



"desde que o homem sentiu a existência do Direito, começou a converter em leis as necessidades sociais", arrematando, mais abaixo, "os direitos surgiram precisamente quando as civilizações atingiram o momento necessário às suas eclosões. Resultaram delas, do ápice cultural a que tinha atingido, após a saturação do estado primitivo".

A partir dessa fase, o Direito, como atesta Caio Mário da Silva Pereira (2) "está na lei, como exteriorização do comando do Estado; integra-se na consciência do indivíduo que pauta sua conduta pelo espiritualismo do seu elevado grau de moralidade; está imanente na necessidade de contenção para a coexistência".

Tudo porque, enunciava Cícero (3) "no direito repousa a alma e o coração, o juramento e a convicção do Estado. O Estado sem direito seria como o corpo humano sem alma — incapaz de usar as partes que são para êle como nervos, sangue e membros".

Isso acontece em se tratando de qualquer tipo de sociedade, entretanto, quando se fala daqueles que "não souberam aplicar à matemática o rigor de espírito de que deram provas no pensamento jurídico" (4), êsse sentido adquire maior esplendor, pois, reconhecidamente, no sintetizar de Burns (5) "há uma geral concordância em afirmar que o legado mais importante deixado pelos romanos às culturas que os sucedem, foi seu sistema de direito", reputando Fredouille (6) ser "trivial repetir que o direito é uma das contribuições mais consideráveis da civilização romana".

Por isso, tôdas as vèzes que nos dispomos a iniciar alguma pesquisa jurídica, tentamos, tanto quanto possível, mesmo que pareça prolixo, nortear nossa atenção e modesto estudo à fonte romana da instituição, convencidos sempre da veracidade da observação de Arangio Ruiz (7), de que "não há juristas que não tenham sido, quando menos subconscientemente, romanistas" . . . porque, como adianta-nos Guilherme Floris Margadant S. (8) "ainda que seu espírito se tenha modificado no curso de seu largo desenvolvimento, sempre foi um verdadeiro sistema, caracterizado por um mínimo de conceitos elementares, coerentes entre si, que se movem e se combinam conforme as regras dogmáticas razoáveis, a miúdo inevitavelmente contractárias entre si, entretanto, mitigadas por considerações realistas, éticas e, especialmente durante o Baixo Império — sociais".

"É impossível o estudo consciencioso e exato de um instituto jurídico, — pondera Caio Mário da Silva Pereira (9) — sem ser precedido de seu apanhado histórico. Por mais moderno que pareça, ainda mesmo que se apresente aos olhos do observador como criação pessoal de um legislador inspirado, será sempre um fenômeno social que lança suas raízes no

(2) Silva Pereira, Caio Mário da — "Instituições de Direito Civil" — Forense — 1961 — 1/17;

(3) Cícero — apud Grant, Michael — "O Mundo de Roma" — Lisboa — 1967 — pág. 102;

(4) "História Geral das Civilizações" — Michel, P. H. — Bourgey, L. — Beaujeu, J. — Bloch, R. — Itard, J. — "As Ciências no Mundo Greco-Romano" — Difusão Européia do Livro — 1959 — pág. 103;

(5) Burns, Edward MacNall — "História da Civilização Ocidental" — Pórtio Alegre — 1948 — pág. 258;

(6) Fredouille, Jean-Claude — "Dictionnaire de la Civilisation Romaine" — Paris — Larousse — 1968 — pág. 91;

(7) Ruiz, Arangio — apud — Margadant S., Guillermo Floris — "El significado del Derecho Romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea" — México — 1960 — pág. 95;

(8) Ob. cit. no n. 7 — pág. 94/5;

(9) Silva Pereira, Caio Mário da — "Lesão nos Contratos" — Forense — 1959 — pág. 11/12 — n. 1;

passado. Explicá-lo, sem perquirir onde se encontra sua fonte primária, é vão como esclarecer um movimento telúrico sem pedir à geologia a descrição das camadas terrestres, superpostas através de milênios”.

“A análise retrospectiva de um instituto jurídico, para ser perfeita, teria de mergulhar nas profundezas do passado mais remoto. Frequentemente, porém, a pesquisa não ultrapassa o direito romano. E tem sua explicação”.

“O povo romano, dotado particularmente do mais requintado senso prático, soube resumir, sem se abandonar às demasias de uma vigorosa imaginação, que nunca lhe foi, aliás, peculiar, todo o conhecimento humano anterior, assimilando as idéias, adaptando-as ao seu gênio, imprimindo-lhes seu elevado caráter. Assim foi com a literatura, com as outras artes, com a ciência. Muito mais com o direito”.

“O atrativo que o Direito exercia sobre os Romanos — diz Rudolf Von Ihering <sup>(10)</sup> — não provinha da satisfação que proporcionava à inteligência e ao sentido jurídico”.

“O Direito para eles, mais que simples fonte de gozos e de satisfação intelectuais, foi objeto de enobrecimento moral. Podiam dizer perfeitamente que nenhum povo possuía leis tão sábias, instituições tão bem experimentadas e que nenhum outro povo havia feito tantos progressos, como eles, no conhecimento do Direito”.

“Além disso, tinham como sua maior glória que em nenhuma parte do mundo o Direito era objeto de mais estima, de mais rigoroso respeito, nem encontrava, como em Roma, uma certeza mais absoluta de sua inviolável realização”.

“O direito romano — acentua Michel Grant <sup>(11)</sup> — manifesta o melhor e mais elevado senso prático, expresso em conceitos e linguagem de extrema clareza e nitidez”, era um ordenamento jurídico sensivelmente superior, por sua contextura lógica e prática, objetivando ainda sua acomodação às novas situações e necessidades. Seu estudo com melhores instrumentos filológicos e históricos constitui uma atrativa fonte inesgotável de conhecimentos, proporcionado-nos o seu conteúdo histórico, político, social, desde as origens mais remotas à evolução mais avançada, resultados suficientemente proveitosos.

“O jurista romano — inimigo de teorizar e definir — entrega-se a uma ocupação vital, ocupa-se do necessário. O jurista romano — conceitua Iglesias <sup>(12)</sup>, é um intérprete do humano eterno, da tradição fecunda e inderrogável, silenciosa e profunda, que é a substância da história”. “Arranca do direito seu sentido íntimo e torna consciente o que nos demais — no povo — é inconsciente... Exige que “o nôvo” descance no velho e conhecido” — Iglesias <sup>(13)</sup>. O perfeito conhecimento da história proporciona, fundamentalmente, não só a interpretação dos fenômenos que analisamos atualmente, como ainda a formação mais consciente do jurista.

(10) Ihering, Rudolf Von — Apud Cunha Lôbo, Abelardo Saraiva da — “Curso de Direito Romano — História — Organização do Direito Romano” — Rio — 1931 — I/XLVII;

(11) Grant, Michel — ob. cit. no n. 3 — pág. 103;

(12) Iglesias, Juan — “Derecho Romano y Esencia del Derecho” — Barcelona — 1957 — pág. 26/27;

(13) Iglesias, Juan — *Estudios de Derechos e História* — Barcelona — 1952 — pág. 22;

É o que ensina D'Ors (14): "a missão do Direito Romano deve ser precisamente a de educar o jurista mediante uma consideração histórica da mais grandiosa experiência jurídica de todos os tempos, segundo o uso familiar de uma cultura e de uma liberdade que o capacitem a manejar e recuperar seu próprio direito positivo. O Direito Romano resulta assim o mais eficaz antídoto contra o *studium servile* do legalismo positivista e supõe uma insubstituível educação de sentido humanístico".

Outrossim, o conhecimento da história serve fundamentalmente, mais que a interpretação dos fenômenos atuais, à formação do jurista e, enfatiza Charles Morazé (15) "a história romana é a história por excelência, é a História, com H maiúsculo, a história romana é notavelmente bem equilibrada. Um espírito de grande amplitude pode conhecer todos os seus textos. Pode conhecer o *Corpus* suficientemente bem para encontrar a inscrição de que necessitar. Além do mais, praticam-se escavações em grande número, e elas não são desagradáveis, pelas viagens que proporcionam e pelos trabalhos intelectuais que permitem amadurecer, possibilitando, assim, uma freqüente renovação da matéria".

"Os fatos de que se ocupa a história — manifesta-se Guizot (16) — nada perdem ou ganham, ao atravessar os tempos. Tudo quanto foi visto nestes fatos, tudo quanto nêles poderá ser visto, já existia no próprio dia de seu acontecimento; mas êles jamais se deixam apreender completamente, nem penetrar em tôda sua profundidade, senhores que são, por assim dizer, de segrêdos que apenas se deixam revelar com lentidão e, ainda mais, sômente quando o homem está em condições de reconhecê-los. E como tudo muda, no homem e à sua volta. . . Diríamos que o passado muda segundo o presente: fatos despercebidos revelam-se nos fatos antigos. . . e o homem aprende, graças a isto, que, no espaço infinito aberto ao seu conhecimento, tudo permanece constatemente inesgotável e nôvo para sua inteligência sempre limitada". Isso porque, adianta-nos René Pichon (17) "os historiadores e os oradores nos falam de coisas que lhes pareçam de grande importância, e que, para nós, não têm o mesmo interêsse: informam-nos de política ou de guerra muito antes que dos fatos ordinários da vida corrente. Conhecemos detalhes de batalhas e tratados, até das mesmas instituições; mas os costumes, em sua vitalidade complexa e móvel, se nos escapam com demasiada freqüência" (18).

A história jurídica de Roma mostra-nos que na consciência popular se foi formando e estabelecendo, por consentimento tácito, um conjunto de regras e princípios jurídicos aplicáveis sob a forma de usos independentes de tôda ação legislativa. Tais usos, repetidos e confirmados, não tendo se transmitido ordenadamente de geração em geração, constituíram o conteúdo do direito consuetudinário aplicado como regulador de interêsses sociais, porque os fatos executados pelo povo, no qual reside radicalmente o poder de legislar, é a razão que faz que o costume invete-

(14) D'Ors, Alvaro — "Papeles del oficio universitario" — Madrid — 1961 — pág. 167;

(15) Morazé, Charles — "Les Méthodes en Histoire Moderne" — in "Actes du Congrès Historique du Centenaire de la Révolution de 1848" — pág. 58;

(16) apud Glénisson, Jean — "Iniciação aos Estudos Históricos" — São Paulo — 1961 — pág. 180;

(17) Pichon, René — "Hombres y Cosas de la Antigua Roma" — Madrid — 1928 — pág. 5;

(18) Wahrié, René — "De la coutume dans le Droit Canonique" — Paris — 1928 — pág. 1: "la question de la coutume est de telle nature qu'elle ne saurait laisser indifférents les esprits capables de réflexion";

rado se repute numa verdadeira lei em seus efeitos. É assim que o costume, regra de direito consuetudinário por excelência, foi a primeira expressão jurídica do povo romano porque estava fundamentado em uma convicção jurídica que só requeria que a norma se observasse como direito, e que essa observância fôsse espontânea (19).

Ora, "o costume é uma realidade social, que sempre esteve unido à vida jurídica dos povos", afirma Gomez (20) e, para Lévy Bruhl (21), "o costume elabora silenciosamente o direito nôvo, da mesma maneira como a vida é latente nas espécies vegetais e animais. O costume é a força vital das instituições jurídicas. Tem uma esfera de aplicação indefinida. Não constitui uma fonte de direito entre tantas outras: mal seria exagêro dizer que é a única fonte de direito".

João Masera (22), recorda que "os romanos não eram um povo inclinado à cultura das letras e das artes; não possuíam a flexibilidade e versatilidade do pensamento, nem o poder de imaginação tão próprios dos antigos gregos; a virtude dêles consistia especialmente na moderação viril, na energia prática, na constância, as quais os tornaram capazes de se fazerem grandes, como estadistas, como legisladores e como guerreiros". Sintetizando, Lejealle e Coquelen (23) afirmam: "o que mais caracteriza a civilização latina é o espírito prático. Com aptidão para o direito e a política, o romano era conservador, cioso da tradição, autoritário, de notável talento organizador na família e no Estado" e, na linguagem de Carnelutti (24), "o direito é aquilo de que o povo necessita para alcançar sua firmeza". E os romanos — avalia Villey, "criaram um direito verdadeiramente adaptado à natureza do homem" (25).

"O gênio romano imprimiu em tudo o seu espírito positivo" (26). Essencialmente práticos e avessos a tôda a sorte de definições jurídicas — **omnis definitio periculosa est** — estruturaram êles a pujança de seu admirável sistema jurídico no terreno humano das contingências e realidades da vida, sem importar-se com as especulações filosóficas ou considerações de aspecto filológico de seu linguajar, transformando em relações jurídicas o que outrora constituíam relações sociais, exigindo antes o fato para depois dizerem o direito, acolhendo em sua terminologia o mesmo fraseado vulgar, para imprimir à órbita jurídica maior intelegibilidade, mais penetração e conhecimento de suas instituições. Febvre (27) proclamava que "as palavras que . . . formam (os textos) estão repletas de substância humana. E tôdas têm sua história, soam diferentemente, segundo os tempos e, mesmo quando designem objetos materiais, só raramente significam realidades idênticas, qualidades iguais ou equivalentes".

(19) Luiz Alberto Peña Guzman e Luiz Rodolfo Argüello — "Derecho Romano" — Buenos Aires — TEA — 1966 — I/54, n. 15;

(20) Gomez, Juan Arlas — "El Consensus Communitatis en la Eficacia normativa de la Costumbre" — Navarra — 1966 — pág. 11;

(21) Lévy-Bruhl, Henri — "Sociologia do Direito" — São Paulo — 1964 — pág. 43;

(22) Masera, João — "Compêndio de História da Literatura Latina" — apêndice IX à Gramática Latina de João Ravizza — Niterói — 1948 — pág. 461;

(23) Coquelen, L. — Lejealle, L. — "Literatura Latina" — In Enciclopédia Delta Larousse — Rio — 1968 — VI/318;

(24) Carnelutti, Francisco — "Arte do Direito" — Salvador — 1957 — pág. 15;

(25) Villey, Michel — "Le Droit Romain" — Paris — 1964 — pág. 120;

(26) Friedlander, L. — "A Vida Urbana na Roma Imperial" — Salvador — 1967 — pág. 10;

(27) Febvre, L. — "Combats pour l'Histoire" — pág. 13;

Raríssimas foram as definições que nos legaram, assim mesmo aureoladas da desconfiança que sua notória "prudencia" aconselhava, nem por isso isentas ou imunes aos veementes ataques de inúmeros críticos. Entretanto, o que mais nos impressiona e empolga nos romanos é, exatamente, a desnecessidade de definições em sua organização jurídica para que o mais simples plebeu pudesse entender o seu sentido e as suas conseqüências.

## 2. Obrigação no Direito Romano: sua etimologia e significado

O conceito instrumental de sua dogmática jurídica emerge da simplicidade do próprio vocábulo empregado.

"Em nenhum povo da antiguidade — assevera Cuenca (28) — foi tão profundo o culto da forma como em Roma. De todos os elementos formais, a palavra teve um influxo poderoso; os romanos atribuíram às palavras o poder de transportar as sementes de um lugar para outro; nas Doze Tábuas se incluíram sanções contra aqueles que por arte de magia prejudicavam as colheitas e Plínio faz extensos comentários sobre o poder místico das palavras. A clareza, sensibilidade e precisão das formas asseguram, no direito antigo, o cumprimento estrito das leis".

Aditando, mais abaixo, que "a solenidade mais estrita radicava-se nas palavras. Algumas vêzes o erro em uma cerimônia podia corrigir-se com a repetição do ato; entretanto, o erro nas palavras sacramentais acarretava sempre sua nulidade".

"A palavra é o primeiro e mais poderoso reservatório das Idéias e o é também do direito" — Pietro Cogliolo (29). A precisão do linguajar latino e a utilização de uma terminologia pré-estabelecida e severíssima, onde se empregavam palavras com sentido bastante radicado e cristalizado na mente do povo, evitavam, não obstante as transformações posteriores, toda a suspeita de extensão caprichosa e os sentidos múltiplos, fazendo com que conservassem os traços característicos de sua fisionomia própria.

É a própria palavra enunciativa do instituto que traz insita a sua própria conceituação, seu conteúdo jurídico, sem necessitar de quaisquer explicações auxiliares para o seu entendimento.

