uma novação necessária (juiz) objetiva.
- IV. A *impossibilidade da prestação* - não se dá nas obrigações genéricas. Havendo culpa ou mora a obrigação se perpetua.
- V. *Morte dos sujeitos* - só nas obrigações constituídas em vista de qualidades pessoais (*intuitus personae*) - p. ex., sociedade, mandato;
- VI. *Capitis deminutio* - extingue as obrigações civis, deixando apenas o vínculo natural;
- VII. *Confusão* - quando a qualidade do credor coincide com a do devedor (herança).

## 10. Modos de extinção *exceptionis ope* - G. 4, 62.

- I. *Compensação* - é um balanço entre o débito e o crédito que, mediante o saldo, opera a extinção de uma obrigação.

No direito clássico, antes de Marco Aurélio, conhecem-se três tipos de compensação *ipso iure*:

- a) A compensação do *argentarius* (banqueiro), o qual nas relações com seus clientes assinala na parte RECEBIDO (*acceptum*) - o que lhe foi pago e na parte DESPENDIDO (*expensum*) - o que gastou e pagou, operando a compensação;
- b) A do comprador dos bens (*bonorum emptor*) do falido, cujas relações de crédito e dívida se compensam automaticamente (*ipso iure*);
- c) A compensação nos juízos de boa-fé (venda, locação, sociedade, mandato, tutela etc.) nos quais a referência à *bona fides*, contida na fórmula da ação, permite ao juiz (cidadão particular) julgar o caso segundo os ditames da honestidade, pois "pede dolosamente quem logo deve restituir o que vai receber".

As dívidas a serem compensadas devem ter a mesma causa.

### TRÊS HIPÓTESES DE COMPENSAÇÃO:

- a) Crédito de 100 e dívida de 100 - se compensam (compensar = ao pagamento do saldo);
- b) Crédito de 50 e dívida de 100 - se compensam;
- c) Crédito de 100 e dívida de 50 - segundo alguns há compensação, mas o credor de 100, propondo a exceção de compensação, consuma a ação e não pode pedir depois os 50 restantes.

No direito justinianeu, a compensação opera entre dívidas certas, líquidas e exigíveis.

- II. *O pacto de não acionar* - (*pactum de non petendo*) - é a *acceptilatio* não formal e por isso mesmo opera *exceptionis ope*. Tem alcance limitado à pessoa do devedor e não se estende ao fiador ou aos outros devedores solidários.

## 11. Transmissão das Obrigações - G. 2, 38. As obrigações são pessoais e se transmitem apenas por herança. Para realizar a transmissão a título particular (cessão de crédito) visto que a *iure cessio* (de coisas incorpóreas) não se admite, se empregam diferentes meios.

- I. *Novação* - delegação ativa - o credor manda o devedor pagar a outrem. Mas é necessária a cooperação do devedor.
- II. *Procuração em coisa sua* - (*procuratio in rem suam*), o cedente constitui o cessionário seu procurador, que propõe a ação contra o cedido. Tem o inconveniente de que o mandato acaba pela morte de uma das partes.
- III. *Ação útil* - o procurador, mesmo em caso de morte do mandante, tinha a ação útil contra o devedor. Precisava que o credor tivesse notificado ao devedor, para pagar ao outro.

A cessão de créditos litigiosos é proibida pela *Lex Anastasiana* (Baixo-império).

## 12. Garantias das Obrigações

I - *Garantias reais* - (ver: fidúcia, penhor e hipoteca).  
II - *Garantias pessoais* - que acrescentam um ao outro vínculo e reforçam o existente. Podem ser:

- a) Arras - ou sinal - com função de garantia e arrependimento;
- b) Cláusula penal - *stipulatio poenae* - ou multa - compensatória;
- c) *Constitutum debiti proprii* - pacto que confirma a obrigação, marcando-lhe um prazo;
- d) *Constitutum debiti alieni* - idem quanto à dívida alheia;
- e) *Mandato de crédito* - *mandatum pecuniae credendae* é o encargo que se dá a alguém de emprestar dinheiro a outrem (mútuo), tornando-se fiador do mutuário, i. é, garantindo o pagamento do mútuo.

## 13. Fiança - é uma garantia pessoal de uma obrigação. G. 3, 115.

O DIREITO ROMANO CONHECE TRÊS TIPOS DE FIANÇAS:

- I. *SPONSIO* - de *ius civile*, obrigação verbal, não transmissível aos herdeiros;
- II. *FIDE PROMISSIO* - de *ius civile*, obrigação verbal, não transmissível. Os dois institutos caíram em desuso.
- III. *FIDEIUSSIO* - ou fiança - de *ius gentium*, aplicável a qualquer tipo de obrigação, transmissível aos herdeiros. Aplicam-se-lhe os seguintes princípios:
  - a) O fiador não pode responder por dívida maior que a garantia (caráter acessório da fiança);
  - b) A *Lex Cornelia* proíbe a fiança superior a 20.000 sestércios;
  - c) O fiador é devedor solidário com o devedor principal.

*Beneficium excussionis* - benefício da excussão ou de ordem - é a faculdade que tem o fiador de exigir (antes de ser executado pelo pagamento da dívida que garante) que seja executado o devedor da dívida principal;

*Beneficium cedendarum actionum* (da cessão das ações) - é o instituto em virtude do qual, o fiador que pagou a dívida garantida, obtém a cessão das ações que o credor tinha contra o devedor principal (regresso);

*Beneficium divisionis* - é a faculdade de um dos fiadores obter que ele seja executado pela fração da dívida garantida e não pelo inteiro. O *Senatusconsultus Velleianus* proíbe às mulheres garantir dívida alheia.

14. **Fontes de Obrigações** - G. 3, 88; I. 3, 13, 2. São os atos e fatos jurídicos que dão origem a liames obrigacionais.

I. Segundo as Institutas de Gaio:

- a) *Contrato* - acordo, dos sujeitos, criando o liame;
- b) *Delito* - fato ilícito danoso;

II. Segundo Gaio, mas no período pós-clássico:

- a) *Contrato* - idem;
- b) *Delito* - idem;
- c) *Outras figuras de causas* (pagamento indevido, gestão de negócios, tutela, comunhão acidental).

III. Segundo as Institutas de Justiniano:

- a) *Contrato* - idem;
- b) *Quase-contrato* - não é *contrato*, pois falta o consentimento;
- c) *Delito* - idem;
- d) *Quase-delito* - delitos pretorianos ou ilícitos, onde falta o dolo ou a culpa.

### 15. **Contratos.**

Contrato é o acordo de vontades (*conventio*), criando vínculos obrigacionais. Não pode originar direitos reais, mas só obrigações. Se o contrato é daqueles que, com a entrega, conduzem à aquisição da propriedade, é *justa causa* dessa aquisição.

As classificações dos atos jurídicos aplicam-se aos contratos, que são atos jurídicos bilaterais (duas vontades); mas o contrato é unilateral, se acarreta obrigações só para uma parte.

### 16. **Sistema Contratual - G. 3, 89.**

No direito quirítario se conhece o *nexum* que dá origem a um vínculo pessoal e físico (*Lex Poetelia*) e a *sponsio* (veja §§ 13 e 19).

No direito clássico os contratos distinguem-se em quatro categorias:

- I. *Contratos reais* - em que a obrigação se origina mediante entrega de uma coisa;
- II. *Contratos verbais* - em que a obrigação se origina mediante a pronúncia de palavras;
- III. *Contratos literais* - em que a obrigação se origina só mediante a escritura;
- IV. *Contratos consensuais* - em que a obrigação se origina apenas pelo consentimento.

Os contratos verbais e literais têm sua causa respectivamente em palavras ou num escrito; os contratos reais têm causa aparente na entrega; os consensuais não têm causa. (N. B.: Aqui a palavra "causa" indica o elemento *formal* criador do vínculo).

17. **Contratos reais** - G. 3, 90; I. 3, 14. São aqueles que se aperfeiçoam pela entrega duma coisa. São quatro:

I. **MÚTUO**, contrato real unilateral gratuito em que o mutuante transfere ao mutuário uma quantia ou coisas fungíveis, que este deve devolver no mesmo peso, número ou medida, i.e., deve devolver "outro tanto" (*tantumdem*).

É sancionado por uma ação de direito estrito (*condictio*), com a qual o mutuante pode pedir só a restituição do empréstimo e não os juros. Implica uma obrigação de *dare* a cargo do mutuário.

HÁ VÁRIOS TIPOS DE MÚTUO:

- a) **Mútuo feneratício** (com juros), quando à obrigação de restituir outro tanto se acrescenta a estipulação de pagar juros;
- b) **Mútuo do Senátus-consulto Macedoniano**, quando o empréstimo de dinheiro é feito a filho de família, originando para este e seu pai apenas uma obrigação natural (a ação do mutuante é repelida pela *exceptio SC Macedoniani*; mas se se fizer restituição, não há repetição, pois o agiota tem uma *exceptio* (*a soluti retentio*, § 6 b) ;
- c) **Mútuo do *fenus nauticum*** (ou *pecunia triecticia*) é o empréstimo a fim de que o mutuário compre mercadoria no ultramar e, à chegada, restitua o dinheiro. O mutuante corre o risco do transporte e cobra juros mais elevados.

II. **DEPÓSITO** é o contrato real unilateral gratuito em que o depositante entrega uma coisa móvel ao depositário para guardá-la e restituí-la. Recai sobre coisas não-fungíveis, pois o depositário deve restituir a mesma coisa que recebeu (*idem*).

É sancionado por duas ações; a segunda é eventual (contrato bilateral imperfeito): *actio depositi directa*, contra o depositário; *actio depositi contraria* (eventual) contra o depositante pelas despesas feitas com a coisa.

HÁ VÁRIOS TIPOS DE DEPÓSITO:

- a) **Depósito necessário** (ou *depositum miserabile*), se o depositante é forçado a fazê-lo por um acidente. Acarreta maior responsabilidade a cargo do depositário;
- b) **Depósito por seqüestro**, o de uma coisa que é objeto de demanda demanda judicial. O seqüestratário (também conhecido como fiel depositário), que tem a *possessio ad interdicta*, restitui a coisa a quem ganhar a lide;
- c) **Depósito irregular** é o de uma quantia de dinheiro (banco). Não é depósito, pois recai sobre coisas fungíveis e o chamado depositário tem a propriedade da quantia. É mútuo.

III. **COMODATO** é o contrato real unilateral gratuito em virtude do qual quem recebe um empréstimo de coisa não-consumível para uso deve restituir a coisa recebida.

O *commodatum* é *ad pompam vel ostentationem* se o objeto é consumível e é emprestado para exibição (dinheiro para amostra).

O comodatário responde pela *culpa in concreto*. Pratica furto de uso se entrega a coisa para fins diferentes daqueles para os quais a recebeu. Havendo retribuição, o comodato transforma-se em locação.

O comodato é sancionado pela *actio commodati directa*, proposta contra o comodatário; e pela *actio commodati contraria* (que é eventual, pois o contrato é bilateral imperfeito) se proposta contra o comodante cuja coisa deu prejuízos ao comodatário.

**IV. PENHOR** é o contrato real unilateral que, pela entrega origina um direito real de garantia e implica a obrigação a cargo do credor pignoratício de devolver a coisa recebida quando do pagamento da dívida garantida. Recai sobre coisas não fungíveis. O credor pignoratício não pode usar da coisa, sendo como um depositário da mesma.

N. B.: Pela entrega no mútuo se transfere a propriedade; no penhor e no depósito por seqüestro, apenas a *possessio ad interdicta*; no depósito, e no comodato, só a *possessio naturalis*.

**18. Pagamento indevido - G. 3, 91.** É o pagamento feito por erro. Em virtude da entrega, cria-se a cargo de quem recebe o indevido a obrigação de restituir o que recebeu. Não é indevido o pagamento feito em cumprimento de obrigação natural.

É sancionado pela *condictio indebiti* (§ 6 b).

Admitem-se outras *condictiones*, i. é, ações para obter a restituição do que se deu por receber coisa que não foi entregue ou para repetir o dado por torpe ou injusta causa.

**19. Contratos verbais - G. 3, 92.** São aqueles que se aperfeiçoam pela pronúncia de determinadas palavras.

SÃO TRÊS:

- I. **STIPULATIO** - pergunta do credor e resposta congruente do devedor. Falam ambos; exige a presença de ambos; exige a *unitas actus*, a simultaneidade da pergunta e da resposta. Seu precedente de direito quirítario é a *sponsio*. A *stipulatio*, de ato jurídico abstrato, se transformou em ato jurídico causal. No período pós-clássico se torna ato escrito. *Adstipulatio* é a estipulação em que figura também outra pessoa que pode receber o pagamento;
- II. **DOTIS DICTIO** (uma das formas de constituição de dote ao marido pelo *ius civile*). Fala uma só das partes. Abolida e substituída no Baixo-império pela *promissio dotis*;
- III. **PROMISSIO IURATA LIBERTI** (juramento do liberto), quando o escravo jura prestar determinados serviços a quem vai alforriá-lo (patrono). Fala uma só parte.

N. B.: Os contratos verbais originam obrigações por um só lado, e por isso são unilaterais.

20. **Contratos literais** - G. 3. 128. São aqueles que se aperfeiçoam pela escritura. A escritura não é apenas para a prova (*ad probationem tantum*) mas para a existência (*ad substantiam*).

No livro-caixa de casa (*codex accepti et expensi*) o *paterfamilias* faz o movimento, assinalando o dinheiro recebido (*acceptum*), e o gasto (*expensum*). Pela escrita (*nomina transcripticia*) dá-se novação subjetiva; a) *a persona in personam*; o *paterfamilias*, sem que haja efetivo pagamento, consigna no *acceptum* seu crédito com Fulano (*acceptilatio* escrita) e no *expensum* a nova dívida de Sicrano; b) *a re in personam*: consigna no *acceptum* quanto Fulano lhe devia por uma causa (por ex. venda) e no *expensum* a nova dívida de Fulano que se origina da escrita do livro.

Síngrafe e quirógrafo são obrigações literais dos peregrinos (Roma fala e o Oriente escreve).

21. **Contratos consensuais** - G. 3, 139. São aqueles que se aperfeiçoam apenas pelo consentimento. São todos de *ius gentium*, sancionados por ações de boa-fé.

#### SÃO QUATRO:

I. **COMPRA E VENDA** é o contrato bilateral consensual em virtude do qual uma pessoa se obriga a transferir a propriedade de uma coisa (obrigação de "dare") a quem se obriga a pagar-lhe uma quantia de dinheiro.

A compra e venda não transfere a propriedade, mas apenas constitui *iusta causa* de transferência da *traditio*. A *mancipatio* é uma venda real em sua origem, no sentido de que pelo ato se dá a transferência da *coisa mancipi*.

Trocar é dar uma coisa para receber outra; vender é dar uma coisa para receber o dinheiro.

É sancionada por duas ações: a *actio venditi*, proposta pelo vendedor para obter o preço; a *actio empti*, proposta pelo comprador para obter a coisa. Implica a responsabilidade pela evicção que o vendedor assume para com o comprador (*stipulatio duplae*). Se a coisa vendida tiver vícios ocultos, o comprador, pela *actio redhibitoria* obtém de volta o preço, restituindo a coisa, e pela *actio quanti minoris* obtém um abatimento no preço.

#### PACTOS ACRESCENTADOS À COMPRA E VENDA:

- a) **Pacto de retrovenda** - ajuste para que a venda se rescinda se, em certo prazo, assim quiser o vendedor.
- b) **Pacto de preferência** - ajuste para que o vendedor seja preferido, caso o comprador queira vender outra vez a coisa.
- c) **Pacto de melhor comprador** (*in diem addictio*) - cláusula de que a venda se desfaça se, em certo prazo, aparecer quem ofereça maior preço.
- d) **Pacto comissório** - pacto de rescisão, caso o comprador não pague em certo prazo.
- e) **Venda a contento** - pacto de que a venda se aperfeiçoará só se o comprador achar a coisa de seu gosto e não se arrepender.

II. **LOCAÇÃO E CONDUÇÃO** é o contrato bilateral consensual em virtude do qual uma pessoa se obriga para com outra a lhe facultar o uso e gozo de uma coisa, a lhe prestar serviços, ou a fazer uma *obra* contra retribuição.

HÁ TRÊS TIPOS DE LOCAÇÃO:

- a) **Locação de coisa**, em que o locador (*locator*) dá o gozo de uma coisa ao locatário (*inquilinus, colonus*) que paga um aluguel (*merces*). O locador tem a *actio locati*; o locatário a *actio conducti*. *Emptio tolit locatum*, i. é, o comprador da coisa alugada não deve respeitar a locação;
- b) **Locação de serviços**, em que o *locator* se obriga para com o *conductor* a prestar-lhe serviços mediante pagamento. O empregado tem a *actio locati*; o empregador a *actio conducti*;
- c) **Locação de obra** (empreitada), em que uma pessoa (*conductor*) se obriga a executar uma obra em favor de outra (*locator*) mediante retribuição. A *actio conducti* é proposta pelo empreiteiro; a *actio locati* pelo dono da obra.

III. **SOCIEDADE** é o contrato consensual em virtude do qual duas ou mais pessoas unem suas coisas e seus esforços para obter um lucro comum.

HÁ VÁRIOS TIPOS DE SOCIEDADE:

- a) **Consortium ercto non cito**, é a comunhão dos irmãos ou de estranhos no mais antigo direito quirítario;
- b) **Societas omnium bonorum**, a sociedade de todos os bens presentes e futuros;
- c) **Societas unius rei** ou **societas alicuius negotiationis**, para um só objeto ou negócio.

Entre os sócios deve haver a *affectio societatis*. A sociedade é baseada no *intuitus personae*.

Chama-se *societas leonina*, quando alguém aufere os lucros e outros sofrem as perdas. É proibida.

A sociedade acaba *ex personis* (morte, *capitis deminutio*, insolvência de um sócio); *ex rebus* (por ter alcançado seu fim); *ex actione* (pela *actio pro socio*, que regula as relações entre os sócios e pela *communi dividendo*, que visa obter a divisão da coisa comum).

IV. **MANDATO** é o contrato consensual bilateral imperfeito em virtude do qual alguém encarrega outrem de praticar gratuitamente um ato.

*Mandatum mea gratia*, se no interesse do mandante; *mea et tua gratia*, se no interesse do mandante e do mandatário; *tua gratia* se só no interesse do mandatário

(não é mandato, mas conselho). O mandato é baseado no *intuitus personae*. Em caso de excesso, prevaleceu a opinião daqueles que julgavam válidos pelo menos os atos dentro do mandato. "*Ratihabitio mandato comparatur*", i. é, havendo ratificação os atos do falso procurador são como se fossem praticados por um mandatário.

A *actio mandati directa* é proposta pelo mandante; a *actio mandati contraria* (eventual) pelo mandatário que gastou.

22. A gestão de negócios - I. 3, 27, 1. Consiste no fato de uma pessoa (*gestor*) administrar um ou mais negócios de outrem (*dominus negotii*) sem mandato deste.

Acarreta obrigações:

- I. Se a gestão foi iniciada de maneira vantajosa para o dono do negócio;
- II. Se o gestor tinha a intenção de praticar o ato no interesse alheio;
- III. Se falta a proibição expressa do dono.

Mediante a *actio negotiorum gestorum directa* o dono exige o cumprimento do negócio e a prestação de contas; pela *actio negotiorum gestorum contraria* o gestor obtém o reembolso das despesas e a indenização dos prejuízos sofridos.

23. Contratos inominados - G. 3, 141. São convenções bilaterais diferentes das quatro categorias típicas de contratos (reais, verbais etc.), sem nome próprio, implicando obrigações bilaterais sancionadas por ações pretorianas (no último período, pela *actio praescriptis verbis*).

Classificam-se:

- I. *Do ut des* = dou para que dês;
- II. *Do ut facias* = dou para que faças;
- III. *Facio ut des* = faço para que dês;
- IV. *Facio ut facias* = faço para que faças.

Uma vez que uma das partes cumpre a prestação, pode pedir o adimplemento da outra parte.

São contratos inominados:

- I. A troca (*permutatio*), do tipo "do ut des", em virtude da qual uma parte transfere uma coisa a outra que se obriga a transferir a propriedade de outra coisa. Os Sabinianos identificavam a troca com a venda; os Proculianos, como depois Justiniano, lhe reconheciam autonomia.
- II. O *aestimatum*, uma espécie de venda em consignação, em virtude do qual uma parte entrega um objeto a outra para vendê-la por certo preço ou então restituí-la.
- III. A *transação*, uma convenção pela qual duas partes ajustam prevenirem ou terminarem um litígio mediante concessões mútuas.
- IV. O *precário*, um pacto pelo qual uma parte concede graciosamente a posse duma coisa a outra, que se obriga a restituí-la a pedido do concedente. Difere do comodato porque não há delimitação do uso e porque o precarista é possuidor *ad interdicta*.

24. Pactos são convenções que não geram ação (*pacta nuda*).

Os ajustes munidos de ação (*pacta vestita*) distinguem-se em:

- I. **Pactos adjectos**, se acrescentados a um contrato típico de boa-fé (p. ex., pactos simultâneos à compra e venda, § 21.I). São sancionados pela ação do próprio contrato.
- II. **Pactos pretorianos**, se providos de ação pretoriana (p. ex., *constituto de debito*; juramento voluntário das partes para dirimir uma lide; *recepta*: a) do árbitro que aceita decidir uma lide; b) dos hoteleiros e donos de navio que recebem as bagagens).
- III. **Pactos legítimos**, se sua obrigatoriedade decorre da legislação imperial (p. ex., compromisso de se louvar em árbitro; promessa não formal de dote; promessa de doação).

25. **Doação** - I. 2, 7. É um ato jurídico gratuito que implica no enriquecimento o donatário e o empobrecimento do doador.

As doações podem ser *inter vivos* e *mortis causa*.

A doação é real, se acarreta a transferência da propriedade; obrigacional, se apenas origina uma obrigação; liberatória se abona uma dívida.

As doações atravessam três períodos de desenvolvimento:

- I. Antes da *Lex Cincia*, a doação real se pratica por *mancipatio nummo uno* ou por *traditio*; a obrigatória por *stipulatio*; a liberatória por *acceptilatio*;
- II. A Lei Cínzia de 204 a. C. proibiu as doações além de uma certa quantia, sem entretanto anular o ato nem impor uma pena ao transgressor (lei imperfeita). O pretor, porém, aplicou a lei da maneira seguinte:
  - a) Dando ao doador, que excedeu a quantia e ainda não pagou uma *exceptio legis Cinciae* contra a ação do donatário;
  - b) Dando ao doador de uma *res mancipi*, que fez apenas *traditio* da mesma, uma réplica contra a exceção do donatário proprietário pretoriano, chamado a juízo com a *reivindicatio*;
  - c) Dando ao doador, em caso de doação perfeita o *interdito utrubi* combinado com a *exceptio legis Cinciae*;
- III. Depois da Lei Cínzia a doação superior a 500 soldos deve fazer-se por ato inscrito nos registros judiciais (*insinuatio apud acta*).

26. **Quase-contratos** - I. 3, 27. São atos ou fatos originando vínculos obrigacionais independentemente do consentimento das partes.

Os mais importantes são:

- I. **Pagamento indevido** (veja § 18).
- II. **Gestão de negócios** (veja § 22).
- III. **Comunhão acidental** (co-propriedade originada independentemente da vontade dos sujeitos; p.ex. a herança).
- IV. **Obrigaçāo** do herdeiro para com o legatário.

## 27. Delitos ou fatos ilícitos - G. 3, 182.

*Crimen* é o delito de ação pública; *delictum* é o fato ilícito que acarreta a obrigação patrimonial de uma pena (multa).

Os delitos são sancionados por ações penais, que não se podem propor contra os herdeiros do réu, a não ser dentro dos limites de seu enriquecimento. Acarretam responsabilidade solidária cumulativa dos co-réus. As sanções penais de *ius civile* não são sujeitas à prescrição.

