

Universidade de Brasília

Curso de Direito

FILIFE BRITO HAMBURGO

**CONSENSUALISMO NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA – UMA
ANÁLISE DA *EMPTIO-UENDITIO***

BRASÍLIA – DF

2019

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB

Faculdade de Direito

Curso de Direito

FILIFE BRITO HAMBURGO

**CONSENSUALISMO NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA – UMA
ANÁLISE DA *EMPTIO-UENDITIO***

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade de Brasília – UnB, elaborada sob a orientação do Prof. Dr. João Costa Neto.

BRASÍLIA – DF

2019

Hamburgo, Filipe Brito
Consensualismo no Contrato de Compra e Venda – Uma Análise
da *Emptio Uenditio* / Filipe Brito Hamburgo – Brasília – 2019

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília – UNB, como requisito parcial
para a obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientador:
Professor João Costa Neto.

1. Direito Romano. 2. *Emptio Uenditio*. 3. Direito dos Contratos. 4.
História do Direito.

FILIPPE BRITO HAMBURGO

***CONSENSUALISMO NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA –
UMA ANÁLISE DA EMPTIO UENDITIO***

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. João Costa Neto (Orientador)

Universidade de Brasília – UnB

Prof. Dr. Frederico Viegas

Universidade de Brasília – UnB

Prof. Dr. Paulo César Villela

Universidade de Brasília - UnB

Brasília, 6 de julho de 2019.

DEDICATÓRIA

Aos meus Pais, Irmã, e Professores.

EPÍGRAFE

Consensual contracts were introduced by the Romans and proved pivotal in their growth and prosperity as a trading nation. Contracts did exist prior to this point but consensual contracts allowed transactions to take place without property changing hands: there merely needed to be consensus or agreement between the involved parties. There were four types: 'emptio uenditio' was a contract for the exchange of goods; 'locatio-conductio' was a contract for the hire of goods; while 'societas' governed partnerships. The final consensual contract was 'mandatum' which dealt with the commissioning of one party to carry out an activity that would benefit another without reward.

(Texto incluído no jogo eletrônico Rome 2 – Total War, correspondente a uma tecnologia pesquisável denominada “Consensual Contracts”. The Creative Assembly. Sega. 2013.)

RESUMO

Este trabalho busca apresentar as explicações dos romanistas para o fenômeno do consensualismo nos contratos de *ius civile*, tomando como objeto de análise especificamente o contrato de *emptio uenditio*, ou compra e venda. Busca ainda examinar as hipóteses aventadas para o seu surgimento e formação, e, ainda, dimensionar suas respectivas consistências com as fontes romanas.

Palavras chave: Direito Romano. Direito dos Contratos. *Emptio Uenditio*. Consensualismo.

ABSTRACT

This essay seeks to present the scholar's explanations to the consensualism phenomenon in *ius civile* contracts, taking as study object the *emptio uenditio*. It does also seek to examine the hypotheses presented to its birth and formation, and furthermore, to measure their consistencies in relation to the Roman sources.

Keywords: Roman Law. Contracts Law. Emptio Uenditio. Consensualism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I – A PROPRIEDADE.....	16
CAPÍTULO II – OS CONTRATOS.....	18
II.1. – Modalidades.....	18
CAPÍTULO III – A <i>EMPTIO UENDITIO</i>	22
III.1. – História.....	22
III.2. – Definições e Conceitos.....	31
III.2.1. – Partes.....	31
III.2.2. – Coisa.....	32
III.2.3. - Preço.....	33
CONCLUSÃO.....	35
REFERÊNCIAS.....	37

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS:

C. = *Codex Iustinianus*

D. = *Digesta*

Gai. = *Gai Institutiones*

I. = *Institutiones Iustiniani*

INTRODUÇÃO

Roma foi um grande império do Mediterrâneo, cujo domínio se estendeu sobre largas porções de terra na Europa, na Ásia e na África e cuja duração superou a de qualquer outro poder organizado na História da humanidade. Tendo iniciado como um pequeno povoado nas colinas do Lácio, expandiu-se primeiro contra a resistência das tribos latinas e etruscas, firmando-se como o maior potentado na península itálica já quando do início do séc. III a.C., sagrando-se vitoriosa na guerra contra Pirro e conquistando a colônia grega de Tarento.

Ao longo dos séculos III e II a.C., travaram-se as guerras de afirmação do poder romano no Mediterrâneo, contra seu maior rival: Cartago. As guerras púnicas, que se caracterizaram pela mobilização de grande parte dos meios e recursos da República romana contra a civilização africana descendente dos antigos fenícios, trouxeram a Roma a profissionalização de seus quadros bélicos, a fortificação de suas instituições, e finalmente a cristalização de sua posição hegemônica naquele que viria a ser chamado de *Mare Nostrum*. Nenhuma outra civilização jamais pode exercer o controle absoluto sobre essas águas, até os dias de hoje.

O custo do agigantamento das estruturas militares seria cobrado ainda no séc. I a.C.: com a lealdade dos soldados tendendo mais aos generais que ao Senado ou o povo, guerras civis tornaram-se recorrentes, tendo a elite romana mostrado sua incapacidade de liderar o povo no caminho da unidade. Com o assassinato de César em 44 a.C. e a subsequente luta, primeiro dos partidários de César contra os *Liberatores*, e depois daqueles entre si, forjou-se o caminho para a liderança cada vez mais autocrática do primeiro dos cidadãos: *princeps*, do tempo de Augusto até Diocleciano; e *Dominus* dali em diante, até a conquista do último bastião romano em 476 d.C. por Odoacro.

O legado de mais de mil anos de existência e evolução não seria perdido, entretanto. A engenharia, os costumes, a religião e o próprio Direito permaneceram profundamente imbricados na cultura europeia, tendo ao longo

do tempo diversos poderes reclamado a herança romana, como o império de Carlos Magno, o *Reich* germânico, e até o fascismo de Mussolini.

Este trabalho busca, consciente da relevância do Direito Romano para as sociedades ocidentais modernas, apresentar as explicações dos romanistas para o fenômeno do consensualismo nos contratos de *ius civile*, tomando como objeto de análise especificamente o contrato de *emptio uenditio*, ou compra e venda. Busca ainda examinar as hipóteses aventadas para o seu surgimento e formação, e, ainda, dimensionar o impacto dessa tecnologia social no desenvolvimento da civilização romana e de seu legado ao Ocidente.

Verifica-se ser este um campo válido para incursões acadêmicas, principalmente diante do apresentado por Mihai Safta em um *paper* publicado na revista *Iurisprudentia*, da Universidade de Babes-Bolyai¹, e na tese de doutoramento de Kiyoshi Nakata Jr.². Nesta, particularmente, ele enuncia um problema cujo estudo delinea fortemente a forma como este trabalho foi produzido:

Se, por um lado, o ponto de partida da experiência jurídica romana – ou seja, uma compra e venda como negócio translativo de propriedade – não gera maiores controvérsias na doutrina romanística, por outro, a reconstrução do processo evolutivo da compra e venda contextual àquela obrigacional e consensual constituiria objeto de ampla discussão.

Neste debate, seria necessário, como acentua M. TALAMANCA, distinguir o problema da afirmação da compra e venda consensual e obrigacional na experiência jurídica romana, questão ligada ao surgimento e desenvolvimento dos *iudicia bonae fidei*, e aquele - conexo mas diverso – dos meios pelos quais se supriam, diante da ausência do esquema da *obligatio consensu contracta*, as necessidades de acreditamento de uma das prestações.³

¹ SAFTA, Mihai. *Evolutia Si Natura Contractelor Consensuale: Emptio-Venditio Et Ius Commune*. SUBB *Iurisprudentia* nº 1/2015 (96). Ciuj-Napoca, 2015.

² NACATA Jr., Edson Kiyoshi. *A Responsabilidade por Custodia no Direito Romano – Análise do Problema na Compra e Venda (emptio-uenditio)*. Tese de Doutorado publicada no CPG da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2012.

³ *Ibid*, p. 78. (grifo nosso)

O Direito Romano pode ser classificado, em sua história interna, em três períodos distintos⁴. Tais são o direito antigo, ou pré-clássico, que vai desde a fundação de Roma até a promulgação da *lex Aebutia* (entre 149 e 126 a.C.); o direito clássico, da *lex Aebutia* até o reinado de Diocleciano, em 305 d.C.; e por fim o direito pós-clássico, daí até a época de Justiniano e a codificação bizantina.