"A palavra — conceitua Ihering (30) — desperta nos povos nascentes uma fé profunda que lhe atribui uma força sobrenatural, mas em Roma a força e o culto da palavra dominam todas as relações da vida pública e privada, a religião, os costumes, o direito. Para o antigo romano a palavra é uma força mística e poderosa que liga e desliga, evoca as divindades e ainda obriga a estas. A jurisprudência antiga se apegou às palavras com todo o vigor e até com pedantismo. O palavreado inútil de que graceja Cícero não chocava nesta tendência com o sentimento nacional; antes, pelo contrário, era para o povo prova de sabedoria e superioridade dos juristas, chegando-se até a combater uma interpretação mais ampla e livre que a literal".

(28) Humberto Cuenca — "Proceso Civil Romano" — Buenos Aires — EJEA — 1957 — pág. 39/40 — vs 35/36;

(29) Cogliolo, Pietro — "Filosofia do Direito Privado" — Lisboa — 1915 — pág. 104;

(30) Vela, Fernando — "Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano" de R. Von Ihering — Madrid — Revista do Occidente — 1962 — pág. 276 — n. 49;

Por isso, obtemperava Altavila <sup>(31)</sup>: “as palavras orais, consagradas pelo uso tinham um timbre de liturgia e de autenticidade, refletindo não somente a existência legal, mas também a pleora da personalidade do romano. Afirmar perante o magistrado, “**spondeo, fide promitto ou acceptum habeo**, era talvez mais importante do que firmar um pergaminho na presença de testemunhas. Ademais, a cultura lingüística daquela era remotíssima, era deficiente e o formulário oral teria mesmo de suprir a expressão escrita. Deveria mesmo ser imponente a cena de um pacto, com o magistrado sentado em sua curul de mármore, vestido com a toga dignitária, cercado de litores, enquanto um contratante expusesse as relações de um usufruto em palavras concisas e o outro levantasse a destra e pronunciasse, em voz alta, **in jure cessio**”.

“Segundo a lei das Doze Tabuas (expressão própria de um direito comum a todos os povos heróicos), — afirma Troplong <sup>(32)</sup> — o que obriga ao homem não é a consciência, não é a noção do justo e do injusto: é a palavra, é a religião da letra: **uti lingua nuncu passit, ita jus esto**. Tudo o que está fóra da fórmula empregada se considera como não prometido” <sup>(33)</sup>.

Um cidadão romano podia não compreender as elocuições sapientísimas de Cícero, não poder saborear a fina lógica com que se esgrimia Papiniano, ignorar o porquê das digressões alentadas pelos sabinianos e proculianos, ou deixar de penetrar no sentido da conversação erudita das classes mais educadas, mas jamais deixou de perceber o sentido de uma **obligatio** ou **solutio**, de um **dominium** ou de uma **possessio**, de uma **legis actio per sacramentum** ou de uma **per manum injectionem**, ou, ainda, a linguagem clara e inteligível de uma sentença judicial, dirigida, não a um pequeno grupo de demandantes, mas à totalidade de um povo simples.

Nossa herança é tão identificada que, ainda hoje, como observa Alípio Silveira <sup>(34)</sup> — “é comum o legislador, ao consolidar costumes do povo, usar certas palavras em seu sentido vulgar”.

“Os romanos — história Reinach <sup>(35)</sup> — cunhavam pensamentos como cunhavam moedas” e criaram, nas inscrições, o ideal do estilo lapidar: uma idéia precisa numa forma precisa. A expressão era, para eles, o que é para a escultura o relêvo, o que são as côres para a pintura”. “A palavra precisa, exata, enquadrada dentro do pleito, do contrato ou da fixação da verdade, era tudo e a sua imprecisão causava um prejuízo irreparável, porquanto ela era “a firma juridicamente necessária”, adianta-nos Jayme de Altavila <sup>(36)</sup>. Mais incisivo o comentário de Theodor Mommsen <sup>(37)</sup>: “entre os romanos tudo é claro e preciso; não há símbolo ocioso nem disposição inútil”.

(34) Altavila, Jayme de — “Origem dos Direitos dos Povos” — São Paulo — Melhoramentos — 2.<sup>a</sup> ed. — pág. 71;

(32) Troplong — “La Influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano” — Buenos Aires — Ed. Desclee, de Brouwer — 1947 — pág. 31;

(33) “Quando qualquer um cumprir a solenidade do **nexum** e do **mancipium**, que as suas palavras tenham a força de lei. Pena do dôbro contra aquele que negar declarações feitas no **nexum** e no **mancipium**” — Tabua VI, j e li in Melra, Sílvio A. B. — “História e Fontes do Direito Romano” — São Paulo — Saraiva — 1966 — pág. 101;

(34) Silveira, Alípio — Hermenêutica no Direito Brasileiro — RT — 1968 — 1/18;

(35) apud Azevedo, Fernando de — “No Tempo de Petrônio” — São Paulo — 1930 — pág. 265;

(36) Altavila, Jayme de — “A Testemunha na História e no Direito” — Melhoramentos — 1967 — pág. 56;

(37) Mommsen, Theodor — “História de Roma” — Aguilar — Madrid — 1965 — 1/186;

Inicialmente — historia Von Mayr <sup>(38)</sup>: “a simples obrigação não encerra o poder de constranger a efetuar a prestação, nem engenha por si mesma um senhorio sobre a pessoa ou o patrimônio do devedor. Para que tivesse plena eficácia era necessário que concorresse com ela uma responsabilidade pessoal ou real que o credor pudesse fazer valer caso não se cumprisse a dívida”. Adicionando mais abaixo que “a divergência entre débito e responsabilidade, a falta de uma noção adequada às concepções modernas que abrangesse a responsabilidade e a dívida, manifesta-se no fato de que não existia ainda nesta época um conceito harmônico da obrigação”.

Segundo nos revela Fritz Schulz <sup>(39)</sup>, o vocábulo “*obligare*” é bastante antigo sendo encontrado uma única vez com caráter jurídico, nas comédias de Plauto, com o primitivo sentido de pignoratício, equivalente a atar, escravisar, “que servia apenas, no dizer de Arthur Montenegro <sup>(40)</sup>, para designar o indivíduo prisioneiro de outro por falta de satisfação das suas dívidas para com ele”, ou, na situação que Édouard Cuq <sup>(41)</sup>, denominou de “estado de obrigado”.

Desconhecia-se então o conceito unitário de obrigação. Mesmo assim, o seu sentido expressava não só uma simples garantia, como ainda a vinculação obrigatória, não como uma conceituação geral, mas como referência no sentido de *vinculum juris*.

“Sua forma originária foi, provavelmente, — conceitua Von Mayr <sup>(42)</sup> o dever de efetuar uma expiação para um ato ilícito; e as estabelecidas por atos jurídicos voluntários se desdobram, primitivamente, segundo parece, nas duas manifestações independentes do débito e a responsabilidade”.

O substantivo “*obligatio*”, empregado na linguagem técnica do direito, reunindo os dois elementos essenciais da obrigação — débito e responsabilidade, ou seja, o que o devedor deve cumprir em favor do credor e a sujeição às conseqüências pelo inadimplemento, não foi conhecido dos primitivos romanos. Conforme o depoimento de E. Didie-Pailhé <sup>(43)</sup> “para exprimir a mesma idéia, recorriam à palavra ainda mais enérgica do *nexum*”, como os decênviros na Lei das XII Tábuas: “*cum nexum faciet man ciplumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*” (Tabula VI) — “Se alguém empenha a sua coisa ou vende em presença de testemunhas o que prometeu tem força de lei” — Sílvio A. B. Meira <sup>(44)</sup>; oportunizando-se então a observação de Arangio-Ruiz <sup>(45)</sup> “na época primitiva, *obligatio* era o vínculo que sujeitava, ligava à pessoa ou à coisa dada em *fidúcia* ou em *nexum*”.

*Vinculum*, não significa, no Direito Arcaico, o atual sentido puramente subjetivo de relação, mas expressa uma cadeia, uma situação de cati-

(38) Robert Von Mayr — “História del Derecho Romano” — Barcelona — Labor — 1926 — I/1963;

(39) Schulz, Fritz — “Derecho Romano Clássico” — Barcelona — 1951; ;

(40) Montenegro, Arthur — “O Antigo Direito de Roma” — Coimbra — 1898 — pág. 216;

(41) Cuq, Édouard — “Les Institutions Juridiques des Romains” — Paris — 1904 — I/202;

(42) Von Mayr, Robert — “História del Derecho Romano” — Barcelona — 1931 — II/117;

(43) Didier-Pailhé, E. — “Cours Élémentaire de Droit Romain” — Paris — 1987 — II/2;

(44) Meira, Sílvio A. B. — “A Lei das XII Tábuas, Fonte do Direito Pública e Privado” — Forense — 1961 — pág. 171; Idem — “História e Fontes do Direito Romano” — Saraiva — 1966 — pág. 101; ver ainda Del Giglio, Alfredo José F. — “Direito Romano” — Bushatsky — 1970 — I/65;

(45) Arangio-Ruiz, Vicente — “História del Derecho Romano” — Madrid Reus — 1963 — pág. 86;

veiro, um poder de natureza física. A responsabilidade era puramente pessoal. O dever insolvente era adjudicado ao credor e perdia sua qualidade de homem livre.

Sòmente a partir do ano 441 AC <sup>(46)</sup>, quando a **Lei Poetelia Papiria** estabeleceu que a responsabilidade por dívidas não se efetivasse sòbre a pessoa do devedor, mas sòbre seus bens — "**pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esse**" — a obrigação adquiriu caráter patrimonial e seu conceito se vai desenvolvendo lentamente, deixando de ser uma situação de cativo, para converter-se no "**vinculum juris**", como uma situação meramente ideal de relação.

Desta forma, derivando de sua etimologia, **obligatio** <sup>(47)</sup>, interpreta Biondo Biondi <sup>(48)</sup> "não significa senão vínculo. Transportada à esfera jurídica conserva êste significado: denota sempre o vínculo ou fiame, que em princípio tem como objeto a pessoa em sentido físico e material. Ainda hoje, como no linguajar romano, fala-se de pessoa obrigada no sentido de pessoa vinculada. O vínculo tem uma finalidade bem precisa, a saber, o cumprimento de uma determinada prestação. A idéia de finalidade está condensada no prefixo **ob**. Não é, portanto, como a **servitus**, uma situação estática ou permanente, mas finalista, enquanto tende a obter uma determinada prestação".

"Os clássicos — ressalta De Francisci <sup>(49)</sup> — só usaram tènicamente o termo **obligatio** para designar as obrigações fundadas no **jus civile**; para as obrigações nascidas de negócios lícitos ou atos ilícitos regulados pelo pretor só se falava de **teneri**, de **debere**". Quer isto dizer que os clássicos só usavam a palavra **obligatio** para indicar as obrigações consistentes em um **dare, facere, praestare oportere**. Entretanto, no período post clássico e na legislação justiniãnea, uma vez determinada a distinção entre o **jus civile** e o **jus honorarium**, o termo passou a abranger também tôdas as obrigações nascidas por intervenção do pretor.

No direito clássico, segundo Pietro Bonfrante <sup>(50)</sup>, a obrigação se reveste definitivamente nesta época de um caráter patrimonial e assume uma função comercial. Enquanto em suas fontes, se o Direito primitivo representa a era do delito, o Direito clássico representa a era do contrato. Por isso, afirma Cogliolo, <sup>(51)</sup> "a nítida distinção entre Direitos Reais e Direitos Pessoais é uma das maiores conquistas da jurisprudência e é hoje verdade elementar".

Assim é que, ao conceituarem a **obligatio**, no entendimento de Florentino, jurista da época dos Antoninos, como "um vínculo jurídico pelo qual somos obrigados, de maneira necessária, a pagar alguma coisa, conforme o direito de nossa cidade" <sup>(52)</sup>, já se preocupavam com o pro-

(46) Maynz, Charles — "Cours de Droit Romain" — Bruxelles — 1891 — 1/85;

(47) Ver Savigny — "Le Droit des Obligations" — Paris — 1873 — 1/6 — Nosso "Mandatum in Rem Suam" — In "Revista de Informação Legislativa" n.º 24, pág. 19; — Rev. Trib. 390/33; Rev. de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara — 1968 — 18/143; Rev. do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídicos Econômico-Sociais — ITE — 6/2;

(48) Blondi, Biondo — "Arte y Ciencia del Derecho" — Barcelona — 1953 — pág. 104;

(49) De Francisci, Pietro — "Síntesis Histórica del Derecho Romano" — Madrid — 1954 — pág. 481;

(50) Bonfrante, Pietro — "História del Derecho Romano" — Madrid — RDP — 1944 — 1/556;

(51) Cogliolo, Pietro — "Filosofia do Direito Privado" — Lisboa — 1915 — pág. 219 — § XXIV;

(52) Inst. 3, 13, pr.: obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura — Ver Biscardi — Secundum nostrae civitatis in Studi Senesi, 38 — 1951 — pág. 40 e ss.; Gomes, Orlando — "Transformações Gerais do Direito das Obrigações" — RT — 1967 — pág. 148;

blema de um conceito geral. E, quando, talvez por obra dos compiladores, atribuíram ao conteúdo da obrigação o mesmo conceito que, para os juristas clássicos e post-clássicos, caracterizava a *actio* — “a essência das obrigações não consiste em adquirir uma coisa corpórea ou uma servidão, mas em constringer outra pessoa a nos transferir, fazer, ou entregar alguma coisa” (53), não lançaram mão dos vocábulos “oportere” ou “deverere” que a palavra moderna “obrigação” implica nem expressaram tão pouco a responsabilidade. Mas, como demonstra Paul Jors (54) — chamaram “obrigação ao direito de obrigação, que responde à idéia de que o devedor se acha “ligado” ao credor, idéia em que se deixa sentir o influxo do critério da responsabilidade, que, já na época do direito clássico, havia cedido bastante, tanto que os juristas da época empregam com a mesma significação que *obligatio* o termo *debitum*, que equivale a “débito” ou “dívida” e que significa o dever de realizar a prestação, não a responsabilidade” Alvaro D’Ors (55) foi muito mais perspicaz quando escreveu: “*obligatio* é um termo adotado pela primeira jurisprudência clássica para designar a relação patrimonial sancionada por uma ação civil *in personam*. Supõe uma dívida (*debitum*) de uma pessoa a respeito da outra”, concluindo, mais abaixo, que “não se pode falar da existência de débito sem *obligatio*, ou vice-versa, uma vez que, no direito romano, o termo *obligatio* pressupõe uma *actio* em cuja fórmula figura um *oportere* e não se concebe um *oportere*, isto é, um dever por direito civil, sem ação”.

Desta forma, podemos resumir que a obrigação clássica, diferentemente, da obrigação moderna ainda apresenta estas características:

a) sendo a “*obligatio*” de natureza puramente civil, só poderia originar-se daqueles atos restritos que o *Jus Civile* considerava idôneos, como a *stipulatio*, a *re contrahere* etc., excluindo-se os pactos ou simples promessas;

b) a existência de uma obrigação está condicionada a uma *actio*, partindo daí uma correlação perfeitamente clara entre a *actionem teneri* e *obligatio*. Apenas as ações civis correspondem a verdadeiras obrigações pretorianas;

c) O *debitum*, na obrigação romana, é sempre exigível. O credor nunca poderá pretender, em juízo, que o devedor seja condenado ao pagamento da mesma prestação, ou seja ao cumprimento do conteúdo originário de seu *debitum*. O conteúdo da prestação se transforma sempre

(53) Dig. 44, 7, 3, pr.: *obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum* Nóbrega, Vandick Londres da — História e Sistema do Direito Privado Romano — Rio — 1959 — pág. 315, fornece-nos a seguinte explicação: “nos termos da definição de Paulo, a finalidade da obrigação não é criar um senhorio imediato, mas um encargo para o devedor em proveito do credor, que o poderá executar posteriormente. Albertário não aceita estas duas definições como boas para traduzir a noção de obrigação no direito romano, porque, segundo ele, não são provenientes dos juriconsultos romanos, mas dos compiladores. Todavia, Segre não segue o parecer de Albertário. Perozzi diz que o direito romano não tinha *obligatio*, mas *obligationes*, pelo mesmo motivo porque não tinha *servitus*, mas *servitutes*. Arangio Ruiz, em estudo recente, observa que o verbo *adstringere*, usado somente uma vez nas instituições clássicas, como nas imperiais, e a expressão *necessitate adstringi* se encontram no mesmo ponto, com a particularidade apenas de haver Gaius empregado a expressão *necessitate hereditate adstringatur* na parte final de seus comentários sobre direito de sucessão, e Justiniano usando de “*quo necessitate adstringamus*” ao iniciar o capítulo sobre as obrigações”;

(54) Jors, Paul — “Derecho Privado Romano” — Barcelona — 1965 — pág. 234 — § 100 — n.º 2;

(55) D’Ors, Alvaro — “Elementos de Derecho Privado Romano” — Pamplona — 1980 — págs. 255 e 257 — § 206; Idem — “Derecho Privado Romano” — Pamplona — 1968 — pág. 333 — § 124;

em dinheiro e, conseqüentemente, a condenação judicial é sempre uma condenação pecuniária;

d) partindo de sua etimologia, a obrigação romana preservou sempre um nítido caráter de vínculo pessoal. Derivou daí a impossibilidade de transferir o crédito e a dívida, tornando-se ilegal a possibilidade de contratar ou de estipular por outro ou para outro.