Os DELITOS DE *IUS CIVILE* SÃO:

I. **FURTO** - "é a subtração de uma coisa móvel alheia, de seu uso ou de sua posse, contra à vontade do proprietário, com o intuito de lucro".

Exige-se a consciência de agir contra a vontade do proprietário da coisa (*animus furandi*). Sancionado pela *actio furti* e pela *condictio furtiva*.

Pode ser:

- a) **Furto manifesto**, se flagrante (pena do quádruplo);
- b) **Furto não-manifesto** (pena do dobro);
- c) **Conceptum**, quando a coisa se encontra com outrem;
- d) **Oblatum**, quando quem tiver a coisa estiver de boa-fé.

Furto de uso é o que pratica o comodatário que emprega a coisa para fins diferentes daqueles para os quais lhe foi emprestada. Furto da posse é o que pratica o proprietário da coisa dada em penhor.

II. **RAPINA** (roubo) é um furto agravado pelo emprego da violência. É sancionado pela *actio vi bonorum raptorum*, com condenação no quádruplo se proposta dentro do ano, no dobro, se depois.

III. **DANO DADO INJUSTAMENTE** (*damnum iniuria datum*) é um delito previsto pela *lex Aquilia* (287 a. C.). A lei dispõe:

- a) Quem matar escravo ou animal alheio deve pagar ao dono seu máximo valor no ano anterior ao delito;
- b) Quem ferir escravo ou animal alheio deve pagar seu máximo valor nos 30 dias precedentes ao delito.

Para mover a *actio legis Aquiliae* é preciso:

1. Um dano causado contra o direito (*iniuria*);
2. Uma falta positiva (*culpa in committendo*) mesmo *levissima*;
3. Um dano causado diretamente por contacto físico (*corpo corpori*).

O pretor estendeu estes requisitos concedendo ações úteis.

IV. **INIURIA** é a ofensa física ou moral contra o direito.

Pela Lei das XII Tábuas a mutilação de um membro implicava a pena do talião; a quebra dum osso, a pena de 300 asses (50 se a vítima fosse escravo); na *iniuria* simples (não atroz) a pena era de 25 asses.

O pretor introduziu uma *actio iniuriarum aestimatoria*, que tendo em conta as circunstâncias subjetivas e objetivas, prescrevia em um ano.

Os delitos de direito pretoriano são:

- I. **DOLO**
- II. **COAÇÃO**
- III. **CORRUPÇÃO DE ESCRAVO**

28. **Quase-delitos - I. 4, 5.** São obrigações penais de origem pretoriana, em que a responsabilidade prescinde do dolo ou da culpa.

São quatro:

1. **Positum et suspensum** - quem coloca uma coisa num edifício, de modo que possa causar dano aos transeuntes, pode ser chamado a juízo por qualquer um (*quisvis de populo*) para pagar uma multa de 10.000 sestércios.

2. **Effusum et deiectum** - se o objeto cair, causando dano, a vítima pode demandar o dobro do prejuízo sofrido.

3. Os comandantes de navio e os donos dos hotéis respondem pelo dobro do dano sofrido com relação às coisas a eles entregues. Eles são responsáveis pelo fato ilícito de seus gerentes (*culpa in eligendo et in vigilando*).

4. O juiz que falta a seu dever de julgar pode responder pelo prejuízo causado à parte.

29. **Fraude aos credores - I. 4, 6, 6.** Consiste em um devedor praticar atos donde resulte sua insolvência perante o credor.

É sancionada pela *actio Pauliana*, com que se revogam os atos de alienação e os fraudatórios em geral.

Para propor a *actio Pauliana* é preciso:

1. Um empobrecimento do devedor;
2. O *eventus damni* (prejuízo dos credores);

3. O *consilium fraudis* (a consciência da insolvência por parte do devedor ou do terceiro). Este requisito não se exige para a revogação dos atos a título gratuito, pois entre quem luta para evitar um dano (o credor) e quem luta para alcançar uma vantagem (p. ex., o donatário) prefere o primeiro.

<p><b>Princípios:</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. <i>'Nuda pactio obligationem non parit'</i></li> <li>2. <i>Para que surja uma obrigação contratual é preciso que haja acordo de vontades e causa civilis</i></li> </ol>	<p><b>Evolução Histórica dos Contratos:</b>  <i>Formalismo &gt; Realismo &gt; Consensualismo &gt; Pragmatismo &gt; Dogmatismo</i></p>
<p><b>CONTRATOS REAIS</b></p> <p><i>Só se perfazem com a entrega da coisa, para posterior devolução.</i></p>	
<p><b>1. Mútuo</b> (emprestimo de consumo)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Contrato gratuito (só o mutuário-devedor tem vantagem; credor faz um favor).</li> <li>Mutuante, por <i>traditio</i>, faz a transferência de propriedade de coisa fungível.</li> <li>Contrato unilateral (só gera uma única obrigação: a de o mutuário devolver a coisa fungível).</li> <li>Ação do mutuante: <i>condictio certae pecuniae</i> ou <i>condictio triticaria</i></li> </ul>	<p><b>3. Depósito</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Contrato gratuito (só o credor-depositante tem vantagem; devedor-depositário faz um favor).</li> <li>Contrato bilateral imperfeito (gera a essencial obrigação de o depositário guardar e restituir a coisa depositada, como detentor (se usá-la, comete <i>furtum usus</i>); gera a obrigação secundária de o depositante ressarcir o depositário das despesas com a guarda da coisa e dos danos causados pela coisa).</li> <li>Depositário responde por dolo e <i>culpa lata</i>.</li> <li><i>A actio depositi directa</i> protege o depositante e a <i>actio depositi contraria</i> o depositário.</li> </ul>
<p><b>2. Comodato</b> (emprestimo de uso)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Contrato gratuito (só o comodatário tem vantagem; credor faz um favor)</li> <li>Contrato bilateral imperfeito (as obrigações do comodatário são essenciais; as do comodante, eventuais).</li> <li>Comodatário deve, como <b>detentor</b>, usar a coisa com boa-fé e <b>restituí-la</b> ao final. Responde por dolo, culpa <i>lata</i> e <i>levis</i>.</li> <li>Comodante deve permitir o uso, não exigir antes do vencimento do prazo, ressarcir comodatário das despesas e dos danos causados pela coisa.</li> <li>O comodante tem a <i>actio commodati directa</i> e o comodatário a <i>actio commodati contraria</i>.</li> </ul>	<p><b>3. Contrato Pignoratício</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Contrato por meio do qual um devedor (de outra obrigação) entrega ao credor pignoratício uma coisa, a fim de servir de garantia. O credor pignoratício (que é devedor no contrato pignoratício), deve guardar a coisa e restituí-la ao referido devedor (que é credor no contrato pignoratício).</li> <li>Credor pignoratício tem a posse (para efeitos de proteção), mas não pode usar (salvo se houver pacto de anticrese).</li> <li>O contrato é bilateral imperfeito: responsabiliza-se o credor pignoratício por dolo e culpa (<i>lata</i> e <i>levis in abstracto</i>). Se usar a coisa, comete <i>furtum usus</i>.</li> <li>O devedor protege-se com a <i>actio pignoraticia directa</i> e o credor pignoratício tem a <i>actio pignoraticia contraria</i> para exigir as obrigações eventuais do devedor.</li> </ul>
<p><b>CONTRATOS CONSENSUAIS</b></p> <p><i>Perfazem-se com o simples acordo de vontades das partes</i></p>	
<p><b>1. Emplio venditio</b> (Compra e venda)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Troca de coisa (<i>merx</i>) por dinheiro.</li> <li>Contrato bilateral perfeito (i.e., sinalagmático).</li> <li>Vendedor tem a obrigação de: a) Entregar a posse da coisa e assegurar que será mansa e pacífica até a aquisição da propriedade. Logo, responsabiliza-se por evicção; b) responder pelos vícios ocultos; c) guardar a coisa até a entrega (respondendo por dolo, <i>culpa lata</i> e <i>levis</i>). O risco por caso fortuito é do comprador.</li> <li>Comprador tem a obrigação de pagar o preço e receber a coisa comprada.</li> <li>Ações que protegem o comprador (<i>emptor</i>): <i>actio redhibitoria</i>, <i>actio quanti minoris</i> e <i>actio empti</i>.</li> <li>Ação que protege o vendedor (<i>venditor</i>): <i>actio venditi</i>.</li> </ul>	<p><b>3. Mandato</b> (<i>Mandatum</i>)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Contrato por meio do qual alguém (mandatário) se obriga a praticar gratuitamente um ato conforme as instruções de outro (mandante).</li> <li>Contrato bilateral imperfeito e gratuito.</li> <li>São obrigações eventuais do mandante (sancionadas pela <i>actio mandati contraria</i>): ressarcir mandatário das despesas havidas na execução do mandato e dos eventuais danos sofridos. Essencial é a obrigação do mandatário de praticar o ato, sancionada pela <i>actio mandati directa</i>.</li> <li>Por ser baseado na mútua confiança pessoal: a) mandatário responde por <i>culpa levis</i>; b) admite a rescisão unilateral, antes de iniciada a sua execução, por qualquer das partes; c) extingue-se com a morte de qualquer delas.</li> </ul>
<p><b>3. Sociedade</b> (<i>Societas</i>)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Acordo de cooperação em atividade lícita, com fins lucrativos. A prestação de cada sócio pode se referir a contribuição pecuniária ou determinada atividade.</li> <li>Contrato bilateral (ou plurilateral) perfeito.</li> <li>Sócios respondem por dolo, culpa <i>lata</i> e culpa <i>levis in concreto</i>.</li> <li>A <i>actio pro socio</i> serve para a liquidação da sociedade.</li> </ul>	<p><b>4. Locatio conductio</b> (Locação)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>É o acordo que estabelece uma retribuição em dinheiro à disposição de uma coisa (<i>locatio rei</i>), à prestação de serviços (<i>locatio operarum</i>) ou à empreitada (<i>locatio operis faciendi</i>).</li> <li>Contrato bilateral perfeito (sinalagmático).</li> <li>Locador e locatário respondem por dolo e culpa (<i>lata</i> e <i>leve</i>).</li> <li><i>Locator</i> (locador) é quem deixa a coisa com o locatário.</li> <li><i>Conductor</i> (condutor ou locatário) é quem fica com coisa para dela usar, ou para manipulá-la ou transformá-la segundo o combinado.</li> </ul>

## I. ECONOMIA E HISTÓRIA. SISTEMA DE AÇÕES.

### CONTRATOS REAIS

EM SENTIDO PRÓPRIO (com a <i>datio res</i> ).		EM SENTIDO IMPRÓPRIO (com a transmissão da posse ou detenção da <i>res</i> ).	
<b>Mútuo</b> <i>Mutuum (res nec mancipi)</i>	<b>Fidúcia</b> <i>Fiducia (res mancipi)</i>	<b>Depósito</b> <i>Depositum</i>	<b>Comodato</b> <i>Commodatum</i>
<i>Economia agrária, familiar, de subsistência (VIII-VI séc. a.C.) – Prepondera o costume.</i>			
<i>Nudum pactum</i> (muito praticado <i>inter amicos</i> )	<i>Nudum pactum</i> (muito praticado <i>cum amico</i> )	<i>Nudum pactum</i>	<i>Nudum pactum</i>
<i>Economia monetária, agrária e comercial incipiente (V-II séc. a.C.) – Preponderam a lei e a jurisprudência.</i>			
<i>Lex Sília e jurisprudência.</i> Duas ações in ius: <i>Condictio certae pecuniae</i> <i>Condictio certae rei</i>	↓	↓	↓
<i>"Economia Mundo" (II séc. a.C. – I séc. d.C.) – Prepondera o direito pretoriano.</i>			
	<i>Actio in factum</i>	<i>Actio in factum</i>	<i>Actio in factum</i>
↓	↓	↓	↓
	<i>Actiones in ius:</i> a. <i>fiduciae directa</i> a. <i>fiduciae contraria</i>	<i>actio in factum</i>	<i>actio in factum</i>
<i>"Imperialismo burocrático" (I-IV séc. d.C.) – Prepondera a jurisprudência palaciana.</i>			
↓	↓	<i>Actiones in ius:</i> a. <i>depositi directa</i> a. <i>depositi contraria</i>	<i>Actiones in ius:</i> a. <i>commodati directa</i> a. <i>fiduciae contraria</i>
<i>"Dirigismo Estatal, sem mobilidade social" (IV-VI séc. d.C.) – Preponderam as constituições imperiais.</i>			
<i>Condictio tritícaria</i>	<i>extingue-se</i>		

*Condictio* (ou ação de direito estrito) = ação pessoal sem possibilidade de apreciação equitativa ou discricionária pelo juiz.

*Actio in ius* = ação criada pelos juristas ou pela lei. Quando são *ex fiducia bona* admitem apreciação equitativa do juiz. Revela *contractus*.

*Actio in factum* = ação admitida pelo pretor, mesmo que não esteja na lei ou no edicto.

## CONTRATOS REAIS

(*Conventio* + entrega de *res* + obrigação de restituir)

UNILATERAL		SINALAGMÁTICOS IMPERFEITOS (com ações contrárias eventuais), DE BOA-FÉ			
		<b>Fidúcia</b> <i>Fiducia</i>	<b>Depósito</b> <i>Depositum</i>	<b>Comodato</b> <i>Commodatum</i>	<b>Penhor</b> <i>Datio pignoris</i>
propriedade	propriedade		detenção	detenção	posse ad interdita
Coisa fungível mutuante x mutuário	Coisa infungível fiduciante x fiduciário	Coisa móvel infungível depositante x depositário	Coisa inconsumível comodante x comodatário	Coisa inconsumível "devedor" pignorátilio x "credor" pignorátilio	
gratuito (vantagem para um só)		gratuito	gratuito	gratuito	
Obrigação do mutuário: • devolver outro tanto.	Obrigações do fiduciário: • conservar • restituir ou destinar conforme o pacto • responde por dolo e culpa (na perda ou avaria)	Obrigações do depositário: • guardar sem usar • restituir com frutos • responde por dolo e culpa (na perda ou avaria)	Obrigações do comodatário: • não usar além do convenção • conservar a coisa • responde por dolo e custodia	Obrigações do "credor" pignorátilio: • conservar, sem usar • restituir ou destinar conforme convencionado. • custodia?	Obrigações do "devedor" pignorátilio: • conservar além do convenção • conservar a coisa • responde por dolo e custodia
				Obrigações eventuais de todos os credores da coisa: • Ressarcir despesas • Indenizar danos produzidos pela coisa • suportar o <i>ius retentiónis</i>	
Casuismo: <i>Mutuum servi?</i> <i>stipulatio usurarum</i> <i>nauticum foenus</i>	Casuismo: <i>Fiducia cum amico</i> <i>hiperocha</i>	Casuismo: <i>Furtum nec manifestum</i> Depósito miserável Depósito bancário Seqüestro	Casuismo: <i>Furtum usus</i> por excesso	Casuismo: <i>Inconsumível ad pompam</i> <i>Furtum usus</i> por excesso	Casuismo: Uso convencionado <i>hiperocha</i>

# CONTRATOS CONSENSUAIS

## (ROTEIRO DE AULA)

Prof. Hélcio Maciel França Madeira

- Perfazem-se com o simples acordo (*consensus*) das partes.
- Só integraram o *ius civile* depois de 140 a.C.
- *Voluntas* supera o formalismo e o realismo.
- São três bilaterais (= sinalagmáticos) perfeitos (*emptio venditio*, *societas*, *locatio conductio*) e um bilateral imperfeito (*mandatum*).

### EMPTIO VENDITIO (COMPRA E VENDA)

**VENDITOR** - obriga-se a transmitir a posse e garantir o uso pacífico de uma coisa (*merx*) ao

**EMPTOR** - que se obriga a transferir a propriedade de uma soma em dinheiro.

#### 1) ORIGEM

- **MANCIPATIO**
  - Venda à vista; não gerava obrigações;
  - Era “compra e venda” real;
  - Era modo de aquisição de domínio;
  - Eventuais obrigações eram decorrentes de delito, não de contrato
- Quando surgiu eficácia jurídica da “venda a crédito”?
  - 2 *stipulationes* (*emptio* + *venditio*) >
  - Pretor peregrino introduz ação de boa-fé em razão da prática.

#### 2) ELEMENTOS: coisa (*merx*) + **preium** + **conventio** (*consensus*)

##### a) *Merx*:

- Corpórea ou incorpórea (servidão, usufruto, enfiteuse etc.)
- Própria ou alheia;
- Presente ou futura:
  - **Emptio rei speratae** (de coisa esperada):
    - Condição suspensiva de que a coisa venha a existir.
    - Ex: vendo peixes de minha rede próxima.
  - **Emptio spei** (da esperança):
    - Ex: Tício compra os peixes e se obriga a pagar o preço independentemente de ser pego peixe ou não. Isto é, compra o lançado da rede (aleatoriedade).

##### b) *Preium*:

- Dinheiro
- Certo (não arbitrário). Isto é, fixado no ato ou determinável por ato - *arbitrium* - de terceiro; jamais por uma das partes;
- Real (verdadeiro). Isto é, não simulado (se a doação não for proibida, vale como doação)
- Justo (sob Diocleciano). Se menos da metade do preço justo (de mercado): *rescindenda*.

#### 3) OBRIGAÇÕES DO VENDEDOR:

*Venditori sufficit possessionem tradere et purgari dolo malo* (Paulo, D.19,4,1 pr.)

- Conservar a coisa até a entrega: no ínterim responde pelo perecimento da coisa se houver dolo, culpa lata ou, no direito justiniano, *culpa levíssima in concreto*.
- Se a coisa perecer por *casus*, *res perit emptori* (*periculum est emptori*).
- Transferir a posse pacífica;
- Responder por evicção (comprador “é vencido” em *reivindicatio* por outrem)
  - *Actio auctoritatis* (penal, *in duplum*) pelo *mancipio accipiens* contra o *mancipio dans*, chamado em causa na *rei vindicatio*;
  - *Actio ex stipulatu*: *stipulatio habere licere* (por arbitrio do prejuízo pelo juiz) >

- stipulatio duplae* (época clássica) em que o vendedor se obrigava a pagar o dobro da coisa.
- *Actio empti* (responde mesmo em ausência de específica estipulação da garantia).
  - Responder por vícios ocultos (vícios redibitórios)
    - Na origem: não existia, salvo por *stipulatio*.
    - Sancionada pelo *ius honorarium* (do edil): *actio redhibitoria* ou *actio quanti minoris*. Mais tarde pelo *ius civile*: *actio empti*.
    - D. Justinianeu: ação redibitória (6 meses da revelação do vício); *quanti minoris* (1 ano).

#### 4) OBRIGAÇÕES DO COMPRADOR:

- Pagar o preço imediatamente depois; ou no prazo.
- Responder por juros de mora a partir do recebimento da coisa.
- Só com a entrega do dinheiro é que pode exigir a coisa do vendedor.
- Ressarcir o vendedor pelas despesas na conservação da coisa, se não recebeu por culpa própria.
- Suportar os riscos pelo perecimento ou avaria da coisa por caso fortuito (*res perit emptori*)
  - ? Como explicar o princípio ?
    - *Duplae stipulationes* independentes;
    - Troca de valor oscilante por valor estável;
    - Comprador adquire *commoda* (frutos e acréscimos), logo deve suportar *onera*.

#### 5) SANÇÃO: *Actio Bonae Fidei* (em que se admite discutir os *pacta adjecta*)

- *Actio empti* - em favor do comprador.
- *Actio venditi* - em favor do vendedor.

#### 6) PACTA ACRESCENTADOS À COMPRA E VENDA (OU *STIPULATIONES* ACESSÓRIAS):

##### EM FAVOR DO VENDEDOR:

- **Pacto comissório (*lex commissoria*)** - pacto de rescisão, caso o comprador não pague pontualmente no prazo. A transferência da propriedade ficava sob condição suspensiva do pagamento do preço; logo, transferia-se a posse, não o domínio, pois a coisa era considerada *res inempta*.
- **Pacto de retrovenda (*pactum de retrovendendo*)** \* - ajuste para que a venda se rescinda se, em certo prazo, assim quiser o vendedor (mediante restituição do preço e obtenção da coisa).
- **Pacto de melhor comprador (*in diem addictio*)** - cláusula de que a venda se desfaça se, em certo prazo, aparecer quem ofereça maior preço. Isto é, vendedor pode rescindir a venda se encontrar melhor comprador num prazo determinado. Resguarda-se o direito de preferência (*ius protimiseos*) de o comprador cobrir a segunda oferta.

##### EM FAVOR DO COMPRADOR \*:

- **Pactum displicentiae** - pacto segundo o qual a coisa seja tida como não vendida se, dentro de certo prazo, a coisa não agradar o comprador;
- **Venda a contento (*emptio ad gustum*)** - pacto de que a venda se aperfeiçoa só se o comprador achar a coisa de seu gosto e não se arrepender.
- **Pacto de degustação (*pactum degustationis*)**. Difuso no comércio de vinho, mediante o qual o comprador podia experimentar a qualidade da mercadoria utilizando-se do *arbitrium boni viri* (critério objetivo de um bom homem).

\* Em todas estas categorias há controvérsias sobre a natureza da cláusula acessória, e sobre se constituem gênero ou espécie (umas das outras).

## OBRIGAÇÕES

**Conceito:** “Vínculo de direito que nos adstringe a pagar alguma coisa segundo nosso direito civil”. (Institutas de Justiniano)

Nota-se nesta definição que:

- A obrigação é um **vínculo jurídico**, o que pressupõe que ela **ocorra entre duas pessoas (partes da obrigação)**: credor e devedor, sendo que este último é aquele que é obrigado a pagar.
- Os **critérios para a existência da obrigação** são que ela:
  - seja lícita
  - seja determinada ou determinável
  - tenha conteúdo econômico
  - seja possível (física e juridicamente)

**Tipos:**

- Delitos
- Quase-contratos (atos unilaterais, no direito civil atual)
- Quase-delitos (= situações em que se provoca um dano a alguém e a autoria do dano fica de difícil constatação)

**Conteúdo do vínculo obrigacional:**

Prestação (objeto da obrigação)

- dar (*dare*): transferir a propriedade ou criar serviço
- fazer (*fare*): realizar, ou não realizar, um certo comportamento
- prestar (*prestare*): termo geral / deveres acessórios / não realização da prestação de dar e/ou fazer, por exemplo, dever de indenizar (surge da não realização da prestação de dar e/ou fazer).

**Diferença do Direito Obrigacional e do Direito Real:**

As ações judiciais processualmente falando são diferentes em termos de determinação da pessoa contra a qual será movida a ação.

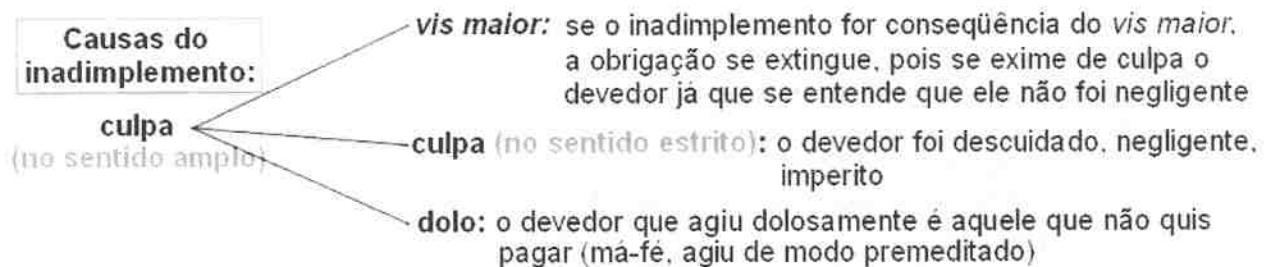
No direito obrigacional a ação é pessoal, pois acontecerá entre 2 sujeitos estabelecidos, o credor e o devedor. Já no direito real, a ação real é aquele que permite o direito de seqüela (de perseguir a *res*) *erga omnes*, ou seja, contra qualquer um. Em suma, enquanto no direito obrigacional os sujeitos são previamente determinados, no direito real os sujeitos são determináveis.