O Direito Romano pode ser compreendido como o nascedouro de todo o Direito ocidental, como forma de pensar e como sistema normativo posto pelo Estado soberano. Ele possui especial importância por abarcar doze séculos de evolução “documentada com abundância de fontes, nas quais desfilam os problemas da construção, expansão, decadência e extinção do mais poderoso império que o mundo já conheceu”⁵. Demonstra ainda como o ambiente de instituições fortes, capazes de estabelecer segurança para as transações entre os indivíduos, possibilita o florescimento da pujança e riqueza de uma civilização.

A importância do estudo do Direito Romano é objeto de diversas obras já publicadas, tais como Grosso⁶ e Suárez⁷. Este interesse decorre do fato de ser o Direito um campo do conhecimento humano possível de ser estudado pelos métodos das ciências sociais, pelos quais não se conduzem experimentos tais quais nas ciências naturais, e sim observam-se os dados do presente e do passado como forma de delinear padrões e funções. Ainda, é historicamente relevante o estudo do Direito Romano em vista de ser este uma das fontes, senão a mais importante, do Direito ocidental moderno, principalmente no que tange aos ramos do Direito Civil e Processual.

A disciplina dos contratos hodierna, no Brasil, é governada por princípios que derivam da experiência romana. As partes capazes, objeto lícito e acordo de vontades, elementos essenciais de um contrato, foram assim formulados desde pelo menos o séc. VI d.C. Ocorre que, no princípio da tutela jurídica dos contratos, não se sucedia dessa forma. O elemento mais evidente, que distinguia

⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 18ª Ed, 2018, pp. 1-2.

⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 18ª Ed, 2018, p. 2.

⁶ GROSSO, Giuseppe. *Lo Studio del Diritto Romano*, in *Premesse Generali al Corso di Diritto Romano*. Editora Torino, 4ª Ed, 1960, p. 7.

⁷ SUÁREZ, Ursicino Alvarez. *Interés del cultivo actual del Derecho Romano*, in *Horizonte actual del Derecho Romano*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1994.

os contratos de meros pactos, era o objetivo. A forma preconizada no direito objetivo era o que tornava o ato vinculante, ou seja, gerava as obrigações para as partes. Fossem as palavras ditas solenemente, ou a escritura aposta sobre o pergaminho, ou ainda, a entrega da coisa, deveria haver um rito a ser seguido para que o contrato fosse existente e válido.⁸

Com o tempo, entretanto, já no período clássico, surge uma nova modalidade de contrato – o consensual. Nesta, não era necessária a observância de um rito, embora sua natureza já fosse definida pelo direito – o mero acordo de vontades era suficiente para tornar o contrato válido. No início, eram quatro os contratos consensuais: o mandato, a locação de bens móveis, a compra e venda e a sociedade.⁹

Os contratos, de forma geral, são de grande importância para a circulação de bens e serviços e para o desenvolvimento econômico das sociedades. Entretanto, esses quatro contratos se afiguram fulcrais para a alocação de recursos, sendo de uso recorrente na agricultura, no pastoreio, nas manufaturas e no comércio. A importância de seu estudo reside justamente como esses contratos moldaram o caminho da regência de todos os outros, fazendo com que os requisitos de forma fossem progressivamente perdendo relevo em favor da valorização da confiança e da boa-fé dos contratantes.¹⁰

A compra e venda foi selecionada como objeto de análise pelas indicações, nos diversos textos pesquisados, da sua relevância dentre os contratos consensuais e pela dificuldade da determinação de sua origem. Embora haja consenso entre os romanistas de que a *mancipatio* era a forma arcaica de compra e venda, com evidências inclusive nas fontes romanas, a explicação da passagem para a forma consensual encontra dificuldades de elevada monta.

Neste trabalho examinam-se as fontes romanas, a saber: as Institutas do jurisconsulto Gaio, como evidências originais do Direito Romano clássico; e os

⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 18ª Ed, 2018, p. 471.

⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 18ª Ed, 2018, p. 515.

¹⁰ VOCI, Pasquale. *La Dottrina Romana del Contratto*. Editora Giuffrè, 1946, p. 165.

livros do Corpus Iuris Civilis, a compilação de Justiniano, que fazem menção aos juristas romanos consagrados do passado. Além, cuida-se de buscar nos textos dos romanistas as hipóteses levantadas sobre o problema apresentado, analisando-as.

CAPÍTULO I – PROPRIEDADE

A propriedade, no Direito Romano, era caracterizada pelo domínio de coisas, fossem estas corpóreas ou incorpóreas. Como não fossem dados à abstração, os juristas romanos não se preocuparam em definir o direito real de propriedade, embora tenham os romanistas, lendo a Compilação Justinianeia, numa interpolação atribuída a Florentino¹¹, reinterpretado a noção de liberdade para adequá-la ao conceito de propriedade. Tal enunciado, no original, é como segue: “*Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur*”¹².

A forma de propriedade mais antiga, própria dos cidadãos romanos e presente nessa civilização desde seus tempos pré-clássicos, é a *ex iure Quiritium*, ou propriedade quirítária. Essa categoria englobava os direitos de domínio sobre bens situados na península itálicas, de titularidade de cidadãos romanos ou peregrinos aos quais fosse concedido o *ius commercium*. Adquiria-se de forma derivada, mediante *mancipatio*, *traditio* ou em cessão judicial (*in iure cessio*). A principal característica dessa forma de propriedade é a técnica, ou seja, as fórmulas empregadas para a sua aquisição e alienação. A não observância dessas técnicas acarretava a transferência da propriedade a título precário, a que os romanos se referiam como *in bonis habere*, ou propriedade bonitária.¹³

Como demonstra Moreira Alves em seu Manual, a propriedade bonitária era protegida principalmente de duas maneiras no processo formulário. Note-se que, no Direito Romano, a principal característica de uma posição garantida pela

¹¹ Interpolações são alterações, supressões ou acréscimos feitos diretamente sobre o texto clássico pelos compiladores que organizaram os Livros de Justiniano.

¹² Gai. 1, D. 1.5.1.

¹³ BUCKLAND, William Warwick. *The Main Institutions of Roman Private Law* - 1ª Ed. – Cambridge, 1931, p. 97.

lei era justamente a sua ação correspondente, para que fosse defendida em juízo.¹⁴

As proteções da propriedade bonitária, ou seja, do domínio adquirido de boa-fé, mas sem a observância das formalidades legais, eram a *exceptio rei venditae et traditae* e a *actio publiciana*. A *exceptio* possibilitava que o comprador, adquirente de *res Mancipi* mediante *traditio*, defendesse a posse direta do bem, impedindo o prosseguimento de eventual ação de *reivindicatio* movida pelo vendedor ou por proprietário intentando evicção, *ex iure Quiritium*. Formavam-se daí duas situações, uma propriedade quiritária, do vendedor, e outra, análoga, a que se chamava bonitária.¹⁵

Esta última aperfeiçoava-se com o usucapião, definido nas fontes romanas em passagem atribuída a Modestino do séc. III d.C: “*Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis tempore lege definiti*”^{16 17}. O tempo legalmente previsto, desde o Direito Romano clássico, era de um ano, para coisas móveis, e dois, para coisas imóveis¹⁸.

O Direito Romano classificava as coisas em *Mancipii* e *nec Mancipii*. As *res Mancipi* eram as coisas que possuíam maior valor social atribuído pela comunidade romana, como a terra romana, os prédios na península itálica, as casas, as servidões prediais rústicas, os escravos, e os animais de carga e tração. Elas só podiam ter sua propriedade transferida mediante um contrato antigo, denominado *Mancipatio*, ou cedido em juízo. A cessão em juízo (*in iure cessio*) era um procedimento judicial com lide fictícia, na qual o adquirente reclamava a propriedade de determinada coisa, fosse esta *Mancipi* ou *nec Mancipi*; ao que o proprietário cedente abdicava de sua defesa, sendo portanto a coisa adjudicada ao requerente.¹⁹

¹⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 18ª Ed, 2018, p. 189.

¹⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 18ª Ed, 2018, p. 523.