Apesar dessas características que distanciam a obrigação clássica da obrigação moderna, já divisamos aí todos os germens que haveriam de incentivar e robustecer a conceituação hodierna.

Graças à admirável capacidade dos romanos para adaptar suas normas às contingências sociais, à aclimação do espírito especulativo da filosofia grega na sua teoria do Direito, às novas espécies de obrigações, chegamos ao conceito hodierno.

Os direitos integrantes do patrimônio dos particulares, fundados ainda no dualismo da **actio in personam** e da **actio in rem**, se dividem em direitos reais e em direitos de crédito — Michel Villey (56), denominados também obrigações.

O direito de crédito, entendido na noção romana como "exigência atual contra uma pessoa determinada", constitui uma relação entre duas pessoas, onde uma delas (o credor) pode exigir da outra (o devedor) um ato determinado, apreciável em dinheiro. Esta relação, apreciada sob dois aspectos diferentes, é um direito de crédito, parte do ativo patrimonial do credor e, simultaneamente, uma obrigação, uma dívida que figura no passivo do devedor.

A diferença básica entre ambos restringe-se, em substância: o direito real materializa um poder sobre um gôzo da coisa, enquanto que o direito pessoal consiste na prestação que uma pessoa tem de satisfazer.

Os juristas romanos, que elevaram a teoria das obrigações ao mais elevado grau de perfeição, subtraindo-a ao formalismo primitivo, dando-lhe caráter patrimonial e função comercial, serviram-se exclusivamente da palavra **obligatio**, em seu sentido mais amplo, para designar tanto o crédito como a dívida.

Na terminologia germânica, obrigação se expressa com o termo **forderungsrecht**, que significa "direito de exigir a produção de um resultado", ou seja, no direito das obrigações "direito de exigir ao devedor sua prestação", termo êsse de fácil contraposição etimológica com **obligatio** — vínculo, ilação, sujeição, liame, que, no entanto, à altura do período clássico, consubstanciava já o dever de realizar a prestação por parte do devedor.

Em nosso idioma, não encontramos semelhante vocábulo, empregando o termo **obrigação** que, etimologicamente, quer dizer o mesmo que

(56) Villey, Michel — "Le Droit Romain" — Paris — 1964 — pág. 96: "si le lecteur veut bien poursuivre cette promenade à travers les austères notions des juristes romains et modernes, nous lui dirons qu'à côté des droits dits réels, il y a des droits personnels; les Latins disent: actions **in rem**, actions **in personam**. La distinction est abondamment discutée par les théoriciens de notre temps, mais en somme elle est conservée, et elle n'est pas si mauvaise: le droit réel porte sur une chose, il lie l'homme à la chose, au champ, à l'usufruit, au patrimoine. Et le droit personnel porte sur une personne, qui est obligé envers nous de nous payer une certaine somme, de nous rendre certain service";

a **obligatio**, mas em seu sentido atual indica, como na própria época clássica, o "débito", a "dívida", o dever de realizar a prestação por parte do devedor.

No nosso direito, como pondera P. Miranda <sup>(57)</sup>, "o Direito das Obrigações trata de direitos, deveres, pretensões, obrigações e ações, como todos os outros ramos do direito".

### 3. Modos Extintivos das Obrigações

A obrigação, em estabelecendo uma vinculação de natureza pessoal entre os sujeitos de sua relação, permanece íntegra até que ocorra um dos fatos jurídicos aos quais a lei atribui a faculdade de extingui-la.

O povo romano quiritário considerava o Direito não como um conjunto de conceitos e regras, mas, de atos. O formalismo <sup>(58)</sup> e a sacramentalidade, revestimento natural de todas as instituições jurídicas pouco evoluídas, não só conservaram, mas ainda tornaram visível e palpável a norma jurídica. "A clareza, a simplicidade e precisão das formas asseguraram, no direito antigo, o cumprimento estrito das leis <sup>(59)</sup>.

"As diversas solenidades, de que o sistema se cercava — adiantamos Montenegro <sup>(60)</sup> — facilitavam a produção da prova, visto o seu caráter concreto de fixar prontamente nos espíritos das testemunhas, e imprimiam aos atos jurídicos uma precisão, que simplificava muito o papel de Juiz, quer em relação à existência do contrato, dependente em absoluto de celebração das formalidades, quer em relação ao seu objeto, defluido, segundo uma interpretação rigorosa, pelas próprias palavras empregadas; além de que, tais práticas obrigavam naturalmente as partes se refletirem sobre os compromissos projetados, não só em virtude do decurso de tempo que mediava de ordinário entre a sua celebração e o ajuste prévio do negócio, mas sobretudo graças à impressão que produziam nos seus espíritos".

A dissolução da obrigação se inspirava na necessidade do **contrarius actus**, segundo o qual — **quibuscumque modis obligamur isdem in contrarium actis diveramur** <sup>(61)</sup>, ou seja, o ato contrário ou distrato, reconhecido pelo Direito Quiritário como um modo extintivo das obrigações.

Segundo a posição de diversos autores, que enfocaram o problema, os modos de extinção das obrigações romanas podem ser agrupados em três grandes categorias, a saber:

a) "Modos substanciais e modos meramente formais: os primeiros consistem na efetiva atuação daquela conduta do devedor que constituía a pretensão do credor, ou em uma satisfação equivalente. O pagamento

(57) Pontes de Miranda — "Tratado de Direito Privado" — Borsari — 1958 — XXII/12 — n.º 6;

(58) Vogel, Carlos Alfredo — "História del Derecho Romano" — Buenos Aires — Perrot — 1957 — pág. 3: "Por formalismo se entende o sistema jurídico em virtude do qual a celebração dos negócios e atos jurídicos está sujeita à observância de certas solenidades, de certos ritos, que devem cumprir-se sob pena de nulidade dos que se realizem em contravenção";

(59) Cuenco, Humberto — "Proceso Civil Romano" — Buenos Aires — E. J. E. A. — 1957 — pág. 40 — n.º 35; Elful, Jacques — "História de las Instituciones de la Antigüedad" — Madrid — Aguilar — 1967 — pág. 177;

(60) Montenegro, Arthur — "O Antigo Direito de Roma" — Coimbra — 1898 — pág. 222;

(61) Dig. 50, 17, 153;

e outros que operam como substitutivos do mesmo são modos substanciais. Os de segundo grupo paralisam ou destroem a obrigação sem atender se o credor pagou realmente. Entre êles, alguns há que requerem formas solenes (**nexi liberatio, acceptilatio**), outros não (**pactum de non petendo**) <sup>(62)</sup>;

b) “**Modos ipso jure e exceptionibus ope** — extinguem a obrigação **ipso jure**, de pleno direito, isto é, o vínculo solve-se pelo direito quiritário, de maneira que o credor já não terá a ação para reclamar o que lhe era devido. Outras vêzes a extinção se dá **exceptionis ope**, em virtude de exceção, isto é, o pretor concede ao devedor, chamado a juízo para realizar a prestação, um meio de defesa (**exceptio**) que repele a prestação do autor, ainda viável por direito quiritário”. <sup>(63)</sup>.

c) “**Voluntários e necessários** — quando dependem ou independem da vontade das partes” <sup>(64)</sup>.

Entretanto, a maioria dos romanistas prefere sintetizá-los em duas grandes categorias apenas:

a) Causas de extinção “**ipso jure**”: **solutio** ou pagamento; **solutio per aes et libram**; **acceptilatio**; **contrarius consensus** ou **mutuus dissensus**; **novatio**; **concursum causarum**; **confusio**, morte; **capitis deminutio**; impossibilidade, superveniente e objetiva, da prestação; condição e termos resolutivos; revogação do contrato; e privação de crédito, a título de pena <sup>(64)</sup>;

b) Causas de extinção “**ope exceptionis**”: **compensatio**; **pactum de non petendo**; **praescriptio longi temporis**; entre os mais importantes <sup>(65)</sup>;

Para nosso estudo, restrito às obrigações em dinheiro, que procura penetrar nas realidades históricas associadas à liberação obrigacional através da **consignação**, só nos vai interessar o estudo referente ao pagamento.

#### 4. Solutio de Pagamento

Vocábulo latino — **solutio**, que corresponde ao nosso termo pagamento, provém etmológicamente de **solvere**, que quer dizer desatar, soltar, desligar, correspondendo ao primitivo sentido de liberação da responsabilidade do devedor <sup>(66)</sup>.

Assim, a expressão **SOLUTIO — Solvere icimus eum quifacit quod facere promisit** <sup>(67)</sup>, — aplicada às obrigações significa, na explanação de

(62) Ramos, J. Arias — “Derecho Romano” — Madrid — 1954 — II-III/712 — § 366 — “a”;

(63) Correa, Alexandre — Sciascia, Gaetano — “Manual de Direito Romano” — Saraiva — 1957 — I/246 — § 92;

(64) Oderigo, Mario N. — “Sinopsis de Derecho Romano” — Buenos Aires — 1957 — pág. 380 — n.º 516; Nóbrega, Vandick Londres da — “História e Sistema de Direito Privado Romano” — Rio — 1959 — págs. 467/477;

(65) Cf. Alves, José Carlos Moreira — “Direito Romano” — Rio — Borsoi — 1966 — II/103 — n.º 221;

(66) Sito Salazzi — “L’Estimazione della Obligazione” — Napoli — 1931 — cap. II — § 1.º — pág. 379; Piola — Caselli — “Pagamento en il Digesto Italiano” — Torino — 1906-1910 — Vol. XVIII — Primeira Parte § 27 — Apud Salvão, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino” — Obligaciones en General — Buenos Aires — 1963 — II/180 — n.º 1.046-A — nota “a”;

(67) Ulp. Dig. 50, 11, 17;

(68) Van Wetter, P. — “Cours Élémentaire de Droit Romain” — Paris — 1876 — II/2 — § 285;

VAN WETTER <sup>(68)</sup>, “romper ou dissolver o vínculo jurídico que as constitui”. Isso porque, conforme a primitiva noção, as obrigações, embora na maioria das vezes, objetivassem a aquisição de uma coisa, referiam-se diretamente às vontades das partes, restringindo de certa forma a liberdade do devedor <sup>(69)</sup>. Serviu então para designar, genericamente, a desvinculação obrigacional, infundindo-nos a idéia de desatar, liberar ou desligar as partes, pois, não era suficiente a efetiva existência do pagamento para a liberação do devedor, tornando-se indispensável um ato formal correspondente ao oposto gerador do liame.

“**Solvere**” era a antítese de “**ligare**”, de “**Obligare**”, advindo daí a extensão do conceito abrangendo tôdas as formas extintivas do vínculo obrigacional, inclusive aquelas nas quais não existia nenhum suporte atual ou deferido, idêntico ou substituído.

“A palavra **pagamento** — expressa-se Paulus <sup>(70)</sup> — correspondente a tôda liberação feita de qualquer modo e se refere mais à essência da obrigação, do que ao pagamento do dinheiro”. Em sentido restrito, **solutio** materializa o cumprimento ou a execução daquilo que exatamente era devido ao credor, o cumprimento da prestação ajustada, que constituía o objeto da obrigação.

Desta forma, mesmo para os romanos, a palavra **solutio** ou pagamento, já possuía dupla conotação, compreendendo não apenas o cumprimento da obrigação, cuja prestação consistia na entrega de uma quantidade de dinheiro <sup>(71)</sup> — conceito predominante no direito moderno, especialmente em nosso Código Civil e no alemão, — como ainda significa, de modo amplo, o cumprimento da prestação que, conforme a natureza da obrigação, podia consistir em um **dare, tradere** ou **facere** <sup>(72)</sup>, o mesmo significado que ainda impera nos Códigos da França e Espanha, extinguindo o **vinculum juris** que estranhava tôda a obrigação.

DEMANGEAT <sup>(73)</sup> e Voci <sup>(74)</sup> entenderam com base nas fontes <sup>(75)</sup>, que “**solutio** é, propriamente, o efeito que atinge cada modo de extinção da obrigação”, concluindo este último que o “térmo é usado para designar o adimplemento”, tendo antes o cuidado de prevenir que “se fala expressamente em pagamento referindo-se à hipótese de obrigação pecuniária”.

“No direito clássico — historia De Francisci <sup>(76)</sup> o termo **solutio** indicava a liberação do devedor, a separação dêste do vínculo obrigatório. E a **solutio** se realizava mediante atos formais e solenes. Mais tarde a expressão que tinha originariamente por objeto o devedor, passou a ter por objeto a prestação, vindo a indicar o pagamento, em antítese a todos os demais fatos que tinha força de extinguir as obrigações”. Oportuna,

(68) Paulus — Dig. 44, 7, 3

(70) Paulus — Dig. 46, 3, 54.

(71) Cruz — Caracter Creditício da “solutio” na Época Clássica de Direito Romano — Coimbra — 1957;

(72) Bonjean — Explication Méthodique des Institutes de Justinien — Paris — 1880 — II/600 — n.º 3.155;

(73) Demangeat, Charles — Cours Élémentaire de Droit Romain — Paris — 1866 — II/419;

(74) Voci, Pasquale — Istituzioni di Diritto Romano — Milano — 1954 — pág. 358 — § 97;

(75) Paulus — Dig. 46, 3, 54;

(76) De Francisci, Pietro — Sintesis Histórica del Derecho Romano — Madrid — 1954 — pág. 504 — § 3.º

portanto, a observação de Kaser (77) quando informa que a *solutio* “se refere agora ao objeto da prestação mais que homem responsável e a sua vinculação (*pecuniam solvere*).”

Portanto, modo extintivo substancial, *ipso jure* e voluntário — *solutio* — em sentido mais lato, quer expressar o rompimento do liame obrigacional, aplicável ainda a toda causa de dissolução (78) e, mais estritamente, designar a extinção natural da obrigação e de uma maneira natural da coisa devida a *praestatio vere rei debitae*, — ou seja, pelo pagamento cujo “efeito extintivo correspondente à obrigação tenha sido admitido em Roma depois de larga evolução” (79).

Pagamento (80), “fato extintivo próprio, porque através dele a obrigação se extingue com a execução de seu objetivo” (81), “é a causa de extinção mais natural e freqüente, que as partes têm precisamente em vista quando contrataram; o devedor cumpre o que está obrigado a fazer, e o credor recebe o que lhe é devido” (82). A eficácia dessa extinção é tão absoluta, que não se limita à obrigação em si mesma, mas atinge também aos acessórios estabelecidos em sua garantia (hipoteca, penhor, fiança, cláusulas penais) e aos que constituíam direitos acessórios de crédito.

Desta forma, o devedor obtém a liberação e o direito de rechaçar qualquer nova cobrança do credor, uma vez que o pagamento válido possui eficácia extintiva sempre que haja correspondência objetiva entre o conteúdo da obrigação e o ato prestado pelo devedor.