**Inadimplemento:**

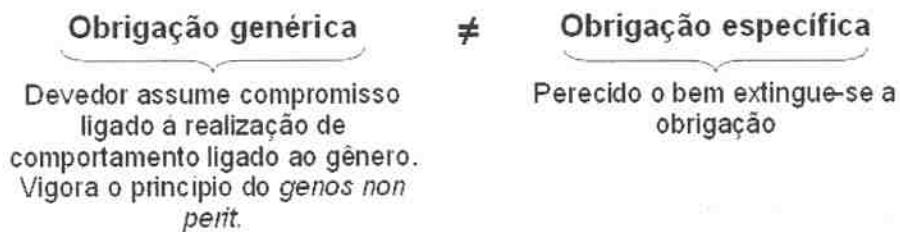
É importante investigar as causas do inadimplemento, pois pode ter acontecido sem a culpa/responsabilidade do devedor (se por exemplo, ele foi vítima de um caso fortuito ou força maior – *vis maior* –, e, por isso, não teve culpa).

Um *vis maior*, é aquele caso que o mais diligente/corajoso dos homens sofreria.

Às vezes o furto e o roubo são comparados a um *vis maior* (se a pessoa que o sofreu, o facilitou).



Conceito que difere obrigações para melhor entendimento de suas causas do inadimplemento:



#### Classificações:

- **Divisível** (ex: pagar só metade do serviço realizado também pela metade).
- **Indivisível** (recai sobre um objeto que não é possível dividir, não é possível pagamento proporcional; por ex, não se paga metade do preço por quadro feio também pela metade).
- **Alternativa** (X ou Y : existe uma escolha prevista contratualmente oferecida ao devedor para se eximir da obrigação; o credor se satisfaz com X ou Y em mesmo plano de preferência; existe escolha).
- **Facultativa** (X: uma única obrigação, mas no contratos as partes já convencionam que na impossibilidade da obrigação estabelecida – X – ser cumprida, existe o Y. Credor prefere X, mas diante da impossibilidade, em segundo plano o credor se satisfaz com Y; existe necessidade).

## INADIMPLEMENTO

### Descumprimento da obrigação

\* por caso fortuito<sup>1</sup> (de fatores que escaparam do controle do devedor)

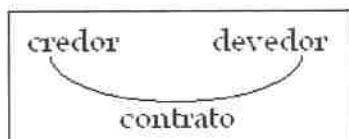
\* por culpa

- contratual
- extra contratual (ou aquileana)
- culpa in faciendo* → ação  $\oplus$
- culpa in omittendo* → onus  $\ominus$   
(= deixar de fazer algo  
em relação ao contrato)

\* culpa

- in abstrato* (se refere ao padrão de comportamento escolhido pelas partes)
- in concreto* (aquele devedor especificamente)
- latus* (= maior grau de culpa que possa existir e pode ser comparado ao dolo; se assume o risco da culpa, ex: ter pitbull XD)
- levis* (= culpa mais amena, qualquer pessoa normal poderia cometer)

- De início, deve-se simplesmente verificar o vínculo contratual. Se houver um contrato, aplica-se as normas de culpa contratual.



(descumprir as normas contratuais,  
culpa por quebra de contrato)

- Se o vínculo não for estabelecido por contrato, aplica-se culpa extra contratual.
- Aquileana: Independente do estabelecimento de um contrato. Nós que vivemos em sociedade estamos passíveis a sofrer esse tipo de culpa, por ex, chão com muita cera.

<sup>1</sup> Caso fortuito = por força maior da natureza, mas também fenômeno humano.



f na det de sua  
d.o

d.r

1 1

determinado

determinável

5.1 tradicionalmente

é importante investigar as causas, pois pode ter acontecido sem a culpa / responsabilidade do devedor (foi vítima de um caso fortuito ou força maior), n teve culpa).

"vis maior" → o + diligente / corajoso dos homens a sofreria.

As vez de furtos e roubos é comparado a "vis maior" (o facilitou o roubo).

5.1 causar

"VIS MAIOR"

consigo da "vis maior"  
(o n foi negligente)

culpa  
dolo  
sentido amplo (lato sensu)  
= abrange a culpa e o dolo

no sentido stricto  
extingue a obrigação pq  
o devedor  
foi descuidado,  
negligente,  
imperito.

devedor

que agiu

dolosa

inte é aquele

que n quis

pagar

ma-fé

agiu de modo

premeditado

lato → especializaç

Partibio: nom

que agiu

stricto → mestrado

obrigado ao

doloso

devedor

impostivo

que n quis

mistrado

pagar

devedor

ma-fé

devedor

agiu de modo

premeditado

premeditado

5.2 \* obrigaç genérica ≠ obr. específica

devedor assume compromisso  
ligado à realização de comportamento  
ligado ao gênero.

percebe o bem extinguir-se  
a obrigação

288

Conriga o princípio do:  
spiniol "GENOS NON PERIT"

\* Prestar Possível < fisicamente  
fisicamente  
fisicamente

se for imposta, n nascce a ong.

6. obrig

divisível (pagar só metade do serviço realizado  
para metade)

indivisível (recaí sobre 1 objeto / / )

que n é possível de divisão)

alternativa

facultativa

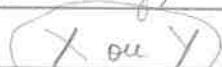
entregar quadro/animal

- n é possível de pgto  
proporcional



⇒ 1 escolha prevista  
contratualmente oferecida  
ao devedor (sp/ se eximir  
da obrig).

mas no contrato os pts já con-



vencionaram q na impossibili/ da  
obrig X ser cumprida, ⇒ o Y.



⇒ escolha

(credor se  
satisfaz com  
(X) ou (Y) em  
mism plano)

↓  
⇒ Necessif

(credor prefere (X), mas diante da  
impossibili/, em 2º plano o  
credor se satisfaz com (Y)).

Inadimplemento

descumprimento

(ris maior)

- por caso fortuito (de fatores que escaparam do controle)
  - por força maior da natureza mas tb <sup>do devedor</sup> fenômenos humanos

contratual

- por culpa
  - extra contractual ou aquileana

culpa in fociendo → ação +

culpa in omittendo → omi -

→ deixar de fazer algo em rel ao contrato

10

- culpa in abstracto (não refere ao padrão de comportamento)  
= "bonus pater familiaris"

in concreto aquele devedor especificamente

se assume o risco da culpa (ex: pitbull)

- culpa lata (maior grau de culpa que possa e pode ser comparado com o dolo)

leves → pessoa mto desatada, atos de negligência exaltante

(culpa + amena, uma pessoa normal pode cometer).

→ 10) simplesmente verificar o vínculo contratual.

Se houver 1 contrato, aplica-se as normas de culpa contratual.

credor	devedor
	contrato

(descumpriu as normas contratuais, culpa por quebra de contrato)

• se o vínculo não for estabelecido por contrato, aplica-se culpa extra contratual.

• aquileana: nós q vivemos em socie//estamos passando a sofrer esse tipo de culpa.  
ex: chão com mta cera

28E

**Primeira Parte: Casos práticos**

1) Caio emprestou a seu vizinho Tício um cavalo e permitiu que Tício usasse gratuitamente o animal por dez dias. No prazo convencionado, Tício conduziu o animal à residência de Caio para, conforme o combinado, devolvê-lo. No entanto, não conseguiu devolvê-lo, pois não havia ninguém no imóvel. Tício foi então informado por vizinhos que Caio houvera viajado e que estaria ausente de Roma por um mês, em férias. Ocorre que o animal, ainda na fazenda de Tício, no décimo segundo dia, é morto ao ingerir uma substância tóxica que, por distração, Tício esqueceu nas proximidades do estábulo. Analise juridicamente a conduta das partes envolvidas e suas consequências. Justifique.

2) Marcelo e Juliano celebraram contrato de compra e venda de uma estátua, de propriedade de Marcelo. Ajustam a entrega do objeto em casa de Juliano para daí a uma semana. Apesar de bem guardada a estátua, está vem a perecer durante o percurso até a residência de Juliano, em decorrência do rompimento de uma barragem que provoca grave inundação. Quais as consequências jurídicas deste fato? Indique e fundamente sua resposta.

**Segunda parte: C ou E. Verifique se as afirmações a seguir estão certas ou erradas. Se estiverem erradas, aponte o erro e corrija.**

E 1) A obrigação de fazer um quadro é exemplo de obrigação divisível.

E 2) Caio se obrigou a entregar um cavalo ou um boi a Marcelo. Trata-se de obrigação do tipo facultativa. *altern*

C 3) Enquanto os direitos reais são sancionados por uma *actio in rem*, pela qual o autor afirma seu direito contra todos, os direitos obrigacionais são sancionados por uma *actio in personam*, dirigida apenas contra a pessoa do devedor.

E 4) Sabe-se que o vendedor, em decorrência de um contrato de compra e venda, é obrigado a transferir a propriedade da coisa vendida ao comprador. Tal fato caracteriza a *prestaçā de fazer (facere)*.

C 5) A venda de um animal reputado vivo, mas na verdade morto, constitui exemplo de *prestaçā dare* impossível. *→ não necessariamente a ma-fé.*

E 6) A obrigação que implica o pagamento de uma quantia de dinheiro é exemplo de obrigação *genérica*.

E 7) "A" deve cem moedas a "B". "A", no entanto, falece e deixa quatro herdeiros em igualdade de condições. É correto afirmar que cada herdeiro será, então, responsável pela totalidade do pagamento da dívida. *Não, pois esta se constitui em dívida solidária e não* *verbal e parcial*.

E 8) Afirmam as Institutas de Gaio (IV.77): "Se teu filho ou teu escravo cometer crime, a ação noxal é proposta contra ti, enquanto estiverem sob teu poder. Se cairem sob poder de outrem, a ação será proposta contra este". A situação descrita por Gaio é de uma *obrigação solidária*.

E 9) A obrigação contraída por pessoa *alieni iuris* é exemplo de obrigação natural e, em consequência, caso tenha sido espontaneamente cumprida, tem o devedor o direito de requerer a devolução do que foi pago (direito à repetição).

*P. 116, último §, Marky*

2

M → J

Contrato

Compre estátua

- contrato verbal (*causa civilis*)

- não houve a formalidade, então Juliano não tinha posse.

- caso fortuito (Juliano)



2º Primeira Parte: Casos práticos

DD

GW

1) Caio emprestou a seu vizinho Tício um cavalo e permitiu que Tício usasse gratuitamente o animal por dez dias. No prazo convencionado, Tício conduziu o animal à residência de Caio para, conforme o combinado, devolvê-lo. No entanto, não conseguiu devolvê-lo, pois não havia ninguém no imóvel. Tício foi então informado por vizinhos que Caio houvera viajado e que estaria ausente de Roma por um mês, em férias. Ocorre que o animal, ainda na fazenda de Tício, no décimo segundo dia, é morto ao ingerir uma substância tóxica que, por distração, Tício esqueceu nas proximidades do estábulo. Analise juridicamente a conduta das partes envolvidas e suas consequências. Justifique.

2) Marcelo e Juliano celebram contrato de compra e venda de uma estátua, de propriedade de Marcelo. Ajustam a entrega do objeto em casa de Juliano para daí a uma semana. Apesar de bem guardada a estátua, esta vem a perecer durante o percurso até a residência de Juliano, em decorrência do rompimento de uma barragem que provoca grave inundação. Quais as consequências jurídicas deste fato? Indique e fundamente sua resposta.

Segunda parte: C ou E. Verifique se as afirmações a seguir estão certas ou erradas. Se estiverem erradas, aponte o erro e corrija.

- ✓ (E) 1) A obrigação de fazer um quadro é exemplo de obrigação divisível.  
*A obrigação é undivisível, por não poder ser dividida em partes, sem que diminua o valor proporcional de cada parte.*
- ✓ (E) 2) Caio se obrigou a entregar um cavalo ou um boi a Marcelo. Trata-se de obrigação do tipo facultativa.  
*O tipo de obrigação nesse caso é alternativa, por admitir a escolha porque os animais se encontram no mesmo fato-motivo.*
- ✓ (C) 3) Enquanto os direitos reais são sancionados por uma *actio in rem*, pela qual o autor afirma seu direito contra todos, os direitos obrigacionais são sancionados por uma *actio in personam*, dirigida apenas contra a pessoa do devedor.
- ✗ (E) 4) Sabe-se que o vendedor, em decorrência de um contrato de compra e venda, é obrigado a transferir a propriedade da coisa vendida ao comprador. Tal fato caracteriza a prestação de fazer (facere).  
*Obrigação genérica. Sobre si da prestação de fazer.*
- ✓ (C) 5) A venda de um animal reputado vivo, mas na verdade morto, constitui exemplo de prestação impossível.
- ✓ (E) 6) A obrigação que implica o pagamento de uma quantia de dinheiro é exemplo de obrigação específica.  
*Obrigação genérica.*
- ✓ (E) 7) "A" deve cem moedas a "B". "A", no entanto, falece e deixa quatro herdeiros em igualdade de condições. É correto afirmar que cada herdeiro será, então, responsável pela totalidade do pagamento da dívida. *Não, por isto se constitui uma dívida solidária e na verdade é parcial*
- ✓ (E) 8) Afirmam as Institutas de Gaio (IV.77): " Se teu filho ou teu escravo cometer crime, a ação noxal é proposta contra ti, enquanto estiverem sob teu poder. Se cairem sob poder de outrem, a ação será proposta contra este". A situação descrita por Gaio é de uma obrigação solidária.  
*Obrigação ambulatória*
- ✓ (E) 9) A obrigação contraída por pessoa *alieni iuris* é exemplo de obrigação natural e, em consequência, caso tenha sido espontaneamente cumprida, tem o devedor o direito de requerer a devolução do que foi pago (direito à repetição).  
*A parágrafo, o objetivo da obrigação, pediria ser validamente exercida pelo devedor. Assim, a parágrafo é considerada como pagamento e, consequentemente, o direito que a natureza não podia pedir a sua devolução sobre a sua obrigação de haver pago o que não era devido.*

## OBRIGAÇÕES

### RESPONSABILIDADE PELO INADIMPLEMENTO

Inadimplemento = Não cumprir o caso previsto no vínculo obrigacional.

Pode ocorrer por:

- a) **Vis maior (Caso fortuito/Força maior):** A coisa que é objeto do vínculo obrigacional perece por motivo de força maior, motivo alheio à vontade das partes. A *vis maior* extingue a obrigação.
  - **Res perit domino:** A coisa perece por motivo de força maior e o proprietário arca com os riscos/prejuízos.
  - **Res perit emptore:** Ocorre na compra. A coisa perece por motivo de força maior e o comprador arca com os riscos/prejuízos, não tendo direito a renascimento. \*Antes da *traditio* o comprador ainda não é proprietário mesmo que não tenha pagado o objeto.
- b) **Culpa:** é o comportamento sem cuidado do devedor que acarreta no perecimento da coisa que era objeto do vínculo obrigacional. Ao contrário da *vis maior*, a culpa não extingue a obrigação, que permanece.

### MORA

= é o atraso no cumprimento da obrigação.

- a) **Devedor:** retardamento culposo (sem intenção). O devedor em mora sempre responde por dolo.  
Comportamento do devedor:
  - culpa do devedor: o devedor responde por inadimplemento culposo se o contrato lhe trouxer benefícios.
  - dolo do devedor: sempre responde o devedor por inadimplemento culposo.
- b) **Credor:** retardamento em aceitar a prestação.

### TIPOS DE OBRIGAÇÕES QUANTO AO SUJEITO

- a) **Parcias:** Débito dividido entre os devedores.
- b) **Solidárias:** A dívida é considerada uma só.
  - Solidária eletiva: Todos devem o mesmo valor e o credor escolhe de quem ele irá cobrar;
  - Solidária cumulativa: cada pessoa paga o valor e o credor fica com "3valor" (enriquecimento do credor sem causa justa).A diferença entre obrigações parciais e solidárias é a pluralidade de partes na obrigação.
- c) **Ambulatórias** = são obrigações com sujeito variável; "são aquelas em que a posição do credor ou do devedor compele a quem se achar em determinada relação com uma pessoa ou coisa" (Moreira Alves).

## CONTRATO

- = ajuste de vontades; expressão de um consentimento das partes contratantes que provoca o nascimento de obrigações.
- fonte de obrigações para as partes contratantes.

## CLASSIFICAÇÕES

- Literal (escrito)
  - Verbal (somente falado)
  - Reais
  - Consensuais
  - Inominados
- Contratos formais (solenes): prática de formalidades previstas pelo *ius civilis*

### Contratos Formais:

*Causa civilis*: prática da formalidade prevista pelo *ius civilis*.

### Contratos Reais:

*Causa civilis*: Entrega de uma *res*.

Ex: depósito, comodato, penhor, mútuo.

### Consensuais:

Basta o consentimento. Exemplo: locação, compra e venda (gera a obrigação do devedor de transferir a propriedade, mas não gera a propriedade em si – por isso não é contrato real –; o que gera a propriedade é o ato da entrega), sociedade, mandato.

Cuidado: Não existe contrato sem consentimento. Este nome dá a entender que nos demais contratos não existe consentimento, o que não é verdade.

### Inominados:

Surgem com Justiniano.

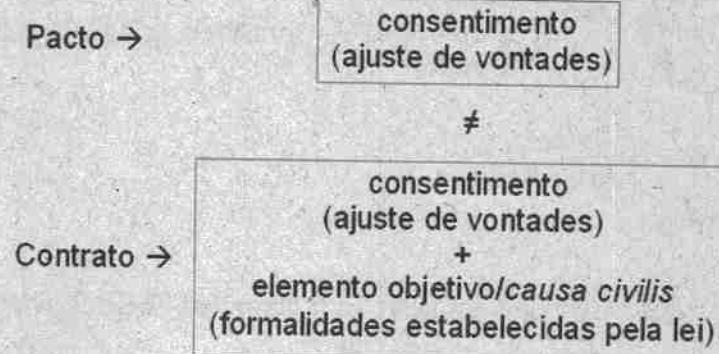
Abandono gradual do princípio da tipicidade (lista de modalidades de contrato existentes).

Mais importante que uma mera formalidade é a expressão do consentimento (processo gradual com a evolução histórica), começando-se a aceitar que os pactos também mereciam proteção jurídica.

## TIPOS DE CONTRATO EXISTENTES NO *IUS CIVILIS*

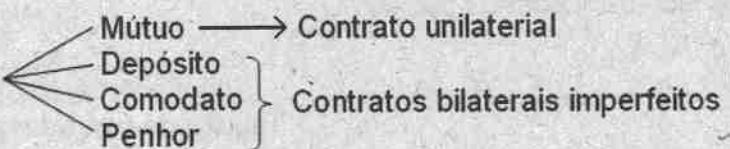
- Compra e venda
- Troca
- Doação
- Empréstimo
- Prestação de serviços

Na Roma Antiga, em princípio, não se podia criar qualquer contrato, pois a categoria de contratos tinha número limitado, eram só os estabelecidos pela lei. Os demais eram apenas pactos.



## CONTRATOS REAIS

### CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS REAIS

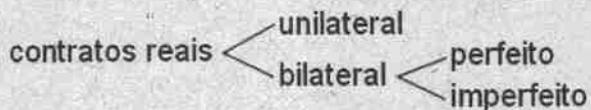


UNILATERAIS  
e BILATERAIS:  
classificação  
ATO A GERAÇÃO  
DE OBRIGAÇÕES

\* **Contrato bilateral**  
= as duas partes têm obrigações reciprocas

perfeito  
imperfeito

\* Os autores não são concordes em relação à classificação dos contratos reais



\* O devedor por definição, por natureza jurídica do contrato, é aquele que possui a obrigação essencial no contrato.

### MÚTUO

- Partes: mutuante  $\xrightarrow{res}$  mutuário

Aquele que emprestou  
(não tem obrigação)

Aquele que tomou  
emprestado e tem  
obrigação de  
devolver outro tanto  
do mesmo gênero,  
quantidade e  
qualidade

- Obrigação essencial (inerente ao contrato): devolver outro tanto do mesmo gênero, quantidade e qualidade.
- Mútuo: Você empresta algo que vai ser usado e consequentemente destruído. Você vai necessariamente me devolver outro.
- O contrato real começa com a entrega (não se pode, por isso, dizer que o mutuante tem a obrigação de entregar).

### DEPÓSITO

- Partes: depositante e depositário.
- Obrigação essencial: conservar o bem e devolver o bem.

### COMODATO

- = contrato de empréstimo gratuito de uso (se não fosse gratuito seria locação).
- Partes: comodante e comodatário.
- Obrigação essencial: (I) devolver a **mesma coisa** ( $\neq$  do mútuo em que deve devolver a coisa de mesmo gênero, quantidade e qualidade); (II) durante o comodato, obrigação de usar o bem de acordo com a finalidade, como homem cuidadoso.

ATO Jurídico:

UNILAT > Com relação  
BILAT > à declaração de  
volta de

o Testamento é um AJ unilateral

→ TODOS OS CONTRATOS SÃO AJS BILATS

## Contratos Reais

## Continuação

Análise dos 4 contratos consensuais (atualmente o princípio da consensualidade é geral, ou seja, qualquer contrato se perfaz pelo simples consentimento).

## 1. Compra e Venda (Empreitada)

\* existência do preço

\* Troca por dinheiro ( $\neq$  troca/permuta  $\rightarrow$  troca de mercadoria por mercadoria, e  $\neq$  de merc. por \$).

\* bilateral perfeito (inalâmbrico)  $\rightarrow$  todos os contratos consensuais são bilaterais (mandato e bilateral imperfeito - todos os outros são perfeitos - pois se usa a terminologia obrigações eventuais p/ 1.pt e essenciais p/ outra - nos perfeitos todas as partes têm obrigações essenciais).

\* responsabilidade por evicção do vendedor (ele tem a obrigação de entregar a mercadoria)

liberdade contratual } mudar algumas cláusulas  
princ. autonomia } do contrato, mas se forem cláusulas q/ consistem em requisitos p/ a existência daquele contrato, tais princípios estão restritos.

- evicção = possibilidade q/ o comprador tem se alguém provar que tem dir real sobre a res

- o vendedor responder por evicção se ele pagar indenização ao comprador pela perda

\* vendedor tem o dever de assegurar posse mansa e pacífica.

\* vendedor entrega a posse da coisa e se comprador adquiria propriedade por aquisição (coisa movele - 1 ano  
imóvel - 2 anos).

vendedor

\* responde por vícios ocultos (se o comprador descobre defeito da mercadoria, ele pode exigir restituição de parte do valor pago - actio quanti minoris: aí q exige abatimento no preço caso haja defeito no produto - ou, aí redibitoria (p/ desfazer o negócio)).

Responsabilidades do vendedor

obrig de entregar a merc

responde por evicção

responde por vícios ocultos

verificar no CDC a responsabilidade atual do vendedor pelos vícios redibitórios. Comparar c/ o D. Rom.  
(defeitos/ vícios ocultos)

1) Aurélio assusta um escravo de Juliano que, em decorrência do susto, cai num precipício e morre. Verifique qual delito se caracterizou, conceitue-o e informe suas consequências.

2) Mévio deve a Caio a importância de 100 sestércios, sendo o rico comerciante Público o fiador dessa obrigação. ~~Ticio~~ ~~Caio~~ cede-lhe esse crédito por meio de uma procuratio in rem suam. Sabendo que a situação financeira de Mévio não estava boa, Tício planeja cobrar a dívida o quanto antes, enquanto o devedor ainda estava solvente, a fim de poupar-se do aborrecimento de litigar com Públio. Antes, porém, que Tício realize seu intento, Caio procura Mévio e pratica com ele a novação da dívida, que era pura e simples, acrescentando-lhe agora um termo de dois anos. Tomado de cólera com a atitude perfida de Caio, e sentindo-se prejudicado, Tício recorre a seu advogado a fim de informar-se acerca de seus direitos diante desse novo estado de coisas.