¹⁶ Mod. 5 Pand., D. 41.3.3.

¹⁷ “Usucaption is the addition of ownership by means of continuous possession for a time prescribed by law.” Tradução de Samuel P. Scott. *The Civil Law*. Cincinnati, 1932.

¹⁸ Gai. 2.42.

¹⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 18ª Ed, 2018, p. 152.

Eram modos derivados de aquisição da propriedade a *mancipatio*, a *traditio* e a *in iure cessio*; e originários a ocupação, a acessão, a especificação, a confusão, a comistão, a aquisição de tesouro, a aquisição de frutos, a *adiucatio*, a *litis aestimatio*, e a aquisição *ex lege*²⁰. Embora esta seja uma classificação não contemporânea aos textos originais, foi seguida pelos estudiosos de Direito Romano, desde a Idade Média até os tempos modernos.²¹

Possuem relevância para este estudo os modos de aquisição derivados, visto serem eles a maneira de realização da obrigação contraída pelo vendedor no contrato de *emptio uenditio*. Difere-se da compra e venda dos gregos ou das demais civilizações e nações de seu tempo a *emptio uenditio* por não envolver a entrega imediata da coisa, e portanto não ser um contrato real (ou contextual, como chamado por Nacata Jr. em sua tese).

No contrato de compra e venda, o vendedor se obrigava não a transferir a propriedade, mas a posse pacífica da coisa vendida. Entretanto, ele poderia responder pela evicção, que era a ação reivindicatória movida pelo verdadeiro proprietário da coisa. Sobre o assunto, inclusive as implicações processuais de denúncia da lide ao vendedor, afirma Hans Ankum:

As indicated, three different situations could present themselves: the seller could mancipate to the purchaser the thing sold if it was a *res Mancipi*; the seller could by a *stipulatio* promise the buyer a sum of money, for example the *duplum pretium*, in the event of loss of the *habere licere* of the thing as a consequence of eviction; and the parties could conclude a consensual contract of *emptio venditio*. As shown, in all three situations the buyer was obliged to inform the seller if a *rei vindicatio* had been instituted against him. There were, however, differences regarding the seller's obligations and the consequences of the purchaser's failure to inform the seller. It is therefore necessary to examine the three situations separately. I shall discuss problems related to the buyer's duty to notify the seller in these situations in the following order: *mancipatio*, *stipulation duplae* and consensual sale.²²

²⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 18ª Ed, 2018, pp. 304-305.

²¹ BUCKLAND, William Warwick. *The Main Institutions of Roman Private Law* - 1ª Ed. – Cambridge, 1931, p. 114.

²² ANKUM, Hans. *Problems Concerning Laudatio Auctoris and Denuntiatio Litis Made By The Buyer In Classical Roman Law*. University of South Africa – Fundamina 20 (1) – Pretoria, 2014

A responsabilidade por evicção foi o remédio principal para a proteção da boa-fé do comprador, garantindo-lhe a proteção e possibilitando o incremento da confiança entre as partes contratantes. Nesse sentido também aponta Buckland, sobre a garantia do título de domínio, visto que com o fim da *mancipatio* como modo de transferência de propriedade, tornou-se a responsabilidade por evicção a substituta da *actio auctoritatis* e o meio pelo qual foi possível a expansão da modalidade consensual do contrato de *emptio venditio*.²³

CAPÍTULO II – CONTRATOS

II.1. - Modalidades

Tomando-se uma classificação sistemática e conceitual, própria da Escola Pandectística e reproduzida em Buján, podem se enunciar os termos jurídicos subjetivos romanos como ato (*actus*), negócio (*negotium*), convenção (*conventio*), pacto (*pactum*), e contrato (*contractus*). Este último conceito jurídico deriva do termo *contrahere*, que significa contrair, sendo portanto [o que foi] contraído.²⁴

No Direito Romano clássico e pré-clássico imperava o formalismo, de maneira que o elemento objetivo dos atos e negócios jurídicos eram os mais relevantes para a aferição de sua validade. Tanto o é, que a doutrina contemporânea ao Direito Romano justiniano, preconiza: *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* (o pacto nu não gera obrigação, mas sim exceção)²⁵. Trata-se de doutrina atribuída a Ulpiano, embora haja traços de interpolação.²⁶

Ocorre, portanto, que o contrato difere do pacto justamente pelo seu elemento objetivo, ou seja, pela necessidade da observância de certas formalidades típicas para a formação da validade. No Digesto define-se o contrato pela obrigação recíproca, a que os gregos chamavam *synallagma*, como

²³ BUCKLAND, William Warwick. *The Main Institutions of Roman Private Law* - 1ª Ed. – Cambridge, 1931, pp. 273-274

²⁴ BÚJAN, Federico Fernández de. *Sistema Contractual Romano*. Madrid. Editora Dykinson, 3ª Ed, 2007, p. 107.

²⁵ Ulp. 4 ad. ed., D. 2.14.7.

²⁶ PEROZZI, Silvio. *Le Obligazioni Romane*, in *Scritti Giuridici, II*. Editora Giuffrè, Milão, 1948.

a compra e venda, a locação e a sociedade.²⁷ Por este motivo, não constituíam uma categoria abstrata de acordo de vontades com eficácia jurídica, e sim um conjunto de espécies jurídicas pré-definidas geradoras de obrigações.

Eram portanto os contratos romanos negócios jurídicos bilaterais, típicos, que produzem efeitos obrigatórios. A categoria da tipicidade, que era elemento essencial do contrato, passa a ser deixada de lado a partir do tempo de Justiniano, tendo as noções de pacto e contrato sido mescladas a partir do período pós-clássico do Direito Romano.²⁸

Sobre a crescente primazia do acordo de vontades sobre o elemento objetivo dos contratos, inclusive até a era contemporânea, Bújan afirma:

Así, cabe destacar: El deber de respeto y la fidelidad a la palabra dada formulado por la doctrina canonista medieval; el voluntarismo jurídico defendido por el pensamiento escolástico tardío en atención a la protección de los intereses y las necesidades del tráfico jurídico; las formulaciones dogmáticas de la Escuela del Derecho natural como consecuencia de su exaltación de la libertad del individuo y la primacía de la voluntad humana como forma de ordenar su vida en relación con sus semejantes.²⁹

Os direitos resultantes de um contrato eram amparados pelo processo judicial, que em Roma derivava de *actiones* típicas, pré-definidas. Vigoraram no Direito Romano três sistemas de processo civil, que eram o de *legis actiones*, o *per formulas*, e o de *cognitio extraordinária*. A evolução de tais sistemas demonstrou a progressiva internalização no Estado das funções judiciárias, tanto de cognição quanto de dispensação da Justiça.³⁰

Ocorre que, no tocante à disciplina dos contratos, as ações correspondentes podiam ser de duas naturezas: ou *stricti iuris* ou *bonae fidei*. As ações *stricti iuris* vedavam ao *iudex*³¹ a análise de circunstâncias estranhas à verificação dos fatos contidos na pretensão do autor e sua conformidade com o

²⁷ Ulp. 11 ad. ed., D. 50.16.19.

²⁸ BÚJAN, Federico Fernández de. *Sistema Contractual Romano*. Madrid. Editora Dykinson, 3ª Ed, 2007, p. 114.

²⁹ Ibid, p. 114.

³⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 18ª Ed, 2018, p. 190.

³¹ O juiz popular que decidia a causa, após ter o magistrado saneado o processo e delimitado a lide, estabelecendo os pontos incontroversos.

Direito objetivo vigente – sua função era apenas a de responder à fórmula prescrita pelo magistrado, diante do caso. Já as ações *bonae fidei* autorizavam ao *iudex* a apreciação de tudo aquilo em o cumprimento do contrato esteja conforme com ou possa derivar da boa-fé. Para isto, ele pode considerar todas as circunstâncias particulares do caso objeto do processo e ainda, julgar conforme o que deveria ser o leal proceder das partes no cumprimento das obrigações.³²

Sendo os contratos, assim como as ações, típicos, sua natureza quanto ao tipo de ação correspondente era pré-definida. O contrato objeto desta análise, a *emptio uenditio*, era um contrato de boa-fé, sendo tuteladas as pretensões dele decorrentes por *actiones bonae fidei*.³³ Especificamente, eram estas ações a *actio empti*, em favor do comprador, e a *actio uenditio*, em favor do vendedor.