Para nós, o desfecho natural e esperado da obrigação, o adimplemento, a conseqüência ou o resultado normal do cumprimento obrigacional se denomina pagamento. Palavra essa que, igualmente ao que acontecia ao Direito Romano, segundo a elucidação de GIORGI (83), “se emprega umas vêzes no sentido amplo e outras no sentido restrito. No primeiro sentido, significa a execução normal da obrigação qualquer que seja o objeto, o dar, o fazer e o não fazer: **EIUS quo debitor, uti debetur praestatio**; no segundo, denota exclusivamente o pagamento pecuniário: **o solvere SOMMAM ou NUMERARE pecuniam**”. Lafaille (84) seleciona, entre suas diversas acepções, quatro que reputa principais, arrematando que “como forma corrente envolve a entrega de uma soma de dinheiro e este conceito vulgar passou ao direito positivo, segundo ocorre com o Código Alemão”, também passou ao Código do Chile (art. 1.576, I) e o

(77) Kaser, Max — *Derecho Romano Privado* — Madrid — Reus 1968 — pág. 235 — § 53, I;

(78) Paulus — *Dig.* 46, 3, 54;

(79) Arias, José — *Manuel de Derecho Romano* — Buenos Aires — 1949 — pág. 409;

(80) Villers, Robert — “*Droit Romain*” — Tome II — “*Les Obligations*” — Paris — 1953 — pág. 205: “*Le paiement est l'exécution prévue de l'obligation. C'est son mode d'extinction principal et normal, car à la différence du droit réel l'obligation n'est pas perpétuelle; elle est destinée à être exécutée*”; Giffard, A.E. — Villers — Robert — “*Droit Romain et Ancien Droit Français (Obligation)*” — Daloz — Paris — 1967 — pág. 295: “*Le paiement, ou exécution volontaire de l'obligation, est le mode ordinaire d'extinction des obligations*”;

(81) Alves, José Carlos Moreira — “*Direito Romano*” — Borsoi — 1966 — II/102, n.º 221;

(82) Petit, Eugene — “*Tratado Elemental de Derecho Romano*” — Buenos Aires — 1958 — pág. 634 — n.º 496;

(83) Giorgi, Giorgio — “*Teoría de las Obligations en el Derecho Moderno*” — Madrid — 1930 — VI/19 — n.º 8;

(84) Lafaille, Héctor — “*Derecho Civil — Tratado de las Obligaciones*” — Buenos Aires — 1947 — VI/294 — n.º 327 — “d”;

do Argentino (artigo 2.017), tendo VON TUHR <sup>(85)</sup> atribuído à palavra o sentido estrito de entrega de dinheiro" <sup>(86)</sup>.

Este sentido não desconhecido dos romanos que, freqüentemente, usavam o vocábulo "para designar a enumeração de uma soma de dinheiro" <sup>(87)</sup> e dentro desse critério vai ser estudado aqui, uma vez que, também em nosso país, "na linguagem vulgar, pagamento é a satisfação de uma dívida pecuniária" <sup>(88)</sup>.

Ensina Huvelin <sup>(89)</sup> que "o pagamento é o ato convencional que supõe o acôrdo das partes; contudo, não é ato puramente convencional — existe nêle é um elemento real, a prestação do devido. A diferença que existe entre a prestação que se efetua no pagamento e a prestação que se efetua no empréstimo, na doação etc., tem de ser procurada na intenção das partes. Por outra parte, o pagamento — salvo em caso de uma obrigação natural — é um ato necessário tanto para o devedor quanto para o credor".

Assim, para que o pagamento pudesse ser considerado válido e produzir todos os efeitos legais decorrentes, deve revestir-se imperiosamente de condições indispensáveis, orientadas em relação ao objeto do pagamento e à capacidade das partes que, para uma explanação mais clara, analisaremos a seguir:

#### 4.1. Quem devia ou podia pagar?

Pelo menos em princípio, como parece lógico, só o devedor, sempre que seja capaz, deve efetuar o pagamento, diante da regra impetrante de que a obrigação criava um vínculo que submetia a pessoa do devedor à do credor.

Por outro lado, obrigações há que se originaram de condições personalíssimas ou aptidões técnicas ou culturais do obrigado, — *intuitu personae*, que exigem e reclamam para sua satisfação contratual o concurso indispensável do próprio devedor.

Quando a obrigação galgou a amplitude de uma relação de caráter patrimonial, admitiu o Direito Romano que o pagamento pudesse ser efetuado, indistintamente, por qualquer pessoa, por um terceiro não interveniente na relação jurídica, pelo devedor principal ou acessório, exceções as de execução estritamente pessoais.

A eficácia liberatória verifica-se mesmo que o terceiro tenha realizado o pagamento com o assentimento do devedor, sem o consentimento deste, contra a sua vontade, ou proibição expressa do devedor <sup>(90)</sup>.

(85) Von Tuhr, Andreas — "Tratado de las Obligaciones" — II/vol II — n.º 54;

(86) Imbert, Jean — "Le Droit Antique" — Paris — 1966 — "Que Sais — Je n.º 924" pág. 104: "Dans de dernier état du Droit romain connu de nos jours, l'obligation est un rapport de droit établi temporairement entre deux personnes dont l'une (le débiteur) est tenue de fournir à l'autre (le créancier) une prestation susceptible d'être évaluée en argent";

(87) Maynz, Charles — Cours de Droit Romain — Bruxelles — 1891 — II/547 — § 288 — Nota 2; idem Mackeldey — Manual de Droit Romain — Bruxelles — 1837 — pág. 275 — § 486 — nota 5; Ramos, J. Arias — Derecho Romano. Madrid 1954 — II-III/713 — § 267;

(88) Gomes, Orlando — Obrigações — Rio 1961 — pág. 108 — n.º 56; idem — Mendonça, M.I. Carvalho de — Doutrina e Prática das Obrigações — Rio — 1956 — II/420 — n.º 23;

(89) Huvelin, Paul — Derecho Romano — Paysandú — Fundacion de Cultura Universitária — V/55;

(90) Inst. 3, 29; Dig. 46, 3, 53;

Para Couder <sup>(91)</sup>, “admitiu-se esta regra no interesse recíproco do credor e do devedor”.

O pagamento feito por um terceiro era permitido, exclusivamente, nas obrigações **dare**.

Para que um terceiro possa pagar válidamente a dívida de outrem, deve reunir as mesmas condições exigidas ao verdadeiro devedor — capaz e proprietário da coisa entregue, agir com conhecimento de causa, sabendo que paga uma dívida de outro e com intenção de liberá-lo. Quem paga “suo nomine”, acreditando satisfazer uma dívida própria, incorre em erro manifesto (**per errorem solutio**), inclusive se paga um “**indebitum**” (uma coisa que não devia pagar), não extingue a obrigação alheia e pode reclamar o que pagou erroneamente, mediante o **conditio indebiti** <sup>(92)</sup>.

O pagamento efetuado por um terceiro pode ser feito com **animus donandi** ou sem **animus donandi**, ou seja, com o propósito de fazer uma liberalidade ou não.

Na hipótese de ser o pagamento efetuado por um terceiro **non dominus** por um incapaz, poderá convalidar se o objeto entregue pelo incapaz em conceito de pagamento se perde após a entrega, por força maior, se o credor consume a coisa de boa fé ou vem a usucapi-la.

#### 4.2. Quem devia ou podia receber o pagamento?

O pagamento devia ser realizado, lógica e válidamente, exclusivamente, ao credor, sempre que fôsse capaz, caso contrário ao seu legítimo representante. A **solutio** constituía um ato jurídico que implicava a alienação de um crédito, justificando-se assim a exigência da capacidade plena, uma vez que, sem esta, o pagamento carecia da necessária eficácia liberatória, cabendo ao obrigado reclamar o que houvesse pago.

Podem receber a prestação, além do credor:

a) seu representante legal, se incapaz, o tutor ou credor, no caso da **gestio negotiorum**, ou a um destes, conjuntamente com o mesmo credor, em caso da **interpositio auctoritatis**. Casos existem em que o incapaz pode receber a prestação, sem qualquer intervenção, sempre que melhore seu patrimônio;

b) seu representante voluntário — um preposto, especialmente seu procurador, com mandato especial ou geral, que podia ser revogado a qualquer tempo.

Era válido o pagamento efetuado ao falso preposto, se o credor tivesse sido o causador do erro, proporcionando a falsa crença de que o outro era seu procurador; em troca, era nulo o pagamento realizado ao procurador **ad litem** (mandatário judicial constituído sem formalidades, na ausência e com desconhecimento do adversário);

c) a **delegatio solvendi**, ou atribuição de pagamento, através do qual o credor pode facultar ao devedor que efetue a prestação a um terceiro.

(91) Couder, Ruben de — “Compendio de Lecciones Escritas de Derecho Romano” — Madrid — 1894 — pág. 547;

(92) Inst. 19, 1, Dig. 12, 4;

Decorre daí que o cumprimento da obrigação feita ao delegado se considera como se fôsse ao delegante, liberando-se o devedor;

d) a **relihabilitio** (ratificação) que se equipara ao mandato, quando o obrigado realiza o pagamento a um terceiro qualquer, cujo ato é confirmado pelo credor;

e) o **adjectus solutionis causa**: na **stipulatio** ou **dotis dictio** pode figurar um terceiro ao lado do credor para receber, válidamente, o pagamento, como um banqueiro. O **adjectus**, não se confundia com o mandatário ou preposto constituído para a cobrança do crédito, cujas faculdades eram revogáveis a qualquer tempo e, mesmo diante de uma posterior proibição do estipulante, conserva o devedor a faculdade inevogável de escolher entre o **adjectus** e o credor para consumir o pagamento, liberando-se em qualquer hipótese. Observa-se que o **adjectus** está autorizado exclusivamente a receber o pagamento. Não é credor nem tampouco poderá executar o crédito, cedê-lo ou remi-lo;

f) o adstipulador é um credor acessório, depositário da confiança do credor principal e de quem este se serve para a cobrança de seu crédito<sup>(93)</sup>. Considera-se um verdadeiro credor solidário, podendo, além de receber o pagamento, reclamá-lo judicialmente e, ainda, perdoar a dívida.

Convém lembrar que o pagamento feito ao escravo do credor é sempre válido, face ao conceito de que o escravo, como coisa que era, considerava-se um prolongamento da bolsa de seu amo. O pagamento que o devedor de uma herança fazia à pessoa que se encontrava na posse da mesma e que públicamente era considerada como herdeira, o liberava **ipso jure**, mesmo que, posteriormente, se provasse que aquêle possuidor de herança não era o verdadeiro herdeiro<sup>(94)</sup>.

Outra hipótese que suscita muita divergência, circunscreve-se ao fato de saber se era liberatório ou não o pagamento feito ao credor do próprio credor sem o consentimento dêste. A maioria admite, como regra geral, a não aceitação dêste pagamento, considerando-o válido, contudo, quando ambas as obrigações se acham ligadas por um vínculo especial. Desta forma, conclui-se que o sub-arrendatário que paga diretamente ao arrendador extingue válidamente sua obrigação e se libera da mesma com o seu credor, que era o arrendatário<sup>(95)</sup>.

#### 4.3. Como devia ser pago?

"O pagamento tem eficácia extintiva sempre que haja correspondência objetiva entre o conteúdo da obrigação e o ato do devedor. Significa isto que o devedor há de observar uma determinada forma quando assim o exija a natureza da prestação"<sup>(96)</sup>

(93) Gato — 3, 110-114; 117;

(94) Margadant S., Guilherme Floris — "El Derecho Privado Romano: como Introduccion a la Cultura Jurídica Contemporánea" — México — 1970 — pág. 372 — n.º 197;

(95) Cf. Montes, Cristóbal Angel — "Curso de Derecho Romano" — (Derecho de Obligaciones) Caracas — 1964 — pág. 759; idem — Margadant S., Guilherme Floris — ob. cit. n.º 94 — pág. 372 — n.º 197;

(96) Iglesias, Juan — "Derecho Romano Instituciones de Derecho Privado" — Barcelona — Ariel — 1958 — pág. 473 — § 121;

Para que seja reputado válido, é necessário que o obrigado a dar, fazer ou não fazer efetue a prestação que constitui o objeto da obrigação, pouco importa que o objeto oferecido seja igual ou de maior valor: deve prestar exatamente o pactuado, não podendo compelir o credor a aceitar outra coisa distinta, nem tampouco a receber pagamentos parciais, ainda que o objeto seja perfeitamente divisível.

Entretanto, não são poucas as exceções que recebe este princípio, sendo corriqueiro destacar as *dationes in solutum* e o *beneficium competentiae*, apresentando ainda DEMANGEAT e BONJEAN (97) a hipótese da liberação parcial, quando parte da coisa é litigiosa.

Nas obrigações genéricas e nas alternativas (salvo cláusula em contrário) a escolha pode caber ao devedor, enquanto que nas facultativas a escolha compete sempre ao obrigado que tanto pode cumprir a “*in obligatione*”, como a “*in facultate solutionis*” (98) sem qualquer interferência do credor.

Ocupar-nos-emos, apenas, das duas exceções principais, face à importância que seu estudo e evolução assumem na atualidade:

a) **Dationis in Solutum**, antecedente do que, atualmente constitui a dação em pagamento, podendo classificar-se em voluntária e forçada.

A voluntária permite ao devedor de uma soma pecuniária, sem condições de resgatá-la ao tempo do vencimento, por não dispor do numerário suficiente, embora solvente, oferecer ou “entregar ao credor, com o seu consentimento, uma coisa distinta daquela que devia, por êle, diretamente, ou por um terceiro” (99).

A **datio in solutum** forçada nasce das seguintes circunstâncias: “se o credor se negara a receber o pagamento nessa forma — transcrevemos a explicação de Ferro (100) — não restava ao devedor outra solução senão permitir que se seguisse contra a execução tendente a converter seus bens em dinheiro, para cumprimento do convencionado. Entretanto podia ocorrer especialmente em épocas de crises, que não se encontrasse comprador para os bens do devedor, caso em que o credor teria que consentir que estes lhe fôssem adjudicados, aceitando por força das circunstâncias, o oferecimento que voluntariamente lhe fizera o devedor e que antes rechaçara. É, precisamente, para evitar os prejuízos derivados de tal situação, que Justiniano decidiu que todo o devedor de uma soma de dinheiro que não tivesse numerário nem bens móveis com que efetuar o pagamento poderia, caso não encontrasse comprador para seus imóveis, obrigar ao credor a recebê-los em pagamento por um preço determinado por avaliação judicial, e que se o valor total destes imóveis fôsse superior ao montante da dívida, pudesse este último tomar os melhores”. “Da Constituição respectiva — prossegue FERRO — resulta que eram requi-

(97) Demangeat, Charles — “Cours Élémentaire de Droit Romain” — Paris — 1866 — II/422; Bonjean — “Explication Méthodique des Institutes de Justinien” — Paris — 1880 — II/604 — n.º 3159;

(98) Accarias, C. — “Précis de Droit Romain” — Paris — 1891 — II/530 — n.º 690;

(99) Márquez, Júlio Ortiz — “Comentarios a las Institutos de Gayo” — Bogotá — 1968 — pág. 414 — n.º 168;

(100) Ferro, José M. Carames — “Curso de Derecho Romano — (Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones y Sucesiones)” — Buenos Aires — Perrot — 1969 — págs. 417/418;

sitos indispensáveis para que funcionasse o benefício *donationis in solutum*:

1º) que ao tempo do vencimento da obrigação o devedor não dispusesse de dinheiro para efetivar o pagamento.

2º) que estes fôsem estimados judicialmente. O credor, a quem correspondia a escolha dos imóveis a entregar-se, devia recebê-los pelo valor da avaliação".

b) Outra exceção à regra de que "o devedor deve dar ou fazer exata e precisamente aquilo que forma o objeto de sua obrigação, e que não pode pretender que o credor aceite uma outra prestação, ou uma prestação parcial ou incompleta" (101), é conhecida desde a Idade Média com o nome usual de *beneficium competentiae* ou, segundo D'Ors (102) precisamente, "desde o século XVI".

Instituído, provavelmente, pelo Pretor com a *actio* do *edicto quod cum eo* que o introduziu na condenação, limitando a execução com a cláusula *Dum taxat de eo quod facere potest* (na medida do alcance da solvência atual do devedor), beneficiava, principalmente os seguintes devedores: "o ascendente, o patrono, o marido com respeito ao dote, o doador pela doação prometida, o sócio, o filho que não herdou de seu pai pelos contratos que realizou sob o poder daquela, finalmente, o concursado, durante o ano seguinte ao concurso" (103).

"Se, ao ser demandado por seu credor — esclarecem Jors e Kunkel (104) — alegava seu direito a este benefício, no mandato de julgar que era dado ao Juiz se lhe ordenava limitar a condenação do demandado, *in id quod facere potest*, ao que estivesse em suas mãos fazer. O Juiz então tinha de investigar a situação econômica do devedor e condená-lo apenas pela quantidade que pudesse ser paga com o patrimônio com que contasse. No século segundo de Cristo, esta forma de responsabilidade experimentou uma nova atenuação, consistente no direito de reter o necessário à subsistência. Reduzida primeiro ao caso da condenação do doador a cumprir sua promessa de doação, foi um benefício que no direito justiniânico, se estendeu a *condemnatio in id quod facere potest*."

Este benefício era estritamente pessoal, não aproveitando aos herdeiros nem aos fiadores do devedor cessando quando a situação financeira do devedor melhorava e só podia ser invocado pelo devedor que não houvesse incorrido em dolo.