## RESUMO DAS OBRIGAÇÕES

- DIREITOS PATRIMONIAIS
  - Direitos reais
  - Direitos pessoais (obrigacionais)
- Conceitos ←
- DIFERENÇA ENTRE DIREITOS REAIS E PESSOAIS (OBRIGACIONAIS)
- ELEMENTOS ESSENCIAIS DA OBRIGAÇÃO
  - Partes e conteúdo da obrigação
  - Vínculo
  - Objeto (prestação) → MA + TM
- TIPOS DE OBRIGAÇÕES
- EFEITOS DAS OBRIGAÇÕES → MA
  - Adimplemento → TM
  - Inadimplemento
    - Actio in personam → TM
    - Causas do inadimplemento
      - Devedor - culpa
      - dolo
    - Impossibilidade - vis maior
    - culpa do credor
- Mora
  - Direito de retenção → MA
- OBRIGAÇÕES NATURAIS → TM
- FONTES DAS OBRIGAÇÕES
- GARANTIA DAS OBRIGAÇÕES
  - Outras garantias
- TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES
- CONTRATOS
  - Conceito → MA
  - Sistema contratual → S
  - Requisitos → MA
  - Efeito → MA
  - Classificação dos contratos
    - Contratos formais
    - Contratos reais
    - Contratos verbais
    - Contratos literais
    - Contratos consensuais
    - Contratos inominados
  - Nexus → MA
  - Gestão de negócios → S
  - Pactos
  - Doação
  - Quase-contratos
  - Delitos
  - Quase-delitos
  - Fraude aos credores → S

## DIREITOS PATRIMONIAIS

Os direitos patrimoniais se dividem em direitos reais e direitos pessoais (obrigacionais).

### DIFERENÇA ENTRE DIREITOS REAIS E PESSOAIS (OBRIGACIONAIS)

Existem vários elementos que diferem os direitos reais dos pessoais (obrigacionais). Todos esses elementos derivam de suas características.

- (I) O direito real incide imediata e diretamente sobre uma coisa; a relação obrigacional é um vínculo entre duas pessoas;
- (II) O direito real implica um dever de todos de não perturbar o direito do titular dele (vale erga omnes), sendo sancionado por uma ação real (actio in rem); o direito obrigacional, entretanto, é uma relação existente só entre determinadas pessoas (não vale erga omnes), sendo sancionado por uma ação pessoal (actio in personam), que é de se propor apenas contra uma determinada pessoa;
- (III) O direito real segue a coisa com quem quer que ela se encontre (direito de seqüela); o direito obrigacional não possui direito de seqüela;
- (IV) O direito real é normalmente duradouro, até muitas vezes perpétuo; a obrigação é, em princípio, temporária, tende sempre para seu cumprimento e extingue-se por este;
- (V) Somente o dono da coisa pode onerá-la de um direito real na vantagem de outrem; já a obrigação, se pode assumir por um fato alheio;
- (VI) O direito real consiste numa tolerância ou em não fazer, o direito obrigacional é constituído por uma prestação, que consiste em dare, facere e praestare.

## CONCEITO

Conceito de Thomas Marky: A obrigação (obligatio) é um laço jurídico entre o credor e o devedor, pelo qual o primeiro tem direito a exigir determinada prestação do segundo, que, por sua vez, é obrigado a efetuá-la.

Conceito de Moreira Alves: A obrigação é um vínculo jurídico em virtude do qual o devedor é compelido a realizar uma prestação de conteúdo econômico em favor de outrem. Ao devedor, portanto, incumbiria um dever jurídico, a obrigação. (...) A relação jurídica obrigacional é aquela em que o devedor deve realizar uma prestação de conteúdo econômico ao credor.

Conceito de Gaetano Sciascia: É um vínculo jurídico que nos adstringe rigorosamente a pagar alguma coisa, segundo nosso direito civil.

Na obrigação existem sempre dois sujeitos: o credor, o sujeito ativo, que tem o direito à prestação; e o devedor, o sujeito passivo, que tem o dever de cumprir a prestação.

## ELEMENTOS ESSENCIAIS DA OBRIGAÇÃO

Existem três elementos essenciais da obrigação:

- (I) Sujeitos ativo (credor) e passivo (devedor)  
O credor é aquele que é titular do direito de crédito. O devedor é aquele a quem incube o dever jurídico de conteúdo patrimonial, o débito.
- (II) Vínculo existente entre os sujeitos

A princípio o vínculo era material (o devedor respondia com o próprio corpo, podia ser retalhado em pedaços pelos credores conforme disposição das XII Tábuas), posteriormente, com a Lei Poetelia Papiria, o vínculo passou a ser jurídico (imaterial), respondendo, então, o devedor pelo débito, não mais com seu corpo, mas com seu patrimônio.

### (III) Objeto da relação jurídica (prestação)

O objeto da relação jurídica obrigacional (da obrigação) é a prestação, que consiste em:

- dare (obrigação do devedor de transferir ao credor a propriedade de uma coisa)
- facere (obrigação do devedor de realizar um ato qualquer que não transfira direito ao credor; pode também ser o dever do devedor de não realizar um ato, omitir-se, facere inclui non facere)
- praestare (termo geral)

São requisitos para que a prestação exista, que ela seja:

- possível (física e juridicamente)
- lícita
- determinada ou determinável
- ter conteúdo econômico para o credor (ser avaliável em dinheiro)

Caso seja impossível a prestação desde a constituição da obrigação, ela é nula.

## TIPOS DE OBRIGAÇÕES

### Quanto aos sujeitos:

- (I) Ambulatórias – obrigações com sujeito variável;
- (II) Parciais – obrigações divisíveis entre vários devedores;
- (III) Solidárias – obrigações em que a prestação é encarada numa totalidade.

As obrigações solidárias podem ser:

- a) Cumulativas – todos os devedores devem pagar o valor total da prestação (gera para o credor enriquecimento sem justa causa);
- b) Eletivas – todos os devedores devem juntos um único valor, que é pago em sua totalidade por apenas um devedor escolhido (eleito) pelo credor;

As obrigações solidárias, classificadas pelos antigos, podem ser:

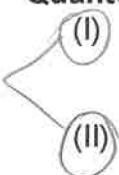
- a) Perfeitas (ou co-reais) – a litis contestatio com um dos devedores extingue a ação;
- b) Imperfeitas – somente o pagamento de um dos devedores extingue a dívida, não a litis contestatio.

### Quanto ao objeto:

- (I) Genéricas e Específicas – obrigações específicas (obligatio speciei) são aquelas que o objeto da prestação é uma coisa determinada (certa species), como o prédio situado em frente do barbeiro; obrigações genéricas (obligatio generis) são aquelas em que o objeto da prestação é uma coisa genericamente determinada (genur), como um saco de trigo (a prestação é indicada em gênero), vigorando o princípio genos non perit (o gênero não perece), portanto, tais obrigações não se extinguem com o perecimento da coisa;
- (II) Alternativas – são aquelas obrigações em que são indicadas duas alternativas de objeto para a prestação em mesmo plano de preferência para o credor, e o devedor se exime da obrigação cumprindo apenas uma alternativa qualquer entre as duas;

- (III) Facultativas – são aquelas obrigações em que é indicado um objeto de prestação para ser cumprido no caso da impossibilidade do cumprimento da prestação com o primeiro objeto de preferência do credor;
- (IV) Divisíveis e indivisíveis – obrigações divisíveis são aquelas cuja prestação pode ser dividida em partes, sem que diminua o valor proporcional de cada parte. Se isso não for possível, a obrigação é indivisível. Por exemplo, a confecção de uma estátua a que se obriga o escultor é obrigação indivisível; não o é, porém, a obrigação de pagar uma importância.

### Quanto ao vínculo ou sanção:



Civis e honorárias – obrigações civis são sancionadas por uma ação do direito civil (*ius civile*); obrigações honorárias são sancionadas por uma ação do direito pretoriano, honorário (*ius honorarium*);

Obrigações naturais – são aquelas que não são sancionadas por uma ação, mas sim por uma exceção; e podem entrar em compensação. Essas obrigações são aquelas em que a ação não é exigível por meio de ação, assim, o devedor não pode ser compelido à prestação, por faltar ao credor tutela jurídica processual. Tais obrigações não podiam ser objeto de ação do credor, mas tinham outros efeitos secundários: o mais importante deles é que a prestação, objeto da obrigação, podia ser validamente executada pelo devedor. Assim, a prestação era considerada como pagamento e, consequentemente, o devedor que a satisfizera não podia pedir a sua devolução sob alegação de haver pago o que não era devido. Ainda a obrigação natural podia ser garantida por fiador ou por garantia real, e podia ser confirmada por vários modos.

Dividem-se em dois tipos:

a) obrigações naturais que sempre o foram:

- obrigação contraída por pessoa alieni iuris, que não tinha capacidade jurídica de gozo, e que, consequentemente, não podia obrigar-se civiliter;
- obrigação do filius familae nas disposições do senatus-consulto Macedoniano (obrigações decorrentes de mútuo feito a filius familae, ao qual as disposições do senatus-consulto Macedoniano proibiam tomar empréstimo de dinheiro);
- obrigação do pródigo.

b) obrigações civis degeneradas em naturais:

- todas as obrigações de quem sofreu *capitis deminutio*;
- obrigação que permanece depois de uma sentença injusta;
- obrigações novadas por *litis contestatio*.

### EFEITOS DAS OBRIGAÇÕES

O primeiro e necessário efeito da obrigação é o seu cumprimento espontâneo pelo devedor, seu **adimplemento**, pagamento ou solução, por meio do qual a obrigação se extingue.

No entanto, o devedor pode, por diversos motivos, não cumprir a obrigação. O não-cumprimento da obrigação se chama **inadimplemento**. Já a ocorrência de atraso no cumprimento da obrigação, denomina-se **mora**.

## Não-cumprimento da obrigação ocasionado por ato ou fato não imputável ao devedor:

**I) Inadimplemento decorrente de vis maior (ou caso fortuito, ou força maior) –** Ocorre impossibilidade cumprir com a obrigação devido ao perecimento da coisa que é objeto da prestação por motivo de força maior, alheio à vontade das partes. Por ter se tornado impossível a realização da prestação com a ocorrência do caso fortuito, consequência é a extinção da obrigação.

**Responsabilização:** O devedor se desobriga da obrigação, que se extingue, se a impossibilidade de cumprir com ela decorrer de fato que não lhe seja imputável, vis maior (caso fortuito ou força maior).

### Conseqüências:

Res perit domino (a coisa perece por motivo de força maior e o proprietário arca com os prejuízos); res perit emptore (corre na compra; a coisa perece por motivo de força maior e o comprador arca com os prejuízos – lembrar que antes da traditio o comprador ainda não é proprietário mesmo que tenha pagado o objeto).

**II) Mora do credor –** O credor se recusou a receber a prestação ou foi responsável por ato que a impossibilitasse.

**Responsabilização e conseqüências:** A parte em mora é a responsável pelos danos causados, com sua atitude, à outra parte. Portanto, em mora do credor, o credor é responsável pelos danos causados ao devedor.

*\* devedor responde somente por ato doloso*

## Não-cumprimento da obrigação resultante de ato imputável ao devedor:

**I) Inadimplemento resultante de ato ou omissão voluntária do devedor (culpa em sentido amplo) –** Culpa em sentido amplo é a violação, imputável a alguém, de um dever jurídico, em decorrência de fato intencional ou falta de diligência.

**Responsabilização e conseqüências:** O devedor será responsável pelos danos causados ao credor somente se a impossibilidade decorrer de ato ou omissão imputável a ele (culpa em sentido amplo, que abrange dolo e culpa em sentido restrito). Quando o devedor não cumpre a obrigação e é responsabilizado por isso, o credor pode constrangê-lo por meio de uma ação pessoal (actio in personam) ao pagamento da prestação. O devedor que não cumpre a obrigação será condenado, pelo juiz, ao pagamento do valor em dinheiro da prestação não cumprida.

### A culpa em sentido amplo abrange dolo e culpa em sentido restrito:

**a) Dolo:** Violção intencional, deliberada. Ocorre na relação obrigacional, toda vez que o devedor assume voluntariamente uma atitude resulta no seu inadimplemento (atitude que impede o cumprimento da obrigação ou, atitude de simplesmente não cumprir com a obrigação, omissão voluntária do devedor de seu cumprimento).

**Responsabilização e conseqüências:** O devedor que, por dolo, não cumpre a obrigação, ou torna impossível a realização da prestação, responde pelo dano que causa ao credor, ainda que entre eles tenha se celebrado o pactum de non petendo dolo (pacto para excluir a responsabilidade por dolo), pois esse pacto é nulo.

**b) Culpa em sentido restrito:** Violção decorrente de negligência. Falta voluntária de cuidado necessário que resultou no inadimplemento da obrigação.

Existem diferentes tipos de culpa em sentido restrito:

- **Culpa contratual** (ocorre quando o comportamento negligente se verifica numa relação contratual) e **culpa extracontratual ou aquiliana** (ocorre quando entre as partes não há relação contratual, isto é, quando não existe relação obrigacional derivante de um contrato);

- **Culpa in faciendo** (consiste num fato ou ato) ou **culpa in omittendo ou non faciendo** (consiste numa omissão, num não fazer);

- **Culpa lata** (grande negligência do devedor, que não usa da mais elementar cautela, não prevê o que é previsível por todos; iguala-se ao dolo) ou **culpa levis** (pode ser in abstracto ou in concreto);

- **Culpa in abstracto** (á culpa verificada numa pessoa normal, o homem médio) ou **culpa in concreto** (o cuidado que se emprega nas próprias coisas).

**Responsabilização e consequências:** A culpa perpetua a obrigação, isto é, não extingue o vínculo da obrigação, que permanece. Quanto a responsabilidade por culpa, não há unanimidade entre os autores. A opinião dominante entende que o devedor respondia por culpa em sentido restrito de formas distintas do direito clássico ao direito justinianeu<sup>1</sup>.

**II) Mora do devedor** – O atraso no cumprimento da obrigação ocorreu porque o devedor não satisfez a prestação no tempo devido.

**Responsabilização e consequências:** A parte em mora é a responsável pelos danos causados, com sua atitude, à outra parte. Portanto, em mora do devedor, o devedor é responsável pelos danos causados ao credor.

## FONTES DAS OBRIGAÇÕES

- I) **Segundo as Institutas de Gaio:** contratos (acordo dos sujeitos criando vínculo) e delitos (fato ilícito danoso).
- II) **Segundo as Institutas de Gaio, no período pós-clássico:** contratos, delitos e outras figuras de causas (demais fatos jurídicos que geram obrigações e que não são nem contratos, nem delitos).
- III) **Segundo as Institutas de Justiniano:** contratos, quase-contratos (não consistem em contratos por faltar o consentimento), delitos e quase-delitos (delitos pretorianos ou ilícitos, em que falta o dolo ou a culpa).

## GARANTIA DAS OBRIGAÇÕES

São relações jurídicas que se ajuntam a uma obrigação, sendo meio pelo qual o credor se utiliza para melhor assegurar-se de que a obrigação será cumprida.

São sempre voluntárias e eventuais e tem, em geral, caráter acessório.

Dividem-se em duas categorias:

- I) **Garantias reais** – aquelas que garantem o cumprimento da obrigação mediante a constituição, em favor do credor, de direito real sobre coisa do devedor (ex: fidúcia, penhor, hipoteca);

<sup>1</sup> No direito clássico o devedor era responsabilizado quando a execução da obrigação se tornava impossível por ato seu, ou quando por ação ou omissão sua conduta fosse dolosa ou culposa em sentido restrito. No direito justinianeu, persiste a responsabilidade por dolo, mas a responsabilidade por culpa apresenta modificações, ocorrendo a graduação em culpa lata e levis, equiparando-se a culpa lata ao dolo, e havendo algumas outras peculiaridades com relação à culpa levis.

**II) Garantias pessoais** – aquelas que surgem de outra relação jurídica obrigacional.

Podem ser as arras, a cláusula penal, o constitutum debiti proprii, o constitutum debiti alieni, o mandato de crédito, o constitutum debiti proprii, a fiança, etc.

**a) Arras (ou sinal):** A entrega, pelo devedor ao credor, de uma coisa ou de uma quantia, com o fim de que ela sirva para confirmar a conclusão de um acordo e para garantir o seu cumprimento. Além da função de garantia também possuía a função do arrependimento, conferida por Justiniano, que consistia na faculdade das partes de rescindirem, unilateralmente, o contrato confirmado. Essa rescisão acarretava a perda do valor das arras: assim, se a rescisão era motivada por quem dera as arras, perdia-as em favor da outra parte; se, ao contrário, esta, que recebera as arras, é que desse causa à rescisão, ficava obrigada a devolvê-las em dobro.

**b) Cláusula penal (ou multa):** a promessa, por meio de stipulatio, do pagamento de uma indenização pecuniária, predeterminada, para o caso do inadimplemento de uma obrigação. Havendo tal estipulação, não era preciso provar as perdas e danos para obter indenização. Esta era devida com base na estipulação da multa contratual. Entretanto, cumpre-nos salientar que, quando as perdas e danos excediam o valor estabelecido no contrato, a diferença a mais podia ser exigida separadamente.

**c) Constitutum debiti proprii e Constitutum debiti alieni:** pacto pretoriano pelo qual alguém promete ao credor o pagamento de débito já existente em data ou lugar determinados. A pessoa que faz essa promessa pode ser o próprio devedor a quem incumbia pagar o débito preexistente (nesse caso, ocorre o constitutum debiti proprii) ou um terceiro (aí, o constitutum se denomina constitutum debiti alieni).

**d) Mandato de crédito:** é o encargo que se dá a alguém de emprestar dinheiro a outrem (mútuo), tornando-se fiador do mutuário, isto é, garantindo o pagamento do mútuo.

**e) Fiança:** A mais importante garantia pessoal das obrigações. Consiste na garantia que estabelece relação jurídica obrigacional entre o credor e um terceiro, pela qual o credor, se o devedor não cumprir a obrigação principal, pode exigir, do terceiro, o cumprimento dela.

No direito clássico existiram três formas de fiança que surgiram, uma após a outra, na seguinte ordem:

- **Sponsio:** do ius civile (só podia ser usada por cidadãos romanos e por latinos)

- **Fidepromissio:** do ius gentium (além dos romanos, também podia ser usada pelos estrangeiros)

Ambas (sponsio e fidepromissio) apenas serviam para garantir créditos contraídos por stipulatio; não se transmitiam aos herdeiros, extinguindo-se, portanto, com a morte; sponsor e fidepromissor respondiam solidariamente com o devedor por todo o débito, sendo, portanto, devedores solidários, e podendo, a qualquer tempo, ser perseguidos judicialmente por toda a dívida; pago o débito pelo fiador, extinguia-se a dívida do devedor, e o sponsor ou o fidepromissor não tinham ação para cobrar do devedor o que por ele pagaram. Nos séculos III e II a. C. Surgem várias leis para melhorar a situação dos fiadores, uma vez que, diante do pesado ônus que a fiança representava, era um instituto pouco conveniente para quem se tornasse fiador. Essas leis, no entanto, se por um lado melhoraram a situação dos fiadores, por outro, enfraqueceram a garantia dos credores. Por tais inconvenientes, nos fins da república ou no início do principado, surgiu a fideiussio, e a sponsio e a fidepromissio entraram em desuso. Já no direito justiniano subsiste apenas a fideiussio.

- **Fideiussio:** do ius gentium (podia ser utilizada por romanos e estrangeiros); apesar de nascida de stipulatio, servia para garantia de qualquer espécie de obrigação (e não apenas para as decorrentes da stipulatio); a responsabilidade do fideiussor transmittia-se

com sua morte aos seus herdeiros; extinguia-se automaticamente com a extinção da obrigação principal; o fideiussor possuía duas ações por meio das quais poderia ser reembolsado pela quantia paga ao credor em lugar do devedor, eram a actio mandati contraria (se pagara a dívida a pedido do devedor) e a actio negotiorum gestorum contraria (se a pagara espontaneamente em lugar do devedor); quanto ao caráter solidário do fiador, este desaparece pouco a pouco no direito justinianeu.

## TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES

Ocorre quando há modificação dos sujeitos ativo ou passivo - ocorrendo a transmissão de crédito (com a mudança do sujeito ativo) ou transmissão de débito (na modificação do sujeito passivo) -, mas persistindo a mesma relação jurídica obrigacional.

A transmissão pode ocorrer em razão da morte dos sujeitos (mortis causa) ou entre vivos (inter vivos).

A transmissão mortis causa sempre foi admitida no direito romano em todas as suas etapas.

A transmissão inter vivos é chamada sucessão, transmissão ou cessão (esta última denominação indicando que a transferência ocorreu voluntariamente). Admitia-se o princípio da intransmissibilidade das obrigações inter vivos, ativa ou passivamente, devido ao caráter pessoal da relação jurídica entre o credor e o devedor. Porém, com a desvinculação corporal dos sujeitos – com a Lei Poetelia Papiria –, ocorreu o fim da total intransmissibilidade na prática, com apenas a conservação teórica deste princípio, ocorrendo algumas exceções a ele: primitivamente só eram permitidas as transmissões de crédito adrogati e in manu conventio; e nos períodos clássico e pós clássico, somente se alcançaram os efeitos da transmissão na prática, alcançando economicamente os resultados da obrigação, e por meio de expedientes indiretos (esses meios indiretos são a novatio, a procuratio in rem suam e a concessão de actiones utiles).

**Cessão de crédito:** Para a cessão de crédito os meios utilizados foram a novatio, a procuratio/cognitio in rem suam, e a concessão de actiones utiles.

**Cessão de débito:** Também para alcançar economicamente a cessão de débito havia os dois meios da procuratio/cognitio in rem suam e da novatio (tendo a novatio, no entanto, a denominação técnica expromissio), porém com relação ao devedor.

Todavia, em ambos os meios, diferentemente da cessão de crédito, para a cessão de débito era fundamental a concordância do credor.

### - Delegatio:

**(I) Delegatio activa (Novatio)** - Ocorre indiretamente a cessão de crédito (credor manda o devedor pagar a outrem), desaparecendo a obrigação primitiva e surgindo uma nova entre o mesmo devedor e um novo credor. Na teoria não ocorreu realmente transmissão da obrigação, mas sim o desaparecimento da primitiva e nascimento de uma nova. Na prática, atinge-se economicamente os mesmos resultados que atingiria-se com a efetiva cessão de crédito.

Inconvenientes:

- um dos requisitos para sua ocorrência era o consentimento do devedor;
- o crédito do novo credor não conservava sempre as mesmas características do crédito antigo;
- a delegatio só se realizava pela stipulatio;
- as garantias do crédito primitivo se extinguiam com a delegatio;

- o devedor não podia opor contra o novo credor os meios de defesa que dispunha contra o anterior.

**(II) Delegatio passiva** - Ocorre indiretamente a cessão de débito (transmissão da obrigação de um devedor a outro).

Inconvenientes:

- um dos requisitos era a anuência, a presença e a cooperação ativa das duas partes da obrigação originária (isto, que é natural na transmissão do débito, porque ao credor muito importa quem seja o seu devedor, não se justifica, entretanto, na delegatio activa, na cessão do crédito, pois ao devedor tanto faz quem seja o seu credor, desde que a obrigação permaneça inalterada);

- a delegatio só se realizava pela stipulatio;
- as garantias do crédito primitivo se extinguiam com a delegatio;

**- Procuratio/cognitio in rem suam (procuração em causa própria):** O credor nomeava a pessoa a quem queria ceder o crédito, seu cognitor ou procurador, a fim de que esta pessoa cobrasse judicialmente o devedor da dívida, eximindo-o (o procurador ou cognitor) da obrigação de prestar-lhe contas do desempenho do mandato, atingindo-se, por meio disto, indiretamente, a cessão de crédito.