Os pactos, por outro lado, como já citado acima, protegiam-se por exceções, que eram partes acessórias ao processo formulário, invocadas para a defesa indireta de determinada pretensão em juízo. Justifica-se por esse modo a maior rigidez dos contratos e sua primazia frente aos pactos, pelo menos no período pré-clássico e clássico em Roma.

São, portanto, os contratos “relações jurídicas de natureza bilateral capazes de criar, modificar ou extinguir um vínculo obrigacional. Tal conceituação, entretanto, não encontra correspondência nas fontes originais, visto que os romanos não eram dados à abstração, sendo portanto esta um classificação dos estudiosos romanistas modernos e contemporâneos. Os contratos eram todos típicos, pré-definidos pelo Direito objetivo, de forma que determinava-se o conceito pela aplicação prática, e não pela abstração.³⁴

Como maneira de contraírem-se obrigações, Gaius divide em quatro as espécies de contratos: são eles reais, literais, verbais, e consensuais.³⁵ Os contratos reais são aqueles nos quais as obrigações derivam das coisas; os literais, quando surgem da palavra escrita; os verbais, quando surgem das

³² BÚJAN, Federico Fernández de. *Sistema Contractual Romano*. Madrid. Editora Dykinson, 3ª Ed, 2007, p. 37.

³³ Gai. 4.62.

³⁴ BÚJAN, Federico Fernández de. *Sistema Contractual Romano*. Madrid. Editora Dykinson, 3ª Ed, 2007, p. 159.

³⁵ Gai. 3.89.

palavras faladas; e por fim, consensuais, quando a obrigação deriva do mero acordo de vontades.

Note-se que, mesmo que nos contratos consensuais a obrigação derive do mero acordo de vontades, estes diferem-se fundamentalmente dos pactos pelo fato de serem típicos, ou seja, serem previstos pelo Direito objetivo. Esse formalismo consubstanciado pelo princípio da tipicidade persiste até a codificação justinianeia, sendo portanto característica marcante do Direito Romano clássico.³⁶

O surgimento dos contratos consensuais demonstra o movimento de evolução do Direito Romano no sentido do abandono dos formalismos dos antigos e da proteção da boa-fé. Tanto o é, que no processo formulário os contratos eram protegidos por ações *iudicia bona fidei*, além das tradicionais ações de direito estrito, de forma que ao juiz popular era autorizado verificar, no caso concreto, as intenções das partes e a função do contrato, fazendo valer a justiça além das fórmulas jurídicas literais empregadas.³⁷

Daí derivam quatro regras gerais dos contratos, que interligam os conceitos de obrigações, contratos e responsabilidade contratual: os contratos geram obrigações a cargo das partes contratantes; as obrigações derivadas dos contratos devem ser cumpridas pela parte que se vinculou como consequência de sua celebração; se as partes cumprem o acordado, produz-se a extinção das obrigações contratuais; e, no caso em que as partes não cumprem o acordado, gera-se um inadimplemento contratual. Diz-se que se trata de descumprimento definitivo no caso em que a prestação devida não se realiza; pelo contrário, o inadimplemento é parcial se a dita prestação não se cumpriu tempestivamente.³⁸

O *vinculum iuris* apresenta-se como obrigação. A obrigação pode assumir duas naturezas: uma prévia ao inadimplemento, como dever jurídico; e uma posterior ao inadimplemento, como responsabilidade. Esta conversão se dava no bojo do processo, com a *condemnatio pecuniária*, o que indica também a

³⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 18ª Ed, 2018, p. 472.

³⁷ BUCKLAND, William Warwick. *The Main Institutions of Roman Private Law* - 1ª Ed. – Cambridge, 1931, p. 368.

³⁸ BÚJAN, Federico Fernández de. *Sistema Contractual Romano*. Madrid. Editora Dykinson, 3ª Ed, 2007, p. 123.

proximidade que os conceitos de ação e obrigação possuíam no Direito Romano clássico.³⁹

CAPÍTULO III – *EMPTIO UENDITIO*

III.1. - História

O aparecimento do meio de troca é de fundamental relevância para a intensificação das trocas e diferenciação entre a *permutatio* e a *emptio uenditio*. Esse elemento comum de câmbio pode ser caracterizado quando os indivíduos que integram uma determinada comunidade político-social aceitam, de forma generalizada, um bem fungível que se constitui como instrumento de troca contra todos os demais bens, e que são suscetíveis de transmissão e eventual aquisição.

Em Roma, o primeiro meio de troca foram as cabeças de gado (*pecus*). Desta primitiva origem toma-se o nome da primeira moeda romana, em sua gênese denominada *pecunia*. Os metais passaram a exercer essa função, a partir do desenvolvimento das técnicas de fundição, sendo primeiro medidos por seu peso. A partir da introdução da técnica da cunhagem, passaram a valer pelo valor de face, e não pelo peso, tornando-se privilégio soberano e transformando-se efetivamente em dinheiro.⁴⁰

O contrato consensual de compra e venda, chamado *emptio uenditio* pelos romanos, tem suas origens na fórmula solene da *mancipatio*, modo de transmissão da propriedade de coisas *mancipii*, que segundo o Direito vigente à época demandavam maior formalidade. A *mancipatio* está descrita nas *Institutas* de Gaio⁴¹, como segue: na presença de cinco testemunhas e de um portabalança (*librepens*), aquele que vai adquirir a propriedade (*mancipio accipiens*) da coisa *mancipi* (representada *per se* ou por parte dela) pronuncia a fórmula “*Hunc ego hominem ex iure Quiritum meum esse aio isque mihi emptu esto hoc*

³⁹ BÚJAN, Federico Fernández de. *Sistema Contractual Romano*. Madrid. Editora Dykinson, 3ª Ed, 2007, p. 58.

⁴⁰ ARMSTRONG, Jeremy. *War and Society in Early Rome*. Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 151.

⁴¹ Gai., I, 119.

*aere aeneaque libra*⁴², ao que bate num dos pratos da balança com uma peça de bronze e a entrega, como preço, ao alienante (*mancipio dans*).

Vê-se que se trata de uma fórmula de compra e venda real, pela qual paga-se o preço e transmite-se a coisa de pronto, à vista. Com o tempo, passou a ser considerada apenas a solenidade a ser observada para a tradição das *res mancipii*, sendo geralmente a venda a crédito esquematizada mediante uma *stipulatione* do devedor, ou seja, um contrato verbal de promessa de pagamento.

A partir do séc. I a.C., entretanto, já existem registros da compra e venda consensual, desde as *Institutas* de Gaio. Objeto de largo estudo, Gagliardi apresenta⁴³ três hipóteses principais para o surgimento da fórmula da *emptio uenditio*. São elas fundadas respectivamente no *ius civile*; no *ius honorarium*; e no *ius gentium*.

Segundo a hipótese do *ius civile*, o contrato de compra e venda teria surgido mediante lei civil proposta pelas assembleias por tribos ou por centúrias. Teria sido uma resposta orgânica e institucional da República Romana frente às flexibilizações dos formalismos antigos e contato com povos estrangeiros acostumados ao comércio. Tal hipótese é a que encontra menor respaldo nas fontes.

Já segundo a do *ius honorarium*, a formulação consensual do contrato de compra e venda teria surgido mediante a ação dos pretores, que atuavam para dirimir conflitos entre romanos e ocasionalmente entre romanos e estrangeiros, conforme suas atribuições de magistrados. Esta hipótese contempla o aparecimento da moeda cunhada na península itálica, que foi responsável pela formação do preço, elemento indispensável do contrato de compra e venda; de forma que, por vezes, este podia ser dividido em parcelas, ou ser em tamanha quantidade que sua transferência física no local da tradição da coisa fosse desaconselhável, em vista da segurança do patrimônio e da integridade das partes. Entretanto, concluído o pacto, pode ter visto o pretor motivos suficientes

⁴² "This man I claim as belonging to me by right Quiritary and be he (or, he is) purchased to me by this ingot and this scale of bronze". Tradução de Edward Poste. *Gaius Institutiones or Institutes of Roman Law by Gaius*. Editora Clarendon Press, Oxford, 1904.