#### 4.4. Onde devia ser pago?

Quando "a obrigação deriva de contrato, o seu cumprimento deve verificar-se no lugar convencionado. Se foram estabelecidos vários lugares

(101) Serafini Filippo — "Istituzioni di Diritto Romano" — Firenze — 1873 — II/33 — § 115;

(102) D'Ors, Álvaro — "Derecho Privado Romano" — Pamplona — 1968 — pág. 80 — § 35;

(103) D'Ors, Álvaro — "Elementos de Derecho Privado Romano" — Pamplona — 1960 — pág. 85 — 71;

(104) Jors, Paul — Kunkel, Wolfgang — "Derecho Privado Romano" — Barcelona — Labor — 1965 — pág. 230 — § 102; — Ver: Wenger Leopold. "Actio Iudicati" — Buenos Aires — 1954 — págs. 44/5 — § 5;

(105) Bonfante, Pedro — "Instituciones de Derecho Romano" — Madrid REUS — 1959 — pág. 426 — § 132;

alternativamente, — doutrina BONFANTE <sup>(105)</sup>, o devedor pode escolher enquanto inexistir ação contra êle; se cumulativamente, o pagamento é repartido nos diversos lugares”. À falta de convenção, o *locus solutionis* (lugar do pagamento) será o domicílio do devedor <sup>(106)</sup>.

Às vêzes, a própria natureza da prestação indicava o local onde devia cumprir-se. Tratando-se “de um corpo certo, deve pagar-se no lugar em que se encontra; se é uma obrigação de gênero, no domicílio do devedor” <sup>(107)</sup>.

Na impossibilidade de observar-se o princípio anterior, o devedor poderia oferecer a prestação em qualquer lugar que não fôsse obviamente “inoporuno”. Inexistindo esta oferta, poderia o credor reclamar o cumprimento no lugar de sua própria escolha, desde que não fôsse excessivamente prejudicial ao devedor <sup>(108)</sup>.

Gaio (IV, § 53 C.), estudando a *plus petitio loco*, apresenta o caso daquele que aciona seu devedor em local diverso do convencionado no negócio obrigacional. “Podia ocorrer que o devedor, por seu dolo ou por outras circunstâncias, não se apresentara naquele local; o pretor então, para comprovar que não fôra encontrado o credor na impossibilidade de chamá-lo a juízo, criou uma ação arbitrária, a *actio de eo quod certo loco dari oportet*, que se podia intentar ante o magistrado competente, em qualquer lugar” <sup>(109)</sup> Esta ação, na elucidação de Di Pietro <sup>(110)</sup>, “é uma *actio* arbitrária, isto é, que depende do arbítrio do juiz, tendo êste a faculdade de estimar de acôrdo com a equidade e segundo a natureza do caso, qual é a satisfação que corresponde ao autor; neste caso concreto, o que podia pela mesma ação — quer dizer o demandado pela obrigação — lograva pagar tanto menos quantos são os prejuízos que se inferem de pagar, em outro lugar (D. 13,4,1; id. 8), vantagem que resulta apreciável mormente com respeito às coisas genéricas, como o vinho, o trigo, etc., cujo preço varia segundo as localidades; o mesmo ocorre com o dinheiro que não produz em tôdas as partes o mesmo juro”.

#### 4.5. O tempo do pagamento.

A época em que o devedor devia cumprir a prestação variava, geralmente, conforme a espécie da obrigação contraída. Podem ser puras <sup>(111)</sup> e simples ou sujeitas a estipulações expressas, cujo objetivo é a modificação de seus efeitos ordinários.

Nas obrigações puras e simples, a prestação torna-se exigível imediatamente: “o que se deve sem dia há de se pagar imediatamente” <sup>(112)</sup>,

<sup>(106)</sup> Giffard, A.E. — Villers, Robert — “Droit Romain et Ancien” — “Droit Français des Obligations” — Paris — Dalloz — 1967 — pág. 297 — n.º 413;

<sup>(107)</sup> Jorquera F., Francisco — “Manual de Derecho Romano” — Santiago — 1948 — II/187 — n.º 1130, idem: May, Gaston — “Éléments de Droit Romain” — Paris — 1909 — pág. 410 — n.º 198-4;

<sup>(108)</sup> Dig. 13, 4, 2, 3;

<sup>(109)</sup> Scialoja, Vittorio — “Procedimiento Civil Romano” — Buenos Aires — E.J.E.A. — 1954 — pág. 266 — nota 28; idem Dider — Pallé — “Cours Élémentaire de Droit Romain” — Paris — 1887 — II/466;

<sup>(110)</sup> Di Pietro, Alfredo — “Gaius Institutes” — La Plata — E.L.J. — 1967 — pág. 308 — nota 59; Ver: May, Gaston — “Éléments de Droit Romain” — Paris — 1909 — pág. 410 — n.º 198-4;

<sup>(111)</sup> Matos Peixoto, José Carlos de — “Curso de Direits” — Rio — 1955 — pág. 361 — n.º 217; “Diz puro o ato jurídico a que não está adjeito termo, condição ou modo;

<sup>(112)</sup> Warnikoenig, L.A. — “Institutionis Iuris Romani Privati Bonnae” — 1860 — pág. 287 — § 1011;

caso contrário o devedor incorre em mora (assunto que estudaremos pormenorizadamente a seguir). Outros existem que exigem a comprovação do atraso, devendo o credor, no tempo e local oportunos, fazer-lhe uma **Interpellatio**, ou intimação para pagar <sup>(113)</sup> e conceder-lhe alguma prorrogação, se isto é reconhecido equitativamente pelo Juiz.

Tratando-se de obrigações com o tempo de vencimento estabelecido no negócio, o prazo podia ser convencionado somente no interesse do credor, como no depósito, apenas em benefício do devedor, como na venda a prazo, ou em favor de ambas as partes. No primeiro caso, o credor podia renunciar o prazo estipulado em seu favor, exigindo o cumprimento do prometido antes do termo. No segundo caso, não poderia reclamá-lo antes da data acertada. O devedor, entretanto, beneficiado pelo prazo, podia renunciá-lo e pagar antes. Se o fizesse não lhe caberia qualquer reclamação, uma vez que pagou o que devia, pois o **dies ad quem**, termo resolutivo ou final, apenas suspendia a exigibilidade obrigacional. Na última hipótese, o credor não pode reclamar do devedor nem este pode obrigá-lo a aceitar o pagamento antes do vencimento. Somente de comum acordo podem dispensar o prazo fixado, como no empréstimo de consumo ou mútuo.

Sendo obrigações condicionais, cujo nascimento dependia de um acontecimento futuro e incerto a que se acham subordinados, o devedor não poderia ser compelido a fazer antes desse momento e, se o fazia, como não pagara o que ainda não devia, podia reclamar o pagamento mediante a **conditio indebiti**.

Para Vandick <sup>(114)</sup>, "os juristas romanos não conheceram a distinção entre condições suspensivas e resolutivas. É uma classificação feita pelos intérpretes e pelos juristas contemporâneos".

Durante a crise econômica que se verificou na época postclássica, o imperador concedeu moratórias gerais e sob Justiniano, os próprios credores os outorgaram <sup>(115)</sup>.

#### 4.6. A prova de pagamento.

Conforme MAYNZ <sup>(116)</sup>, a prova de pagamento efetuado compete naturalmente a quem importa invocá-la. GIRARD <sup>(117)</sup> adianta-nos que ela "se fornece de acordo com o direito comum, por todos os meios ordinários, quer através de testemunhas ou por escritos. As testemunhas presenciaram o próprio ato de pagamento, ou então, a uma declaração do credor sobre o seu recebimento".

(113) Cf. Petit, Eugene — "Tratado Elemental de Derecho Romano" — Buenos Aires — 1958 — pág. 606 — n.º 470; Arias, José — "Manual de Derecho Romano" — Buenos Aires — 1949 — pág. 417;

(114) Nóbrega, Vandick Londres da — "História e Sistema de Direito Privado Romano" — Rio — 1959 — pág. 191; Contra: Pacchioni, Giovanni — "Corso di Diritto Romano" — Torino — 1920 — II/265 — § 4.º;

(115) Kanser, Max — ob. cit. — pág. 236 — § 53 — n.º 5;

(116) Maynz, Charles — "Cours de Droit Romain" — Bruxelles — 1891 — II/553 — § 268;

(117) Girard, Paul Frédéric — "Manuel Élémentaire de Droit Romain" — Paris — 1906 — pág. 688 — n.º III;

Destacamos as seguintes disposições especiais:

a) Se a dívida constava de um documento escrito emanado do devedor, o pagamento só podia comprovar-se por outro documento ou recibo — apocha — outorgado pelo credor ou, em sua falta, pela declaração de cinco testemunhas.

A apocha ou recibos, subscritos privadamente pelo credor, não constituíam prova senão após o decurso de trinta dias de sua emissão, até a expiração deste prazo, “o credor dispõe da **replicatio NON NUMERATAE pecuniae** e da **conditio sine causa** em reclamação do documento.” (118). Exige-se, ainda, para os recibos de quantias superiores a cinquenta libras de ouro, a subscrição de três testemunhas (119);

b) presume-se paga a obrigação, quando o credor tivesse destruído ou inutilizado o título comprobatório de crédito ou o restituísse ao devedor (120);

c) tratando-se de matéria de contribuição pública ou de prestações periódicas, os recibos dos três últimos anos geram a presunção do pagamento dos anos anteriores.

#### 4.7. Os efeitos do pagamento

O pagamento tem por efeito extinguir a dívida com todos os seus acessórios, liberando todos aqueles que intervieram na relação como devedores ou credores.

“Nas relações entre os sujeitos do negócio obrigacional — comentam Guzmán e Arguello (121) — podia ocorrer que o devedor tivesse várias dívidas de dinheiro com o mesmo credor e nada houvesse convencionado no título constitutivo de obrigação a respeito do cumprimento das prestações. Em tal suposição tinha lugar a instituição chamada pelos modernos de “imputação de pagamento”, pela qual o devedor podia aplicar à dívida considerada mais conveniente satisfazer, o pagamento de uma soma de dinheiro. Não havendo o devedor procedido a realizar a imputação, a lei, com base na presumida vontade do mesmo, chegou a estabelecer normas que contemplaram as diversas suposições que podiam surgir. Desta forma, a quantia recebida pelo credor devia ser imputada antes à obrigação mais onerosa que à mais gravosa, à dívida vencida que à não vencida, à devida derivada de juros que à proveniente do capital se, quando as prestações fôssem semelhantes, o pagamento devia aplicar-se proporcionalmente a cada uma das dívidas.”

### 5. Mora, suas Características e Conseqüências

O cumprimento injustificado de prestação além do prazo pactuado ocasiona a *mora* (**cessatio, frustatio**), cujo vocábulo latino significa *demora em nosso vernáculo*.

(118) Van Wetter, P — ob. cit. II/7 — § 291;

(119) C. 4, 30, 14, 2; C. 4, 2, 17;

(120) Ferro, José M. Carames — ob. cit. pág. 476;

(121) Guzmán, Luis Albarto Peña — Arguello, Luis Rodolfo — “Derecho Romano” — Buenos Aires — TEA — 1966 — págs. 241/2 — n.º 340;

A mora representa um atraso culpável à execução da obrigação, atribuível tanto ao devedor como ao credor. Esta demora não se circunscreve exclusivamente ao simples atraso material, caracteriza ainda um retardamento culposo, porque impõe uma falta, levando-se em conta a irresponsabilidade pessoal pelo caso fortuito.

Segundo a afirmação de Huvelin <sup>(122)</sup>, “a palavra mora indicava, primitivamente, um simples retardamento. Sòmente a partir de Celso, filho, a expressão **moram facere** se tomou em seu sentido técnico (começos do século II)”. Para os juristas da época clássica o seu uso ainda possuía ambos os sentidos. Mayns <sup>(123)</sup> nos diz que “em sentido técnico, o vocábulo mora significa demora, ocasionada pela falta de um dos fatos, mas freqüentemente, também se emprega para designar um simples atraso sem consideração à causa que lhe provocam.”

De Francisci <sup>(124)</sup> a qualifica como “um comportamento especial ilícito no campo da execução das obrigações”; May <sup>(125)</sup> a observa como o “fato de não executar suas obrigações fixadas pela convenção”; Von Mayr <sup>(126)</sup> procurou sintetizá-la na locução — “dilação culposa no cumprir” e Chironi <sup>(127)</sup>, ainda mais, no “ritardo nella esecuzione”; Bonfante <sup>(128)</sup>, mais amplo, a entende como “o não cumprimento culpável da obrigação em seu devido tempo, ou a não aceitação da prestação”.

Predomina na conceituação da mora que o inadimplemento contratual seja injustificado. “Esta falta — diz Van Wetter <sup>(129)</sup> — pode ser cometida pelo devedor ou pelo credor; existe uma demora do devedor (*mora debitoris vel solvendi*) e uma demora do credor (*mora creditoris vel accipiendi*).

### 5.1. Mora debitoris ou insolvido

“Teòricamente, acentua Villers <sup>(130)</sup>, a obrigação resultante de um acordo unilateral deve ser executada na data fixada pelas partes, aquela que se origina de um acordo sinalagmático no dia em que se entrega a contraprestação”.

Partindo do pressuposto geral de que a culpa — elemento reconhecidamente característico da mora — consiste num ato positivo ou na simples inação, cuja comprovação deve ser judicialmente verificada, o jurisconsulto Pompônio e o Imperador Antonino Pio, em um rescrito, insistiam na idéia de que era impossível formular uma definição da mora do devedor. Considerando-se uma questão de fato a ser dirimida pelo juiz, mais que

(122) Huvelin, Paul — “Derecho Romano” — Paysandú — Fundaçõe de Cultura Universitária — V/9 — nota 1;

(123) Maynz, Charles — “Cours de Droit Romain” — Bruxelles — 1891 — II/43 — § 179 — nota 2;

(124) De Francisci, Pietro — “Síntesis Histórica del Derecho Romano” — Madrid — 1954 — pág. 503;

(125) May, Gaston — “Éléments de Droit Romain” — Paris — 1909 — pág. 392 — n.º 181;

(126) Von Mayr, Robert — “Historia del Derecho Romano” — Barcelona — Labor — 1931 — II/207;

(127) Chironi, G.P. — “La Colpa nel Diritto Civile Odlemo” — Torino — 1884 — pág. 345 — n.º 321;

(128) Bonfante, Pietro — “Instituciones de Derecho Romano” — Madrid — 1959 — pág. 438 — § 138;

(129) Van Wetter, P. — “Cours Élémentaire de Droit Romain” — Paris — 1876 — II/21 — § 300;

(130) Villers, Robert — “Droit Romain” — Tome II — “Les Obligations” — Paris — 1953 — pág. 356 — § 2;

(131) Dig. 32, 1, 32, pr.;

uma questão de direito <sup>(131)</sup>, tornando-se indispensável uma minuciosa investigação judiciária, em cada caso concreto, para determinar-se se houve ou não um retardamento injustificável imputado ao devedor. Procurava-se assim apreciar a conduta particular ou o comportamento do devedor <sup>(132)</sup>.

Para que o devedor incorresse em mora exigia-se o concurso das seguintes circunstâncias:

5.1.1. existência de uma obrigação civil, quer dizer, sancionada pelo direito civil (leis, senado consultos, constituições imperiais), ou, ao menos honorária, dotadas de ação conforme o ordenamento jurídico. Sem uma **actio** torna-se impossível reclamar o cumprimento da prestação e, conseqüentemente, não se caracteriza a mora do devedor. Mesmo existindo e sendo exercida a ação, não incorre em mora aquele que pode defender-se com uma **exceptio** legítima: requer-se que não tenha sido retardada pelo exercício de qualquer **exceptio** (meio de defesa antes da contestação), por parte do devedor ou declarada extinta por uma exceção perpétua. Inexistente mora nas obrigações naturais por não serem protegidas pelo direito civil;

5.1.2. exigibilidade da obrigação. As obrigações puras e simples são exigíveis a qualquer momento, enquanto que as condicionais ou a termo, só estarão em condição de exigir-se, se a condição ou o termo tiverem sido cumpridos, sem o que a obrigação ainda continua em suspenso;

5.1.3. a causa do atraso deve ser injusta e imputável ao devedor. Justifica-se o retardamento quando o devedor se ausentara da cidade a serviço da República ou quando o herdeiro deixava de cumprir um fideicomisso disposto a favor de um impuber, por não possuir este um tutor, o que constituía um impedimento legal para o cumprimento.