Este meio indireto de transferir créditos se denominava, no período clássico, cognitio ou procuratio in rem suam de acordo com a pessoa a quem o credor desejava ceder o crédito, cognitor ou procurador. No direito justinianeu desapareceu a figura do cognitor, passando este instituto a denominar somente procuratio in rem suam.

Inconvenientes:

- o mandato podia ser revogado pelo mandante (credor) até que ocorresse a litis contestatio na ação movida pelo mandatário (procurador/cognitor in rem suam) contra o devedor;
- o mandato podia extinguir-se com a morte do mandante (credor);
- a procuratio/cognitio in rem suam só atribuía direito autônomo ao procurador/cognitor com a litis contestatio.

**- Sistema das ações úteis:** surgiu no principado, mas só atingiu pleno desenvolvimento no direito justinianeu. Esse sistema, de conceder aos cessionários ações úteis, lhes permitia assegurar-se de modo autônomo e irrevogável, dos benefícios de crédito que lhes fora cedido.

Por esse sistema, o sujeito que se tornasse cessionário de um crédito, por meio de uma convenção com o credor, podia cobrá-lo judicialmente com a mesma ação de que dispunha do credor, mas estendida a ele, cessionário utilitatis causa, portanto, suo nomine (em seu próprio nome), e não em nome do credor, como ocorria na procuratio/cognitio in rem suam.

Este instituto, porém, também apresentavam um inconveniente: ao ceder o crédito, o credor perdia não a titularidade desse direito, de modo que o devedor se liberava do débito se pagasse ao primitivo credor (o cedente), antes da cobrança judicial por parte do cessionário. Somente com Justiniano este inconveniente foi eliminado, pois foi estabelecido que por notificação feita pelo cessionário ao devedor, se este mesmo após receber a notificação realizasse o pagamento ao antigo credor, não se eximiria da obrigação, tendo que pagar novamente ao cessionário.

Considera-se que somente a partir deste momento, a partir da notificação, houve uma verdadeira cessão de crédito, pois embora o credor continuasse titular do direito de

crédito, não dispunha mais de ação para cobrar o débito, tendo esta ação útil somente o cessionário, a quem unicamente devia o devedor pagar para eximir-se da obrigação. Os outros dois meios de se obter indiretamente a cessão de crédito (novatio e procuratio/cognitio in rem suam) continuaram sendo usados, já que o sistema de ações úteis não era incompatível com eles. Além disso, a novatio apresentava uma vantagem em relação ao sistema das ações úteis: ocorrida a cessão de crédito por meio da novatio, o devedor não podia invocar exceções de que dispunha contra o credor primitivo para defender-se contra o cessionário.

## CONTRATOS

- Conceito
- Sistema contratual
- Requisitos
- Efeito
- Classificação dos contratos
  - Contratos formais
  - Contratos reais
  - Contratos verbais
  - Contratos literais
  - Contratos consensuais
  - Contratos inominados
- Nexum
- Gestão de negócios
- Pactos
- Doação
- Quase-contratos
- Delitos
- Quase-delitos
- Fraude aos credores

## CONTRATOS

**Conceito:** Ato jurídico bilateral (acordo das partes e sua manifestação externa) que tem por finalidade produzir consequências jurídicas.

- Todo contrato gera obrigações no direito romano
- O simples acordo não gera obrigação, para que haja contrato, havendo vínculo jurídico, é preciso a causa civilis (fundamento jurídico)

### CONTRATOS FORMAIS:

- Direito Romano primitivo só conheceu os contratos formais
- Dois tipos: **nexum** e **stipulatio**
- **Nexum:** empréstimo realizado por ato formal semelhante à mancipatio, diferindo dela, pelo estabelecimento da obrigação do devedor de devolver outro tanto do mesmo gênero, qualidade e quantidade do objeto emprestado.
- **Stipulatio:** promessa solene de uma prestação

### CONTRATOS DO DIREITO CLÁSSICO:

- **Nexum** caiu em desuso
- **Stipulatio** continuou em vigor durante toda a evolução do direito romano e constituiu os contratos verbais
- **Contratos verbais:** os contratos constituídos por stipulatio
- **Contratos literais:** realizados por escrito
  - consistiam no lançamento no livro contábil do credor da dívida do devedor
  - caíram em desuso no fim do período clássico

**CONTRATOS REAIS:** empréstimo realizado apenas com a entrega (traditio) da coisa ao devedor, desta entrega resultava a obrigação do devedor à devolução

- **mútuo**
- **depósito**
- **comodato**
- **penhor**

*unilateral* →  
↓  
não é um  
contrato  
de aluguel

- No direito justiniano todos os contratos que se perfaziam pela entrega da coisa, com a subsequente obrigação de restituí-la, passaram a ser considerados contratos reais

**Contratos consensuais:** se perfazem pelo simples acordo das partes, sem outras formalidades

- **ius gentium**
- **compra e venda**
- **locação**
- **sociedade**
- **mandato**

**Pactum:** não se enquadra em nenhum dos tipos de contrato já mencionados (verbais, literais, reais ou consensuais)

- não tem força coercitiva
- exceções de pactos com tutela jurídica: **pacta adjecta**, **pacta praetoria** e **pacta legitima**

#### Mútuo (Mutuum)

- **Partes:** credor que empresta chama-se mutuante; o devedor que toma emprestado chama-se mutuário.

- **Conteúdo da obrigação:** responsabilidade do mutuário da devolução de outro tanto recebido
- **Contrato unilateral**
- **Ação:** A ação do credor contra o devedor, para compeli-lo à devolução, era a *condictio certae creditae pecuniae*, quando referente a dinheiro, e a *condictio triticaria*, quando relativa a outra coisa fungível.

### **Depósito (Depositum)**

- **Conceito:** entrega, pelo credor, de uma coisa móvel ao devedor para que este a guarde, gratuitamente, e a restitua quando pedida pelo primeiro. O credor se chama depositante e o devedor, depositário.
  - O depositário só detém a coisa (*possessio naturalis*). Não pode usar dela, porque sua obrigação é de guardá-la, devolvendo-a em seguida no estado em que a recebera. Usando a coisa recebida em depósito, comete furto (*furtum usus*).
  - **Contrato gratuito;** o depositário faz um favor ao depositante. O depósito é contrato no exclusivo interesse do credor depositante. A responsabilidade do depositário é determinada por este fato.
  - **Conteúdo da obrigação:** obrigações (do depositário e do depositante) não equivalentes: **(I)** obrigação essencial (existe forçosamente em qualquer depósito, que, sem esta, não existe): obrigação do depositário de guardar a coisa recebida e restituí-la, findo o depósito. **(II)** obrigações secundárias e eventuais: o depositante é obrigado a indenizar o depositário pelas despesas por este feitas com a guarda da coisa e a resarcir-lo dos danos que eventualmente tenha sofrido em virtude do depósito.
  - **Contrato imperfeitamente bilateral** (*contractus bilateralis inaequalis*); devido a diferença nas obrigações de cada uma das partes

### **Comodato (Commodatum):**

- **Conceito:** entrega de uma coisa para uso gratuito, com a obrigação do devedor de restituí-la.
- **Partes:** O credor que entrega a coisa e que pode exigir a sua restituição se chama comodante. O devedor que recebe a coisa para usá-la com a obrigação de restituí-la, findo o comodato, se chama comodatário.
- Do ponto de vista econômico, o comodato é semelhante ao mútuo, mas difere dele quanto à sua estrutura jurídica. No mútuo, a coisa é fungível e o mutuário passa a ser seu dono. No comodato, o comodatário é mero detentor da coisa (*possessio naturalis*). Conseqüentemente, no primeiro, o mutuário é obrigado a devolver outro tanto do mesmo gênero, qualidade e quantidade da coisa recebida. No comodato, o comodatário terá que restituir especificamente a própria coisa recebida. Assim, a primeira é obrigação genérica, a segunda obrigação específica.
- **Contrato gratuito;** já que no interesse exclusivo do devedor comodatário, fazendo o comodante credor um favor ao comodatário devedor, cedendo-lhe o uso da coisa. A responsabilidade do comodatário é determinada por este fato.
- **Conteúdo da obrigação:** Obrigações não equivalentes: **(I)** Obrigações essenciais (como no depósito): A obrigação do comodatário é de usar da coisa consoante o que foi estabelecido no contrato e de acordo com a bona fides. Findo o comodato, deve restituir a coisa ao comodante. **(II)** Obrigações eventuais: De outro lado, o comodante é obrigado a permitir o uso da coisa pelo comodatário durante o prazo estabelecido no contrato, não podendo exigir a devolução antes do vencimento e

devendo indenizar o comodatário não só pelo que este despendeu com a coisa, como também pelos danos que eventualmente sofrer na execução do contrato. Exemplo desses danos pode-se ter no caso de um animal com peste, dado em comodato, que infeste o rebanho do comodatário.

- **Contrato imperfeitamente bilateral** (*contractus bilateralis inaequalis*); em razão da não equivalência de obrigações.

#### **Penhor (Contractus pignoraticius):**

- **Conceito:** entrega de uma coisa para servir de garantia real de uma obrigação e para ser restituída ao extinguir-se a obrigação garantida.

- **Partes:** (I) Credor da obrigação principal garantida pelo penhor é chamado credor pignoratício; (II) Devedor da obrigação principal garantida pelo penhor

- **Conteúdo da obrigação:** (I) credor pignoratício é obrigado a guardar a coisa e subseqüentemente a devolvê-la; não tem direito a usar da coisa, exceto havendo convenção expressa que o autorize. (II) Por outro lado, o devedor da obrigação principal garantida pelo penhor é obrigado a indenizar o credor pignoratício das despesas feitas com a coisa e dos danos que a sua guarda lhe houver causado.

#### **CONTRATOS INOMINADOS (contractus innominati)**

- Direito justinianeu

- Vasta categoria de contratos, que, não se enquadrando nos moldes dos contratos tradicionais. Trata-se, na maioria dos casos, de acordos em que ambas as partes se obrigam a prestações equivalentes.

- Contratos bilaterais perfeitos, chamados também contratos sinalagmáticos.

- Tais contratos adquiriam força jurídica, e a consequente tutela processual, quando uma das partes executava a sua prestação. Com isso, a outra parte ficava automaticamente obrigada a efetuar a contraprestação.

- Exemplo de contrato inominado: troca (*permutatio*).

### **CONTRATOS CONSENSUAIS**

#### **Compra e venda (Emptio venditio):**

- **Conceito:** Contrato em que as partes se obrigam a trocar mercadoria contra dinheiro.

- Há efetiva e imediata troca de mercadoria (que pode ser qualquer coisa in commercio) contra dinheiro (porque em caso contrário tratar-se-á de troca (*permutatio*) e não de compra e venda).

- **Objeto da obrigação:** A prestação é a entrega da mercadoria, que pode ser coisa de qualquer espécie. A contraprestação é o pagamento do preço.

- **Conteúdo da obrigação:** (I) obrigações do vendedor: a) o vendedor é obrigado a entregar a coisa ao comprador, em virtude do contrato (mas o comprador não adquire a propriedade dela pelo contrato; ele só tem um direito obrigacional contra o vendedor, para exigir a entrega da coisa como lhe foi prometida; a propriedade somente se transfere com a efetiva entrega da coisa, na forma da *mancipatio*, da *in jure cessio* ou da *traditio*); b) responsabilidade pela evicção (o vendedor é responsável pela turbação que, ao comprador, no gozo da coisa, for causada por terceiro que tenha direito real sobre ela); c) o vendedor é responsável pelos vícios ocultos da coisa vendida; d) O vendedor tem que guardar a coisa até a entrega, com todo cuidado. Responde pelo dolo e pela negligência com que se houver, porque é devedor que lucra com o contrato; não, porém, pela vis maior. Daí se

segue que o risco pela perda da coisa por vis maior é do comprador, desde o momento da conclusão do contrato de compra e venda. Se a coisa perecer por tal causa, o vendedor pode exigir o preço sem entregar a coisa, aliás então já inexistente. (II) As obrigações do comprador são mais simples: o pagamento do preço e o recebimento da coisa comprada. Com o pagamento, naturalmente, opera-se a transferência da propriedade do dinheiro.

- **Contrato bilateral perfeito** (*contractus bilateralis aequalis*); pois que a prestação e contraprestação são equivalentes na compra e venda

#### **Locação (Locatio conductio):**

- **Conceito:** É o contrato pelo qual uma pessoa, mediante retribuição em dinheiro, se obriga a favor de outra a colocar à disposição desta uma coisa, ou a prestar-lhe serviços, ou a executar determinada obra.
- **Partes:** locador (locator) e locatário (conductor)
- **Responsabilização e consequências:** tratando-se de um contrato que visa proporcionar vantagem a ambas as partes, tanto o locador, como o locatário respondem pelo dolo e pela culpa com que se houverem.
- **Ação:** Para proteger os direitos decorrentes do contrato de locação, o locador tinha à sua disposição a **actio locati** e o locatário a **actio conducti**.

#### **Sociedade (Societas):**

- **Conceito:** contrato que obriga as partes a cooperar (normalmente em contribuição pecuniária) numa atividade lícita, visando fins lucrativos.
- **Contrato bilateral, ou seja, plurilateral perfeito;** cada sócio deve entrar com sua parte na sociedade e, na medida dessa contribuição, participará dos lucros ou prejuízos auferidos.
- **Extinção da sociedade:** A sociedade é sempre temporária. Dissolve-se quando sua finalidade foi alcançada, ou se tornou impossível, ou pelo vencimento do prazo de sua existência. Podem os sócios, por comum acordo, dissolver a sociedade. A sociedade constituída por tempo ilimitado dissolve-se pela renúncia de um dos sócios. O mesmo efeito têm, também, a morte, a *capitis deminutio*, ou a insolvência de qualquer deles.

#### **Mandato (Mandatum):**

- **Conceito:** contrato pelo qual o mandatário se obriga a praticar um ato (material ou jurídico), gratuitamente, e conforme instruções do mandante.
- **Elementos essenciais:**
  - É importante que o ato seja gratuito: caso contrário, tratar-se-ia de locação de serviços ou de outro contrato qualquer (por exemplo, contrato inominado).
  - É essencial, ainda, que o mandato seja no interesse do mandante, ou, pelo menos, no interesse conjunto do mandante e do próprio mandatário ou de terceiro. Mandato no interesse exclusivo do mandatário é um simples conselho, não constituindo contrato.
- **Contrato bilateral imperfeito**, porque gratuito.
- **Conteúdo da obrigação:** (I) A obrigação principal é a do mandatário, de praticar o ato. Seu inadimplemento era sancionado pela *actio mandati directa* do mandante contra o mandatário. A obrigação secundária e eventual é a do mandante, de indenizar o mandatário das despesas havidas na execução do mandato e resarcí-lo pelos danos sofridos nessa execução, exigíveis pela *actio mandati contraria*.

## QUASE- CONTRATOS

**Conceito:** Fatos jurídicos voluntários lícitos que criam relação obrigacional entre as partes sem que estas tenham convencionado criá-las.

Exemplos: gestão de negócios, tutela, relações entre o herdeiro e o legatário, comunhão incidental, enriquecimento sem causa.

- **Gestão de negócios (Negotiorum gestio):** ocorre quando alguém, espontaneamente, se encarrega de praticar atos no interesse de outrem, sem que este o tenha incumbido de assim agir.

- vínculo obrigacional semelhante ao mandato

- **partes:** negotiorum gestor (encarregado de praticar ação no interesse alheio) e dominus negotii (sujeito pelo qual a ação é praticada em seu interesse)

- **conteúdo do vínculo:** negotiorum gestor é obrigado a agir de boa-fé e no interesse da outra parte (dominus negotii) e a terminar a gestão iniciada

- **consequência do inadimplemento:** inadimplemento dessa obrigação era sancionado por uma actio negotiorum gestorum directa do dominus contra o gestor, em que aquele (dominus) podia exigir a ultimação do ato, a prestação de contas e a entrega dos frutos ou do lucro auferido, bem como a indenização pelos danos causados dolosa ou culposamente. De outro lado, o gestor podia exigir, por meio da actio negotiorum gestorum contraria, a aceitação pelo dominus de sua gestão, o reconhecimento dos resultados dela e ainda indenização das despesas e dos danos decorrentes da gestão. Não tinha, entretanto, tal direito, quando sua intervenção fora inútil ou quando agira contra expressa proibição do dominus.

- **Enriquecimento sem causa:** obrigação decorrente do recebimento de pagamento não devido.

- Quem recebe o que não lhe é devido fica obrigado à devolução

- Os meios processuais do credor para obtê-la eram as **condictiones**

- A ação para reaver o que fora pago por débito inexistente era a **condictio indebiti** (era necessário que o pagamento indevido tivesse sido feito por engano, erroneamente, porque caso contrário tratar-se-ia de doação)

- A ação para reaver pagamento que fosse feito tendo como contraprestação ou um evento a ser realizado posteriormente mas que não se realizou (por exemplo, no caso do dote dado antecipadamente, quando o matrimônio não se realizou), era a **condictio ob causam datorum** ou **condictio causa data causa non secuta**, por meio da qual a prestação paga podia ser reavida

- A **condictio ob iniustam causam** servia para exigir a devolução do que fora pago a título de causa ilícita, por exemplo juros exorbitantes ao agiota.

- A **condictio sine causa**, conhecida no direito justiniano, se aplicava a todos os casos de enriquecimento sem causa que não podiam ser enquadrados nas categorias acima enumeradas.

## DELITOS

- **Conceito:** Ato ilícito que viola norma jurídica estabelecida no interesse coletivo.
  - Partes: ofensor e ofendido
  - Dividem-se em delitos públicos (delicta publica) e delitos privados (delicta privata)
- **Direito primitivo:**
  - delitos privados: o ofendido tinha direito à represália, podia vingar-se, porém, havia possibilidade de um acordo entre o ofendido e o ofensor, mediante o qual o primeiro aceitava uma compensação de valor pecuniário (compositio) em lugar da vingança
- **Direito clássico:**
  - delito privado (delictum privatum) originou-se uma obrigação do ofensor para com o ofendido, chamada obligatio ex delicto, cujo objeto é a pena pecuniária
  - delitos privados do ius civile: furto, roubo, dano injustamente causado e injúria

### 1. Furto (Furtum):

- **Conceito:** O conceito inicial do furto no período republicano é subtração fraudulenta de coisa alheia contra a vontade de seu dono. Mais tarde, porém, a subtração, expressa pela palavra latina contrectatio, passou a significar, além da subtração material de coisa alheia, também o uso indevido dela, ampliando-se, dessa forma, o conceito do furto. Assim, por exemplo, comete furto o depositário que usa da coisa a ele confiada.
- **Requisitos para a caracterização de furto:** elemento material da subtração (contrectatio) + conhecimento do ladrão de que age ilicitamente
- **Sanções contra o autor do furto:** divergem nas diversas épocas da evolução do direito romano. No início, quem tinha sofrido o furto ficava com o direito de vingar-se na pessoa física do ladrão colhido em flagrante (fur manifestus), matando-o em determinadas hipóteses, ou reduzindo-o à situação de escravo. Mais tarde, tal direito do ofendido foi transformado no de exigir uma multa pecuniária do ladrão, a qual, segundo o caso, era o quádruplo, o triplo ou o dobro do valor da coisa furtada.
- **Ação penal (actio poenalis):** A actio furti era a ação por meio da qual o sujeito que foi furado pode exigir as multas

### 2. Roubo (Rapina):

- **Conceito:** furto qualificado pelo ato violento do ladrão ao subtrair a coisa.
- **Ação penal (actio poenalis):** o ofendido, para perseguir o ladrão, tinha a actio vi bonorum raptorum, que acarretava a pena do quádruplo do valor da coisa.

### 3. Dano, danificação (Damnum injuria datum):

- **Conceito:** Quem causa prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano.
  - princípio elaborado com base nas disposições de uma lex Aquilia, de época incerta, mas provavelmente do século III a.C.

### 4. Injúria (Iniuria):

- **Conceito:** delito consistente na ofensa ilícita e dolosa de alguém, causada à pessoa de outrem, física ou moralmente.

- **Ação:** no direito clássico, o ofendido podia pedir, por meio da **actio iniuriarum**, uma indenização pela ofensa sofrida, tomando em conta todas as circunstâncias do delito e das pessoas nele envolvidas, seja ativa, seja passivamente.

6. **Dolo (Dolus malus):**

- **Conceito:** todo comportamento desonesto com a finalidade de induzir em erro a parte por ele lesada.
- **Ação:** o lesado tinha uma actio de dolo contra o ofensor para obter o resarcimento do dano sofrido.

6. **Coação (Metus):**

- **Conceito:** É o fato de compelir alguém à prática, de certo modo, de determinado ato jurídico. A violência pode ser física (absoluta) ou moral (compulsiva). Neste último caso, tratar-se-ia de ameaça grave de pra ticar uma violência física.
- **Ação:** A parte ofendida tinha, como ação penal, uma **actio quod metus causa** contra o autor da violência, seja ela a outra parte da relação jurídica decorrente do ato jurídico coagido, seja terceiro.

### QUASE-DELITOS (OBRIGAÇÕES "EX QUASI DELICTO")

- **Conceito:** obrigações decorrentes de fatos que não implicavam a culpa do devedor. Ele ficava devendo mesmo sem ter causado, voluntária ou involuntariamente, o fato.
- **Ação:** (I) **Actio de effusis et deiectis** era a ação, concedida pelo pretor, contra o morador (habitator) de um prédio, donde uma coisa sólida ou líquida caiu ou foi atirada à rua, causando dano a alguém, independentemente de quem a jogou. (II) **Actio de deposito et suspenso** era concedida pelo pretor, também contra o morador de um prédio, quando um objeto, colocado em terraço, teto ou qualquer lugar externo, ameaçasse com a possível queda causar dano aos que passassem na rua. Aqui também a responsabilidade do morador não dependia de sua culpa. (III) **Actio furti adversus nautas, caupones, stabularios** era também enquadrada nesta categoria. Decorre da responsabilidade dos transportadores e hoteleiros pelo furto sofrido pelos seus passageiros ou hóspedes, quem quer que seja o autor do furto. A ação em epígrafe cabia ao ofendido contra o transportador ou contra o hoteleiro, inde pendente da culpa destes últimos.

## CAPÍTULO 17

# OBRIGAÇÕES

### CONCEITO

A obrigação (*obligatio*) é um liame jurídico entre o credor e o devedor, pelo qual o primeiro tem direito a exigir determinada prestação do segundo, que, por sua vez, é obrigado a efetuá-la. Esta idéia é expressa na famosa definição das *Institutas de Justiniano*: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* (Inst. 3.13 pr.).

Analisando o sentido da palavra obrigação verificamos que é bem amplo e não fica restrito ao conceito acima indicado. Em sentido lato, a palavra obrigação, como contraposto a direito, inclui todos os deveres jurídicos. Neste sentido amplo já a encontramos ao tratar do direito de família e também dos direitos reais. O filho é obrigado a respeitar seu pai e todos são obrigados a respeitar e não perturbar o exercício de um direito real pelo seu titular. Tal obrigação, porém, difere da obrigação no sentido técnico da palavra.

Os direitos reais implicam um dever negativo: não perturbar o direito do titular deles. Tal dever é geral e de todos: vale *erga omnes*. Nas obrigações, entretanto, a relação existe só entre determinadas pessoas e o dever pode ser tanto negativo como positivo. Outrossim, os direitos reais são normalmente duradouros, até muitas vezes perpétuos; ao passo que a obrigação é, em princípio, temporária, tende sempre para seu cumprimento e extingue-se por este. Isto é expresso em outra famosa definição dos textos romanos: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* (D. 44.7.3 pr.).

A obrigação no sentido técnico da palavra difere ainda dos deveres do direito da família. Nas relações familiares há sempre uma subordinação, que se baseia no poder do *paterfamilias*. Não se dá tal subordinação entre o credor e o devedor; eles são partes, em pé de igualdade, na mesma obrigação.