⁴³ Gagliardi, Lorenzo. *Prospettive in tema di origine dela compravendita consensuale romana. La compravendita e l'interdipendenza dele obbligazioni nel diritto romano – a cura di Luigi Garofalo*. Padova: CEDAM, 2007, p. 106-107.

para assegurar às partes as ações correspondentes para a conclusão do negócio, existindo desde logo portanto um negócio jurídico a ser tutelado. Pode assim o contrato de *emptio uenditio* ter surgido pela via processual, a partir da atribuição pelo pretor de ação ao *emptor* e ao *uenditor* como forma de proteger-se a boa-fé dos contratantes.

De acordo com a última hipótese, teria a *emptio uenditio* se formado a partir do *ius gentium*, ou seja, da incorporação de formas jurídicas já presentes em ordenamentos estrangeiros ao Direito objetivo romano. Segundo esta hipótese, o comércio com as colônias da Magna Grécia e com os povos mediterrâneos possibilitou aos romanos o contato com culturas avançadas e soluções jurídicas mercantis sofisticadas, de maneira que, primeiro nas relações com estranhos, o princípio do consensualismo como nascedouro de obrigações aflorou, sendo posteriormente integrado ao *ius gentium* e por fim, à prática jurídica romana como um todo.

Os acordos entre peregrinos e romanos que não cumprissem as formalidades exigidas pela tipicidade prevista no *ius civile* geralmente assumiam a forma de pactos, dos quais cabia proteção processual mediante *exceptio*, sendo portanto protegidos pela jurisdição do pretor peregrino. Torna-se aparente portanto que as hipóteses de antecedentes no *ius honorarium* e no *ius gentium* são complementares, visto ter sido o *iudicium bonae fidei* sido aplicado tanto aos pactos adjetos quanto aos contratos consensuais de fins da República.⁴⁴

A referência utilizada pelos romanistas para elucidar a relação entre Direito processual e contratos é literária, derivada desta passagem em que Cícero mostra que os juízos de boa-fé eram utilizados para os contratos consensuais desde o séc. II.:

For how weighty are the words: "That I be not deceived and defrauded through you and my confidence in you!" How precious are these: "As between honest people there ought to be honest dealing, and no deception!" But who are honest people, and what is "honest dealing" – these are serious questions. It was Quintus Scaevola, the pontifex maximus, who used to attach the greatest importance to all questions of

⁴⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 18ª Ed, 2018, p. 555.

arbitration to which the formula was appended “as to good faith requires”; and he held that the expression “good faith” has a very extensive application, for it was employed in trusteeships and partnerships, in trusts and commissions, in buying and selling, in hiring and letting – in a word, in all the transactions daily life depend; in these, he said, it required a judge of great ability to decide the extent of each individual’s obligation to the other, especially when counter-claims were admissible in most cases.⁴⁵

Aqui, ao elaborar argumento sobre a bondade e a justiça no procedimento judicial, Cícero louva as ações *bonae fidei*, trazidas pelos pretores, por serem capazes de autorizar aos julgadores a liberdade para fazer o certo, observando o contexto mais amplo. Ao fazê-lo, evidencia a relação entre essa modalidade de procedimento e os contratos consensuais.

Buckland, reproduzindo teses já aventadas por Girard⁴⁶ e, propõe que a nomenclatura, assim como a natureza consensual dos contratos de *emptio uenditio*, *locatio conductio*, *mandatum* e *societas* sugerem que eles surgiram da forma mais arcaica de promessa, a *stipulatio*. Segundo ele⁴⁷,

It may well be that the consensual contracts, as such, and the praetorian formulae for the real contracts appeared at much the same time. The question remains why these consensual contracts had a civil action long before pignus, etc. The explanation may be in the origin of these contracts. Simplification from a phase in which they were made re would not explain it: we should have expected the same step in contracts re. But the double names emptio uenditio and locatio conductio have suggested a simplification of two contracts, counter stipulations.

Existem exemplos do uso das duas *stipulationes* para alcançar fins jurídicos, inclusive nas fontes romanas, tanto literárias quanto jurídicas. Em *Noctes Atticae*, Aulo Gelio afirma, citando seu amigo Servio Sulpicio Rufo, que as *sponsiones* recíprocas que se realizam entre nubentes se configuram como *contractus sponsionum stipulationumque*.

⁴⁵ *De Officiis*, III, 17, 70. Traduzido por Walter Miller. Publicado por William Heineman. Londres, 1913.

⁴⁶ GIRARD, *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger*. Editora Dalloz, vol VII, p. 539.

⁴⁷ BUCKLAND, William Warwick. *The Main Institutions of Roman Private Law* - 1ª Ed. – Cambridge, 1931, p. 269.

No próprio Digesto encontra-se passagem a respeito:

Si in locando conducendo, uendendo emendo ad interrogationem quis non responderit, si tamen consentitur in id, quod responsum est, ualet quod actum est, quia hi contractus non tam uerbis quam consensu confirmantur.^{48 49}

Esta passagem parece sugerir que, originalmente, a compra e venda se dava por *stipulationes*, sendo porém opinião dominante no período pós-clássico, amalgamada no Digesto, que a mera consensualidade era suficiente para tornar o contrato válido, assim como o de *locatio conductio*.

Ferrini, entretanto, rebate esta hipótese ao afirmar que a unidade do negócio jurídico da *emptio uenditio* deriva da mancipatio, e sendo a *causa* única não haveria que se falar em independência tão grande entre as obrigações, a ponto de elas apontarem para uma derivação de duas contra *stipulationes*. Ainda, afirma ele que a hipótese das *stipulationes* carrega um problema de operabilidade, visto que a *stipulatio* tornava-se perfeita com a pronúncia da promessa, segundo as fórmulas do Direito objetivo. Ora, esta parte que as pronúnciasse estaria obrigada mesmo que a segunda não o fizesse, ainda mais considerando-se que a *stipulatio* era um contrato de ação de direito estrito, na qual não se analisava eventual dolo das partes.

Mais duas razões apresenta Ferrini para argumentar contra a hipótese da dupla *stipulatio*: como o contrato de *emptio uenditio* fosse muito próximo do de *locatio conductio*, e esta não pudesse ser reduzida a *stipulationes* recíprocas, visto que possui diversas obrigações que dependem de cumprimentos anteriores, o modelo aventado não explicaria a origem desta última modalidade contratual. Sendo ambas intimamente ligadas, desde sua formação, torna-se improvável que a dupla *stipulatio* tenha efetivamente sido a origem da compra e venda romana. Por último, ele cita a inexistência nas fontes de compra e venda contraída na forma de dupla *stipulatio*, o que demonstra que, se existisse, não

⁴⁸ Paul. 12 ad. Sab., D. 45.1.35.2.

⁴⁹ "If in hiring, leasing, sales, and purchases, the other party does not answer the interrogatory, but, nevertheless, consents to what has been answered, the agreement will be valid; for contracts of this kind are not confirmed by words as much as by consent." Tradução de Samuel P. Scott. *The Civil Law*. Cincinnati, 1932.

seria nem regular nem frequente, indicando portanto para a sua inexistência. Segundo Ferrini,

A me, invece, siffata congettura sembra del tutto inverosimile. Anzitutto, in tale ipotesi il concetto del contratto di compravendita viene essenzialmente distrutto; le due obbligazioni hanno ciascuna la própria causa affatto indipendente, almeno sotto l'aspetto formale. Quanto ciò contrasti con le più vetuste idee romane (si pensi all'unità del negozio così tenacemente raffigurata nella *mancipatio*, che nelle origini sue è indubbiamente una compravendita di immediata esecuzione) ha fatto saviamente notare anche il Bechmann.⁵⁰

Há ainda outra passagem diretamente sobre a origem da *emptio uenditio*, atribuída a Paulo:

Origo emendi venditioque a permutationibus coepit. Olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quoad ego desideratem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa matéria est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationem aequalitate quantitatis subveniret. Eaque matéria forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.^{51 52}

Aqui, num desvio da voz jurídica do texto, a compilação apresenta a origem da *emptio uenditio* com o foco no surgimento do preço. No princípio, as trocas se davam mediante permutas. Conforme um material comum de câmbio é aceito pelos membros da comunidade, ele passa a substituir um dos objetos

⁵⁰ FERRINI, Contardo. *Opere – Vol III*. A Giuffrè, Milão, 1929, pp. 72-73.