A mora só era imputável ao devedor, quando ocasionada por seu dolo ou culpa e nunca por força maior, como inundação, guerra, peste, revolução etc.

5.2.4. a **interpellatio**, a exigência, a intimação do pagamento. Ato informal através do qual o credor requeria do devedor, no local e tempo convencionados, o cumprimento de obrigação. Podia ser *judicial* ou *extrajudicial*, pessoalmente ou por mandatários e só não tinha validade quando era dirigida ao procurador ou proposto do devedor sem poderes especiais para ser recebida.

(132) Tudo o que escrevemos, agora, consubstancia um resumo ou apanhado das seguintes obras, indistintamente: Ferró, José M. Caramés — "Curso de Derecho Romano" — (Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones y Sucesiones) Buenos Aires Feriot — 1969, págs. 437/443; Montes, Angel Cristobal — "Curso de Derecho Romano" — (Derecho de Obligaciones) Caracas — 1964 — págs. 117/132; Pettit, Eugene — "Tratado Elemental do Derecho Romano" — Buenos Aires — Albatros — 1958 — págs. 606/610 — as 470/472; Foignet, René — Dupont, Emile — "Le Droit Romain des Obligations" — Paris — 1945 — págs. 159/160; Girard, Paul Frédéric — "Manual Élémentaire de Droit Romain" — Paris — 1906 — pág. 646/650; Margadant, S. Guíthermo Floris — "El Derecho Privado Romano como Introduccion a la Cultura Jurídica Contemporánea" — México — 1970 — págs. 368/369 — 194; — Van Wetter, P. — "Cours Élémentaire de Droit Civil Romain" — Paris — 1876 — II — 20/25 — us: 300/305; Iglesias, Juan — "Derecho Romano — Instituciones de Derecho Privado" — Barcelona — 1958 — págs. 461/464 — § 117;

O interpelante tinha de ser capaz, caso contrário, só poderia efetuar-la através de seus procuradores legais.

A mora provocada regularmente pela interpelação do devedor é denominada — mora **ex persona**. Há casos nos quais, por exceção, o devedor fica constituído em mora de pleno direito e sem necessidade de qualquer interpelação, verificando-se, então, a mora **ex re**:

a) quando a obrigação nascia de um delito, especialmente de furto, ou resultava de uma posse violenta ou de má fé, aplicando-se a máxima **semper enim mora fur facere videtur** — porque se considera que o ladrão incorre sempre em mora;

b) quando o devedor, sem causa justa, se ausentou da cidade tentando frustrar o pagamento e, por negligência ou má fé, não deixou alguma pessoa para representá-lo. Nesta hipótese, o credor podia comparecer perante a autoridade competente do local onde devia executar-se a obrigação e formular uma reclamação ou protesto, que produzia os idênticos efeitos da **interpellatio**;

c) quando, em face de própria finalidade da obrigação, o atraso na execução se equipara à inexecução. Isso ocorria sempre tôdas as vêzes em que o tempo combinado para o cumprimento fôr um elemento essencial da prestação, v.g.: cozinheiros, contratados para preparar um banquete ou músicos que deviam apresentar-se em certo dia e aparecem no dia seguinte;

d) quando, nas obrigações a prazo, uma cláusula especial do contrato declarar que o simples vencimento do prazo produziria a mora.

A tendência da época do direito romano-cristão visava favorecer ao devedor, livrando-o das conseqüências prejudiciais da mora, enquanto o credor não lhe lembrasse seus deveres, mediante uma **interpellatio** expressa. Justiniano condicionou os efeitos da mora a êste requisito indispensável.

Mas a última exemplificação procura atenuar a exigência em benefício do credor e, na Idade Média, os comentadores estabeleceram que, nas obrigações de vencimento fixo, não se fazia necessária a interpelação, porque — **die interpellat pro homine** — o próprio termo que faz a interpelação ou vencimento do prazo equivale à interpelação, que passou ao direito moderno, como se fôsse romana.

Petit lembra que esta opinião, defendida por juristas dos séculos XVI e XVII, está quase abandonada. A máxima não é romana. Os textos não lhe dão diretamente o menor apoio, sendo até contrária aos princípios. "A demora supõe ao menos a culpa do devedor e êle não está incidindo em culpa por não haver pago incontinenti quando expirou o prazo; só está obrigado a fazê-lo à primeira reclamação do credor. A mora exige ademais uma **interpellatio**; pois bem; o vencimento do prazo faz que não haja já diferença entre a obrigação a prazo e a obrigação pura e simples; se, pois, nesta última, a **interpellatio** é necessária para pôr o devedor em demora, deve sê-lo também na obrigação a prazo, depois do vencimento.

De outro modo, voltar-se-ia contra o devedor uma modalidade que se supõe estabelecida em seu favor”.

#### 5.1.5. Efeitos da mora do devedor

Quando uma pessoa empresta a outra uma certa importância de dinheiro, adquire em virtude deste contrato um direito de crédito contra o devedor para poder exigir-lhe a devolução do valor emprestado, podendo este ser demandado com uma **actio in personam**, executando-se contra êle a sentença que fôr proferida no respectivo processo.

Já demonstramos que, nos começos da República, a conceituação de **obligatio** já havia atingido sua completa maturidade. Nesta noção se encontravam implícitos o débito e a responsabilidade e a palavra **debitum**, por si, inclui também a última. A responsabilidade era a situação de quem se encontrava submetido ao poder de tomada e a idéia de débito, de dever uma prestação, a que a outra parte tem direito.

Nos negócios gerados de responsabilidade, convencionados com escopo de obter uma prestação, a figura do dever está situada em plano principal e a responsabilidade, que se corporifica no direito de agir contra o obrigado, assume um valor prático e imediato quando não se efetua regularmente a prestação ou não se cumpre como se havia combinado. Neste caso, o credor que sofre em coisa própria um prejuízo causado por outro, antijurídica e culposamente, por razão deste comportamento ilícito, adquire igualmente contra o credor desta lesão um direito de crédito, uma pretensão independente de exigir-lhe uma indenização correspondente aos lucros que obteria se o pagamento lhe fôsse efetuado no prazo pactuado, uma reparação proporcional aos danos causados.

Comprovada a culpabilidade do obrigado, sua mora produziria as seguintes conseqüências:

a) a **perpetuatio obligationis**. O devedor moroso deve reparar todo o prejuízo ocasionado ao credor pela execução tardia da obrigação — êste o principal efeito.

Se a coisa devida constituia um corpo certo, todos os riscos futuros ficavam a seu cargo desde o momento em que é considerado em mora, responsabilizando-se, portanto, pela perda fortuita, total ou parcial. Em decorrência do perecimento total, o devedor já não mais deve a coisa convencionada, mas uma reparação pecuniária a ser calculada conforme o interesse que possuía o credor em receber plena e integral satisfação.

Segundo Gaio, a equidade procurou atenuar esta situação: o devedor se liberava geralmente desta grave conseqüência da demora, se conseguisse provar que a coisa devida teria perecido igualmente se estivesse em poder do credor.

b) ainda por aplicação do princípio enunciado — “**obligatio mora perpetuatur**” —, se a coisa entregue é fungível, tratando-se de contratos de boa fé, o devedor devia restituir não só a coisa dada, como também todos os acessórios desde a data da interpelação e todos os frutos que tivesse produzido ou podido produzir em mãos de um bom pai de família.

c) se a dívida é uma quantia em dinheiro, o devedor deveria pagar juros à taxa legal, desde o dia da **interpellatio**. Estes juros eram chamados

moratórios — *usurae quae officio iudicis praestantur*, para distingui-los das *usurae quae sunt in obligatione* (que haviam sido convencionados pelas partes) — *usurae ex mora*. Supõe-se, com isso, que o credor sofre um prejuízo, idêntico ao lucro que haveria de perceber colocando o capital em movimento, no momento em que lhe deveria ter sido pago. Esta regra é aplicável a todos os casos, exceto quando a ação é de direito estrito, onde a fórmula da *conditio certae creditae pecuniae* não permite ao juiz levar em conta os juros moratórios no total da condenação.

Também não são devidos juros moratórios nas dívidas provenientes de doação, nas contratuais do fisco e nas multas em favor do fisco.

Por uma determinação legal especial de Justiniano (Cód. 7,47), quando o objeto da prestação é suscetível de uma avaliação certa, esta jamais poderá exceder ao dobro do valor do objeto.

d) Variando o valor da prestação, a partir do instante em que se consumava a mora, todas as oscilações de mercado corriam por conta do devedor. Assim, se era menor no momento de entrega do que ao da *interpellatio*, pagaria a diferença; se houvesse aumento do preço, deveria sempre o maior valor que a coisa atingisse após a interpelação.

e) havendo vários devedores, ou seja, tratando-se de obrigações com sujeito múltiplo passivo, a mora fica adstrita em seus efeitos a sua pessoa?

Em regra geral, a mora é pessoal, como a culpa. Os efeitos da mora de um dos codevedores não devem estender-se aos demais. Razões especiais, entretanto, podiam modificar esta diretriz. Vejamos apenas a aplicação deste princípio nos dois casos principais:

e. a) fiança — (*fidelussio*), único tipo de garantia pessoal existente na época de Justiniano, de caráter acessório, realizada por meio de uma estipulação. Exemplifiquemos o caso de um devedor principal e um fiador:

Se o devedor principal foi constituído em mora, não se aplica o princípio enunciado, e as conseqüências abrangem também ao fiador, caso este não tenha feito, no tempo e local oportuno, oferecimento ao credor.

Em face de caráter solidário desta garantia o credor não está obrigado a exigir o pagamento em primeiro lugar ao devedor principal.

Pode escolher, desde logo, o fiador ou um dos fiadores, se houvesse mais de um, salvo o benefício de excussão. Se, ao contrário, o fiador é declarado em mora, as conseqüências não atingirão ao devedor principal, que não se responsabiliza pela tardança da caução.

e. b) na existência de dois devedores correais ou solidários, onde o credor pode exigir, de qualquer um deles, o total de prestação, a mora de um deles não tem influências sobre a obrigação do outro.

Segundo ARANGIO RUIZ, WINDSCHEID e Molitor, — na solidariedade, existe uma só obrigação; mas adotamos Marçiano e as opiniões de PACCIONI, ACCARIAS, PETIT e GIRARD: existem tantas obrigações quantos forem os devedores, vinculados, a tal forma que, o não cumprimento, por qualquer um deles, não modifica a situação do devedor que não tenha

sido interpelado. Perecendo a coisa por caso fortuito enquanto um está em mora, só éste arcará com a responsabilidade.

#### 5.1.6. a **purgatio morae debitoris**

Todos os efeitos decorrentes da mora do devedor, cessam totalmente — **purgatio morae**, uma vez que a mora constitui entre as partes uma situação provisória, quando se verificava a ocorrência de alguma destas causas:

- a) Se o devedor ou qualquer outra pessoa cumpria a obrigação, extinguindo-a imediatamente;
- b) Se o credor concedia uma prorrogação do prazo primitivo para pagar;
- c) por convenção entre as partes;
- d) quando produzida a mora **ex re** e sendo o credor um menor, que, adquirindo a maioridade, não o intimava, podia o devedor cumpri-la *incontinenti* (D. 31, 37, 1).
- e) quando o devedor, no local e tempo convençionados, fazia oferta real e efetiva de pagar todo o débito e o credor recusava receber.

#### 5.2. **Mora debitoris** ou **in accipiendo**

O credor pode impedir satisfação de um próprio crédito, rechaçando, sem justa causa, a oferta de pagamento integral, efetivo e real que lhe faz o devedor, no tempo, local e forma combinados. *Diversamente do que ocorre com a mora do devedor, a mora accipiendi não implica violação da obrigação. O credor não está obrigado a aceitar a prestação, cabendo ao devedor provar a culpabilidade de seu credor, para escapar às consequências da mora, uma vez declarada a mora creditoris, a sua estava excluída: mora creditoris purgat moram debitoris.*

A *mora do credor, consoante o ensinamento de GIRARD, era “regida pelos princípios simétricos equivalentes à mora debitoris, quanto a suas condições, efeitos e maneiras de purgação” e podia ocorrer, entre outras, nas seguintes hipóteses:*

- a) quando se negava a receber prestações que o devedor lhe oferecia no local e prazo fixados;
- b) quando procurava frustrar o cumprimento, ausentando-se do lugar acertado para o pagamento, sem designar representante;
- c) quando, por dolo ou culpa, se recusava a presenciar os atos necessários à execução, v.g., pêso, medida, prova da qualidade das coisas devidas ou liquidação de um crédito ilícito etc.

Para a comprovação da mora do credor, torna-se preciso que o devedor:

- a) faça a — **oblatio rite facta** — ofereça ao credor na forma devida a exata prestação e que êle a recuse, injustamente.

A oferta podia ser real ou verbal. Apenas a natureza da obrigação e a forma de seu cumprimento seriam capazes de determinar quando seria suficiente uma oferta verbal do pagamento ou indispensável uma oferta real do mesmo.

Nas obrigações alternativas, quando a eleição competia ao credor, ou quando o pagamento devia realizar-se no domicílio do devedor, bastava uma simples oferta oral.

Os efeitos da oferta de pagamento equiparavam-se à *Interpellatio*, que o credor devia realizar para constituir em mora o devedor. E, conseqüentemente, exigia, para sua validade a capacidade de quem fôsse apresentá-la e de quem fosse recebe-la ou tivesse poderes para aceitá-la.

b) e que o atraso verificado na execução obrigacional seja injustificável e imputado ao credor, face à oferta válida do pagamento integral e efetivo, no local e prazo ajustados.

Se o credor recusava o recebimento porque o devedor pretendia efetuar a satisfação parcialmente ou entregando coisa distinta do que prometera, ou de qualidade inferior, fora do local ajustado, o credor não incorria em mora, porque sua recusa era justa. Nesse caso, o ônus da prova de que a negativa era justa competiria ao credor.

#### 5.2.1. Efeitos da mora do credor

A mora do credor, uma vez comprovada, favorece ao devedor nos seguintes efeitos:

a) em se tratando de coisas genéricas, cujos riscos eram imputados ao devedor, a mora do credor transfere os riscos ao seu cargo e qualquer que tenha sido a responsabilidade do devedor, doravante, só responderá por dolo;

b) depois da *oblatio* (oferta), o devedor podia desfazer-se do objeto devido, liberando-se da obrigação. No início era tão rigoroso em exonerar ao devedor de sua responsabilidade que permitia que um vendedor de vinho que não fôra recebido no prazo pelo comprador, derramasse na sargeta o apreciado líquido para desocupar os barris, ou então aplicar uma solução favorável aos interesses de um cliente moroso, como vender o vinho por sua conta, ou alugar novos barris por conta do comprador.

Atenuou-se, ainda mais, este inconcebível rigorismo, autorizando-se ao devedor o depositar a prestação em locais especialmente determinados à disposição do credor — a *obsignatio soleniter facta*, de Diocleciano, precursora de nossa consignação em pagamento, com a vantagem de sua individualização para o devedor.

c) Se o objeto da obrigação consistisse em uma quantia de dinheiro, produtos a juros, a mora do credor os fazia cessar;

d) o credor ficava obrigado a indenizar ao devedor todos os gastos e danos ocasionados como decorrência de sua mora, retendo este a prestação até que lhe sejam reembolsados — direito de retenção que se efetiva mediante a *exceptio doli*.

### 5.2.3. A purgatio morae creditoris

Purgar (**purgare**), quer dizer, limpar, desfazer, destruir. Purgava-se a mora do credor quando:

a) o credor aceitava o pagamento ou uma oferta real de recebê-lo. Mesmo assim, tais acontecimentos, que paralisavam incontinenti os efeitos futuros da mora, não anulavam nem atenuavam os efeitos já produzidos;

b) por convenção com o devedor.

### 5.3. Conseqüências da mora do devedor.

Os romanos, embora tivessem estruturado lentamente a responsabilidade pelas omissões até definir-se em duas grandes classes de culpa — delitual ou aquiliana e contratual — assentaram, desde o início, que o descumprimento obrigacional se presume sempre culpável, de modo que, todo o retardamento, causador de prejuízos, é imputável ao devedor, salvo se vier a provar sua inculpabilidade.

Os contratos possuem um verdadeiro caráter de lei entre as partes e, logicamente, tôda a obrigação tem de ser cumprida, exata e fielmente, como foi contraída. Ao devedor implica o dever de cumprir a prestação estipulada nos termos constantes do acôrdo ou impostos pela lei, qualquer que seja o seu objeto — um dar, um fazer ou um não fazer.