Voltando, agora, ao conceito da obrigação (*obligatio*), se o devedor deixar de solver sua obrigação, o credor tem uma *actio in personam* contra ele para forçá-lo à execução. Tal execução, nas origens, era pessoal: o devedor respondia com sua pessoa, até com seu corpo (podia ser retalhado em pedaços pelos credores, conforme disposição das XII Tábuas). Mais tarde, a responsabilidade do devedor passou a ser patrimonial, respondendo ele com seus bens. Podemos distinguir, pois, no conceito da obrigação, dois elementos: a existência de um débito e a responsabilidade do devedor pelo seu pagamento (*Schuld e Haftung*). Essa responsabilidade, a rigor, nada mais é que a consequência jurídica pelo não-cumprimento da obrigação.

### PARTES NA OBRIGAÇÃO

As partes essenciais na obrigação são o credor e o devedor. Sem os dois não há obrigação.

Entretanto, é possível que haja mais de uma pessoa no lugar do credor ou no lugar do devedor. Em tal caso, normalmente, o crédito ou o débito das várias pessoas é partilhado entre eles: cada uma é credora ou devedora de uma parte da obrigação. Tais obrigações são chamadas parciais (*obligationes plurium pro parte, vel pro rata*). Excepcionalmente, porém, pode haver uma relação diversa entre os vários credores ou entre os vários devedores. Trata-se de obrigações em que a prestação é encarada como indivisível, na sua totalidade (*in solidum*). Nestas obrigações, chamadas solidárias, cada credor ou cada devedor pode exigir ou deve a prestação toda, mas o recebimento por um dos co-credores ou pagamento por um dos co-devedores extingue a obrigação para todos. A solidariedade que se verifica entre os credores se chama ativa, e entre os devedores, passiva.

Várias podem ser as causas da solidariedade:

- a) ser a prestação indivisível. Por exemplo: um cavalo devido por várias pessoas;
- b) disposição contratual entre as partes. Esta visa, naturalmente, fins práticos, como o de garantir o pagamento, no caso da solidariedade passiva, ou de facilitar a liquidação, no caso da ativa;

c) ser a prestação devida em consequência de um ato ilícito praticado por mais de uma pessoa.

Os manuais costumam distinguir ainda entre a solidariedade perfeita ou co-realidade e o solidariedade imperfeita, afirmando que a primeira tem efeitos diferentes da segunda no período clássico. Estudos recentes, porém, demonstram a unidade da solidariedade não sómente no período clássico, mas também no pós-clássico. Por isso deixamos de tratar da distinção, que, aliás, é produto da doutrina romântica do século passado.

Além das partes essenciais, isto é, credor e devedor, podem ser incluídas outras pessoas na obrigação, como o fiador, ao lado do devedor, ou uma terceira pessoa autorizada a receber ou a acionar em nome do credor. Estudá-las-emos nos devidos lugares.

## OBJETO DAS OBRIGAÇÕES

O objeto das obrigações (*id quod debetur*) é a prestação. Esta pode ser variadíssima, não sendo possível enumerar todas as suas espécies. Por isso seus limites só podem ser estabelecidos negativamente.

Assim, dizemos que a prestação não deve ser fisicamente ou juridicamente impossível, ilícita, imoral ou totalmente indeterminada. Costuma-se, ainda, incluir a exigência de que a prestação tenha valor pecuniário, motivada pelo fato de o processo romano só conhecer a condenação do réu ao pagamento de quantia de dinheiro.

Caso seja impossível a prestação desde a constituição da obrigação, ela é nula (*impossibilitum nulla obligatio est*). Em caso de impossibilidade superveniente, a obrigação se extingue, exceto quando tal impossibilidade for imputável ao devedor. Nesta última hipótese a prestação se transforma em obrigação de ressarcir o dano sofrido pelo credor.

Na variedade das diversas prestações possíveis e imagináveis podem-se fazer diversas classificações:

a) Os romanos distinguiam entre *dare*, *facere* e *praestare*. O primeiro significa a transferência da propriedade ou da servidão. O segundo e o terceiro indicam toda e qualquer prestação. A distinção não tem base dogmática, nem pode ser justificada sistematicamente.

b) O objeto da prestação pode ser determinada coisa (*certa species*), como o prédio situado em frente do barbeiro. Tal obrigação

é chamada específica (*obligatio speciei*). De outro lado, pode ser objeto da prestação uma coisa genericamente determinada (*genus*), como um saco de trigo. Esta obrigação é chamada genérica (*obligatio generis*).

Esta distinção não deve ser confundida com a fungibilidade da coisa. Coisa fungível pode ser objeto de obrigação específica (*obligatio speciei*), referente a determinada coisa, como quando compro o carro de chapa n. X. Outrossim, coisa infungível pode ser objeto de obrigação genérica (*obligatio generis*): autorizo meu agente em Roma a comprar o melhor quadro que vir num leilão.

A importância da distinção entre *obligatio speciei* e *obligatio generis* reside no fato de que a primeira se extingue facilmente, quando perece a coisa, objeto da obrigação, ao passo que tal extinção dificilmente se dá com as obrigações genéricas (*genus perire non potest*).

A escolha da coisa, objeto da prestação, nas obrigações genéricas, cabe ao devedor, exceto quando for diversamente convencionado entre as partes. Assim, tendo vendido 50 das 100 sacas de café da mesma qualidade que posso, a mim é que compete escolher dentro das 100 as 50 a entregar.

c) O objeto da prestação pode ser determinado de maneira que, contendo várias prestações, caiba a uma das partes escolher entre elas. Dependerá do acordo feito, quem tenha direito à escolha, se o credor ou o devedor. Na falta de tal acordo, o devedor é que poderá escolher. Naturalmente, a execução ou pagamento de uma das prestações extingue a obrigação. Tal obrigação se chama alternativa. Por exemplo, eu me obrigo a vender um dos meus cavalos x ou y.

Se uma das prestações se torna impossível, a obrigação fica reduzida à outra. No caso do exemplo, morrendo o cavalo y a obrigação fica valendo para o cavalo x.

Não é de se confundir a obrigação alternativa com a obrigação cujo objeto é uma só e única prestação, mas cujo devedor tem a faculdade de entregar em pagamento outra diferente da devida. A doutrina moderna chama-a *facultas alternativa*. Por exemplo, ao invés de fornecer a mercadoria vendida, pago a multa contratual previamente estabelecida para o caso do inadimplemento.

d) A obrigação é divisível quando a prestação pode ser dividida em partes, sem que diminua o valor proporcional de cada parte. Caso contrário, a obrigação é indivisível. Assim, a confecção de uma estátua a que se obriga o escultor é obrigação indivisível; não o é, porém, a obrigação de pagar uma importância.

## EFEITOS JURÍDICOS DA OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE PELO INADIMPLEMENTO

A obrigação existe para ser cumprida. Conseqüentemente, o efeito normal da obrigação é o cumprimento espontâneo da prestação pelo devedor: seu adimplemento se chama *pagamento, solução ou liquidação*, por meio do qual a obrigação se extingue.

Pode acontecer, porém, que o devedor não cumpra sua obrigação, seja porque não quer, seja porque não pode solvê-la. O não-cumprimento da obrigação se chama *inadimplemento*.

O efeito do inadimplemento da obrigação é que o credor pode constranger o devedor, por meio de uma *actio in personam*, ao pagamento da prestação. O devedor que não cumpre a obrigação será condenado, pelo juiz, ao pagamento do valor em dinheiro da prestação não cumprida.

No direito romano, o valor era estabelecido pelo que a prestação subjetivamente representava para o credor. Para obter seu pagamento, cabiam todos os meios de execução do processo romano.

Entretanto, nem todos os casos de inadimplemento terão o efeito acima exposto, mas somente aqueles em que o devedor for responsável pelo inadimplemento.

Já mencionamos que o não-cumprimento pode advir da vontade do devedor ou da impossibilidade da prestação.

No primeiro caso a atitude do devedor é claramente condenável e acarretará a sua responsabilidade pelo inadimplemento.

Mais delicado é, porém, o problema da impossibilidade da execução da prestação. Quando tal impossibilidade se verifica em consequência do comportamento do devedor, ele é responsável pelo inadimplemento. Não assim quando a impossibilidade se verifica independentemente do devedor, isto é, quando a impossibilidade não for imputável a ele. Neste caso a obrigação simplesmente se extingue.

Em vista do acima exposto, temos que examinar as possíveis condutas do devedor com relação à impossibilidade da solução da obrigação.

Quanto ao seu comportamento, o devedor pode ser culpado ou não.

A culpabilidade, em sentido lato, tem duas formas bem distintas: o dolo (*dolus*) e a culpa em sentido estrito (*culpa*).

O dolo é a intenção de agir contra a lei ou contrariamente às obrigações assumidas, agir de má-fé, porque com pleno conhecimento do caráter ilícito do próprio comportamento.

A culpa é a negligência, a falta de diligência necessária, isto é, não prever o que é previsível, porém sem intenção de agir ilicitamente e sem conhecimento do caráter ilícito da própria ação. Tal negligência pode-se verificar em um ato positivo (*culpa in faciendo*), como, por exemplo, guiar com velocidade excessiva, ou numa omissão (*culpa in non faciendo*). Por exemplo: a enfermeira que não dispensa ao doente os devidos cuidados.

O dolo não tem graduações, mas a culpa as tem: distingue-se a *culpa levis* da *culpa lata*. A primeira é a negligência leve, em comparação à diligência e cuidado do homem médio (*bonus paterfamilias*). A segunda é a negligência exorbitante: não agir com o cuidado que todos têm (*non intelligere, quod omnes intelligunt*).

A *culpa levis* é referida normalmente a uma medida objetiva: ao cuidado do *bonus paterfamilias*. Em certas relações contratuais, entretanto, a medida da *culpa levis* é diferente; é comparada à diligência e cuidado costumeiro do próprio devedor (*diligentia quam suis rebus adhibere solet* — D. 17.2.72). Tal medida será mais favorável ao devedor quando este for habitualmente desleixado. A culpa leve, cuja medida tem como referência a diligência do *bonus paterfamilias*, é chamada de *culpa levis in abstracto*; e a culpa que se reporta à conduta costumeira do próprio devedor é denominada *culpa levis in concreto*. Se a impossibilidade da prestação não podia ser evitada nem pela diligência ou cuidado de um *bonus paterfamilias*, o acontecimento havido é considerado *casus*, ou acaso, caso fortuito. Os romanos distinguiam entre os casos fortuitos também. O acontecimento inevitável e contra o qual não há meio de defesa (*casus cui resisti non potest*) é chamado *casus maior* ou *vis maior*. Tais eram o raio, o incêndio, a guerra, a morte etc. Os outros que não têm tal força e contra os quais é concebível a defesa, mas que podem acontecer até com a pessoa mais cuidadosa, chama-se *casus minor*. Tais eram o furto, o estrago, a quebra ou a perda accidental e fortuita.

Conhecendo, assim, a classificação dos diversos comportamentos do devedor sob o ponto de vista da culpabilidade, temos que examinar a sua responsabilidade conforme os diversos graus de culpa ou mesmo por acontecimentos que independem de sua culpa.

A regra geral era a seguinte:

O devedor só responde pelo próprio dolo e não por culpa quando se tratar de obrigações criadas de contratos em que ele não lucra, isto é, que foram constituídos no exclusivo interesse da outra parte. Nestes ele faz um favor ao credor. Por exemplo: quando o devedor

aceita uma coisa em depósito para guardá-la e oportunamente devolvê-la ao credor.

Contrariamente, o devedor, além de responder pelo seu dolo, responde também por toda e qualquer negligéncia nas obrigações provenientes de contratos que lhe proporcionam um proveito (seja só para ele, como no caso do comodato: recebendo gratuitamente uma coisa para uso e posterior devolução, seja para ambos, como nos contratos de mútuo interesse das partes: por exemplo, a locação da coisa, entregue para uso, contra pagamento de aluguer).

Há várias exceções à regra geral acima exposta nos textos do direito romano.

Vários textos equiparam a *culpa lata* ao dolo, ampliando, assim, a responsabilidade dos devedores que não tiram vantagem da obrigação, também para os casos de comportamento extremamente negligente.

Em certos casos, como no mandato, na gestão de negócios, a responsabilidade do devedor vai além do dolo e inclui também a *culpa levis*, embora neles se trate de obrigação no exclusivo interesse do credor.

Em outras relações, a *culpa levis* é determinada pela medida subjetiva ao invés da objetiva, aplicando-se assim a *culpa in concreto* ao invés da *culpa in abstracto*, como nas relações de sociedade, de tutela, de matrimônio.

Quanto ao *casus*, somente os transportadores e hoteleiros (*nauta, caupo et stabularios*), segundo disposições especiais do pretor, respondem pelo *casus minor*.

O *casus maior* exime de responsabilidade o devedor, seja qual for o tipo da sua obrigação, exceção feita ao caso da mora.

## MORA

A responsabilidade do devedor pelo inadimplemento é modificada por uma circunstância que merece especial tratamento: trata-se da mora, que é a delonga, o atraso no cumprimento da obrigação. Pode haver mora tanto por parte do devedor, como por parte do credor. A primeira é o atraso do pagamento ou solução da prestação por parte do devedor. A segunda é o atraso na aceitação da prestação pelo seu credor. As duas têm consequências bem diferentes.

### Mora do devedor (*Mora debitoris, mora solvendi*)

Verifica-se quando o devedor, por motivo que lhe é imputável, não paga sua dívida vencida. Tal motivo pode ser apenas a sua vontade (como quando se recusa a cumprir sua obrigação), ou a impossibilidade da execução decorrente do seu próprio comportamento, pela qual é responsável (*per debitorem stetit quo minus daret* — cf. D. 17. 1.37). No direito justiniano, não basta o mero vencimento da dívida, mas é preciso, além disso, um ato do credor, reclamando o pagamento (*interpellatio*), para que o devedor fique constituído em mora. Estudos recentes demonstraram que o direito clássico não conheceu tal exigência, que constitui uma inovação dos compiladores da codificação justinianéia.

A consequência da mora do devedor é dupla.

a) *Aumenta a responsabilidade do devedor*. Ele, independentemente do grau de sua responsabilidade originária em virtude do tipo de sua obrigação, responderá não só pelo próprio dolo ou pela própria negligéncia, mas também por caso fortuito, inclusive a *vis maior*. Por exemplo: o depositário, via de regra, só responde por seu comportamento doloso, mas *depois* de atrasar o cumprimento de sua obrigação, consistente na devolução da coisa, responderá pelo perecimento desta última, causado por sua negligéncia, e até por caso fortuito, inclusive a força maior, como raio, enchente etc.

No período imperial admitiu-se que o devedor pudesse provar que a coisa teria perecido, igualmente, se estivesse com o credor, ficando nesse caso o devedor isento de responsabilidade. Por exemplo, se o cavalo guardado na cocheira do devedor depositário perecesse numa enchente, que invadiu igualmente os estabulos do credor depositante.

O aumento da responsabilidade do devedor nesse caso de mora era expresso pelos romanos como uma perpetuação da obrigação: *obligatio perpetuatur* (cf. D. 45.1.91.3). Significa essa expressão que a obrigação continuará, independentemente da eventual impossibilidade subsequente da execução da prestação. Por exemplo, se o raio mata o cavalo depositado, não há mais obrigação a cumprir: extinguiu-se o dever da devolução por causa do perecimento do cavalo em consequência da *vis maior*. Entretanto, se o raio matar um cavalo que já devia ter sido devolvido pelo depositário devedor, e não foi restituído por culpa deste, ele é responsável, devendo pagar o valor que o cavalo representar para o credor.

b) Nas obrigações baseadas na *bona fides*, o devedor em mora tinha que pagar os juros da dívida e entregar os frutos adquiridos durante a mora.

A finalidade dessas duas consequências da mora do devedor era colocar o credor na situação em que ele estaria caso não tivesse havido mora na solução da obrigação (*quod interest creditoris moram factam non esse* — cf. D. 7.1.36.2).

#### **Mora do credor (*Mora creditoris, mora accipiendo*)**

Verifica-se quando o credor não aceita, por culpa sua, a prestação oferecida pelo devedor no vencimento dela.

A principal consequência da mora do credor se refere também aos limites da responsabilidade do devedor. A partir do momento em que a mora se verificar, o devedor só responde por comportamento doloso, sejam quais forem os limites de sua responsabilidade anteriormente. Assim, a mora do credor diminui a responsabilidade do devedor.

O devedor pode exigir indenização pelas despesas havidas e pelo dano sofrido em consequência da mora do credor.

#### **Purgação da mora**

Em ambos os casos de mora, tanto na do devedor, como na do credor, há possibilidade de purgação (*purgatio morae*). A mora do devedor pode ser purgada pelo oferecimento da prestação tal como devida, que, uma vez aceita pelo credor, extingue a obrigação. Se o credor recusar receber a prestação, sem motivo justificado (*sine iusta causa*), cessam as consequências da mora do devedor e verifica-se a mora do credor.

A mora do credor também pode ser purgada com o oferecimento, pelo credor, de aceitar o pagamento do devedor, indenizando a este último, ao mesmo tempo, pelas despesas e pelos danos que sofreu em consequência da mora.

### **OBRIGAÇÕES NATURAIS**

Neste capítulo, relativo aos efeitos das obrigações, temos que falar das obrigações naturais. Como já vimos, o efeito do inadim-

plemento da obrigação é que o credor pode constranger o devedor, por meio de uma *actio in personam*, à execução da prestação. Há obrigações, porém, em que a prestação não é exigível por meio de ação, embora a obrigação tenha formalmente o aspecto de uma obrigação perfeita.

Essas obrigações em que o devedor não pode ser compelido à prestação, por faltar ao credor tutela jurídica processual, são chamadas obrigações naturais.

O principal caso de obrigação natural era, no direito romano, o da obrigação contraída por pessoa *alieni juris*, que não tinha capacidade jurídica de gozo, e que, consequentemente, não podia obrigarse *civiliter*. Pelo mesmo motivo, as obrigações contraídas por escravos, ou as decorrentes de mútuo feito a *filius familae*, ao qual as disposições do senatus-consulto Macedoniano proibiam tomar empréstimo de dinheiro, eram obrigações naturais. Semelhante era o caso do impúbere *infantia maior* que contraía a obrigação sem a assistência do tutor, bem como as obrigações de um devedor que havia sofrido a *capitis diminutio*, ou a de um menor de 25 anos que obtivera a *in integrum restitutio* do pretor.

Tais obrigações, então, não podiam ser objeto de ação do credor, mas tinham outros efeitos secundários: o mais importante deles é que a prestação, objeto da obrigação, podia ser validamente executada pelo devedor. Assim, a prestação era considerada como pagamento e, consequentemente, o devedor que a satisfizeria não podia pedir a sua devolução sob alegação de haver pago o que não era devido. Ainda a obrigação natural podia ser garantida por fiador ou por garantia real, e podia ser confirmada por vários modos.

## CAPÍTULO 19

# CONTRATOS

### CONCEITO

Modernamente, o contrato é o ato jurídico bilateral (acordo das partes e sua manifestação externa) que tem por finalidade produzir consequências jurídicas. Todo contrato gera obrigações no direito moderno. Não assim no direito romano. Neste, desde o início até o fim de sua evolução, o simples acordo não gerava obrigação: *nuda pactio obligationem non parit* (D. 2.14.7.4). Para que haja vínculo jurídico, chamado *obligatio*, era preciso, além do acordo, um fundamento jurídico: a *causa civilis*. Essa *causa civilis* é que elevava o ato jurídico bilateral a um *contractus* e só o credor de um tal contrato tinha à sua disposição uma ação (*actio*) reconhecida pelo direito quirítario para constranger o devedor a efetuar a prestação.

### CONTRATOS FORMAIS

O direito romano primitivo só conheceu os contratos formais. Nestes, a *causa civilis*, que conferia força obrigatória e consequências jurídicas ao ato, era a prática das formalidades prescritas. Dois eram os contratos formais: o *nexum* e a *stipulatio*. O primeiro era um empréstimo, realizado por um ato formal *per aes et libram*, isto é, ato em que, na presença das partes, do objeto, de 5 testemunhas, de uma balança e seu portador, se pronunciavam certas fórmulas verbais e se praticavam outros atos simbólicos. O ato é semelhante à *mancipatio*. Dela difere porque o *nexum*, além da transferência da propriedade do objeto, normalmente dinheiro emprestado, cria para o devedor a obrigação de devolver outro tanto do mesmo gênero, qualidade e

quantidade. Ele responde pessoalmente, inclusive com seu corpo, por esse pagamento.

A *stipulatio* era a promessa solene de uma prestação, pronunciada em resposta à pergunta do credor, ambos com o uso do verbo *spondere*, que tinha, claramente, caráter sacramental. Daí a sua força obrigatória.

### CONTRATOS DO DIREITO CLÁSSICO

Os dois contratos formais do período primitivo, naturalmente, não podiam satisfazer às exigências de um comércio já desenvolvido como o de Roma depois das Guerras Púnicas. Tornavam-se necessárias outras formas mais adequadas a esses reclames. Elas foram elaboradas pela jurisprudência republicana.

Bem cedo o *nexum* caiu em desuso.

A *stipulatio*, porém, constando de formalidades amenas e permitindo o uso de outros verbos, além do *spondere*, continuou em vigor durante toda a evolução do direito romano. Os contratos por este modo constituídos eram chamados verbais, porque se realizavam por meio de pronunciamento de palavras.

Pode-se notar que os romanos tinham aversão às formalidades escritas dos documentos. Como exceção a essa regra, introduziu-se, por influência das práticas gregas, um tipo de contrato formal, puramente escrito, que consistia no lançamento no livro contábil do credor (*codex accepti et expensi*) da dívida do devedor (*expensum ferri*). Tais contratos, por serem realizados por escrito, chamam-se literais (de *littera*: letras, escrita). São poucos os textos que nos explicam os detalhes deste tipo de contrato e mesmo Gaio dele trata superficialmente. No fim do período clássico caiu em desuso.

Muito mais importante que as categorias até agora tratadas é a dos contratos reais. Estes se originavam de um novo tipo de empréstimo, realizado sem as formalidades do *nexum* e com a só entrega (*traditio*) da coisa ao devedor. Desta entrega resultava a obrigação do devedor à devolução. O fato em que se fundava a obrigação era a entrega realizada. Tal entrega não constituía simples transferência da posse, mas sim a transferência da propriedade e o contrato assim realizado chamava-se *mutuum*. Gaio incluiu apenas este na categoria dos contratos reais. Mais tarde foram admitidos outros três contratos, que tinham idêntica finalidade, isto é, a devolução da coisa entregue. Estes eram o depósito, o comodato e o penhor. Neles, porém, ao entregar

a coisa objeto do contrato, não se transferia a propriedade, mas só a posse, ou, conforme o caso, a detenção. Mais tarde, no direito justiniano, todos os contratos que se perfaziam pela entrega da coisa, com a subsequente obrigação de restituí-la, passaram a ser considerados contratos reais.

Ao lado destes, sob influência do *ius gentium*, introduziam-se os quatro contratos consensuais, que se perfazem pelo simples acordo das partes, sem outras formalidades. Estes, a compra e venda (*emptio venditio*), a locação (*locatio conductio*), a sociedade (*societas*) e o mandato (*mandatum*) são, realmente, os mais importantes e os mais usados contratos no intercâmbio diário e com eles o direito obrigacional romano chegou à sua mais alta expressão.

Toda e qualquer outra convenção, não enquadrada nos quatro tipos de contrato acima expostos (verbais, literais, reais e consensuais), era chamada *pactum*, que, em geral, não tinha força coercitiva. Excepcionalmente, porém, certos *pacta* obtiveram reconhecimento e tutela jurídica; uns pelo costume, outros pela atividade do pretor e mais outros em consequência de disposições de constituições imperiais. São estes os *pacta adjecta*, os *pacta praetoria* e os *pacta legitima*.