⁵¹ Paul 33 ad. ed., D. 18.1.1.pr.

⁵² "The origin of purchase and sale is derived from exchanges, for formerly money was not known, and there was no name for merchandise or the price of anything, but every one, in accordance with the requirements of the time and circumstances exchanged articles which were useless to him for other things which he needed; for it often happens that what one has a superabundance of, another lacks. But, for the reason that it did not always or readily happen that when you had what I wanted, or, on the other hand that I had what you were willing to take, a substance was selected whose public and perpetual value, by its uniformity as a medium of exchange, overcame the difficulties arising from barter, and this substance, having been coined by public authority, represented use and ownership, not so much on account of the material itself as by its value, and both articles were no longer designated merchandise, but one of them was called the price of the other." Tradução de Samuel P. Scott. *The Civil Law*. Cincinnati, 1932.

das trocas. Os metais fundidos e cunhados passam a desempenhar esse papel, completando o ciclo do preço.

Da diferenciação dos papéis das partes da permuta, entre o que paga o preço e o que entrega a coisa, surge o contrato de compra e venda real (ou contextual)

O contrato consensual de *emptio uenditio* pode ter suas origens traçadas desde o rito da *mancipatio*, a compra e venda real ficta por excelência. Diz Gaius que a *mancipatio* é

Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam uenditio: quod et ipsum ius proprium ciuium Romanorum est; eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus ciuibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO ISQVE MIHI EMPTVS ESTO HOC AERE AENEAQVE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.^{53 54}

Identifica-se evidentemente que a *mancipatio* tratava-se de uma forma arcaica de permuta manual, sem a criação de obrigações para as partes. A solenidade da *mancipatio* servia como título e modo de aquisição da propriedade, sendo o consenso mero acessório, visto que a presença das formalidades indicadas era, via de regra, suficiente para conceder existência, validade e efeito àquele negócio jurídico.

Afirma Buján⁵⁵ que a *mancipatio* sofreu transformações ao longo do tempo. Em um primeiro momento, como já exposto, a *mancipatio* funcionava

⁵³ Gai. 1.119.

⁵⁴ “Mancipation, as before stated, is an imaginary sale, belonging to that part of the law which is peculiar to Roman citizens, and consists in the following process: in the presence of not fewer than five witnesses, citizens of Rome above the age of puberty, and another person of the same condition, who holds a bronze balance in his hands and is called the balance holder, the alienee holding a bronze ingot in his hand, pronounces the following words: THIS MAN I CLAIM AS BELONGING TO ME BY RIGHT QUIRTARY AND BE HE (OR, HE IS) PURCHASED TO ME BY THIS INGOT AND THIS SCALE OF BRONZE. He then strikes the scale with the ingot, which he delivers to the mancipator as by way of purchase money.” Tradução de Edward Poste. *Gaius Institutiones or Institutes of Roman Law by Gaius*. Editora Clarendon Press, Oxford, 1904.

⁵⁵ BÚJAN, Federico Fernández de. *Sistema Contractual Romano*. Madrid. Editora Dykinson, 3ª Ed, 2007, p. 149.

como efetiva compra e venda real, na qual as contraprestações se exauriam instantaneamente. Com o passar dos anos, entretanto, passou-se a admitir que o adquirente apresentasse o preço a prazo, sendo a coisa entregue no ato da *mancipatio*; ainda, admitia-se também que no ato fossem apresentados fragmentos da coisa que a representassem, tais como um torrão de terra no caso de um terreno ou uma telha no caso de uma casa.

Também são antecedentes da *emptio uenditio* as vendas públicas realizadas por magistrado romano. Esta *uenditio sub hasta* tinha como objeto geralmente bens públicos (do Estado romano) ou bens capturados do inimigo em campanhas militares de conquista. Como verdadeiros leilões, eram regulados pela oferta pública e pela *lex uenditoris*, ou regramento posto pelo magistrado. Com o tempo, esta fórmula passou também a ser utilizada por particulares, geralmente conduzida por um banqueiro “*argentari*”.⁵⁶

Outra fonte da *emptio uenditio* é a generalização da utilização de pactos como acordo de compra informais baseados no mero consentimento dos intervenientes. O pacto deriva do mero acordo de vontades, sendo por isso largamente utilizado nos negócios entre estrangeiros ou entre estrangeiros e cidadãos romanos.⁵⁷

O *pactum conventum* foi portanto originado no *ius gentium*, tendo em princípio lhe faltado eficácia jurídica no *ius civile*. Introduziu-se mediante *iurisdictio* dos pretores peregrinos, sendo os efeitos do pacto protegidos por editos dos magistrados no sentido de obrigar a que se cumprisse o acordado, independentemente da forma. Verifica-se a concordância da doutrina jurídica no que tange à *iurisdictio* dos magistrados conforme texto de Ulpiano citado no Digesto:

pr. Huius edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?^{58 59}

⁵⁶ BÚJAN, Federico Fernández de. *Sistema Contractual Romano*. Madrid. Editora Dykinson, 3ª Ed, 2007, p. 150.

⁵⁷ BUCKLAND, William Warwick. *The Main Institutions of Roman Private Law* - 1ª Ed. – Cambridge, 1931, p. 281.

⁵⁸ Ulp. 4 ad. ed., D. 2.14.pr.

⁵⁹ “The justice of this Edict is natural, for what is so suitable to the good faith of mankind as to observe those things which parties have agreed upon?”. Tradução de Samuel P. Scott. *The Civil Law*. Cincinnati, 1932.

Uma das funções do pretor na República romana e no principado era completar e corrigir o *ius civile*, conferindo-lhe maior aderência aos valores dos administrados e do Estado romano. Corrobora tal posição outra passagem de Ulpiano, amalgamada no Digesto:

Ait praetor: "pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo ".^{60 61}

O consentimento, a boa fé e a aderência ao Direito objetivo vigente caracterizavam o pacto segundo a doutrina do *ius gentium*, de forma que este passou a vigorar como verdadeiro título de transmissão de propriedade, quando celebrado com tal intuito. Essa própria noção de *emptio uenditio* como pacto derivado do *ius gentium* possibilitou a posterior proteção judicial (por *arbitria*) dos contratos de compra e venda, visto que os pactos de *ius gentium* engendraram ações *bonae fidei*, em que, quando da decisão, os *iudex*⁶² levavam em conta mais a intenção dos pactuantes do que as formalidades observadas em sua formação (em contraposição às *actiones stricti iuris*, em que o *iudex* estava adstrito à fórmula de condenação apresentada pelo magistrado e à verificação da condição presente ou não na pretensão do autor).⁶³

Diferia-se substancialmente, a partir do fim do séc. II a.C., a compra e venda romana da grega. Nesta exigia-se, para o aperfeiçoamento, ou bem a entrega da coisa ou bem a forma escrita. Isto explica o porquê de ambas as regências conviverem nas fronteiras do Império Romano, havendo locais em sua porção oriental onde a generalização da forma grega estava profundamente arraigada.⁶⁴

⁶⁰ Ulp. 4 ad. ed., D. 2.14.7.7.

⁶¹ "The Praetor says: 'I will require the observance of agreements which have not been entered into maliciously or contrary to the laws, plebiscites, Decrees of the Senate, or Edicts of the Emperors, where no fraud appears in any of them'". Tradução de Samuel P. Scott. *The Civil Law*. Cincinnati, 1932.

⁶² Juízes no processo formulário, que vigorou durante o período do direito clássico romano.

⁶³ BÚJAN, Federico Fernández de. *Sistema Contractual Romano*. Madrid. Editora Dykinson, 3ª Ed, 2007, p. 162.

⁶⁴ BÚJAN, Federico Fernández de. *Sistema Contractual Romano*. Madrid. Editora Dykinson, 3ª Ed, 2007, p. 155.