Pois bem, quando o devedor, por dolo ou em conseqüência de uma culpa da qual é responsável, deixa de executar sua obrigação, quando a execução se verificou incorretamente ou não se realizou na exata época convencionada, o credor pode exigir-lhe a reparação dos prejuízos sofridos.

Em decorrência normal de perecimento total e dos efeitos da inexecução culposa atribuída ao devedor, êstes prejuízos e danos passam a substituir o próprio objeto de obrigação, porque o seu cumprimento se tornou impossível diante da inexistência da coisa convencionada primitivamente, embora a obrigação sobreviva em tôda a sua extensão e profundidade.

Desta forma, a nova prestação determinar-se-ia por uma indenização pecuniária, uma justa reparação a ser calculada de tal maneira que reponha exatamente o credor na mesma situação patrimonial na qual se acharia, caso o obrigado houvesse cumprido o pactuado na forma contraída, como se tivesse recebido plena e integral satisfação no tempo e local oportunos.

Dois são as formas de estabelecer-se os danos e vantagens: convencionais e judiciais, terminologia que não é romana, mas dos comentadores:

5.3.1. *forma convencional.* Às vêzes, acontecia que as partes estabeleciam, antecipadamente, uma quantia destinada a cobrir os prejuízos em caso de inadimplemento em atraso no cumprimento da obrigação.

Esta disposição, agregada a um contrato verbal ou a qualquer outro, de boa fé ou de direito estrito e até em obrigação natural, tornava-se imperiosa através de uma cláusula penal — a **stipulatio poenae**.

A importância e utilidade deste procedimento se justificava pelos seguintes fundamentos:

a) quando a obrigação tem por objeto um fato, ou qualquer outra coisa distinta de dinheiro <sup>(133)</sup>, a vantagem do credor consiste em não ter necessidade de pagar o prejuízo sofrido pela inexecução obrigacional, o que é sempre difícil e complicado.

Além de mais, a cláusula penal consiste sempre numa determinada quantia de dinheiro e, encontrando-se prefixados os prejuízos, não há necessidade de sua estimação, assegurando-se sua execução mais rápida, pois o devedor já sabia de antemão os riscos a que se expunha;

b) quando aposta a um simples pacto ou obrigação natural, isto é, civilmente não exigível por não conceder ação ao credor, a **stipulatio poenae** assegurava sua execução, porque se o obrigado não cumpria voluntariamente o prometido, incorria na pena convencionada.

Quanto à sua natureza e efeitos, convém observar que muitos autores consideram a **stipulatio poenae** como uma estipulação acessória; outros preferem denominá-la como estipulação condicional, porque sua eficácia está subordinada à seguinte condição: se o devedor não cumprir o que havia ajustado.

MAYNZ <sup>(134)</sup>, com ponderáveis argumentos, reconhecendo a existência de ambas — a independente, de caráter condicional e a acessória de outra principal, entende que somente esta última merece o nome de **stipulatio poenae**, pois a primeira nada mais representa senão uma obrigação condicional ordinária, abarcada pelas regras gerais que disciplinam as condições.

GIRARD <sup>(135)</sup> entende que ambas as formas têm a mesma função; VAN WETTER <sup>(136)</sup> a considera acessória e PETIT <sup>(137)</sup>, condicional.

Utilizando-nos da exposição de MAYNZ, podemos dizer que:

a) a obrigação acessória exigia sempre e imprescindivelmente uma obrigação principal da qual dependia. Extinguia-se quando se verificava a extinção da principal, por impossibilidade de pagamento, quando não fôsse comprovada a existência de dolo ou culpa do devedor. Na execução da obrigação acessória, exigia-se primeiramente a satisfação da principal, que podia ser cumprida até a **litiscontestatio**.

(133) Bonjean — "Explication Méthodique des Institutes de Justinien" — Paris — 1.880 — II/597 — n. 3.150: "La mora suppose une interpellatio régulière, de la part du créancier, et une résistance frauduleuse de la part du débiteur. I — L'interpellatio est régulière, quand cette signification, destinée à obtenir l'exécution de l'obligation, est faite, après l'échéance de la dette, à une personne capable (et tenu de payer) par un personne capable de recevoir un paiement valable. II — résistance doit être frauduleuse; le débiteur ne sera donc pas considéré comme étant en demeure, s'il a des motifs sérieux pour ne se point croire obligé, ou s'il se trouve, sans dol, privé de la détention de la chose qu'il devait livrer";

(134) May, Charles — "Cours de Droit Romain" — Bruxelles — 1.891 — II/414/422 — § 258;

(135) Girard, Paul Frédéric — "Manuel Élémentaire de Droit Romain" — Paris — 1906 — pág. 657 — § 2.º;

(136) Van Wetter, P. — ob. cit. — II/26 — § 307;

(137) Petit, Eugene — ob. cit. — pág. 612 — n.º 474;

b) a obrigação condicional subsistia por si própria, como qualquer outra obrigação. O devedor incorria na pena desde o momento em que se efetivara a condição, sem que nenhum fato externo ou de força maior pudesse liberá-lo. Nesta obrigação o credor não podia exigir o cumprimento da condição, mas apenas reclamar o pagamento da pena.

Incorrendo em pena, em princípio, pode o credor fazer sua escolha: *exercita a ação que sanciona seu crédito e obtém os danos e prejuízos arbitrados pelo juiz*, ou aciona *ex stipulatu* para reclamar a importância fixada a título de pena.

Não lhe era concedido o direito de acumular as duas ações. Admitia-se, porém, que, exercitando a ação para cobrar a pena pudesse ainda utilizar-se da ação originária, se fôsse de boa fé, para conseguir apenas o que lhe podia proporcionar a mais. Se exercitasse a originária ficava impedido de obrar *poenae nomine*.

Dentro da absoluta liberdade que imperava no contrato, é possível que a execução da obrigação se acumule com a pena, caso exista cláusula expressa a respeito. Neste caso, a pena está estipulada em razão do atraso.

Em se tratando de obrigação de dinheiro, a cláusula penal representa todos os juros devidos pelo retardamento e não poderá exceder à taxa legal <sup>(138)</sup> que, na época clássica, era de 12% ao ano.

5.3.2. forma judicial, determinada conforme o **damnum emergens** e o **lucrum cessans**.

O ressarcimento tinha que corresponder integralmente à expectativa, abrangendo não só o dano ocasionado ao patrimônio do credor (**damnum emergens**) pela demora culposa atribuída ao devedor, como ainda as vantagens ou lucros (**lucrum cessans**) deixadas de perceber por falta de cumprimento obrigacional e que o curso natural dos acontecimentos fazia prever. A indenização compreende o dano positivo ou emergente, para os romanos, apenas, **damnum**, e os ganhos frustrados, eventuais ou lucros cessantes (simplesmente **lucrum**), recebendo o credor **omne quod eius interest**.

Os romanos não possuíam um critério inflexível para estimar o montante da indenização monetária a ser imposta ao devedor moroso. Preferiam examiná-lo em cada caso concreto, levando sempre em conta — o dano causado ao credor, integrado pelo dano direto e também o que resulta indiretamente da inexecução obrigacional, e o lucro que o credor poderia auferir de seu capital se tivesse recebido o crédito no devido tempo.

Compete ao credor demandante fazer a prova do prejuízo sofrido, mas o juiz se atribui a competência de determinar o total dos danos e juros. Para isso, serve-se de diversos critérios para motivar sua decisão, inclusive a própria estimativa procedida pelo credor, sob juramento, servindo como elemento de fato ou indício. O poder de apreciação, os meios de seleção das provas e a maneira de que dispõe para fixá-los, variam

(138) Papiniano — Dig. 45, 1; 115, 2;

conforme a boa fé ou má fé do devedor e, especialmente segundo a natureza da ação exercitada. "As ações de direito estrito com certa **intentio** só perseguíam, em geral, o valor efetivo da prestação devida; mas quando as ações eram de **intentio** incerta, levava-se em consideração o interesse do credor na efetivação da prestação, e correspondia, além do valor real de prestação, às obrigações que para êle derivariam do descumprimento e o lucro que o pagamento lhe teria proporcionado". (139).

Duas regras limitavam o arbítrio, que podia rechaçar a quantidade avaliada e jurada pelo credor, reduzi-la ou fixá-la por si mesmo, efetuando sua própria avaliação:

a) no ano 530 ou 531, Justiniano baixou uma Constituição estabelecendo que nas obrigações com objeto determinado, os danos e interesses jamais poderiam exceder ao dôbro do valor da coisa;

b) Se a mora se verifica na entrega de importância monetária, cabe apenas ao devedor o pagamento, a título de danos e prejuízos, dos juros legais, calculados, na época clássica, a 12% ao ano.

## 6. A Consignação em pagamento

Há, no elenco dos direitos privados romanos, o **commercium** — a faculdade de adquirir ou transferir a propriedade, de obrigar ou obrigar-se. A reciprocidade se produz efetivamente no mundo das relações jurídicas. O dever e o direito não são partes antagônicas, mas faces de uma mesma moeda, o Direito mesmo em um de seus aspectos, na relação de potencialidade à efetividade.

As relações jurídicas que regulam as obrigações devem originar-se e extinguir-se dentro da mais ampla liberdade volitiva das partes. Liberdade não quer dizer alvedrio nem arbitrariedade. É, ao contrário, o distintivo da racionalidade: é livre aquêle que realiza seus deveres com consciência e vontade própria.

O credor deve proporcionar ao obrigado os meios necessários para que cumpra o pactuado. Entretanto, já demonstramos que êle não está obrigado a receber pagamento e, quando recusa um pagamento que lhe é ofertado regularmente incorre em **mora creditoris** ou **mora accipiendi**. Mesmo assim, comprovado o comportamento ilícito do credor, a obrigação permanece válida enquanto não for satisfeita e o devedor tem o direito de libertar-se do vínculo, utilizando-se dos meios necessários à extinção forçada da obrigação.

Primitivamente, comprovado o desinteresse do credor no recebimento que lhe era devido, autorizava-se o abandono da coisa devida, liberando-se o devedor. Fora do caso duvidoso da venda de vinho, que o vendedor tinha direito de derramá-lo se o comprador não vinha procurá-lo no devido tempo, só podemos entender tal hipótese se a mercadoria tivesse sido

(139) Jors, Paul — Kunkel, Wolfgang — "Derecho Privado Romano" — Barcelona — 1965 — pág. 245 — § 106; Vide Alvarez, Ursino — "Curso de Derecho Romano" — Tomo I — introducción. Cuestiones Preliminares de Derecho Civil Romano, págs. 318/325 — § 110, Scialoja, Vittorio — "Procedimiento Civil Romano" — Buenos Aires — 1954 — págs. 461/468 — § 66;

Cuenca, Humberto — "Proceso Civil Romano" — Buenos Aires — EJEJA — 1957 — págs. 64/66 — n. 64; Meira, Silvio A. B. — "Noções Gerais de Processo Civil Romano" — Roma 1963 — pág. 48;

paga antes. Na época clássica, poderia alugar novos recipientes por conta do comprador ou vender o vinho por conta do mesmo.

“Posteriormente, arremata Montes <sup>(140)</sup>, estabeleceu-se que para o devedor liberar-se de sua obrigação, sobrevinda a mora, era preciso que consignasse a coisa devida em nome do credor e nos lugares especialmente destinados a tal fim”, pois, não é lícito que o devedor sofra êste capricho e a jurisprudência lhe concede um meio de liberar-se da mesma maneira <sup>(141)</sup>.

Surge o pagamento por consignação, como forma anormal e forçada de cumprimento da prestação — **volente debitores contra creditorem nolentem**, um verdadeiro direito que tem o devedor de honrar sua palavra e satisfazer ao **debitum**.

### 6.1 — Etimologia de consignação

Consignar, consignação é um vocábulo latino, cuja origem <sup>(142)</sup> provém do radical — **cum + signare = consignare**, que quer dizer em nosso vernáculo “chancelar, selar, assinar, fazer conhecido” <sup>(143)</sup> “marcar com um sinal” <sup>(144)</sup>, “assinalar” <sup>(145)</sup>, “depositar” <sup>(146)</sup> que, tanto para os gregos <sup>(147)</sup>, como para os romanos <sup>(148)</sup>, possui o significado de “pôr em depósito ou depositar em mãos de alguém” <sup>(149)</sup>, ou “depositar em juízo o valor devido de alguma coisa” <sup>(150)</sup>.

Também vamos encontrá-la como sinônimo de **obsignatio (obsignare)**, pôr seu selo em, que Papiniano empregou com o sentido de consignar, depositar uma quantia de dinheiro.

### 6.2. Caracterização da consignação

Para a perfeita caracterização da **mora creditoris ou mora accipiendi**, “é preciso que o devedor ofereça na forma devida a exata prestação (**oblatio rite facta**) e que o credor a recuse” <sup>(151)</sup>, requerendo-se, portanto, a conjugação de dois requisitos essenciais — a **oblatio rei debitae e depositum in aede sacra**.

(140) Montes, Angel Cristobal — “Curso de Derecho Romano — (Derecho de Obligaciones)” — Caracas — 1.964 — pág. 128/9;

(141) Didier — Pailhé, E — “Cours Élémentaire de Droit Romain” — Paris — 1887 — 1/278 — § III;

(142) Ver Paiva, Heitor Gomes de — “A Constituição Mercantil e a Lei n.º 4.299 de 1963” — In Rev. Trib. 364/35;

(143) Saraiva — “Dicionário Latino Português” — pág. 290;

(144) Silveira Bueno, Francisco da — “Grande Dicionário Etimológico — Prosódico da Língua-Portuguesa” — Saraiva — 1.968 — 2/798;

(145) Nascentes, Antunes — Dicionário Etimológico Resumido — I.N.L. — 1966 — pág. 200;

(146) Caldas Aulete — “Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa” — Delta — 1968 — II/911; “Enciclopédia Ilustrada Europeu — Americana” — Espasa — Calpe S/A. — XIV/1428; “Enciclopédia e Dicionário Internacional” — Jakson — V/2.900; “Novo Dicionário Encyclopedico — Luso-Brasileiro” — Lello — Porto — I/630; “Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira” — Lisboa — VII/478; “Enciclopédia Brasileira Mérito” — 1.961 — 6/140; “Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa” — 1967 — pág. 316;

(147) Pereira, Isidro — Dicionário Grego-Português e Português-Grego” — Porto — 1.961 — II/55;

(148) Torrinha, Francisco — “Dicionário Português-Latino” — Porto — 2.ª ed. pág. 404;

(149) Freitas Senior, Augusto Teixeira de — “Vocabulário Jurídico” — Rio — 1883 — pág. 40;

(150) Moraes Silva, Antonio de — “Dicionário da Língua Portuguesa Recopilado” — Lisboa — 1813 — I/451;

(151) Bonfante, Pietro — “Instituciones de Derecho Romano” — Madrid — 1959 — pág. 438 — § 138;

### 6.2.1. A oferta de pagamento

O oferecimento de pagar faz cessar a falta tipificando a mora e, mesmo que ambas as partes se tivessem conservado inativas, a constituição do credor em mora nulifica a do devedor.

O obrigado, no resguardo de seus direitos, deve dirigir-se ao credor e fazer-lhe uma oferta real e completa da prestação convencionada no tempo e local ajustados.

As vezes, era necessário basear-se na essência da obrigação e na forma de sua satisfação a orientação para saber-se se a oferta devia ser real ou oral. Quando a prestação devia cumprir-se no domicílio do devedor ou para sua execução se requeria a presença ou o concurso do credor, como a escolha de uma prestação entre as duas ou mais convencionadas alternativamente, ou a **in facultato solutione**, nas facultativas era suficiente um simples oferecimento verbal do devedor.

A **oblatio** tinha que ser válida, ou seja, proposta ao credor capaz ou seu legítimo representante, por pessoa capaz que tenha direito de pagar.

Segundo Didier — Pailhé <sup>(152)</sup>, o obrigado “diante de testemunhas, oferece ao credor o que lhe deve, com tôdas as condições exigidas para a validade de pagamento”. Esta oferta, equiparada aos efeitos decorrentes da **interpellatio**, não liberava o devedor, mas tinha a eficácia de proporcionar-lhe as seguintes vantagens:

- a) fazia cessar os juros derivados da obrigação;
- b) o **periculum** ou os riscos a que se expunha o objeto da prestação ficavam, a partir dêste instante, a cargo do credor, pois, se as coisas devidas — genéricas ou quantitativas — perecessem por caso fortuito, o devedor se liberava da obrigação, uma vez que a oferta real de pagamento tinha como finalidade a sua individualização.