O direito romano, ao contrário dos direitos modernos, não chegou a reconhecer força obrigatória a toda e qualquer convenção em geral, uma vez que obedecesse aos limites estabelecidos. Foi, porém, a invenção dos contratos consensuais e sua ampliação por meio de determinados *pacta*, que preparou o terreno para aquele reconhecimento na dogmática moderna do direito das obrigações.

Ato jurídico unilateral, a simples promessa não gerava obrigação no direito romano, exceto o voto feito aos deuses (*votum*) e a promessa pública (*pollicitatio ob iustum causam*).

## CONTRATOS REAIS

### Mútuo (*Mutuum*)

A entrega, com a consequente transferência da propriedade, de uma coisa fungível, especialmente dinheiro, com a obrigação para aquele que a recebe de restituir igual quantidade de coisa fungível do mesmo gênero e qualidade, chama-se mútuo. O credor que empresta chama-se mutuante; o devedor que toma emprestado chama-se mutuário.

Economicamente, o mútuo visa a proporcionar ao devedor o gozo completo do dinheiro ou de outra coisa fungível emprestada. Conseqüentemente, é preciso que o devedor possa dispor de maneira absoluta desta. Por isso, no mútuo se transfere a propriedade da coisa. Tratando-se de coisas fungíveis, que são *res nec mancipi*, a transferência opera-se pela *traditio*.

A característica do mútuo é que gera uma só e única obrigação: a da devolução de outro tanto recebido. Por isso, ele é um contrato unilateral. Sendo o mútuo gratuito, não admite cláusula referente à contraprestação do devedor, que seriam os juros. Eventualmente, juros podem ser convencionados, mas em contrato separado, por meio de *stipulatio*.

A ação do credor contra o devedor, para compeli-lo à devolução, era a *conductio certae creditae pecuniae*, quando referente a dinheiro, e a *conductio triticaria*, quando relativa a outra coisa fungível.

### Depósito (*Depositum*)

É a entrega, pelo credor, de uma coisa móvel ao devedor para que este a guarde, gratuitamente, e a restitua quando pedida pelo primeiro. O credor se chama depositante e o devedor, depositário.

O depositário só detém a coisa (*possessio naturalis*). Não pode usar dela, porque sua obrigação é de guardá-la, devolvendo-a em seguida no estado em que a recebera. Usando a coisa recebida em depósito, comete furto (*furtum usus*).

O depósito é um contrato gratuito; o depositário *faz um favor* ao depositante. O depósito é contrato no exclusivo interesse do credor depositante. A responsabilidade do depositário é determinada por este fato.

A obrigação do depositário é de guardar a coisa recebida e restituí-la, findo o depósito. De outro lado, o depositante é obrigado a indenizar o depositário pelas despesas por este feitas com a guarda da coisa e a ressarcí-lo dos danos que eventualmente tenha sofrido em virtude do depósito.

As obrigações do depositário e do depositante não são equivalentes. As do primeiro são essenciais, existem forçosamente em qualquer depósito, que, sem estas, não existe. Já as do depositante são secundárias e eventuais, podendo haver depósito quando não se verifiquem, como, por exemplo, no caso de o depositário nada despender na guarda da coisa e nenhum prejuízo sofrer com essa guarda. Além

disto, as obrigações das partes não têm o mesmo valor econômico. Por causa desta diferença nas obrigações de cada uma das partes, o contrato de depósito é contrato imperfeitamente bilateral (*contractus bilateralis inaequalis*).

#### **Comodato (Commodatum)**

É a entrega de uma coisa para uso gratuito, com a obrigação do devedor de restituí-la. O credor que entrega a coisa e que pode exigir a sua restituição se chama comodante. O devedor que recebe a coisa para usá-la com a obrigação de restituí-la, findo o comodato, se chama comodatário. Do ponto de vista econômico, o comodato é semelhante ao mútuo, mas difere dele quanto à sua estrutura jurídica.

No mútuo, a coisa é fungível e o mutuário passa a ser seu dono. No comodato, o comodatário é mero detentor da coisa (*possessio naturalis*). Conseqüentemente, no primeiro, o mutuário é obrigado a devolver outro tanto do mesmo gênero, qualidade e quantidade da coisa recebida. No comodato, o comodatário terá que restituir especificamente a própria coisa recebida. Assim, a primeira é obrigação genérica, a segunda obrigação específica.

Por isso, o objeto do comodato é normalmente uma coisa inconsumível. Pode, entretanto, recair, também, sobre coisa consumível, uma vez que esta não seja consumida pelo uso convencionado no contrato. Por exemplo, a entrega de garrafas de vinho estrangeiro não para ser bebido, mas para ser exposto na vitrina da loja do comodatário.

O comodato é um contrato no interesse exclusivo do devedor comodatário. Sendo gratuito, o comodante credor *faz um favor* ao comodatário devedor, cedendo-lhe o uso da coisa. A responsabilidade do comodatário é determinada por este fato.

A obrigação do comodatário é de usar da coisa consoante o que foi estabelecido no contrato e de acordo com a *bona fides*. Findo o comodato, deve restituir a coisa ao comodante. De outro lado, o comodante é obrigado a permitir o uso da coisa pelo comodatário durante o prazo estabelecido no contrato, não podendo exigir a devolução antes do vencimento e devendo indenizar o comodatário não só pelo que este despendeu com a coisa, como também pelos danos que eventualmente sofrer na execução do contrato. Exemplo desses danos pode-se ter no caso de um animal com peste, dado em comodato, que infeste o rebanho do comodatário.

Como no depósito, também no comodato as obrigações do comodatário são essenciais, e as do comodante só eventuais, e as duas não são equivalentes. Conseqüentemente, é um contrato imperfeitamente bilateral (*contractus bilateralis inaequalis*).

#### **Penhor (Contractus pignoraticius)**

É a entrega de uma coisa para servir de garantia real de uma obrigação e para ser restituída ao extinguir-se a obrigação garantida. No direito romano a coisa apenada tanto podia ser móvel, como imóvel, ao contrário do que se dá com o direito moderno, em que o penhor só pode ter por objeto coisa móvel. O credor da obrigação principal garantida pelo penhor, chamado credor pignoratício, é obrigado a guardar a coisa e subsequentemente a devolvê-la. Não tem direito a usar da coisa, exceto havendo convenção expressa que o autorize. Por outro lado, o devedor da obrigação principal garantida pelo penhor é obrigado a indenizar o credor pignoratício das despesas feitas com a coisa e dos danos que a sua guarda lhe houver causado.

### **CONTRATOS INOMINADOS**

Ao lado dos contratos reais anteriormente expostos, há no direito justinianeu uma vasta categoria de contratos, que, não se enquadrando nos moldes dos contratos tradicionais, foram chamados, desde a época bizantina, de contratos inominados (*contractus innominati*). Trata-se, na maioria dos casos, de acordos em que ambas as partes se obrigam a prestações equivalentes. Eles são contratos bilaterais perfeitos, chamados também contratos sinalagmáticos. Tais contratos adquiriam força jurídica, e a conseqüente tutela processual, quando uma das partes executava a sua prestação. Com isso, a outra parte ficava automaticamente obrigada a efetuar a contraprestação.

Como o nascimento de tais contratos dependia da realização, por uma das partes, da sua prestação, incluíam-se eles entre os contratos reais. É de contrato inominado a troca (*permutatio*). A categoria, porém, como concebida no direito justinianeu, abrangia todos os contratos referentes a prestações recíprocas e equivalentes, quando realizada uma delas.

Era permitido, de outro lado, à parte que cumpria sua obrigação, rescindir o contrato, pedindo a devolução de sua prestação a título

de enriquecimento sem causa, ao invés de exigir a contraprestação respectiva da outra parte.

## CONTRATOS CONSENSUAIS

### Compra e venda (*Emptio venditio*)

Contrato em que as partes se obrigam a trocar mercadoria contra dinheiro.

Difere da compra e venda real como representada nas formalidades da *mancipatio*. Nesta há efetiva e imediata troca de mercadoria contra dinheiro (nas origens contra metal não cunhado). Na compra e venda consensual, de que ora tratamos, só há o acordo entre as partes que as obriga à prestação e contraprestação.

A prestação é a entrega da mercadoria, que pode ser coisa de qualquer espécie. A contraprestação é o pagamento do preço. Assim, a transferência da propriedade relativa à mercadoria ou ao preço é a consequência do contrato de compra e venda. O vendedor é obrigado a entregar a coisa ao comprador, em virtude do contrato, mas o comprador não adquire a propriedade dela pelo contrato; ele só tem um direito obrigacional contra o vendedor, para exigir a entrega da coisa como lhe foi prometida. A propriedade somente se transfere com a efetiva entrega da coisa, na forma da *mancipatio*, da *in iure cessio* ou da *traditio*.

O objeto da compra e venda é a mercadoria (*merx*), que pode ser qualquer coisa *in commercio*. A contraprestação é o preço (*preium*), que deve ser em dinheiro, porque em caso contrário tratar-se-ia de troca (*permutatio*) e não de compra e venda.

Pois que a prestação e contraprestação são equivalentes na compra e venda, é ela um contrato bilateral perfeito (*contractus bilateralis aequalis*).

As obrigações do vendedor são as seguintes:

a) Sua principal obrigação é a de entregar a coisa. A finalidade da entrega é proporcionar, ao comprador, todas as vantagens, sejam econômicas, sejam jurídicas, que a coisa representar. Isto, logicamente, implicaria a obrigação de o vendedor transferir a propriedade da coisa vendida ao comprador. Entretanto, o direito romano não chegou a este resultado. Nele o vendedor é obrigado apenas a transferir a posse da coisa vendida (*vacuam possessionem tradere*) e assegurar ao

comprador a posse mansa e pacífica até este último usucapir o direito da propriedade (*praestare rem habere licere*).

b) Consequentemente, o vendedor é responsável pela turbação que, ao comprador, no gozo da coisa, for causada por terceiro que tenha direito real sobre ela (*evincere, evictio*). Esta é a responsabilidade pela evicção. No direito romano tal responsabilidade era inerente à venda que se houvesse processado pela *mancipatio*, tendo, então, o comprador adquirente uma *actio auctoritatis* contra o vendedor. Esta ação tinha caráter penal e, por isso, o vendedor era obrigado a pagar o dobro do preço. Nos outros contratos de compra e venda, que não se processavam pela *mancipatio*, costumava-se convencionar a responsabilidade pela evicção por estipulação especial, o que se tornou obrigatório mais tarde.

c) O vendedor é responsável, outrossim, pelos vícios ocultos da coisa vendida. Tal responsabilidade foi introduzida pelo edito e pelas atividades dos *aediles curules*. Esses magistrados tinham a função de fiscalizar os mercados. Nesta sua atividade exigiam dos vendedores de escravos e de animais de carga, que declarassem os vícios da coisa vendida e se obrigassem, por meio de estipulação, a assumir expressamente a responsabilidade por tais vícios. Como sanção a tal obrigação, o edito dos *aediles curules* concedeu uma *actio redhibitoria* ao comprador para pedir a rescisão da venda, dentro de seis meses, no caso de vício oculto descoberto após a venda. Mais tarde, admitiu-se a *actio redhibitoria* independentemente da prévia estipulação e do conhecimento do vício pelo vendedor. Além deste remédio judicial, houve um outro, chamado *actio quanti minoris*, a ser intentada dentro de um ano, para obter a redução do preço da coisa, na medida da diminuição de seu valor, causada pelo vício posteriormente descoberto. A praxe, depois, estendeu ambas as ações a toda e qualquer compra e venda.

É de se salientar que a responsabilidade, tanto pela evicção, como pelos vícios ocultos, pode ser excluída por meio de expressa convenção entre as partes.

O vendedor tem que guardar a coisa até a entrega, com todo cuidado. Responde pelo dolo e pela negligência com que se houver, porque é devedor que lucra com o contrato; não, porém, pela *vis maior*. Daí se segue que o risco pela perda da coisa por *vis maior* é do comprador, desde o momento da conclusão do contrato de compra e venda. Se a coisa perecer por tal causa, o vendedor pode exigir o preço sem entregar a coisa, aliás então já inexistente (*periculum est emptoris* — D. 18.6.7 pr.).

As obrigações do comprador são mais simples: o pagamento do preço e o recebimento da coisa comprada. Com o pagamento, naturalmente, opera-se a transferência da propriedade do dinheiro.

#### Locação (*Locatio conductio*)

É o contrato pelo qual uma pessoa, mediante retribuição em dinheiro, se obriga a favor de outra a colocar à disposição desta uma coisa, ou a prestar-lhe serviços, ou a executar determinada obra. As partes neste contrato são chamadas locador (*locator*) e locatário (*conductor*).

Decorre da definição acima que o nome locação na realidade aplica-se a três contratos diferentes:

a) locação de coisa (*locatio conductio rei*), em que se faz a cessão temporária do uso e gozo de uma coisa contra o recebimento de um aluguel;

b) locação de serviços (*locatio conductio operarum*), em que se põe à disposição de outrem os próprios serviços contra o recebimento de um salário;

c) empreitada (*locatio conductio operis faciendi*), em que alguém se obriga a produzir uma determinada obra, igualmente contra retribuição em dinheiro.

O direito romano clássico não conhecia a distinção acima, que é obra dos intérpretes modernos. Ela é fundada nas três diversas espécies do objeto do contrato.

A locação, como as prestações de cada uma das partes são equivalentes, é um contrato bilateral perfeito (*contractus bilateralis aequalis*).

Tratando-se de um contrato que visa proporcionar vantagem a ambas as partes, tanto o locador, como o locatário respondem pelo dolo e pela culpa com que se houverem.

Para proteger os direitos decorrentes do contrato de locação, o locador tinha à sua disposição a *actio locati* e o locatário a *actio conducti*.

#### Sociedade (*Societas*)

Contrato que obriga as partes a cooperar numa atividade lícita, visando fins lucrativos. A cooperação das partes normalmente consistia em contribuição pecuniária; mas podia ser uma determinada atividade também, a ser exercida para obter o fim comum.

Originou-se, evidentemente, da primitiva comunidade dos co-herdeiros (*consortium, societas ercto non cito*), que se conservavam unidos, após a morte do pai, para enfrentar a vida em comum. Conserva, pois, nas fases de sua ulterior evolução, lembranças desta comunidade fraternal: a relação entre os sócios da sociedade, no período clássico, é indicada nos textos como um *ius quodammodo fraternitatis* (D. 17.2.63 pr.) e considerada como um liame baseado na recíproca confiança.

Constitui-se a sociedade pela simples convenção sobre o seu objeto. Tratando-se de contrato bilateral, ou seja, plurilateral perfeito, cada sócio deve entrar com sua parte na sociedade e, na medida dessa contribuição, participará dos lucros ou prejuízos auferidos.

Advira-se que, no direito romano, a sociedade é um liame obrigacional entre as partes, mas não é pessoa jurídica distinta de seus membros. Os bens da sociedade pertencem aos sócios em comum (condomínio).

A sociedade é sempre temporária. Dissolve-se quando sua finalidade foi alcançada, ou se tornou impossível, ou pelo vencimento do prazo de sua existência. Podem os sócios, por comum acordo, dissolver a sociedade. A sociedade constituída por tempo ilimitado dissolve-se pela renúncia de um dos sócios. O mesmo efeito têm, também, a morte, a *capitis diminutio*, ou a insolvência de qualquer deles.

Dissolvida a sociedade, sua liquidação se processará por meio da *actio pro socio*. Havendo bens comuns, estes serão divididos pela *actio communis dividendo*.

#### Mandato (*Mandatum*)

Contrato pelo qual o mandatário se obriga a praticar um ato, gratuitamente, e conforme instruções do mandante.

A incumbência pode ser a prática de qualquer ato, material ou jurídico, desde que não seja ilícito. O importante é que seja gratuito: *mandatum nisi gratuitum, nullum est*. Caso contrário, tratar-se-ia de locação de serviços ou de outro contrato qualquer (por exemplo, contrato inominado). É essencial, ainda, que o mandato seja no interesse do mandante, ou, pelo menos, no interesse conjunto do mandante e do próprio mandatário ou de terceiro. Mandato no interesse exclusivo do mandatário é um simples conselho, não constituindo contrato.

O mandato é um contrato bilateral imperfeito, porque gratuito. A obrigação principal é a do mandatário, de praticar o ato. Seu inadimplemento era sancionado pela *actio mandati directa* do mandante contra o mandatário. A obrigação secundária e eventual é a do mandante, de indenizar o mandatário das despesas havidas na execução do mandato e ressarcir-lo pelos danos sofridos nessa execução, exigíveis pela *actio mandati contraria*.

Extingue-se o mandato pela satisfação da incumbência ou pelo distrato, isto é, acordo entre as partes visando à rescisão do contrato. Além destes casos, sendo o mandato um contrato que se baseia na mútua confiança pessoal, cessa pela morte de qualquer das partes, ou quando qualquer delas o declara rescindido. A rescisão por vontade unilateral, porém, só é possível enquanto não for iniciada a execução do mandato.

#### “PACTA”

Já mencionamos que simples acordo não gerava obrigação no direito romano; só a gerando aquele que tinha uma *causa civilis*. A convenção em geral foi chamada *pactum* no direito romano, em contraposição ao contrato como fonte de obrigação. Mencionamos também que, excepcionalmente, determinados *pacta* obtiveram a tutela jurídica. Estes eram os *pacta adjecta*, os *pacta praetoria* e os *pacta legitima*. Explicá-los-emos sucintamente.

*Pacta adjecta* eram as convenções acessórias que acompanhavam um contrato, modificando-lhe ou ampliando-lhe os termos. Por exemplo: na compra e venda a cláusula que exclui a responsabilidade do vendedor pela evicção ou pelos vícios redibitórios.

*Pacta praetoria* eram aqueles que encontravam tutela jurídica pela atividade do pretor.

*Pacta legitima* eram aqueles não compreendidos nas classes anteriores, aos quais foi concedida tutela jurídica por decisões imperiais.

#### DOAÇÃO

A doação não era um *contractus* no direito romano; era simplesmente uma *causa*, que justificava um ato jurídico qualquer. Os atos jurídicos que podiam servir para doação eram inúmeros: por exemplo a constituição, transferência ou extinção de direitos reais;

qualquer ato obrigacional, como a estipulação; o contrato literal; a remissão de dívida etc.

Assim, um ato jurídico qualquer, que tinha a finalidade, por acordo das partes, de enriquecer uma delas à custa da outra, era considerado como doação no direito romano. Neste havia várias restrições legais às doações, que, porém, deixamos de expor.

Temos que mencionar que no direito justinianeu a simples convenção entre o doador e o donatário passou a ser *pactum legitimum* e como tal sancionado pelo direito. A partir desta inovação não mais era preciso praticar um ato jurídico diferente para realizar a doação. Bastava o simples acordo das partes a respeito, para que o doador ficasse obrigado a efetuar a doação prometida.

## CAPÍTULO 20

# OBRIGAÇÕES “EX QUASI CONTRACTU”

### CONCEITO

Há fatos jurídicos voluntários lícitos que criam relação obrigacional entre as partes sem que estas tenham convencionado criá-las. Tais fatos, por gerarem obrigações semelhantes às obrigações contratuais, são enquadrados nesta categoria dos quase-contratos. Tais eram a gestão de negócios, a tutela, as relações entre o herdeiro e o legatário, a comunhão incidental, o enriquecimento sem causa etc.

Explicaremos só o primeiro e o último.

### Gestão de negócios (*Negotiorum gestio*)

É um liame obrigacional semelhante ao mandato. Na gestão de negócios alguém, espontaneamente, se encarrega de praticar atos no interesse de outrem, sem que este o tenha incumbido de assim agir. Por exemplo, conserto, espontaneamente, o telhado danificado pela tempestade da casa do meu vizinho. O *negotiorum gestor* é obrigado a agir de boa-fé e no interesse da outra parte, chamada *dominus negotii*, e a terminar a gestão iniciada. O inadimplemento dessa obrigação era sancionado por uma *actio negotiorum gestorum directa* do *dominus* contra o *gestor*, em que aquele podia exigir a ultimação do ato, a prestação de contas e a entrega dos frutos ou do lucro auferido, bem como a indenização pelos danos causados dolosa ou culposamente. De outro lado, o *gestor* podia exigir, por meio da *actio negotiorum gestorum contraria*, a aceitação pelo *dominus* de sua gestão, o reconhecimento dos resultados dela e ainda indenização das despesas e dos danos decorrentes da gestão. Não tinha, entretanto, tal direito, quando

sua intervenção fora inútil ou quando agira contra expressa proibição do *dominus*.

### Enriquecimento sem causa

Outra obrigação criada *ex quasi contractu* é a decorrente do recebimento de pagamento não devido. Quem recebe o que não lhe é devido fica obrigado à devolução. Os meios processuais do credor para obtê-la eram as *condictiones*.

A *condictio* era, no processo romano primitivo, uma *legis actio* especial e, no processo formulário, uma *actio in personam* que se fundava estritamente nas regras do *ius civile*: tinha por fim a obtenção de determinada quantia (*certam pecuniam dare*) ou determinada coisa (*aliam certam rem dare*), cuja fórmula não mencionava a causa da obrigação. Conseqüentemente, a *condictio* servia às mais variadas finalidades, tanto para sancionar obrigações de empréstimo, de contrato literal e estipulação, como de furto, e, em nosso caso, de enriquecimento sem causa.

O direito clássico não distinguiu entre as diversas *condictiones* aplicáveis ao enriquecimento sem causa. Sua classificação detalhada é de origem justinianéia, o que passamos a expor em seguida.

A ação para reaver o que fora pago por débito inexistente era a *condictio indebiti*. Advirta-se que era necessário que o pagamento indevido tivesse sido feito por engano, erroneamente, porque caso contrário tratar-se-ia de doação.

Quando o pagamento fosse feito tendo em vista uma contraprestação ou um evento a ser realizado posteriormente, na falta dessa realização, ou da contraprestação, a prestação paga podia ser reavida, por meio de *condictio ob causam datorum* ou *condictio causa data causa non secuta*. Por exemplo, no caso do dote dado antecipadamente, quando o matrimônio não se realizou.

A *condictio ob iniustam causam* servia para exigir a devolução do que fora pago a título de causa ilícita, por exemplo juros exorbitantes ao agiota.

Quando o pagamento tivesse sido efetuado por motivo imoral (*adversus bonos mores*), utilizou-se para exigir a devolução a *condictio ob turpem causam*.

O direito justinianeu conhecia ainda uma ação que se aplicava a todos os casos de enriquecimento sem causa que não podiam ser enquadrados nas categorias acima enumeradas. Era a *condictio sine causa*.

## DELITOS

### CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O delito, ou ato ilícito, é considerado hoje como a violação de uma norma jurídica estabelecida no interesse coletivo. Por isso, o infrator é perseguido em nome da coletividade pelo representante do Estado, que pede punição daquele. Essa punição (*poena*) consiste em pena de restrição da liberdade do culpado, ou em pagamento de uma multa ao Estado, ou em outras penalidades secundárias, podendo estas últimas ser impostas isoladamente ou como acessórios de qualquer das primeiras. Nas relações entre o Estado e o autor do delito cogitase apenas de punição. Nas relações entre os particulares, isto é, ofensor e ofendido, não há outro liame, senão a obrigação do primeiro de ressarcir os danos causados ao segundo, liame que tem a finalidade de restabelecer a situação patrimonial anterior ao delito cometido. Tal obrigação se chama, hoje, obrigação *ex delicto*.

No direito romano era diferente. Nele faltava a distinção nítida entre a *punição* e o *ressarcimento do dano*. A consequência jurídica do delito no direito romano era, apenas, a sua punição, e esta punição servia também para satisfazer o ofendido do dano que sofrera.

O conceito da *punição* era, consequentemente, diferente do moderno.

Os delitos que lesavam a coletividade, também no direito romano primitivo, eram perseguidos pelo poder público. Assim era nos casos de traição à pátria, deserção, ofensa aos deuses etc. De outro lado, nesta mesma época, o Estado, por falta de organização eficiente dos poderes públicos, deixou a cargo do próprio ofendido a punição dos delitos que lesavam interesses particulares. O ofendido tinha direito à represália, podia vingar-se.