III.2. – Definições e Conceitos

III.2.1. - Partes

Os romanos, pouco dados a generalizações e definições, não se importaram em enunciar a forma geral do contrato de compra e venda, não havendo trabalho doutrinário romano que determine seu conceito. Entretanto, os estudiosos do Direito Romano buscaram defini-lo. Afirma Bújan que a compra e venda é

La compraventa, emptio-venditio , es un contrato consensual en virtud del cual uno de los sujetos intervinientes, venditor , acuerda con el otro, emptor , la entrega, traditio , de la pacífica posesión de una cosa comerciable, merx , a cambio de la obligación que es te otro asume de pagar por ella un precio, pretium , en dinero.⁶⁵

Todas as definições dos romanistas consultados apresentam esse formato, evidenciando os três elementos dos negócios jurídicos: pessoal, real e formal. São elementos pessoais deste contrato as partes, comprador e vendedor, *emptor* e *venditor*. São elementos reais a coisa e o preço, *res* e *pretium*. Por ser um contrato consensual, a compra e venda não possuía elementos formais mandatórios, sendo sua forma livre.⁶⁶

Também se manifesta Gaio em suas *Institutas* sobre a desnecessidade da forma no contrato de *emptio uenditio*:

Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque uerborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, ueluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin uerborum obligatio inter absentes fieri non possit.^{67 68}

⁶⁵ BÚJAN, Federico Fernández de. *Sistema Contractual Romano*. Madrid. Editora Dykinson, 3ª Ed, 2007, p. 160.

⁶⁶ Paul. 33 ad. ed., D. 18.1.1.2.

⁶⁷ Gai. 3.136.

⁶⁸ "In these contracts consent is said to create the obligation, because no form of words or of writing is required, but the mere consent of the parties is sufficient. Absent parties, therefore, can form these contracts; as, by letter or messenger; whereas Verbal obligations cannot be contracted between absent parties". Tradução de Edward Poste. *Gaius Institutiones or Intitutes of Roman Law by Gaius*. Editora Clarendon Press, Oxford, 1904.

Sobre o assunto, Bújan afirma que a grandeza da consensualidade na compra e venda, como criação jurisprudencial romana, consiste em ser o momento do aperfeiçoamento do contrato, com a definição de coisa e preço e o consentimento dos contratantes, distinto do momento de adimplemento das prestações devidas. Diferenciam-se nitidamente a formação e a execução do contrato.⁶⁹

III.2.2. - Coisa

No que tange à coisa, esta deveria ser *intra commercium*, *merx*, passível de apropriação via *traditio*, *in iure cessio* ou *mancipatio*. Nota-se que os escravos, embora fossem suscetíveis de compra e venda, não estavam sujeitos ao mesmo domínio que as demais coisas móveis. Sobre eles exercia o dono a *dominia potestas*, que guardava certa relação com a *patria potestas*.⁷⁰

Originalmente, como já discorrido, não se prestava a *emptio uenditio* a ser negócio translativo de propriedade de coisas *mancipii*, visto que estas coisas estavam sujeitas a contrato próprio, a *mancipatio*. Entretanto, a partir da intervenção pretoriana e do crescente emprego do usucapião como forma de adquirir a propriedade de coisas *mancipii* vendidas segundo o contrato de compra e venda e transferidas via *mancipatio*, esta distinção deixou de ser observada.⁷¹

Por coisa *intra commercium* entendiam-se as coisas patrimoniais (propriedade de alguém) e não eram nem santas, nem sacras, nem religiosas.⁷² Tampouco podiam ser objeto de compra e venda as coisas comuns (como rios e águas subterrâneas), as coisas públicas (que pertencem ao povo romano) e as universalidades, pertencentes aos municípios.

São outros requisitos relativos da coisa que seja corpórea (admitindo-se entretanto a compra de coisas incorpóreas, como direitos reais em coisa alheia);

⁶⁹ BÚJAN, Federico Fernández de. *Sistema Contractual Romano*. Madrid. Editora Dykinson, 3ª Ed, 2007, p. 164.

⁷⁰ BÚJAN, Federico Fernández de. *Sistema Contractual Romano*. Madrid. Editora Dykinson, 3ª Ed, 2007, p. 171.

⁷¹ BUCKLAND, William Warwick. *The Main Institutions of Roman Private Law* - 1ª Ed. – Cambridge, 1931, pp. 270.

⁷² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 18ª Ed, 2018, p. 150.

que seja atual e presente (admitindo-se a compra de coisa ainda a existir – sob condição suspensiva - *emptio rei speratae* – ou ainda, do que vier a se produzir – *emptio spei*); que seja de propriedade do vendedor (admitida, sob certas condições, a compra de coisa que não pertença no momento a ele); e que seja simples (admitida entretanto a compra de conjunto heterogêneo de coisas no caso do patrimônio hereditário).

III.2.3. - Preço

O preço é a equivalência em moeda corrente da coisa que se pretende comprar.

Sobre a controvérsia se era válido o contrato de compra e venda celebrado com preço definido em coisa que não moeda, a seguinte passagem do Digesto é elucidativa:

Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem. sabinus et cassius esse emptionem et venditionem putant: nerva et proculus permutationem, non emptionem hoc esse. sabinus homero teste utitur, qui exercitum graecorum aere ferro hominibusque vinum emere refert, illis versibus: enven ar' oinizonto karykomowntes axaioi alloi men xalkw, alloi d' aivwni sidyrw, alloi de hrinois, alloi d' autysi boessi, alloi d' andrapodessin. sed hi versus permutationem significare videntur, non emptionem, sicuti illi: env' aute glaukw kronidys frenas eceleto zeus, hos pros tudeidyn diomydea teuxe ameiben. magis autem pro hac sententia illud diceretur, quod alias idem poeta dicit: priato kteatessin heoisin. sed verior est nervae et proculi sententia: nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit.^{73 74}

⁷³ Paul. 33 ad. ed., D., 18.1.1.1.

⁷⁴ "But while it may be doubted whether a true sale can be made to-day without the employment of coin, as, for instance, if I gave a toga and received a tunic instead; Sabinus and Cassius think that, in this case, there is a veritable purchase and sale, but Nerva and Proculus are of the opinion that this is an exchange, and not a purchase. Sabinus gives Homer as an example, who relates that the army of the Greeks purchased wine with copper, iron, and slaves, as follows: "The long haired Greeks here purchased wine, some of them with copper, others with glittering iron, others with hides, others again with cattle, and still others with slaves." These verses, however, seem to indicate an exchange and not a purchase, like the following: "Jupiter, the son of Saturn, obscured the faculties of Glaucus until he changed arms with Diomedes, the son of Tydeus." In support of the opinion of Sabinus, the following can be quoted with greater effect, that is, where the same

Divergiam as escolas clássicas de Direito Romano sobre se o preço, elemento do contrato de compra e venda, deveria ser pago necessariamente em dinheiro, ou seja, em moeda corrente. A Sabiniana afirmava que “quando dá-se uma toga para receber uma túnica” há compra e venda; já a Proculiana, por outro lado, consideram tal ato uma permuta, e não um contrato consensual. A posição da escola Proculiana, dominante à época em que Paulo redigiu seus comentários no século III d.C. e confirmada pela codificação justiniana, comportava entretanto a exceção pela qual admitia-se que o preço se formasse parcialmente em *pecúnia numerata* e parcialmente em coisa diversa, tal como enunciado por Pomponio⁷⁵.

Há outros três requisitos para o preço: este deve ser verdadeiro, certo, e justo. Esses requisitos são derivados das fontes expostas a seguir.

Por preço verdadeiro, entende-se que ele deve corresponder ao valor da coisa comprada, despido de qualquer intuito de simulação. Ele deve refletir a composição recíproca de prestações, o que o comprador transmite ao vendedor como valor ao que recebe. Como contido no Digesto, a venda feita sem preço era como se não houvesse sido feita, e coisa como se não alienada⁷⁶. Por isso, se alguém alienava algo com o intuito de doar, mas enunciava preço, simulando uma venda, tem-se que a venda é inválida⁷⁷.

Por preço certo, entende-se que ele deve ser determinado ou determinável. O preço determinado é aquele definido já no momento da celebração do contrato; o determinável, embora não definido, não depende de nova manifestação das partes. Uma controvérsia sobre a matéria era se era possível que fosse delegado a um terceiro, no contrato, o arbitramento do preço. Nas *Institutas* do jurisconsulto Gaio vislumbra-se a divergência⁷⁸, estabelecendo-

poet says, "He purchased with his possessions." The opinion of Nerva and Proculus is, however, the better one, for it is one thing to sell, and another to purchase; one thing to be a purchaser, and another a vendor; just as the price is one thing, and the merchandise another; but in an exchange it cannot be ascertained which is the purchaser and which is the vendor". Tradução de Samuel P. Scott. *The Civil Law*. Cincinnati, 1932.