### 6.2.2. O depósito

As ofertas reais ou verbais de pagamento não liberavam o devedor, prestavam-se para constituir o credor em mora.

Para complementá-las era preciso a **obsignatio**, o **depositio** ou a **consignatio** própria dita, a verdadeira forma de pagamento forçado e fora do normal.

Para CUG <sup>(153)</sup>, só haverá liberação do devedor com a consignação. MACKELDEY <sup>(154)</sup> manifesta-se de idêntica opinião, entendendo necessário o concurso de oferta e depósito (**oblatio et depositio**). MAYNZ <sup>(155)</sup> ensina que “as ofertas reais não seguidas da consignação não libertam o devedor, mas têm efeito por constituir o credor em mora”.

Há ainda os que admitem que a oferta efetiva “não é estritamente necessária”, como VOGL <sup>(156)</sup>. Entendo que a dispensa da oferta se verifica nos casos da **mora ex re**, quando o credor fôr desconhecido, ausen-

(152) Didier — Pailhé, E — ob. cit. — pág. 1/287 — §/III;

(153) Cug, Édouard — “Les institutions Juridiques des Romains” — Paris — 1902 — II/518;

(154) Mackeldey — “Manuel de Droit Romain” — Bruxelles — 1837 — pág. 288 — § 491;

(155) Maynz, Charles — “Cours de Droit Romain” — Bruxelles — 1891 — II/554 — § 290;

(156) Vogl, Pasquale — “Istituzioni di Diritto Romano” — Milano — 1954 — pág. 343 — § 87;

tar-se do local de prestação sem deixar representante ou fôr incapaz sem alguém a quem pudesse ser feito o pagamento. Diante disto, o magistrado o dispensa da oferta e faz diretamente o depósito.

Feita a oferta “com especiais formalidades (**in publico** ou **in aede sacra**)” <sup>(157)</sup> e, persistindo a recusa, “o devedor deposita a soma ou coisa móvel, tanto quanto possível chancelada e selada, no local que o magistrado lhe ordenou, ou mais frequentemente num templo” <sup>(158)</sup>.

O depósito, que é o verdadeiro pagamento através da consignação, se faz nos templos, nas igrejas ou em qualquer lugar designado pelo juiz competente <sup>(159)</sup>, surgindo, daí, a ironia de DURANT <sup>(160)</sup> —: “os antigos romanos faziam de seus templos os bancos, como hoje fazemos dos bancos os nossos templos. E até o fim o estado continuou a usar santuários, tão solidamente construídos, como repositórios dos fundos públicos, talvez na esperança de que os escrúpulos religiosos desanimassem o roubo”.

“Quando o objeto da dívida era um imóvel, colocar-se-ia sem dúvida em sequestro” <sup>(161)</sup>.

“Quando a dívida é em dinheiro — lembra Iglesias <sup>(162)</sup> — e o devedor consigna **in publico** — **obsignatio, depositum in aede publica** — fica isento do risco, assim como da eventual obrigação de pagar juros”. O dinheiro era selado e depositado e se “se perdia, podia o devedor provar que se tratava, efetivamente das moedas oferecidas ao credor, e que a perda não ocorrera dolosamente. Sem a consignação esta prova era muito mais difícil” <sup>(163)</sup>.

### 6.2.3. O sentido do **depositum in aede sacra**

Citamos Will Durant <sup>(160)</sup> que, irônicamente, explicava a razão por que o depósito se fazia nos templos. O verdadeiro sentido do **depositum in aede sacra** <sup>(164)</sup>, entretanto, é outro muito mais remoto e complexo, que requer maior estudo.

(157) De Francisci, Pietro — “Sintesis Historica del Derecho Romano” — Madrid — 1954 — pág. 503;

(158) Didier — Pailhé — E — ob. cit. — 1/278 — §/III;

(159) Maynz, Charles — ob. cit. — 11/554 — § 290 — nota 2; ver: Villers, Robert — “Droit Romain — Les Obligations” — Paris — 1953 — pág. 358 — § 4.º; Folgnat, René — Dupont, Emile — “Le Droit Romain des Obligations” — Paris — 1945 — pág. 160 — § 2.º;

(160) Durant, Will — “História da Civilização” — 3.ª parte — 1957 1/95;

(161) Petit, Eugene — “Tratado Elemental de Derecho Romano” — Buenos Aires — Albatroz — 1958 — pág. 639 — n. 501;

(162) Iglesias, Juan — “Derecho Romano — Instituciones de Derecho Privado” — Barcelona — 1962 — pág. 646 — § 118;

(163) Jors, Paul — Kunkel, Wolfgang — “Derecho Privado Romano” — Barcelona — 1965 — pág. 266 — nota 7;

(164) Błach, Raymond — “História Mundial — Origens de Roma” — Lisboa — 1967 — 6/123: “A palavra **sacer** originou uma série de idéias e termos extremamente importantes na vida religiosa de Roma: havia **sacrare**, consagrar; o composto **consacrare** com o mesmo significado; **exsecrare**, profanar, amaldiçoar; **obsecare**, pedir em nome dos deuses. **Sacrificare** veio de **sacrum facere**, significando, a princípio, realizar uma cerimônia sagrada, depois, sacrificar.

De **sacrare**, derivou uma série de termos-chave em religião e direito romanos.

O **sacramentum** era o depósito feito aos deuses de uma determinada soma de dinheiro, como garantia de boa-fé ou da justiça da causa de uma pessoa.

Como esse depósito era acompanhado de um juramento, a palavra **sacramentum** recebeu o significado de “sacramento”;

“Nos primórdios da civilização o direito aparece como emanção de uma potência superior — a divindade. A exaltação do sentimento religioso — comenta Matos Peixoto (165) — descobria em tudo a voz dos deuses; as regras jurídicas eram mandamentos religiosos”, pois, historia Coulanges (166), “não havia magistrado que não tivesse qualquer ato sagrado a cumprir; na verdade, na inteligência dos antigos, qualquer forma de autoridade tinha que ter qualquer aspecto religioso” e “a esse tempo a luta judiciária iniciava-se por um **sacramentum** e a função pública de resolver litígios tinha uma função sacerdotal” (167). No julgamento de Ortolan (168), “as ações da lei levam o selo próprio dos atos jurídicos dos povos que se encontram na infância de sua civilização. . . Seu caráter sacerdotal, patricio, simbólico e sacramentalmente perigosos, esteve cada vez mais em desacôrdo com os costumes e com a constituição social. Para a plebe romana era sobretudo o vestígio de uma servidão contra a qual tinha tantas vèzes lutado”.

Para reclamar seus direitos de crédito, os romanos do primitivo sistema das **legis actio**, utilizavam-se da **legis actio per sacramentum in personam**. Esclarecendo Vittorio Scialoja (169) que “a essência do procedimento está em que as partes, originariamente, litigavam sèriamente, batendo-se para fazer valer seu direito; temos, pois, um duelo, a antiga forma de defesa privada dos próprios direitos. Com o correr dos tempos, êste duelo fica como símbolo apenas, como introdução à contenda judicial; e êste símbolo nos revela o desenvolvimento histórico desde a antiga defesa pelas próprias mãos até chegar a do período posterior, onde já intervém a autoridade pública, o pretor, que faz o cessar a luta e confia ao juiz a decisão da contenda”.

Possivelmente em época primitiva — é a opinião abalizada de Ursino Alvarez (170) — a **legis actio sacramento** se exercitava prestando ambas as partes um juramento (**sacramentum**, em sentido amplo) que provavelmente trazia como conseqüência garantir a verdade do que jurava, primeiro a pessoa mesma do que jura, que, se perde o processo, fica sujeito aos deuses como perjuro e excomungado (**sacer**); e mais tarde, aduzem-se ao resultado do juramento determinados bens que se oferecem em benefício à divindade com o que, se não triunfa no litígio, se perdem em benefício do patrimônio sagrado.

Em momento posterior da evolução, o juramento se substitui por aposta (que agora recebe o nome de **sacramentum** que começa por depositar-se efetivamente e acaba por ser prometida tão só como garantia de fiadores **praedes**); o que ganha o litígio recobra a soma depositada (ou não entrega a prometida) e o que o perde, perde o depositado (ou entrega a prometida) em benefício do patrimônio sagrado, a princípio, depois do

(165) Matos Peixoto, José Carlos de — “Curso de Direito Romano” — 1955 — 1/179 — n.º 108;

(166) Coulanges, Fustel de — “A cidade Antiga” — Lisboa — 2.ª ed — II/277;

(167) Lôbo, Abelardo Saraiva da Cunha — “Curso de Direito Romano” — História — Vol. I — “Organização do Direito Romano” — Rio — 1931 — pág. 136;

(168) Ortolan — “Compendio del Derecho Romano” — Buenos Aires — 1947 — pág. 168 — n.º 91;

(169) Scialoja, Vittorio — “Procedimiento Civil Romano” — Buenos Aires — 1954 — págs. 140 — 1 — § 14;

(170) Alvarez, Ursino — “Curso de Derecho Romano” — Madrid — 1953 — 1/241 — § 85;

da cidade e, mais tarde, do do vendedor”, acrescentando Leopoldo Wagner (171) que “o montante das apostas cruzadas se depositavam in sacro (172).

Washington de Barros Monteiro (173) explica-nos, com sua proverbial clareza, que “o vocábulo consignação advém do latim **cum signare**, em que se loriga vestígio da antiga usança, no sentido de exhibir-se a soma devida e entregue em pagamento num saco fechado e lacrado com sinête”. Embora não nos indique a fonte dessa assertiva, deparamo-nos em Manuel Inácio Carvalho de Mendonça (174), com o seguinte trecho: “o vocábulo consignação vem de **cum signare**, recordando o uso primitivo de se exhibir o dinheiro em um saco fechado e lacrando com sinête”.

André Alba (175) ilustra que “para os pagamentos, os Romanos serviram-se a princípio de gado. Depois, substituíram o gado por lingotes de bronze que se pesavam”, cuja “unidade era, a princípio, o asse ou libra de bronze, que valia, pouco mais ou menos, 327 gramas” (176).

“Na origem de Roma, manifesta-se Petit (177), a moeda consistia em cabeças de gado, bois ou carneiros, **pecus**: de onde, **pecunia** (Festus, V. Ovibus). Empregavam-se também lingotes de bronze, **aes rude**, cujo valor se apreciava em pêso. Plínio refere que Sêrvio Túlio, como garantia da pureza do metal, assinalou seus lingotes com a imagem de um boi ou de uma ovelha **aes signatum** (Hist. Nat. XVIII, 3, 12). A partir da Lei das XII Tábuas, ou pouco depois, é quando se cunharam moedas de cobre, que passam a valer, não pelo pêso, mas pelo número, **pecunia numerata**, e cujo uso substituiu a pouco a moeda por pêso”.

Tudo nos indica a crer, conforme dedução histórica e lógica, que os pagamentos nunca foram feitos em sacos fechados ou costurados (como ocorria na punição do **parricidium**), mas a contado, ou melhor, mediante a verificação do metal e de seu pêso (178), na balança, cujo símbolo, através do **libripens**, persistiu na **mancipatio**, que, na pesquisa de Vicente Arangio — Ruiz (179), “nasceu no mercado primitivo como compra e venda com pagamento imediato, mas não como se diria hoje, “ao contado”, uma vez que ainda não existia a moeda cunhada que podia contar-se (**pecunia numerata**), senão o **aes rude** que se pesava. Por isso, justamente, intervinha no ato o **libripens**, portador da balança precisa para o pêso do preço”. Fernando de Azevedo, ministrando “uma lição de psicologia pela semântica latina” (180), narra que “os primeiros pagamentos faziam-se em moeda

(171) Wagner, Leopoldo — “Compendio de Derecho Procesal Civil Romano” — Apêndice ao “Derecho Privado Romano” de P. Jors -W Kunkel — Barcelona — Labor — 1965 — pág. 519;

(172) Ver Cesar V. Silveira — “Dicionário de Direito Romano” — José Bushatsky — Editor — 1957 — 11/806 — vb. sacramentum; Idem — Maymond Monier — “Vocabulaire de Droit Romain” — Paris — 1949 — pág. 280;

(173) Monteiro, Washington de Barros — “Curso de Direito Civil — Direito das Obrigações” — 1.ª parte — 1962 — pág. 300 — n.º 1;

(174) Carvalho de Mendonça, Manuel Inácio — “Doutrina e Prática das obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito” — 4.ª ed. — 1956 — 1/518 — n.º 295;

(175) Alba, André — “Curso de História” — Jules Isaac — Roma — Mestre Jou — 1964 — pág. 99;

(176) Magne, Augusto — “Geografia, História e Instituições Romanas” — São Paulo — 1946 — pág. 208 — 408;

(177) Petit, Eugene — “Tratado Elemental de Derecho Romano” — Buenos Aires — 1958 — pág. 483 — n.º 360 — nota 5;

(178) Van Wetter, P — “Cours Élémentaire de Droit Romain” — Paris — 1876 — 11/2 — § 285 — n.º 2;

(179) Arangio-Ruiz, Vicente — “Historia del Derecho Romano” — Madrid — 1963 — pág. 403;

(180) Azevedo, Fernando de — “No Tempo de Petrónio” — 1930 — pág. 260;

não cunhada (**aes rude**), por meio de uma balança. Daí, a significação intermediária de pagar, que tem os verbos compostos de **pendere**, antes de passarem para a terminologia lógica”, o que é complementado por Mário Curtis Giordani <sup>(181)</sup>: “o cobre bruto (**aes rude**) substituiu o gado, mas devia, naturalmente, ser pesado (pagar e pesar eram expressos pelos latinos por uma só palavra: **pendere**”).

Em verdade, o que havia, após a **oblatio** e em face à recusa do credor, era o dinheiro, devidamente pesado e posteriormente, contado, ser colocado na própria bolsa ou sacola em que era carregado, que era fechada, lacrada, especificando-se o nome de seu depositante e a favor de quem se fazia o depósito.

Enquanto o credor não retirasse a consignação, o devedor podia retirá-la, desistindo do depósito, caso em que a obrigação renascia com todas as suas conseqüências.

Finalmente, por iniciativa particular, surgiram os **Horrea**, armazéns ou depósitos, onde os interessados, mediante o pagamento de certo aluguel, guardavam seus objetos preciosos ou coisas litigiosas, passando, logo após, as consignações às casas dos banqueiros ou cambistas — **argentarii et mensularii vel nummularii** <sup>(182)</sup>.

#### 6.2.4. Efeitos da consignação

“Feita solenemente a chancela e o depósito da totalidade do dinheiro devido — é o ensinamento de **WARNKOENIG** <sup>(183)</sup> — também se opera a liberação, mas este oferecimento produz enfim a amortização de dívida com esta condição: se fôr celebrado no lugar, em que a solução é devida. Portanto, também os juros cessam de correr desde o momento, em que o devedor ofereceu o dinheiro e o depósito selado, porque o credor não quis recebê-lo”.

No direito postclássico, basta o depósito da prestação para liberar o devedor.

Desde o tempo de Caio Aurélio Valério Diocleciano, “um dos personagens mais complexos da história” <sup>(184)</sup>, que o moderno pagamento por consignação ou por consignação em pagamento, vem sendo efetuado por intervenção judicial <sup>(185)</sup>, obedecendo as mesmas condições necessárias ao pagamento válido e a recusa do credor, conservando, não obstante a evolução dos tempos e do Direito, intactas suas características primordiais e substanciais.

Com Justiniano, o depósito **in publico** extingue **ipso jure** a obrigação e outorgou ainda ao credor uma **actio utilis** contra o depositário e contra qualquer outro detentor ou possuidor do dinheiro depositado.

(181) Giordani, Mário Curtis — “Antigüidade Clássica II — História da Roma” — Vozes — 1965 — pág. 148;

(182) Frag. 39, Dig — **de solutioibus** — 463.

(183) Warnkoenig, L.A. — “Institutiones iuris Romani Privatí Bonnae” — 1860 — pág. 287 — § 1.013;

(184) Llesner, Ivalr — “Os Césares — Apogeu e loucura” — Belo Horizonte — Itatiaia — 1954 — pág. 380;

(185) D’Ots, Alvaro — “Elementos de Derecho Romano” — Pamplona — 1960 — pág. 278 — § 224; Idem — “Derecho Privado Romano” — Pamplona — 1968 — pág. 439 — § 157;