Distinguem-se, então, delitos públicos (*delicta publica*) dos delitos privados (*delicta privata*).

No período primitivo não havia limitação quanto à represália do ofendido. Ficava a seu livre arbítrio o exercício da vingança, sua forma e extensão. O ofendido, naturalmente, podia deixar de vingar-se e, consequentemente, estabelecer as condições mediante as quais o deixaria. Assim, havia possibilidade de um acordo entre o ofendido e o ofensor, mediante o qual o primeiro aceitava uma compensação de valor pecuniário (*compositio*) em lugar da vingança. Mas, no início, dependia exclusivamente do arbítrio do ofendido aceitar ou não tal resgate, bem como a fixação do seu montante.

Com o fortalecimento da organização dos poderes públicos, restringiu-se o arbítrio no exercício da vingança. Estabeleceram-se condições para esse exercício: determinou-se, por exemplo, que ela só seria admitida em caso de flagrante delito, e, ainda mais, fixaram-se os limites da represália. Quanto a estes últimos, o direito mais evoluído limitou a vingança ao talião (olho por olho, *talio*) ou à compensação pecuniária (*compositio*) obrigatória.

Essa evolução é caracterizada também pela transferência de um número sempre crescente de delitos privados para a categoria dos delitos públicos.

Naturalmente, as transformações acima expostas foram fruto de uma longa evolução, não se verificando de maneira instantânea e uniforme. A Lei das XII Tábuas, por exemplo, apresenta-nos, em conjunto, no seu texto, todas as fases dessa evolução.

Ela conhece delitos públicos, como a traição (*perduellio*), o homicídio (*parricidium*) e o incêndio. No campo dos delitos privados, em certos casos aplicou a vingança a arbítrio do ofendido, em alguns, o talião, e, em outros, a compensação pecuniária obrigatória.

A evolução posterior à Lei das XII Tábuas generalizou a *compositio* para todos os delitos privados, de maneira que no período clássico a punição destes consistia sempre na condenação do ofensor ao pagamento de certa quantia em dinheiro. Daí resulta que do delito privado (*delictum privatum*), no direito clássico, originou-se uma obrigação do ofensor para com o ofendido, chamada *obligatio ex delicto*, cujo objeto é a pena pecuniária.

Os mais importantes delitos privados no direito romano clássico eram: furto, roubo, dano injustamente causado e injúria. Estes eram, aliás, os únicos delitos privados do *ius civile*.

Além destes, entretanto, o pretor perseguiu por ações penais pretorianas vários outros atos ilícitos. Dentre estes, trataremos do dolo e da coação apenas.

#### **Furto (Furtum)**

Furto é a subtração fraudulenta de coisa alheia contra a vontade de seu dono. Tal era o conceito inicial do furto no período republicano. Mais tarde, porém, a subtração, expressa pela palavra latina *contrectatio*, passou a significar, além da subtração material de coisa alheia, também o uso indevido dela, ampliando-se, dessa forma, o conceito do furto. Assim, por exemplo, comete furto o depositário que usa da coisa a ele confiada.

Além do elemento material da subtração (*contrectatio*), é preciso, porém, que o ladrão tenha conhecimento de que age ilicitamente: *furtum sine affectu furandi non committitur* (Gai. 2.50 = D. 41.3.37 pr.; cf. Gai. 3.197).

Quanto às sanções contra o autor do furto, eram elas bem diferentes nas diversas épocas da evolução do direito romano. No início, quem tinha sofrido o furto ficava com o direito de vingar-se na pessoa física do ladrão colhido em flagrante (*fur manifestus*), matando-o em determinadas hipóteses, ou reduzindo-o à situação de escravo. Mais tarde, tal direito do ofendido foi transformado no de exigir uma multa pecuniária do ladrão, a qual, segundo o caso, era o quádruplo, o triplo ou o dobro do valor da coisa furtada.

Essas multas podiam ser exigidas por meio da *actio furti*, que é uma *actio poenalis*.

Além dessa ação penal, o dono naturalmente podia agir pelos outros meios processuais que lhe dava a sua qualidade de proprietário. Por exemplo, podia exigir a coisa pela *rei vindicatio*. Podia, também, utilizar-se da *conductio furtiva*, baseada no enriquecimento ilícito do ladrão em prejuízo do legítimo proprietário. Essas duas ações, porém, não eram penais, mas sim reipersecutórias: visavam simplesmente recuperar a coisa. Conseqüentemente, nestas o ladrão era condenado somente no valor simples (*simpulum*) da coisa furtada.

#### **Roubo (Rapina)**

É um furto qualificado pelo ato violento do ladrão ao subtrair a coisa. O ofendido, para perseguir o ladrão, tinha a *actio vi bonorum raptorum*, que acarretava a pena do quádruplo do valor da coisa.

#### **Dano, danificação (*Damnum iniuria datum*)**

Quem causa prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano.

A elaboração deste princípio foi feita com base nas disposições de uma *lex Aquilia*, de época incerta, mas provavelmente do século III a.C.

Consoante as disposições dessa lei, quem matasse um escravo ou animal pertencente a outrem ficava obrigado a pagar o maior valor que tal coisa tivera no ano anterior.

Era determinado, também, que no caso de ferimento de escravo ou animal alheio, bem como no de danificação de coisa alheia, o autor do dano ficasse obrigado a pagar o maior valor que a coisa tivera no último mês.

Originariamente, a sanção da *lex Aquilia* só se aplicava a dano causado por ato positivo e consistente em estrago físico e material da coisa corpórea.

Assim, quanto ao primeiro requisito, não constituía dano, perante aquela lei, o deixar sem alimento um cavalo, causando, com isso, sua morte.

Quanto ao segundo, não era considerado, pela *lex Aquilia*, como dano o deixar fugir o animal alheio, porque não ocorria estrago físico e material.

Além destes requisitos, a *lex Aquilia* exigia que a danificação fosse feita *iniuria*, isto é, contra a lei.

Mais tarde, os jurisconsultos entenderam que a palavra *iniuria* não significava apenas o *ilícito*, o *contrário à lei*, mas implicava, também, a culpabilidade do autor do dano. Exigiu-se, pois, que o dano causado ou fosse dolosa ou ao menos culposamente, sendo imputável também a mais leve negligência: *in lege Aquilia et levissima culpa venit* (D. 9.2.44 pr.).

Outrossim, as sanções da *lex Aquilia* aplicavam-se, mais tarde, a outros casos de danificação, além das restrições originárias acima mencionadas, como aos prejuízos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material da coisa.

No cálculo do valor do dano, originariamente, se limitava a estabelecer o valor objetivo da coisa, mas no período clássico incluía-se todo o interesse do proprietário relativamente a ela. Assim, desde essa época, o cálculo do dano incluía, além do dano efetivo e material (*damnum emergens*), também a perda de lucro (*lucrum cessans*) sofrida pelo proprietário por causa do ato ilícito do ofensor.

### Injúria (Iniuria)

É o delito consistente na ofensa ilícita e dolosa de alguém, causada à pessoa de outrem. A ofensa pode ser de qualquer espécie, assim física como moral.

No direito clássico, o ofendido podia pedir, por meio da *actio iniuriarum*, uma indenização pela ofensa sofrida, tomando em conta todas as circunstâncias do delito e das pessoas nele envolvidas, seja ativa, seja passivamente.

### Dolo (Dolus malus)

A repressão do dolo foi inovação introduzida pelo pretor Aquílio Galo. Dolo, como ato ilícito, é todo comportamento desonesto com a finalidade de induzir em erro a parte por ele lesada. Esta última tinha uma *actio de dolo* contra o ofensor para obter o resarcimento do dano sofrido.

### Coação (Metus)

É o fato de compelir alguém à prática, de certo modo, de determinado ato jurídico. A violência pode ser física (absoluta) ou moral (compulsiva). Neste último caso, tratar-se-ia de ameaça grave de praticar uma violência física. A parte ofendida tinha, como ação penal, uma *actio quod metus causa* contra o autor da violência, seja ela a outra parte da relação jurídica decorrente do ato jurídico coagido, seja terceiro.

## OBRIGAÇÕES "EX QUASI DELICTO"

Trata-se, nesta categoria, de obrigações decorrentes de fatos que não implicavam a culpa do devedor. Ele ficava devendo mesmo sem ter causado, voluntária ou involuntariamente, o fato.

*Actio de effusis et deiectis* era a ação, concedida pelo pretor, contra o morador (*habitor*) de um prédio, donde uma coisa sólida ou líquida caiu ou foi atirada à rua, causando dano a alguém, independentemente de quem a jogou.

*Actio de deposito et suspenso* era concedida pelo pretor, também contra o morador de um prédio, quando um objeto, colocado em terraço, teto ou qualquer lugar externo, ameaçasse com a possível

As duas primeiras são antigas e diferem entre si sobretudo na forma. A *sponsio* se realizava pelo uso da palavra *spondeo*: *Idem spondesne? Spondeo*. Ao passo que na *fidepromissio* utilizavam-se outras palavras: *Idem fide promittisne? Promitto*. A primeira só podia ser usada por cidadãos romanos e por latinos, a segunda também pelos estrangeiros (*peregrini*).

A obrigação do *sponsor* e do *fidepromissor* não passava a seus herdeiros: com sua morte extinguia-se. Outrossim, havia várias leis no período republicano que limitavam a responsabilidade dos fiadores em diversos sentidos, o que, naturalmente, diminuiu bastante o valor prático do instituto que, em primeiro lugar, visava a garantir os interesses dos credores.

Em consequência disto, ainda no fim da República, às duas primitivas formas acima descritas juntou-se uma terceira figura de fiança, chamada *fideiussio*. Suas regras divergiam bastante das anteriores. Na forma externa, a diferença montava em pouco: na do uso de palavras diferentes no formulário: *Idem fide tua iubesne? Iubeo*. Mas quanto às suas consequências jurídicas, a diferença era notável. A *fideiussio* aplicava-se a todos os tipos de contrato, e não somente aos contratos verbais; a obrigação dela proveniente passava aos herdeiros do *fideiussor*; e, ainda, não era afetada pelas limitações da legislação republicana, acima mencionadas. Com esta nova forma, a fiança obteve uma regulamentação condigna com a importância econômica do instituto numa sociedade evoluída como a de Roma nessa época.

Quanto às consequências jurídicas da fiança, é comum a todas as três formas a regra de que ela não pode exceder a obrigação principal, embora possa ser de valor menor que o dela. Também ao fiador cabiam todas as exceções que o devedor principal tinha contra o credor. Outrossim, a partir da época de Adriano, século II d.C., em caso de vários fiadores, eles podiam pleitear uma responsabilidade parcial, dividindo-se o valor da obrigação garantida entre os fiadores solventes, cada um respondendo na proporção de sua parte (*beneficium divisionis*).

Note-se que, em regra, o fiador sempre respondia acessoriamente, isto é, só quando o devedor principal fosse insolvente. Como consequência desse princípio, Justiniano concedeu ao *fideiussor* a faculdade de pretender que o credor acionasse em primeiro lugar o devedor principal (*beneficium excussionis*).

Entretanto, se o fiador cumprisse a obrigação que garantia, tinha uma ação de regresso contra o devedor principal (chamada *actio de-*

*pensi*), caso este não o indenizasse dentro de seis meses. Além deste meio processual, não dispunha o fiador de outro contra o devedor principal: as relações entre ambos ficavam subordinadas ao vínculo jurídico que os ligasse (mandato, sociedade, por exemplo), se existisse tal vínculo.

Os jurisconsultos clássicos encontraram ainda uma outra via que permitia ao fiador recuperar o que desembolsara por conta do devedor principal. O fiador podia exigir do credor principal, a quem pagara, a cessão das ações que lhe competiam contra o devedor principal (*beneficium cedendarum actionum*).

O *mandatum qualificatum* e o *constitutum debiti alieni* também serviam para constituir uma garantia semelhante à fiança.

queda causar dano aos que passassem na rua. Aqui também a responsabilidade do morador não dependia de sua culpa.

*Actio furti adversus nautas, caupones, stabularios* era também enquadrada nesta categoria. Decorre da responsabilidade dos transportadores e hoteleiros pelo furto sofrido pelos seus passageiros ou hóspedes, quem quer que seja o autor do furto. A ação em epígrafe cabia ao ofendido contra o transportador ou contra o hoteleiro, independentemente da culpa destes últimos.

## CAPÍTULO 22

# GARANTIA DAS OBRIGAÇÕES

### CONCEITO

Do ponto de vista subjetivo, o cumprimento da obrigação pelo devedor depende, inteiramente, de sua vontade, e, do ponto de vista objetivo, de sua capacidade econômica ou física de cumpri-la. Pode acontecer que o devedor não queira ou, mesmo querendo, não possa cumprir sua obrigação.

Por conseguinte, o interesse do credor é de assegurar o cumprimento da obrigação contra ambos os tipos de inadimplemento.

Para assegurar-se contra o inadimplemento voluntário do devedor, o credor pode concluir com ele vários acordos acessórios e secundários para reforçar a obrigação principal. Tais são:

### Arras (Arrha)

A entrega, pelo devedor ao credor, de uma coisa ou de uma quantia, com o fim de que ela sirva para confirmar a conclusão de um acordo e para garantir o seu cumprimento.

O direito romano clássico só conhecia as arras no primeiro sentido, chamada *arrha confirmatoria*, que tinham a única finalidade de confirmar e provar, de maneira visível, a existência de um contrato consensual. Conseqüentemente, essa *arrha confirmatoria* era um meio de prova da conclusão do contrato.

Justiniano modificou esse caráter das arras do período clássico e com as modificações voltou aos princípios pelos quais o instituto era regulado no direito grego, donde fora copiado pelos romanos. Justiniano considerou nas arras, além do caráter confirmatório, também a faculdade das partes de rescindirem, unilateralmente, o contrato con-

firmado. Essa era a *arrha poenitentialis*. A rescisão baseada nesta faculdade, conferida pela *arrha poenitentialis*, acarretava a perda do valor das arras: assim, se a rescisão era motivada por quem dera as arras, perdia-as em favor da outra parte; se, ao contrário, esta, que recebera as arras, é que desse causa à rescisão, ficava obrigada a devolvê-las em dobro.

### Multa contratual (*Poena conventionalis*)

É a promessa, por meio de *stipulatio*, do pagamento de uma indenização pecuniária, predeterminada, para o caso do inadimplemento de uma obrigação. Havendo tal estipulação, não era preciso provar as perdas e danos para obter indenização. Esta era devida com base na estipulação da multa contratual. Entretanto, cumpre-nos salientar que, quando as perdas e danos excediam o valor estabelecido no contrato, a diferença a mais podia ser exigida separadamente.

### OUTRAS GARANTIAS

Muito mais importante que os institutos até agora expostos são os meios que visavam a garantir o adimplemento da obrigação contra a superveniente incapacidade econômica ou física do devedor para executar a sua prestação. Para essa finalidade servem as garantias pessoais e as garantias reais. Das últimas já falamos. Resta-nos, portanto, expor as primeiras.

Enquadram-se na categoria de garantias pessoais todas aquelas que aumentam o número das pessoas responsáveis pelo adimplemento da obrigação; assim, a solidariedade dos devedores principais, de que já falamos, e a inclusão no contrato, ao lado do devedor principal, de outros devedores acessórios, chamados fiadores.

### Fiança

É um contrato pelo qual um devedor acessório junta-se a um devedor principal, a fim de garantir o adimplemento da obrigação por este assumida. Por isso, o fiador é um devedor acessório, que se obriga a cumprir uma obrigação, caso o devedor principal não o faça.

A forma desse contrato era a *stipulatio* e, historicamente, o direito romano nele distingua três tipos diferentes, que são a *sponsio*, a *fidepromissio* e a *fideiussio*.

## EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

### CONCEITO

Cria-se a obrigação para ser cumprida. O cumprimento (*solutio*) é seu fim natural e com ele a obrigação se extingue. Mas há outros atos jurídicos que igualmente acarretam a extinção da obrigação. Assim, podem as partes compensar as obrigações que reciprocamente tenham, ao invés de solver cada uma a sua (*compensatio*). Da mesma forma, a transformação da obrigação numa outra (*novatio*) acarreta a extinção da obrigação anterior. Podem, ainda, as partes extinguir a obrigação por comum acordo.

Todos estes meios de extinção dependem da vontade das partes. Há, além deles, outros fatos que, independentemente dessa vontade, produzem os mesmos resultados.

Estudaremos, então, cada um dos meios de extinção, separadamente.

### Pagamento (*Solutio*)

É o modo natural da extinção. O adimplemento da obrigação extingue o liame entre o credor e o devedor. Recebendo o credor a prestação, objeto da obrigação, o devedor fica libertado do vínculo obrigacional.

No período clássico, bastava o fato do cumprimento fiel da obrigação para que se verificasse a sua extinção. No direito primitivo não era assim. Este era formalístico e rígido. Já conhecemos as formalidades exigidas para a constituição do liame obrigacional. Logicamente, este direito primitivo não exigia o cumprimento de formalidades apenas para a constituição das obrigações, mas também para a sua extinção. Por isso, cada contrato formal tinha o seu contrário, que era um ato

jurídico liberatório. Assim, ao *nexus* correspondia a *solutio per aes et libram* ou *nexi liberatio*, que exigia cinco testemunhas, a presença das partes e do *libripens*, da balança, pronunciamento de determinadas fórmulas verbais e certos atos solenes. De outro lado, a *stipulatio*, também, se resolvia pela *acceptilatio*, que consistia na pergunta e congruente resposta do devedor e do credor respectivamente: *Quod ego tibi promisi habesne acceptum? Habeo.*

No início, quando a forma tinha mais valor do que o conteúdo, era este ato contrário formal o único meio de extinguir a obrigação, para tal não bastando o seu cumprimento efetivo, que, sem as formalidades do ato contrário, nada valia perante o direito.

Nas novas categorias de contratos reais e consensuais, para cuja realização não era necessário o uso de formalidades, a *solutio* por si acarretava, naturalmente, a extinção da obrigação. Este princípio foi, depois, estendido a todos os contratos no período clássico, inclusive aos formais. Daí por diante, o ato formal de extinção tornou-se superfluo nos casos em que houvesse pagamento efetivo. Conservou, porém, seu papel nos casos em que as partes convencionassem a extinção da obrigação sem que tivesse havido adimplemento. Tal ato é chamado nas fontes como *immaginaria solutio*.

Quanto às regras gerais referentes à *solutio*, notamos as seguintes:

a) o objeto do pagamento deve ser exatamente o da obrigação.

O cumprimento de prestação diferente da prevista no contrato não é pagamento, a não ser que o credor o aceite como tal. Nesse último caso, em que o pagamento é chamado dação em pagamento (*datio in solutum*), a obrigação extingue-se. Por outro lado, o credor não é obrigado a aceitar pagamento parcial, exceto quando previsto no contrato;

b) o pagamento deve ser efetuado ao credor ou ao seu representante para este fim designado;

c) a obrigação deve ser cumprida pelo devedor, mas o pode ser também por outra pessoa, a menos que o credor tenha interesse especial na prestação pessoal do devedor;

d) o prazo e o lugar do cumprimento dependem da convenção das partes. Faltando a determinação desses elementos, a prestação é devida logo que cobrada e no lugar escolhido pelo devedor.

### Compensação (*Compensatio*)

A compensação pressupõe a existência de mais de uma obrigação entre as mesmas pessoas, sendo elas ao mesmo tempo credor e devedor

uma da outra. Tais obrigações recíprocas entre as mesmas partes extinguem-se pela compensação enquanto equivalentes, continuando devendo o excedente não compensado.

No direito clássico, a compensação se operava só em três casos: nas ações baseadas na boa-fé (*bonae fidei iudicia*), nas obrigações entre banqueiros e no concurso de credores. Parece que, já no fim deste período, o campo da compensação foi estendido além dos casos acima mencionados. No período pós-clássico, por sua vez, aplicou-se em geral aos créditos, sem restrições, contanto que do mesmo gênero (dinheiro contra dinheiro, trigo contra trigo), certos quanto a seu montante e vencidos (líquidos).

No direito romano a compensação não se operava *ipso iure*. Era sempre necessário que as partes a convencionassem ou que uma delas a pedisse numa ação que lhe fosse intentada pela outra parte. Operava, portanto, *exceptionis ope*: por meio de defesa processual.

#### **Novação (Novatio)**

É a extinção de uma obrigação pela sua substituição por uma nova, com o mesmo conteúdo da anterior: *novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio* (D. 46.2.1 pr.).

A prestação, objeto da obrigação antiga e da nova, devem ser idênticas (*idem debitum*); do contrário haveria constituição de outra obrigação ao lado da antiga, ambas coexistentes. Entretanto, malgrado a exigência de identidade de prestação em ambas as obrigações, a nova tinha que trazer um elemento novo (*aliquid novi*), que justificasse a novação. O elemento novo podia concernir à prestação (novas condições, novo prazo, novo lugar para pagamento), às partes (substituição da pessoa do credor — *delegatio activa*, ou do devedor — *delegatio passiva*), ou ainda à causa da obrigação (por exemplo, transformação de uma obrigação *exempto* numa obrigação verbal *ex stipulatu*).

No direito justinianeu, como no moderno, exigia-se, ainda, o *animus novandi* das partes.

A novação extingue *ipso iure* a obrigação antiga com todos os seus acessórios (fiança, garantias reais, cláusulas acessórias eventuais etc.).

#### **Extinção da obrigação por acordo das partes**

As partes podem fazer cessar os efeitos da obrigação sem que haja *solutio*, se assim convencionarem. Isto era possível no direito

quiritário por meio da *immaginaria solutio*, de que já falamos. No direito clássico, os efeitos de um contrato consensual cessavam em virtude de rescisão por mútuo acordo: *contrarius actus*. O pretor, por sua vez, dava tutela jurídica a todo acordo rescisório de obrigação, chamado *pactum de non petendo*.

Temos que mencionar que o *pactum de non petendo*, assim como a compensação, no período clássico, tinham tutela jurídica do pretor. Outrossim, para sua aplicação em juízo, era preciso que fossem alegados pela parte interessada por meio de *exceptio*, na ação que lhe fosse movida. Os outros modos de extinção se operavam *ipso iure*.

#### **Fatos extintivos das obrigações, independentes da vontade das partes**

Extinguem-se as obrigações, também:

a) quando seu cumprimento se torna impossível, a não ser que a impossibilidade seja imputável ao devedor;

b) em certos casos, pela morte das partes.

Assim, o falecimento de qualquer delas extingue o mandato ou a sociedade; o do credor, as obrigações provenientes de delitos *vindictam spirantes*, como a injúria; o do devedor, as obrigações do *sponsor* e do *fidepromissor*;

c) pela *capitis deminutio* do devedor, exceto as obrigações *ex delicto*;

d) pela *confusio*, isto é, a junção, na mesma pessoa, da posição do credor e do devedor. É o caso do herdeiro universal do seu credor;

e) pelo *concurrus duarum causarum lucrativum*, isto é, pelo cumprimento de uma de duas obrigações a título gratuito, com o mesmo objeto. Nesse caso, como o objeto é o mesmo, o cumprimento de uma das obrigações extingue a outra. Por exemplo: alguém nomeia seu herdeiro de determinada coisa a quem também faz doação, para entrega futura, da mesma coisa. Morrendo o testador antes de vencido o prazo para entrega da coisa doada, o herdeiro recebe como tal a coisa, extinguindo-se a doação;

f) pelo decurso do prazo de vigência convencionado pelas partes ou estabelecido pela lei;

g) pela verificação da condição resolutiva nas obrigações sujeitas a essa espécie de condição;

h) pela extinção da obrigação principal, no caso da obrigação acessória;

i) por ordem legal, em determinados casos, a título de penalidade. É o que se dá com o crédito de quem, para haver o que lhe é devido, se apossa de bens do devedor. A extinção do crédito nesse caso foi determinada por decreto de Marco Aurélio (*decretum divi Marci*).