⁷⁵ Pomp. 9 ad. Sab. D., 19.1.6.1.

⁷⁶ Paul. 2 ad. ed., D. 18.1.55.

⁷⁷ Ulp. 7 disp., D. 18.1.38.

⁷⁸ Gai., 3.140.

se que a escola Proculeiana considerava ser possível cláusula de preço determinada por terceiro.

Por preço justo, trata-se de critério pós-clássico chamado de *laesio enormis*, pelo qual uma coisa vendida por metade ou menos de seu preço justo podia ser causa de invalidade do respectivo contrato, no caso de bens imóveis. Esta inovação foi introduzida no direito pós-clássico, por constituição de teor interpolado atribuída a Diocleciano, presente no Corpus Iuris Civilis.⁷⁹

Os três elementos da compra e venda, associados à compreensão de suas nuances, permitem ao observador verificar a complexidade deste contrato, principalmente em contraposição aos demais contratos reais, verbais e literais. Como afirmou Cícero na passagem supracitada de sua obra *De Officiis*, esses contratos consensuais, tutelados por ações de boa-fé, eram imprescindíveis para a vida cotidiana.

É possível, portanto, que seu sucesso e posterior influência sobre a concepção moderna de contratos estejam relacionados à esta flexibilidade conferida pela proteção à confiança, que ao fim do período pós-clássico passou a suplantar o formalismo como requisito de validade geral dos contratos.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento da técnica do consensualismo nos contratos romanos foi de vital importância para o estabelecimento do Império como potência comercial, possibilitando trocas mais eficientes e vantajosas com os povos com os quais teve contato. Além disso, permitiu que os princípios da boa-fé e da lealdade contratual aflorassem na cultura jurídica europeia, para sempre moldando a evolução do Direito civil e processual até a era moderna.

For preciso examinar os conceitos de propriedade e de contrato, na disciplina de Direito Romano, para discernir com mais clareza as fronteiras do contrato de *emptio uenditio* e seu lugar na formação dos contratos sociais no Direito clássico. Como um instrumento de circulação de bens, foi preciso compreender a maneira como os romanos compreendiam os acordos formais e

⁷⁹ C. 4.44.8.

como o contrato de compra e venda abarcou as mudanças introduzidas pelo consensualismo.

Neste trabalho, após identificar os principais institutos relevantes para a *emptio uenditio* e revisar a extensa literatura sobre o tema, buscou-se encontrar as principais explicações formuladas para a gênese do fenômeno. A análise abrangente, com o cotejo dos textos romanos originais, é inédita neste campo, embora ainda dependa de pesquisa mais aprofundada nos textos jurídicos e literários, não apenas latinos, dos séc. III e II a.C.

Examinado o objeto de análise, foi possível delimitar o problema com mais clareza e identificar as hipóteses de maior apoio na doutrina romanista para a explicação do fenômeno do aparecimento da compra e venda consensual: i) a evolução natural, no seio do *ius civile*, da *mancipatio*, primeiro em *permutatio* e depois em duas *contra-stipulationes*; e ii) a conferência, por parte do magistrado peregrino, de ações *bonae fidei* aos contratantes que negociassem a compra e venda de bens com estrangeiros, sem observância das formalidades exigidas dos cidadãos de Roma.

Ambas as hipóteses possuem méritos e falhas, havendo sobre elas discussão profícua entre os romanistas. Entretanto, parece mais robusta, e com maior apoio na academia, a tese de que o consensualismo foi a resposta pretoriana aos desenvolvimentos comerciais entre povos de língua e culturas diferentes, e cuja maior ferramenta para a impulsão dos negócios foi a confiança e a boa-fé. Tal hipótese mostrou-se consistente com o desenvolvimento do processo judicial formulário e ainda, com o movimento geral que a disciplina dos contratos seguiu, no sentido da maior liberdade de forma.

Por fim, demonstrou-se ao longo do texto a importância do desenvolvimento da *emptio uenditio* para a facilitação do comércio romano, desenvolvimento este que estabeleceu-o como liderança no Mediterrâneo e modelo para os demais sistemas contratuais do mundo. A proteção à confiança, à boa-fé e ao crédito foi indispensável para que os romanos e seus parceiros comerciais pudessem negociar com segurança e eficiência, oferecendo vantagens para o comportamento de lealdade e punindo o oportunismo.

Referências:

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Compravendita in Diritto Romano*. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1ª ed. Napoli, 1954.

ARMSTRONG, Jeremy. *War and Society in Early Rome*. Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Editora Forense, 18ª ed. Rio de Janeiro, 2018.

ANKUM, Hans. *Problems Concerning Laudatio Auctoris and Denuntiatio Litis Made By The Buyer In Classical Roman Law*. University of South Africa, Fundamina 20 (1). Pretoria, 2014.

BUCKLAND, William Warwick. *The Main Institutions of Roman Private Law*. Cambridge University Press, 1ª ed. Cambridge, 1931.

BÚJAN, Federico Fernández de. *Sistema Contractual Romano*. Madrid. Editora Dykinson, 3ª Ed, 2007

FERRINI, Contardo. *Opere – Vol III*. Editora Libraiio dela Real Casa, 1ª ed. Milano, 1929.

GAGLIARDI, Lorenzo. *Prospettive in tema di origine dela compravendita consensuale romana. La compravendita e l'interdipendenza dele obbligazioni nel diritto romano – a cura di Luigi Garofalo*. Padova: CEDAM, 2007.

GAIO. *Institutas do Jurisconsulto Gaio*. Editora Revista dos Tribunais. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo, 2004.

GELLIUS, Aulus. *Noctes Atticae*. The Latin Library. Disponível em <https://www.thelatinlibrary.com/gellius.html>. Acesso em 18/06/2019 às 14:52.

GIRARD, *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger, vol VII*. Editora Dalloz. Paris, 1883.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contratos Reais e o Princípio do Consensualismo*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 84 (84-85), pp. 79-91. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67133>. São Paulo, 1990.

LONGO, Carlo. *Corso di Diritto Romano, parte generale : fatti giuridici, negozi giuridici, atti illeciti ; parte speciale : la compra, vendita*. Editora A. Giuffrè. Milão, 1946.

NACATA JR., Edson Kiyoshi. *A Responsabilidade por Custodia no Direito Romano – Análise do Problema na Compra e Venda (emptio-uenditio)*. Tese de Doutorado publicada no CPG da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2012.

PALOMINO, José Vicente Hurtado. *La cláusula rebus sic standibus em el contrato de compraventa de cosa futura esperada*. Revista de Direito da Universidade Santo Tomás, Seccional Bucaramanga, nº 44 - ISSN 2145-9355. Bucaramanga, 2015.

PEROZZI, . *Le Obligazioni Romane*, in *Scritti Giuridici, II*. A Giuffrè, 1ª ed. Milão. 1948

POOL, Eric. *D. 41,2,3,21: Titulierte Besitzarten, Erwerbsgründe und das Unum Genum Possidendi*. Universidade de Bruxelas, Leiden, 2013. DOI: 10.U6.3/15718190-08134P08.

SAFTA, Mihai. *Evolutia Si Natura Contractelor Consensuale: Emptio-Venditio Et Ius Commune*. SUBB Iurisprudentia nr. 1/2015 (96). Ciuj-Napoca, 2015.

ШАРКИЋ, Срђан. *Уговор О Размени (Permutatio) У Римском, Византијском И Српском Средњовековном Праву*. Зборник радова Византолошког института LII, 2015. DOI: 10.2298/ZRVI1552331S.

TALAMANCA, Mário. *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*. A Giuffrè, 2ª ed. Milão, 1989.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral / Flávio Tartuce*. - 13. ed. rev., atual. e ampl. Forense, 13ª ed. Rio Janeiro, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 4: Direito das Coisas / Flávio Tartuce*. – 7. ed. rev., atual. e ampl. Forense, 7ª ed. Rio de Janeiro, 2015.

TEODOR, Mara. *Consensualismul în istoria dreptului Roman*. CNAA – Academy of Sciences of the Republic of Moldova. Tese apresentada em 3 de Setembro de 2004.